

XI SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



XI
SIACRID

2021
UENP
JACAREZINHO/PR
BRASIL



ORGS.

JAIRO NÉIA LIMA

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

FERNANDO DE BRITO ALVES

©2021 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do XI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves
(Orgs.)

Alessandra Cristina Furlan; Arthur Ramos do Nascimento; Edinilson Donisete Machado; Gustavo Noronha de Àvila; Ivan Clementino de Souza; José Eduardo Lourenço dos Santos; Luiz Geraldo do Carmo Gomes; Mario Coimbra; Natalina Stamile; Rafael Gomiero Pitta e Vivianne Rigoldi
(Coordenadores)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do XI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidad de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Prof. Dr. Tiago Cappi (UNISAL)
Prof. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (UNIVEM)
Prof. Dra. Roberta Cristina Paganini Toledo (ITE-Bauru)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (Faculdades Londrina)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito / Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2021. (Anais do XI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-36437-8

1. Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito / Jairo Néia Lima; Luiz Fernando Kazmierczak; Fernando de Brito Alves

CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direitos Humanos. Análise Crítica do Direito.
CDU-342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

A FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA COMO UTOPIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO.....	12
Denner Murilo de OLIVEIRA Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
A (IN)APLICABILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA PARA OS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A EXCLUDENTE DE ILICITUDE NA ATIVIDADE POLICIAL NORTE-AMERICANA.....	28
Fernando Martins Xavier de ALMEIDA Glauco Roberto Marques MOREIRA	
A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA INCOERÊNCIA ENDONORMATIVA.....	50
Lucas Nogueira Rodrigues da SILVA Rafael Bulgakov Klock RODRIGUES	
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA CARCERÁRIO: A PRECARIEDADE DAS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS EM FACE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS.....	69
Murilo Muniz FUZETTO Amanda Aparecida Espigarolli SILVA	
O ART. 12-C DA LEI 13.827/2019 (LMP): DISCUSSÕES QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA DA VIDA DA MULHER.....	89
Olivie Samuel PAIÃO Diogo Ramos CERBELERA NETO	
O DISCURSO PUNITIVO NO CAMPO POLÍTICO-MIDIÁTICO, SUA INEFICÁCIA PRÁTICA E O POTENCIAL PODER DE PROPAGAÇÃO DA DESIGUALDADE.....	105
Antonio José Fernandes VIEIRA Fabrizio Romão THOSI	
O PROCESSO PENAL SUPRAINDIVIDUAL NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL 8.045/2010).....	120
Thadeu Augimeri de Goes LIMA	
SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: DA INEFICÁCIA DAS MEDIDAS ADOTADAS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO ADVENTO DA PANDEMIA DA COVID-19.....	144

Helio Gustavo MUSSOI

SISTEMA PENAL ALÉM DA PRISÃO: ALTERNATIVAS PARA O FRACASSO PRISIONAL.....	159
Guilherme Rocha KAWAUTI	

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O DUPLO CÁRCERE: ANÁLISE DA HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA DENTRO DAS UNIDADES PRISIONAIS.....	173
Nathalia Gomes MOLITOR	
Rômulo Blecha VEIGA	

STALKING – VELHO COMPORTAMENTO E SUA NOVA LEGISLAÇÃO.....	191
Michele Christina Martins da SILVA	
José Eduardo Lourenço dos SANTOS	

CAPÍTULO II FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O PRAGMATISMO JURÍDICO.....	210
Felipe LABRUNA	

DA CRISE ÉTICA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET E A OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	222
Mayume Caires MOREIRA	
Dirceu Pereira SIQUEIRA	

DIREITO À FELICIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APONTAMENTOS SOBRE SUA APLICABILIDADE.....	236
Paulo Roberto Braga JUNIOR	
Valter Foletto SANTIN	

HORIZONTE DE EXPECTATIVAS E TEORIA DO DIREITO: O IMAGINÁRIO BÉLICO NOS DIAGNÓSTICOS DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT.....	252
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA	

NOTAS SOBRE LINGUAGEM E DIREITO: PENSANDO COM LUIS ALBERTO WARAT	272
Walter Lucas IKEDA	
Rodrigo Valente Giublin TEIXEIRA	

CAPÍTULO III PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....286
Yasmim Zanuto LEOPOLDINO

AS PROVAS DIGITAIS, SEUS MEIOS DE OBTENÇÃO E A DECISÃO SOBRE A INVALIDADE DAS PROVAS POR “PRINTS” DE TELA DO STJ.....300
Jaqueline da Silva PAULICHI
Valeria Galdino CARDIN

DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS NO PACTO ANTENUPCIAL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES IMPOSTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....316
Daniela Braga PAIANO
Marina Neves BALAN

PAPEL DA MEDIAÇÃO NA PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS EXCEPCIONAIS (PANDEMIA DA COVID-19).....330
Paula Elizabete Antonini JOVIANO
Eduardo Roberto dos Santos BELETATO

PROCESSO COLETIVO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO.....343
Thadeu Augimeri de Goes LIMA

CAPÍTULO IV VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

BEBÊ MEDICAMENTO: SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BIOÉTICOS NA SEARA BRASILEIRA.....365
Silvana Farias BELARMINO
Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHA

CRIME E CASTIGO NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA: QUEM SÃO OS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS DO BRASIL?.....382
Karine CORDAZZO
Pietro de Jesús Lora ALARCÓN

EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19: MEDIDAS ADOTADAS PELA UENP NO COMBATE À EXCLUSÃO DIGITAL.....405
Tamires PETRIZZI
Victória Santos MARQUES

EQUILÍBRIO ECOLÓGICO E A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....424
Késia Rocha Narciso dos Reis SCARSI

O MITO DA EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO NO CORPO CIVILIZATÓRIO

CAPITALISTA: ANÁLISE A PARTIR DE BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS.....438
Andressa Sechi MARRA
Zulmar Antônio FACHIN

OS REFLEXOS DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....453
Júlia Mariana Cunha PERINI
Daniela Braga PAIANO

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROJETOS DE LEI COMO UM PASSO PARA O COMBATE À POBREZA MENSTRUAL.....472
Giovanna Pontes de SOUZA
Paloma Monique Campos CARNEIRO

SEGURIDADE SOCIAL E ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: RELAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO.....488
Bruna Migliaccio SETTI
Manoela Plácido do AMARAL

SOBERANIA, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A DÍVIDA SOBERANA: UMA ANÁLISE SOBRE A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO.....501
Gustavo Mohr MATIAS
Túlio Santos CALDEIRA

UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA.....520
Deborah Francisco RIBEIRO
Luis Fernando Garcia SOUZA

UMA ANÁLISE DA PREPONDERÂNCIA ENTRE O DIREITO À SAÚDE E À PROPRIEDADE PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL: ESTUDO SOBRE OS PROJETOS DE LEI 12 E 1.171 DE 2021 E A LEI 14.200 DE 2021 QUE ALTERA A LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....533
Isabela Mendez BERNI

UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS NO PROCESSO DE ENSINO APRENDIZAGEM: EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL.....547
Bruno Tulim e SILVA
Vivianne RIGOLDI

CAPÍTULO V DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES

A CRUZADA CONTRA O CONSERVADORISMO: A LIBERDADE E O DIREITO DE SER.....564

Elton Araujo de SOUZA

A INFLUÊNCIA PATRIARCAL NO DIREITO COMO UM DOS FATORES PRINCIPAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL.....580

Isabela Christina Arrieta MASIEIRO
Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA

A INVISIBILIDADE DO GÊNERO: BIOPODER E OS DIREITOS DA MULHER.....594

Laura Lourenço RODRIGUES

A QUARTA ONDA DOS FEMINISMOS E A RESSIGNIFICAÇÃO DA CRÍTICA FEMINISTA NA TEORIA DE NANCY FRASER.....618

Júlia Maria FELICIANO
Samia Moda CIRINO

AS PLATAFORMAS DIGITAIS E AS NOVAS CONCEPÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA (SEXUAL) DE GÊNERO.....637

Beatriz Egea SEMENSATO
Fernanda de Matos Lima MADRID

CONQUISTAS E DESAFIOS NO COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA.....651

Luiz Miguel Albanezi Napolitano ROCHA
Maria Giovana CALDEIRA

CORPOS MODIFICADOS: DA ESSÊNCIA À APARÊNCIA A PARTIR DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....664

Ronaldo Sergio DUARTE

REGRAS DE UNIFORMES NAS COMPETIÇÕES ESPORTIVAS COMO FORMA DE CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS.....679

Aline Albieri FRANCISCO
Debora Gardia DUARTE

CAPÍTULO VI POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO USO DA INTERNET E AS POLÍTICAS PÚBLICA REGULATÓRIAS.....698

Evandro Monteiro DOS SANTOS
Fabio Dias da SILVA

ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO DE LEI Nº 21/2020: A INEVITABILIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA TUTELA PERSONALIZADA PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....721

Hugo Crivilim AGUDO
Laura de Almeida NORONHA

EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E AS VERTENTES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE).....735

Derick Moura JORGE
Janio KONNO JÚNIOR

INVISIBILIDADE DOS REFUGIADOS EM TEMPOS DE COVID-19 NO BRASIL: DIREITO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO AUXÍLIO EMERGENCIAL.....748

Paula Elizabete Antonini JOVIANO

O RACIONALISMO E O INCREMENTALISMO NO PROCESSO DECISÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE A POLÍTICA FEDERAL DE SAÚDE DIANTE DO PROBLEMA DO CORONAVÍRUS.....768

Florestan Rodrigo do PRADO
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER PELO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO: DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987 - 1988 À CONTEMPORANEIDADE.....791

Renato BERNARDI
Aimê Araújo LOMA
Marcela Luísa FOLONI

CAPÍTULO VII DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

A INFLUÊNCIA MILITAR NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988: AS ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....816

Lucas de Moura Alves EVANGELISTA

AS CONCEPÇÕES DO POLÍTICO EM/ENTRE CARL SCHMITT E CHANTAL MOUFFE: DO ANTAGONISMO AO AGONISMO DEMOCRÁTICO.....839

Igor de Kássius Toledo Almeida BRAGA
Thamiris Cristina REBELATO

AS PRÁTICAS DELIBERATIVAS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO COMPARADO.....855

Leonardo Paschoalini PAIVA
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

DETERIORAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA: ESTRUTURAÇÕES E O CENÁRIO BRASILEIRO.....874

Luiz Guilherme BARÃO
Paulo Cezar Carvalho ALVES

SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS E A NORMA CONSTITUCIONAL NO PÓS-

POSITIVISMO.....	895
Jamile Gonçalves CALISSI	
Renato Zanolla MONTEFUSCO	

UM ENSAIO SOBRE DEMOCRACIA, POPULISMO E <i>IMPEACHMENT</i>.....	908
Fernando Cesar Mendes BARBOSA	

CAPÍTULO VIII CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

A REFLECTION OF CONSTITUTINAL CRISES AND THE CHALLENGES OF DEMOCRACY: FROM THE ANGLE OF BREXIT.....	926
Amanda Batistel RIBEIRO	

BRAZILIAN CONSTITUENT CONGRESS (1987-1988): CONSTITUENT POWER AND LIMITS TO THE REPRESENTATION OF NATIONAL SOVEREIGNTY.....	929
Lucas de Moura Alves EVANGELISTA	

FILLING THE GAP: THE ROLE OF REPRESENTATION AGAINST THE BACKLASH EFFECT.....	932
Gabriela Borges da CUNHA	
Isabela Christina Arrieta MASIEIRO	

INNOVATIONS IN JUDICIAL COMMUNICATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN BRAZIL AND MEXICO SUPREME COURTS.....	935
Leonardo Paschoalini PAIVA	
Jairo Neia LIMA	

NOTES ON POPULISM, REFUGE AND MIGRATION.....	939
Fernando Cesar Mendes BARBOSA	

POLITICS CRIMINALIZATION AND REDUCTION OF DEMOCRATIC SPACES IN BRAZIL.....	942
Amanda Mendes GIMENES	

THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SYSTEM AS A WAY TO REDUCE SOCIAL INEQUALITIES.....	944
Alessandra Mendes SPALDING	

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45/04 AS A CONSTITUTIONAL DISMEMBERMENT.....	948
Vinny PELLEGRINO	

THE PARADOX OF TOLERANCE BY SIR KARL RAIMUND POPPER.....	951
Lucas de Lazari DRANSKI	

Jamile Gonçalves CALISSI

THE PROPOSAL OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 03/2021 AND THE “PARLIAMENTARY IMMUNITIES”	953
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS	

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 61/09 AND THE JURISTOCRACY.....	956
Gabriel Teixeira SANTOS	
Samia Saad Gallotti BONAVIDES	

THERE’S NO SUCH THING AS NEOLIBERAL CIVIL SOCIETY.....	960
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA	

WHAT IS THE NON-CONSTITUENT PEOPLE?.....	963
Matheus Conde PIRES	

WOMEN'S VOICES IN FRONT OF THE DECISIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT: THE DEMAND FOR A FEMINIST CONSTITUTIONALISM.....	966
Gabriela Siqueira HO	
Júlia Prado DÁGOLA	

CAPÍTULO IX CRIMINOLOGÍA

ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL: ¿INNOVACIÓN O REPETICIÓN?.....	970
Gabriel Teixeira SANTOS	
Bibiana Paschoalino BARBOSA	

DERECHO AL OLVIDO Y CRIMINOLOGÍA: RECONOCIMIENTO POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES.....	973
Victória Santos MARQUES	

CAPÍTULO I
VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

A FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA COMO UTOPIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO

Denner Murilo de OLIVEIRA¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK²

RESUMO

Na órbita das finalidades da pena, este escrito estabelece um paralelo desde o motivo das tipificações de condutas desviantes até a estrutura carcerária em que os agentes reclusos estão inseridos. Nesse sentido, a referida pesquisa orbita diante do seguinte problema: A partir dos fundamentos da pena, bem como da sua reflexão no sistema carcerário, quais seriam os motivos do insucesso na ressocialização do indivíduo transgressor? Diante disso, os objetivos deste trabalho se concentram em identificar as razões da ineficácia referente à reintegração social do sujeito que está em situação de privação e propor alguns métodos na tentativa de lidar com este fator. Assim, esta pesquisa se justifica no grande número de indivíduos inseridos dentro do cárcere, ao passo que estes agentes sobrevivem em determinadas situações que tornam praticamente impossível a sua reintegração e a eficiência na aplicação das assistências destinadas aos mesmos, as quais se fazem presente na Lei de Execução Penal. Sendo assim, partindo-se do método dedutivo, em um primeiro momento, é abordada a questão da ressocialização com o viés das finalidades da pena. Em sequência, foi exposta as condições do sistema carcerário e o perfil dos agentes reclusos. Por fim, apresentou-se a visão dos detentos e dos agentes de execução penal acerca da ressocialização, mostrando o estigma social que o preso possui pós-cárcere, para então propor a necessidade de investimento na educação do preso, assim como da implementação de políticas públicas que insiram de fato os ex-detentos no contexto social.

PALAVRAS-CHAVE: Reintegração Social; Sanção Penal; Sistema Penitenciário.

ABSTRACT

About the theme of the purposes of the penalty, this article shows some facts that are so important to understand the reasons why people who broke the law have difficulties to come back living in our society, after they serve their sentence. In this sense, the present research has the following problem: Observing the foundations of the penalty, as well your reflection on the prison system, what would be the reasons for the failure to resocialize the transgressor individual? Therefore, the objectives of this research correspond in identify the reasons for the ineffectiveness of the social reintegration of the people who are in a situation of deprivation and proposing some methods for solve this factor. In this way, this research is important because there is a large number of persons in prison and these agents survive in situations that prevent their reintegration and the difficult the application of assistance intended for them, which are predict in the Criminal Execution Law. Therefore, through the deductive method, at first moment, the resocialization is explored observing the purposes of the penalty. Afterwards, was presented the conditions of the prison system and exposed the profile of incarcerated agents. Finally, was presented the view of inmates and of criminal enforcement agents about resocialization, showing the social stigma that the prisoner has post-prison, for then propose the necessity for investment in prisoner education, as well as the implementation of public policies

- 1 Graduando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC da Fundação Araucária. E-mail: dennermuriloo@gmail.com.
- 2 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Mestrado). E-mail: lfkaz@uenp.edu.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7437009978505769>. Orientador PIBIC/UENP - Fundação Araucária.

that effective the insert the ex-detainees into the social context.

KEY WORDS: Social Reintegration; Penal Sanction; Penitentiary System.

1. INTRODUÇÃO

Com base nos pensamentos de autores que discorrem a respeito das finalidades da pena, pode-se compreender que a mesma possui a função de retribuição e principalmente de ressocialização, servindo então a sua imposição como forma de frear a criminalidade, reprimindo determinado ato praticado e instruindo o indivíduo, de forma a prevenir a ocorrência de novas práticas criminosas, promovendo a sua reintegração dentro do contexto coletivo.

A partir dessa concepção, esta pesquisa aborda primeiramente as formas utilizadas para reeducar os agentes que estão cumprindo pena, a partir dos benefícios positivados na Lei de Execução Penal, os quais em tese, seriam destinados aos presos com o intuito de tornar possível a sua reintegração após o cumprimento da pena, em destaque a assistência educacional e o desenvolvimento de atividades laborais dentro do cárcere, fatores que possibilitariam o aprimoramento profissional destes sujeitos, ponto que se torna positivo no momento pós cárcere.

Em seguida, procurou-se expor no desenvolver deste escrito, a composição carcerária, isto é, o perfil dos sujeitos reclusos, a priori observando o grau de instrução destes e em sequência, a quantidade de indivíduos que estavam realizando atividades educacionais e laborais, assim como as estruturas dos estabelecimentos prisionais referentes à possibilidade de fornecimento das assistências destinadas aos detentos.

Na última seção deste trabalho, foram apresentadas as visões do preso e dos agentes da execução penal a respeito da ressocialização, observando que para o recluso, a reintegração se torna algo praticamente impossível, tendo em vista a estrutura carcerária, o fornecimento das assistências descritas na Lei de Execução Penal, o tratamento fornecido aos mesmos e principalmente o estigma social que é enfrentado pelos ex-detentos. Dessa maneira, chegou-se à hipótese de que o insucesso na reintegração social do apenado não se encontra na falta de dispositivos tipificados, mas sim na falha da aplicação das assistências destinadas aos presos, falhas estas que serão abordadas no decorrer deste escrito. Além disso, procurou-se por meio da presente pesquisa, refletir acerca de alguns métodos para o êxito dos propósitos discorridos na LEP.

Cabe mencionar que este escrito foi desenvolvido com base no método dedutivo, analisando casos distintos para em seguida chegar a uma resposta particular referente à problemática abordada. Ainda mais, destaca-se a relevância da obra de Oswaldo Henrique Duek Marques, intitulada como “Fundamentos da Pena”, a qual foi utilizada como marco teórico, sendo empregado também, levantamentos de dados acerca do sistema carcerário, contribuindo para a

hipótese formulada no decorrer da referida pesquisa.

2. A RESSOCIALIZAÇÃO DO AGENTE CRIMINOSO

No contexto da criminalidade, existem narrações que clamam por positivamente de leis com o intuito de frear o desenvolvimento de delitos, bem como extinguir as práticas criminosas. Desse modo, ao observar os processos de criminalização, encontram-se a criminalização primária e secundária. A criminalização primária, conforme Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2011, p. 43), é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de determinadas condutas, enquanto a secundária é exercida pelos agentes de criminalização secundária como policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários.

Ao observar o âmbito da criminalização primária, encontram-se anseios pela criação de tipos penais e ampliação das escalas dos mesmos, com a finalidade de manter o agente em privação. Indubitavelmente, o discurso exteriorizado, o qual defende a tipificação de condutas, assim como a imposição de uma pena, se justifica na necessidade de prevenir o desenvolvimento de delitos, como pode ser visualizado no art. 59 do código penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.** (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Dessa forma, ao se tratar da prevenção do crime, entende-se que este fator se desenvolveria com a ressocialização do agente inserido no cárcere³. Assim, encontram-se teorias que discorrem a respeito das finalidades da pena, que justificam e legitimam a imposição de uma sanção – juntamente com o jus puniendi – ao sujeito que desenvolveu determinada conduta, a qual atinge valores de uma estrutura social, suscetível de reprovação. Por conseguinte, com o surgimento de princípios contemporâneos, ao se tratar da pena, a atenção se direciona à reeducação do indivíduo, porém, não preterindo à retribuição oferecida ao mesmo, visto que a teoria retributiva é algo enraizado sutilmente no ordenamento jurídico, bem como no senso comum, advinda de princípios primitivos de vingança e castigo. Conforme Samyle Regina Matos Oliveira, Selma Pereira de Santana e Vilobaldo Cardoso Neto (2018, p. 05), a principal característica da justiça retributiva se encontra na rigidez do direito penal perante ao infrator, ao passo em que o criminoso ao cometer um ato contra o estado, bem como contra a sociedade, responde através da pena privativa de liberdade, sendo que esta pena, se apresentam como degradante e desumana. Assim, percebe-se então a pouca eficiência da justiça retributiva, visto que não traz a diminuição da criminalidade e nem satisfação à

3 Menciona-se que a prevenção poderia desenvolver-se também, pela intimidação dirigida à coletividade através da pena, conforme expressa Oswaldo Henrique Duek Marques.

vítima lesada.

Nesse sentido, com o nascimento das teorias que tratam acerca da reeducação do agente delituoso, o clamor por vingança e retribuição se tornam um caráter secundário da função da pena positivada, ficando em primeiro plano, a finalidade de tornar apto o indivíduo a retornar ao convívio coletivo, ao passo que a mera retribuição não se torna capaz de proteger efetivamente os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais, bem como de garantir o bem estar da sociedade.

A concepção mais tradicional da punição vê nela a *retribuição exigida pela Justiça* pela prática de um crime. É a *teoria retributiva*. Ela responde à convicção arraigada de que o mal não deve permanecer sem punição, e o culpado deve encontrar nele o que ele merece. A função da pena centra-se, de acordo com este ponto de vista, na realização da Justiça evitando que a injustiça "tenha sucesso". A pena não aparece então como um instrumento destinado a alcançar fins utilitários bem-estar social, como a proteção da sociedade, mas como exigência ética derivada do valor Justiça. (PUIG, 1994, p. 116, tradução nossa, grifo do autor)⁴.

Desse modo, conforme Oswaldo Henrique Duek Marques (2016, p. 190), “com a teoria socializadora, a pena reforça os princípios correlacionistas e afasta de seu conteúdo o retribucionismo, passando a ser orientada [...] com vistas à reintegração social do infrator”. Tratando neste momento a respeito da teoria mista ou unificadora da pena, esta concilia o caráter retributivo e preventivo⁵ da norma, ao passo que a mesma formula uma crítica às teorias monistas, retributiva e preventiva. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 356), a concepção mista tenta agrupar, em um único conceito, os fins da pena, recolhendo os aspectos mais relevantes das teorias absolutas e relativas.

Nessa concepção, ao abordar a ressocialização, compreende-se que a mesma pode ser realizada através de diferentes métodos. Santiago Mir Puig (1994, p. 116), discorre que a ressocialização assume formas especiais, como o desenvolvimento educacional ou o tratamento terapêutico, os quais são destinados à indivíduos com transtornos mentais.

Dessume-se então, a possibilidade da implementação de tratamentos educacionais direcionados aos sujeitos encarcerados, sendo que, quando desenvolvidos em ambientes favoráveis, tornam a ocorrer de forma espontânea fazendo com que o sujeito desenvolva determinada atenção às leis penais.

[...] a reintegração do condenado à comunidade pode ser alcançada por meio de um programa mínimo, ou de um programa máximo. O primeiro contenta-se com o prognóstico de que o delinquente não tornará a praticar crimes, ou seja, de que guardará efetivo

4 Em original: La concepción más tradicional de la pena ve en ella la *retribución exigida por la Justicia* por la comisión de un delito. Es la *teoría retributiva*. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia «triunfe». La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia.

5 Baseia-se na concepção intimidatória à coletividade, desestimulando a prática de delitos e firmando o cumprimento da função do estado, assim como incentivando a ressocialização do agente e prevenindo a reincidência.

respeitos às leis vigentes. Já o segundo, além de postular as finalidades visadas no programa mínimo, objetiva uma verdadeira transformação do indivíduo, mediante uma terapia com influência na personalidade do infrator, que o leve a atingir a socialização. (MARQUES, 2016, p. 191).

Por sua vez, com o fim de reintegração social do condenado, outro método passível de ser aplicado é o desenvolvimento de atividades laborais dentro do ambiente carcerário para que o indivíduo possa sanar suas necessidades quando estiver novamente no meio social, encontrando fatores necessários para o desenvolvimento profissional e se ajustando ao convívio coletivo.

Nesse aspecto, estes métodos já estão inseridos na legislação brasileira por intermédio da lei nº 7.210/84, correspondente à Lei de Execução Penal. De acordo com o seu art. 1º, este dispositivo tem como objetivo proporcionar a ressocialização e integração do condenado ao contexto coletivo, desenvolvendo e concedendo aos indivíduos, auxílios que os estruturariam de maneira que, além de torná-los aptos ao retorno ao convívio harmônico, preveniria a reincidência.

No entanto, cumpre mencionar que diante da realidade material, estes objetos não cumprem com a sua função destinada, ao passo que a maioria dos agentes que estão cumprindo pena, não recebem os mecanismos destinados à ressocialização, conforme será abordado no decorrer deste escrito.

3. O INSUCESSO DA FUNÇÃO DA PENA NA ÓTICA DO CONTEXTO CARCERÁRIO

A finalidade atribuída à prisão moderna, sob o enfoque da Lei de Execução Penal, corresponde a ressocialização e reintegração do indivíduo inserido no cárcere, como dito anteriormente. Assim, de acordo com o art. 10º da lei nº 7.210/84, é fornecido aos indivíduos, benefícios que, teoricamente, dão êxito à ressocialização. Estes auxílios são caracterizados como: assistência material; assistência à saúde; assistência jurídica; assistência educacional; assistência social; assistência religiosa.

Com o propósito de analisar a aplicação da assistência educacional dentro do cárcere, observa-se primeiramente o número de agentes encarcerados no Brasil e num segundo momento, o perfil do indivíduo que se faz presente em situação de privação. Segundo um relatório realizado pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, no período de janeiro a junho de 2020, a população carcerária nacional correspondia a 759.518 detentos.

Diante disso, observando o grau de instrução destes agentes, havia um total de 299.301 indivíduos que possuíam ensino fundamental incompleto, 101.635 detentos com ensino médio incompleto e 19.963 agentes analfabetos, inclusos em todos os números, homens e mulheres. Em paralelo com estes dados, no mesmo relatório é possível visualizar que apenas 31.066 pessoas

encarceradas com ensino fundamental incompleto, desenvolviam atividades educacionais, enquanto 15.180 detentos realizavam atividades em ensino médio e apenas 9.765 presos estavam desenvolvendo atividades de alfabetização. Além disso, observando também o índice de estabelecimentos prisionais com acesso à educação, encontram-se 65% de instalações com salas de aula, 57% com bibliotecas e 18% com salas de informática.

Com o fim de trazer melhor entendimento do que está sendo abordado, apresenta-se neste momento dados do Departamento Penitenciário do Paraná relativos a dezembro de 2020 e referentes à presos do município de Londrina-PR que estavam em atividades educacionais. Primeiramente, estes dados abrangem indivíduos da Casa de Custódia de Londrina, da Penitenciária Estadual de Londrina I e II, e do Centro de Reintegração Social de Londrina, os quais somavam em 3.293 agentes. No entanto, apenas 551 indivíduos eram atendidos pelo órgão que proporcionava o desenvolvimento de atividade educacional, sendo este o Centro Estadual de Educação Básica para Jovens e Adultos Dr. Manoel Machado.

Adiante, no que tange aos indivíduos desenvolvendo atividades laborais no contexto nacional, encontram-se apenas 98.940 detentos, abrangendo homens e mulheres, e trabalho interno e externo. Dado importante a ser mencionado se traduz no fato da maioria, isto é, mais da metade, destes presos que estavam desenvolvendo atividades laborais, estarem operando funções que apoiavam o próprio estabelecimento prisional, como por exemplo serviço de alimentação e limpeza, sendo que em número corresponde a 50.325 presos, enquanto 16.008 indivíduos preenchiam vagas advindas de parceria entre o estabelecimento prisional e órgãos privados, e 9.500 sujeitos em vagas ofertadas em cooperação entre a administração prisional e órgãos públicos.

Dessa maneira, entende-se que estas disparidades em relação à quantidade de indivíduos presos e o número de indivíduos produzindo atividades educacionais, se explicam com a falta de vagas a serem oferecidas a todos os detentos, assim como o ambiente ultrajante que estes sujeitos estão inseridos. Isso pode ser compreendido de maneira mais nítida em uma pesquisa realizada em acordo entre o Conselho Nacional de Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, intitulada como “O Desafio da Reintegração Social do Preso: Uma Pesquisa em Estabelecimentos Prisionais” realizada em 2015.

Na ausência de vagas para todos os internos, a prioridade era dada aos condenados, sob o argumento de que o tempo de permanência do provisório era imprevisível, havendo alta rotatividade desta categoria de preso. De modo geral, os profissionais de ensino e mesmo os presos consideravam o ambiente prisional como hostil ao trabalho educacional. Existia um conflito entre a garantia do direito à educação e a realidade da prisão, marcada pela superlotação, por violações múltiplas e cotidianas de direitos e pelo superdimensionamento da segurança e de medidas disciplinares. (BRASIL, 2015, p. 18).

Em continuidade, a pesquisa também apresentou como um problema na efetivação das

atividades educacionais, o número limitado de salas de aula – em conformidade com os dados apresentados anteriormente referente ao ano de 2020, trazendo o entendimento de que após 5 anos o mesmo obstáculo persistia –, a infraestrutura instável, o pequeno número de horas destinadas à educação, a insuficiência no preparo de professores e o interrompimento das atividades educacionais por parte da administração como forma de punição, como pode ser visto a seguir: “a suspensão das atividades educacionais constituía em castigo aplicado ao conjunto de presos quando a segurança era ameaçada, ficando à mercê da boa vontade de dirigentes e agentes penitenciários retomá-las.” (BRASIL, 2015, p. 18).

No mesmo sentido, ao tratar da questão do desenvolvimento de atividades laborais dentro do cárcere, tem-se como escasso o número de vagas, a medida em que não há oferecimento de vagas a todos os detentos, a mesma pesquisa citada anteriormente expõe esta questão, apresentando que as oportunidades de trabalho eram reduzidas, sendo acessíveis apenas a uma parcela dos reclusos, o que resulta no trabalho como o privilégio de alguns, mesmo sendo desejado por muitos.

Dentre as atividades exercidas por uma parcela dos encarcerados, em 2015 encontram-se os mesmos serviços descritos no relatório de 2020 realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, principalmente os realizados nos interiores dos presídios.

Os presos trabalhavam dentro e fora dos complexos prisionais. As atividades laborais realizadas no interior estavam principalmente relacionadas à manutenção dos presídios (limpeza, obras de reparo, cozinha, capinagem etc.), mas havia também trabalhos ofertados por empresas privadas instaladas dentro dos complexos. As atividades externas eram oferecidas por empresas conveniadas, públicas e privadas, que viam vantagens na contratação de presos a baixo custo, sem vínculos empregatícios e encargos sociais. Às vezes as empresas privadas recebiam o benefício da isenção de impostos como estímulo a contratação de presos. (BRASIL, 2015, p. 22).

Em conformidade com o que era realizado no âmbito da educação, pela falta de vagas para desenvolver o trabalho na seara do cárcere, dava-se prioridade aos presos que já estavam condenados, a escolha dos indivíduos levava em consideração o seu comportamento dentro do ambiente. Como supramencionado e de acordo com os artigos 28 e 32 da LEP⁶, a função do trabalho seria a qualificação profissional do detento objetivando o seu desenvolvimento pós cárcere.

Contudo, a atividade laboral era utilizada como forma de ocupar o tempo ocioso dos indivíduos, não atingindo a sua função, a qual foi destinada, ao passo que os serviços realizados não capacitam os indivíduos para a procura de trabalho após o cumprimento da pena. Isso pode ser visto ainda na pesquisa realizada em parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada:

Os trabalhos realizados pelos presos geralmente não contribuíam para a aprendizagem de

6 Art. 28. “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”. Art. 32. “Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.”

um ofício e desenvolvimento de competências procuradas no mercado de trabalho de forma a possibilitar a sua reinserção social, exigindo, em geral, baixíssima qualificação. Assim, embora o trabalho fosse considerado fundamental na política de reintegração, nem todos os postos ofertados no sistema serviam a essa finalidade. Os próprios presos não entendiam o trabalho como meio de adquirirem capacidades técnicas que poderiam ser utilizadas quando de sua libertação, sendo no máximo considerado útil enquanto prática que lhes facilita aquisição de benefícios. (BRASIL, 2015, p. 23).

Diante dessas informações, é possível concluir que a grande maioria dos apenados no país possuem baixo grau de instrução, tanto no quesito educacional quanto no social. Além disso, pode-se entender que estes indivíduos possuem um indicativo de baixa renda, visto que a maioria da população carcerária, de acordo com o DEPEN é composta por indivíduos enquadrados em crimes contra o patrimônio e na lei de drogas, 277.263 e 232.341 indivíduos respectivamente, e como afirma Pastana (2009, p. 132), a maioria dos delitos contra o patrimônio é desenvolvido pelas classes populares.

Entende-se também, que a maior parte dos sistemas penitenciários possuem deficiências significativas, em concordância com Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 230), a falta de orçamentos públicos no financiamento do sistema penitenciário; os agentes técnicos despreparados; a ociosidade, bem como a falta de programas de tratamento que permita a ressocialização do interno; a superlotação das prisões; o mau estado das instalações, são questões que expõem a prisão como um castigo, em detrimento dos fatores relacionados a ressocialização e reintegração social.

Na ótica da Criminologia Crítica, observa-se que é praticamente impossível que a ressocialização ou melhor dizendo, que a reintegração social aconteça através da pena. O ambiente precário em que o sujeito passa a ser inserido, não se alinha aos objetivos declarados da prisão, o que resulta em uma utopia reformista quando depara-se com discursos demandando por penas mais rigorosas ou até mesmo por mais direitos ao condenado. Nos ensinamentos de Alessandro Baratta (2007, p. 02), “Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la [...] tornando menos precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração.”

Sendo assim, nota-se que o obstáculo na ressocialização se encontra na aplicação das penas e na estrutura carcerária⁷ e não na falta de dispositivos que envolvam o teor benéfico ao detento, à medida em que já se fazem presentes textos positivados que declaram estes tipos de raciocínio, como exemplo a ser citado, a própria LEP e como se observa diante do presente escrito, a falha na ressocialização do condenado ainda se faz presente, o que de certa forma, ocasiona a reincidência criminal.

⁷ Importante ressaltar outros aspectos expressos pela criminologia crítica, que influenciam demasiadamente na questão da ressocialização, como fatores relacionados à hegemonia dentro do contexto social, as quais refletem dentro do sistema penal.

4. OS EFEITOS NOCIVOS DA PENA

A ineficiência das finalidades da pena é algo já constatado por diversos autores que debatem a respeito da temática, também é um objeto que pode ser visualizado nos índices correspondentes a inaplicabilidade dos meios utilizados para a ressocialização do apenado, como expostos na seção anterior. Nessa perspectiva, procura-se compreender a ótica do preso e dos agentes de execução penal no que tange à ressocialização e reinserção social, explorando os efeitos negativos da sanção penal e por conseguinte, caminhar para possíveis métodos a serem aplicados no que se refere à prisão.

Na pesquisa realizada pelo CNJ e IPEA supramencionada, em uma interlocução com alguns presos, foi relatado que a prisão era uma das piores experiências vividas pelos mesmos, discorrendo as más condições no cumprimento da pena, a falta de assistência, a superlotação e especialmente a violência que ocorria constantemente. Os detentos acusavam a dificuldade de se dedicar ao estudo, em vista das celas superlotadas, “não havia como estudar em tal ambiente. O que foi de um modo geral avaliado pelos diversos atores como um dos elementos que dificultava a ressocialização.” (BRASIL, 2015, p. 41).

Desse modo, nas investigações realizadas, o cumprimento da pena, em especial o cárcere, era visto como um ambiente repleto de injustiças, visto que o tratamento fornecido ao sujeito ocasionava revoltas, o que de certa forma resultava no retorno destes indivíduos ao crime, ou seja, derivava a reincidência. Em entrevista com os operadores da execução penal, a grande maioria visualizava a reintegração social do preso como uma escolha do mesmo, levando também em consideração as oportunidades que eram oferecidas, entendendo estes operadores, que alguns detentos possuíam índole criminosa⁸.

A maioria dos operadores da execução penal afirmava que a reintegração social do preso só seria possível com um tratamento pautado pelo respeito e pela valorização da pessoa humana. Contudo, nem todos os presos teriam vocação para se reintegrar à sociedade: “uns têm vontade de se ressocializar e uns realmente não querem”. Existiriam “pessoas ruins”, “de índole criminosa”, “convictas de que sua vida é no crime”, e estas não poderiam ser transformadas, merecendo tratamento distinto. Com base em um sistema classificatório, que, desde a entrada no sistema prisional, colocava o indivíduo do lado do bem/bom e do lado do mal/ruim, os presos eram tidos pelos funcionários penitenciários como recuperáveis e não recuperáveis. Nas suas opiniões, os que eram classificados com atributos negativos mereciam ser excluídos das iniciativas voltadas à reintegração social. (BRASIL, 2015, p. 31).

Nesse sentido, outro fator que também perdura até a atualidade, é o estigma que recai ao detento que cumpriu pena, ao passo em que a sociedade não permite seu desenvolvimento

⁸ Observa-se uma semelhança com a linha de raciocínio da criminologia positiva, a qual entendia o crime como algo da essência de determinados indivíduos. Concepção contrária à ideia deste escrito.

principalmente no âmbito profissional. O indivíduo pós cárcere, ao tentar buscar uma oportunidade no mercado de trabalho, depara-se com tamanha dificuldade em sua contratação.

Primeiramente, muitas vezes por não possuir qualificação suficiente, observando que o trabalho dentro do cárcere não o torna apto a desenvolver aptidão necessária em comparação com a que é requerida nos postos de trabalho. E por conseguinte, pelo fato da grande barreira firmada pelo antecedente criminal, visto que o próprio contexto social está repleto de preconceitos contra estes agentes.

nenhum dos entrevistados desconsiderava este estigma que envolve o cárcere, ao que atribuíam uma das principais causas da reincidência criminal. Geralmente a sociedade não oferecia espaço de êxito social para o preso, considerando-o inapto para o convívio em sociedade, tratando-o com preconceito e discriminação, o que gerava revolta, pois consideravam injustos os rótulos vindos de fora. Ao mesmo tempo, viam o estigma como um ônus que teriam de enfrentar quando obtivessem a liberdade, momento para o qual tinham muitos planos, embora a sociedade não estivesse preparada para recebê-los. (BRASIL, 2015, p. 39).

Conforme Ana Caroline Campos e Eric Leandro dos Santos (2014, p. 05), na nossa sociedade ainda há grandes preconceitos contra quem tem antecedentes criminais e se reintegrar no contexto coletivo depois de ter passado por essa condição acaba sendo totalmente difícil, sendo importante mencionar que na seara do mercado de trabalho, as pessoas já encontram dificuldades pela idade, sobretudo pela escolaridade, e o antecedente criminal torna a busca por um emprego praticamente impossível.

Denise Hammerschmidt, Gilberto Giacóia e Paola Oviedo Fuentes (2011, p. 14), expressam que estar preso não se resume apenas à perda do direito à liberdade, há efeitos colaterais provenientes da prisão que são mais graves do que a pena propriamente dita. A estigmatização e o rótulo do egresso se acorrentam a seus familiares, amigos e a todo o seu entorno, levando a eles resultados irreparáveis e, além disso, o estigma da prisão se prende ao egresso de tal forma que dificulta a sua reintegração social.

Ainda em concordância com os autores supracitados, segregar uma pessoa do seu ambiente social, é algo que ocasiona tal complexidade que se torna quase impossível a sua reinserção social, ao passo que esta privação exclui do indivíduo diversos fatores que faziam parte da sua vida social, fazendo com que o mesmo se adapte a outro ambiente totalmente diverso do qual fazia parte. Assim, quanto mais o indivíduo for privado da sua liberdade, maior será o estigma que o mesmo possuirá, dificultando a sua progressão à ressocialização.

Outro efeito negativo que uma instituição total produz e que torna difícil, para não dizer impossível, a ressocialização do recluso é a submissão do interno a um processo de desculturalização, ou seja, a perda da capacidade para adquirir hábitos que correntemente se exigem na sociedade em geral.

Todos os aspectos negativos aqui relacionados a respeito de uma instituição total como a prisão demonstram que esta é instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito

positivo sobre o recluso e reforçam a tese de que a prisão, como resposta penalógica, encontra-se efetivamente em crise. (BITENCOURT, 2011, p. 174).

Evidentemente, neste marco, entende-se que a pena possui diversas falhas que vão desde a ineficiência das suas finalidades, ao observar a estrutura carcerária, a imprecisão no fornecimento de assistências ao recluso e o ambiente que o mesmo está inserido, até o estigma que a mesma deixa no ex-detento, fatores estes que possibilitam observar que a pena no Brasil é concebida apenas como mera punição, nos dizeres de Dirceu Pereira Siqueira e Telma Aparecida Rostelato (2009, p. 121) “estamos bem distante de um modelo prisional adequado e que possibilite ao ex-detento uma correta ressocialização, que lhe ofereça condições de retornar adequadamente para a sociedade”.

Dessa maneira, faz-se necessário refletir acerca de métodos e possibilidades para que seja possível a efetivação concreta da ressocialização ou reintegração social do egresso, nota-se que a reflexão acerca destes mecanismos é apenas o ponto de partida para condições mais humanizadas da pena, assim como para a inclusão do egresso.

A priori, este estudo apresenta a possibilidade de implementação de políticas públicas que dirijam atenção ao condenado, assim como ao ex-condenado. É de suma importância que as assistências descritas na LEP, principalmente as assistências educacionais e as atividades que são destinadas ao trabalho, sejam designadas a todos os presos ao mesmo nível de igualdade, com o aprimoramento das prisões já existentes inserindo espaços propícios para o desenvolvimento de atividades, bem como a contratação de profissionais qualificados para tal objetivo. Dessa forma, isso poderia ser efetivado com uma atenção maior destinada a esses benefícios e não somente a construção de presídios – visto que muito é destinado a este último fator – o que de certa forma poderia produzir mais efeitos benéficos do que a mera criação do cárcere.

O sistema prisional deve, portanto, propiciar aos presos uma série de benefícios que vão desde instrução, inclusive profissional, até assistência médica e psicológica por proporcionar-lhes uma oportunidade de reintegração e não mais como um aspecto de disciplina carcerária – compensando, dessa forma, situações de carência e privação, quase sempre freqüentes na história de vida dos sentenciados, antes de seu ingresso na senda do crime. (BARATTA, 2007, p. 03).

Se tratando do egresso, faz-se necessário também atentar-se para as situações enfrentadas pelo mesmo ao sair do cárcere. Alessandro Baratta (2007, p. 04), nos traz o entendimento de que é necessário promover oportunidades através de instituições, para que seja possível o ex-detento desenvolver qualificações profissionais capazes de integrá-lo ao mercado de trabalho, comprometendo os órgãos institucionais e comunitários a manifestar-se de forma a incentivar, na sociedade, ações favoráveis à reintegração dos egressos, por meio de programas e eventos relacionados à formação educacional, cultural e a debates públicos.

Além disso, em um aspecto mais enraizado, conforme Thomas Mathiesen (2003, p. 97),

destaca-se a relevância da implementação de moradias decentes, programas de trabalho, de educação e de tratamento, assim como uma mudança na política de drogas vigente. O autor destaca que ao legalizar as drogas, tornando-as disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, é uma forma de neutralizar o mercado ilegal, o que reduziria a quantidade de crimes relacionados às drogas.

Diante desses fatores, chega-se à conclusão de que a grande – porém não única – falha das finalidades da pena se encontra nas condições precárias dos estabelecimentos prisionais. Pensar em métodos para a aplicação de políticas públicas para este fator, é uma tentativa de tornar satisfatória a questão da reintegração social, prevenindo também a reincidência criminal. Sendo assim, destaca-se que o primeiro passo seria o investimento na educação e na qualificação de indivíduos que estão dentro do cárcere, humanizando a pena de forma que torne a condição de vida na prisão menos precária, e por conseguinte, o emprego de atividades governamentais que possibilitem a reintegração do egresso juntamente ao contexto coletivo de forma harmônica.

5. CONCLUSÃO

Como discorrido no início deste trabalho, os processos de criminalização são acompanhados cada vez mais por anseios de tipificações de condutas e aumento das penas de ações já criminalizadas, com o intuito de prevenir a criminalidade. Diante disso, observando as finalidades da pena, a mesma passa a ser vista como forma de reprimir a conduta desviante de um indivíduo e ao mesmo tempo, como uma maneira de torna-lo apto a retornar a viver dentro do contexto social, reeducando este sujeito e prevenindo a reincidência. No entanto, indubitavelmente, a ressocialização é um fator falho dentro do cárcere e no momento que o agente retorna ao coletivo, tendo como motivo diversos fatores ligados ao próprio cumprimento da pena e advindos de aspectos sociais que influenciam no insucesso da reintegração do apenado.

Neste marco, esta pesquisa surgiu diante do cenário incongruente relacionado a pena, isto é, da contradição da mesma, ao passo que observando as funções da pena encontram-se a ressocialização e a reintegração social, em contrapartida, visualizando o resultado da sua imposição depara-se com mais resultados maléficos do que benéficos. Nesse caso, a problemática desta pesquisa a ser analisada e respondida, se apresenta da seguinte maneira: A partir dos fundamentos da pena, bem como da sua reflexão no sistema carcerário, quais seriam os motivos do insucesso na ressocialização do indivíduo transgressor? Assim, faz-se necessário a abordagem desta temática pelo fato de que mesmo a pena possuindo finalidades específicas no que tange ao recluso, a mesma não se apresenta como capaz de produzir os resultados esperados por ela, observando o número de indivíduos encarcerados e o perfil dos mesmos.

Nesse sentido, após a primeira seção deste escrito abordar as finalidades da pena, e observar que a mesma não possui somente o caráter retributivo, mas também o preventivo, o segundo capítulo, primeiramente buscou mostrar a forma utilizada para a tentativa de ressocialização, a partir da Lei de Execução Penal, a qual possui a finalidade de proporcionar condições para a reintegração social do condenado de forma harmônica, através do oferecimento de assistências ao apenado, principalmente a educacional e o desenvolvimento de atividades laborais para a sua qualificação profissional.

Contudo, mesmo diante destas assistências, é visualizado, ao observar o perfil carcerário, que há um grande número de indivíduos em situação de privação, números estes que não correspondem a quantidade de reclusos que se beneficiam das assistências descritas na LEP. A priori, cabe mencionar que a maioria dos agentes apenados possuem baixo grau de instrução, sendo que há um número significativo de indivíduos com ensino fundamental incompleto, com ensino médio incompleto e de analfabetos.

Diante desse fator, quando se analisa a quantidade de reclusos em atividades educacionais, depara-se com uma grande discrepância, ou seja, os indivíduos que possuem baixo grau de ensino – compostos pelos três fatores descritos acima – mais da metade deles não desenvolvem atividades voltadas à educação. Este fato justifica-se no ambiente precário dos estabelecimentos prisionais, visto que as instalações destes espaços, não são capazes de proporcionar estudo a todos os indivíduos que estão inseridos neles, ofertando poucas salas de aula, bibliotecas e salas de informática, em comparação com a demanda dentro dos estabelecimentos.

Nota-se que este não se torna o único fator que dificulta as atividades educacionais, a violência, o impedimento da realização do ensino dentro do cárcere, como forma de punição, também se mostram como algo que prejudica o desenvolver destas práticas. Concomitantemente, visualizando a situação no estado do Paraná, mais especificamente no município de Londrina, encontra-se a mesma ocorrência, observando que mais da metade dos agentes em cumprimento de pena, não executam atividades de ensino.

No mesmo sentido, quando se fala no desenvolvimento de atividades laborais dentro do cárcere, o mesmo pode ser dito, isto é, a maioria dos indivíduos não executam práticas que sejam possíveis de qualificá-los para o mercado de trabalho no momento pós cárcere. Dentre estes agentes, há uma predominância na execução de atividades voltadas para o próprio estabelecimento prisional, sendo poucos os sujeitos que estão preenchendo vagas em órgãos públicos e privados, o quais são parceiros dos estabelecimentos prisionais.

Em paralelo com a dificuldade da reeducação dentro do cárcere, o egresso também encontra dificuldade de se estabelecer, visto que a pena o fornece um grande estigma social que

impacta no momento do mesmo se reintegrar no contexto coletivo. A dificuldade na procura de emprego, por motivos de baixa qualificação profissional, baixo grau educacional e do demérito proveniente dos antecedentes criminais, se tornam algo extremo maléfico para o egresso.

Dessa maneira, entende-se como praticamente impossível o êxito da ressocialização através da pena, ao passo que as oportunidades aos apenados não são oferecidas de forma equilibrada, os próprios reclusos não enxergam o cárcere como forma de se ressocializar, o que de certa forma, resulta na reincidência criminal.

Sendo assim, conclui-se com esta pesquisa, que os motivos do insucesso da ressocialização do apenado, se encontram nas instalações precárias dos estabelecimentos prisionais, bem como na ineficiência das assistências destinadas aos presos. Desse modo, torna-se de suma importância refletir acerca de métodos para um possível enfrentamento deste embaraço. Inicialmente, sugere-se uma maior atenção e maior investimento nos estabelecimentos prisionais para melhorar suas estruturas e tornar possível o oferecimento das assistências a todos os reclusos, visto que há maior preocupação na construção de novos presídios em comparação com a melhora dos já existentes.

Por conseguinte, se torna importante mencionar a necessidade de políticas públicas voltadas para o egresso, como forma de oferecer oportunidades ao mesmo, desde a capacitação profissional até o incentivo na sociedade, para que a mesma possa favorecer a reintegração do ex-detento. Além disso, torna-se a frisar a importância de implementação de moradias decentes, programas de trabalho, programas educacionais e ações voltadas ao desenvolvimento cultural dos indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou Controle Social: Uma Abordagem Crítica de “Reintegração Social” do Sentenciado**. Universidade de Saarland, R.F.A. Alemanha Federal. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wpcontent/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 30 de agos. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Volume 1. 26 ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de agos. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 28 de agos. 2021.

BRASIL. **Departamento Penitenciário do Paraná Setor de Educação e Capacitação**. Dezembro de 2020. Disponível em:

http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/EducacaoeTrabalho/2020/eb_dez.pdf. Acesso em: 02 de set. 2021.

BRASIL. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Janeiro a Junho de 2020. Brasília: Ministério da Justiça, 2020. Disponível em:

<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil> Acesso em: 01 de set. 2021.

BRASIL. **O Desafio da Reintegração Social do Preso: Uma Pesquisa em Estabelecimentos Prisionais**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. Disponível em:

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf. Acesso em: 19 de agos. 2021.

CAMPOS, Ana Caroline Anunciato de; SANTOS, Eric Leandro dos. A Ressocialização do Preso Junto à Sociedade. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**. Julho de 2014. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/nZUTrgZIZGsNcbg_2019-2-28-17-37-30.pdf. Acesso em: 01 de set. 2021.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. A Prisão e a Condição Humana do Recluso. **Argumenta Journal Law**, n. 15, p. 131-162, Jacarezinho-PR, 2011. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/202/201>. Acesso em: 17 de set. 2021.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3 ed. – São Paulo: Editora WMPP Martins Fontes, 2016.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - abolição, um sonho impossível? **Revista do Núcleo de Sociabilidade Libertária**, n. 4, p. 80-111, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em: 02 de set. 2021.

OLIVEIRA, Samyle; SANTANA, Selma; CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos. **Argumenta Journal Law**, n. 28, p. 155-181, Jacarezinho – PR, 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1359/pdf>. Acesso em: 17 de set. 2021.

PASTANA, Débora. Justiça Penal Autoritária e a Consolidação do Estado Punitivo no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, n. 32, p. 121-138, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28601/18814>. Acesso em: 02 de set. de 2021.

SANTIAGO, Mir Puig. **El Derecho Penal em el Estado Social y Democrático de Derecho**. 1 ed. – Barcelona: Editora Ariel, S. A. 1994.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RESTELATO, Telma Aparecida. Inclusão Social dos Ex detentos: A Alegria do Retorno à Sociedade *Versus* a Dificuldade de Ressocialização. **Argumenta Journal Law**, n. 11, p. 111-123, Jacarezinho-PR, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/146/146>. Acesso em: 23 de set. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume Teoria Geral do Direito Penal.** 4 ed. – Rio de Janeiro, Editora: Revan, 2011.

A (IN)APLICABILIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA PARA OS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA SOBRE A EXCLUDENTE DE ILICITUDE NA ATIVIDADE POLICIAL NORTE-AMERICANA

Fernando Martins Xavier de ALMEIDA¹

Glauco Roberto Marques MOREIRA²

RESUMO

Apresentar-se-á, no presente artigo, uma discussão doutrinária a respeito da legítima defesa, causa excludente de ilicitude, visando analisar seus fundamentos a partir de uma abordagem científica. Desse modo, serão aludidos conceitos básicos dos assuntos afetos ao tema, como o conceito de legítima defesa a partir da teoria geral. Será abordado de maneira imparcial a problemática que ocorre em torno da previsão legal da legítima defesa a partir do advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Chega-se ao âmago do tema com a discussão entre os autores que defendem e que refutam a possibilidade de aplicação da legítima defesa para a autoridade policial, fazendo uma comparação a legislação estrangeira. E enfim, busca-se chegar à conclusão, com o intuito de sanar o questionamento sobre a possibilidade de agentes de segurança pública agir em legítima defesa ou estaria diante apenas de um estrito cumprimento do dever legal.

PALAVRAS-CHAVE: Excludente de ilicitude. Pacote Anticrime. Legítima defesa. Autoridade Policial.

ABSTRACT

In this article, it will be presented a doctrinal discussion about self-defense, a cause of exclusion of illicit, aiming to analyze its fundamentals from a scientific approach. Therefore, it will be alluded basics concepts of the subjects related to the theme, such as the concept of self defense from the general theory. It will be addressed in an impartial way the issues surrounding the legal provision of self defense from the advent of the law 13.964/2019 (Anti-crime Package). The core of the theme is reached with the discussion among authors who defend and refute the possibility of applying self-defense to the police authority, making a comparison with foreign legislation. And finally, it seeks to reach the conclusion, with the aim of solving the questioning about the possibility of public security agents acting in self-defense or if would be facing only a strict compliance with the legal duty.

KEY WORDS: Excluder of illegality. Anti-crime Package. Self-defense. Police Authority.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo realizar um estudo a respeito do artigo 25 do Código Penal Brasileiro, o qual dispõe sobre o instituto da legítima defesa, e as alterações trazidas pela Lei

-
- 1 Graduando do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Membro do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais do Estado de São Paulo. Bolsista do Projeto de Iniciação Científica da Toledo Prudente. E-mail: fernandozkadvogados@gmail.com.
 - 2 Doutor e Mestre em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP); graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário (1991); professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Toledo Prudente Centro Universitário; atua principalmente nos seguintes temas: pena, Constituição, direitos fundamentais. Orientador do trabalho.

13.964/2019 (Lei Anticrime). O presente trabalho tem como intuito também, analisar a legislação vigente que ampara e assegura a legítima defesa na atuação policial, e expor a perspectiva doutrinária brasileira.

Este instituto passou a ser amparado por uma nova abordagem, concedendo uma nova interpretação no que diz respeito aos excessos oriundos das atividades dos agentes de segurança pública que repelem agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Foi adotado um estudo dividido em quatro capítulos, vislumbrando a construção de um raciocínio concreto, delimitando os principais conteúdos referentes ao tema. Posto isso, inicialmente, será feita uma análise sobre as causas excludentes de ilicitude.

A seguir, diante da delimitação das causas de excludentes de ilicitude, supramencionadas no segundo capítulo, que também abordará os fundamentos e requisitos que compõem a legítima defesa, dispostos no artigo 25 do Código Penal Brasileiro.

Em seguida, será feita uma análise sobre a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “Lei Anticrime” e suas principais alterações no Código Penal Brasileiro, mais precisamente, no artigo objeto de estudo deste trabalho. Após isso, será feita uma avaliação da possibilidade ou não da aplicação do instituto da legítima defesa para atividades realizadas pelos agentes de segurança pública.

Seguidamente, será feita uma comparação entre a aplicação da legítima defesa no Brasil com os Estados Unidos da América, e quais suas diferenças nos órgãos de polícia, e a implicação que isso tem nas políticas de segurança pública no território nacional.

Por fim, será abordado uma discussão sobre as diferentes opiniões sobre o tema, levantando a dúvida sobre a necessidade de implementação de um parágrafo único do artigo 25, do Código Penal, para dispor sobre os excessos praticados por agentes de segurança pública, e se isso seria ou não uma hipótese de estrito cumprimento do dever legal, invés de legítima defesa. Além disso, serão demonstradas, a partir de jurisprudências, aplicações da excludente da legítima defesa em casos concretos, a fim de exemplificar a ocorrência de cada um de seus requisitos e confrontá-lo com o instituto do estrito cumprimento do dever legal.

O objetivo principal deste trabalho, teve como propósito levantar a dúvida e esclarecer se é possível a aplicação da legítima defesa na atividade policial, quais os efeitos disso com a modificação do artigo 25 do Código Penal Brasileiro, concedendo ao leitor a observância das supostas necessidades para a ampliação de interpretação sobre a legítima defesa, tendo em vista que, esse direito já estava abrangido no caput do artigo deste mesmo instituto, já servindo para casos concretos que envolviam os agentes de segurança pública.

No tocante a metodologia de pesquisa, desenvolve-se a parte teórica a partir da análise do Direito Comparado, bem como, levantamentos bibliográficos, sendo a pesquisa descritiva e exploratória. Apresenta-se através de uma metodologia dedutiva, indutiva, hipotética dedutiva, histórica e crítica, baseada em livros, revistas e posicionamentos jurisprudenciais, bem como serão utilizados artigos científicos e publicações da internet, de origem nacional e estrangeira, voltados para os aspectos envolvidos no artigo.

Portanto, além de todo o exposto, o presente trabalho visa o melhor entendimento possível, objetivando colaborar com a solução da problemática e da complexidade que rodeia os assuntos aqui retratados.

2. EXCLUDENTES DE ILICITUDE: DA LEGÍTIMA DEFESA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No ordenamento jurídico penal, temos normas proibitivas, que vedam a prática de determinadas condutas. Contudo, existem também normas permissivas, as quais tornam lícitas condutas descritas em normas incriminadoras.³

Entre as normas referidas, evidenciam-se as excludentes de ilicitude, também chamadas de excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação, conforme leciona Bittencourt⁴, sendo elas: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal, em que o fato típico praticado nessas condições, não será considerado crime.

Estipula o Artigo 23 do Código Penal Brasileiro que “não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito”.

Corroborando com o acima narrado Damásio de Jesus⁵, ao elucidar que as excludentes de ilicitude, possuem a natureza jurídica de norma permissiva, autorizando a prática de uma conduta inicialmente proibida, ou seja, sendo que estas não apenas impedem a imposição da sanção penal ao autor de um fato típico, mas afastam a ilicitude da conduta do agente, tornando o fato praticado lícito.

Em virtude do exíguo espaço de exposição, este trabalho pretende se voltar à excludente da legítima defesa, em conformidade as afirmações de Rogério Greco⁶, caracteriza-se como um dos

3 ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado – parte geral** / André Estefam; Victor Eduardo Rios Gonçalves. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.603-604.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.949-950.

5 JESUS, Damásio de. Parte geral / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.491-492.

6 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** / Rogério Greco. – 14a ed. Niterói, RJ: Impetus,

institutos mais antigos do Direito Penal, e se fundamenta no espírito de sobrevivência do ser humano, evidencia-se que apesar da sua prolongação ao passar dos anos, jamais pode ser confundida com vingança privada. Essa concepção é ratificada pelo próprio Victor Eduardo Rios Gonçalves⁷, que reconhece que a legítima defesa representa uma reação natural, um instituto que concede a vítima a defender seu bem jurídico tutelado, agredindo bem jurídico do agressor, apresentando-se a forma mais primitiva de reação contra o injusto.

Como já se afirmou, o Estado por meio de seus representantes legais, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, logo não possui condição de conceder proteção integral a todos os cidadãos, razão pela qual permite a possibilidade de em determinadas situações, agir em sua própria defesa⁸.

Esse também é o pensamento citado por Miguel Reale Júnior, ao aduzir que:

A natureza do instituto da legítima defesa é constituída pela possibilidade de reação direta do agredido em defesa de um interesse, dada a impossibilidade da intervenção tempestiva do Estado, o qual tem igualmente por fim que interesses dignos de tutela não sejam lesados.⁹

Enfatiza-se, em sentido contrário, José Cezero Mir expõe:

A impossibilidade de atuação dos órgãos do Estado não é sequer um pressuposto ou requisito da legítima defesa. Se a agressão coloca em perigo o bem jurídico atacado, a defesa é necessária com independência de que os órgãos do Estado possam atuar ou não nesse momento de um modo eficaz. Se o particular, ao impedir ou repelir a agressão, não vai mais além do estritamente necessário e concorrem os demais requisitos da eximente, estará amparado pela mesma, ainda que um agente da autoridade houvesse podido atuar nesse mesmo momento, do mesmo modo.¹⁰

A legítima defesa se mostra descrita no Artigo 25 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Extraem-se dele os requisitos autorizadores, sendo: existência de uma agressão, atualidade ou iminência da agressão; injustiça dessa agressão; agressão contra direito próprio ou alheio; conhecimento de situação justificante; uso dos meios necessários para repeli-la; uso moderado desses meios¹¹.

Elucida-se detalhadamente os requisitos da legítima defesa: agressão injusta, consiste na ameaça humana de lesão de um interesse juridicamente protegido¹², ou segundo Welzel, entende-se

2017, p.318-319.

7 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado – parte geral** / Victor Eduardo Rios Gonçalves. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.601-602.

8 GRECO, Rogério. **Op. Cit**, p. 320.

9 REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 200, p. 76.

10 CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español** – Parte general. Editora Tecnos Editorial S A., v. II, 2009, p. 210-211.

11 JESUS, Damásio de. **Parte geral** / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.491-492.

12 MAURACH, Reinhart. **Derecho penal** – Parte general. Editora: Buenos Aires, Astrea, 1994. p. 440.

a ameaça de lesão de interesses vitais juridicamente protegidos (bens jurídicos), provenientes de uma conduta humana¹³; atual ou iminente, diz relação ao momento, sendo atual o que está ocorrendo e iminente, aquela que está prestes a acontecer¹⁴; a direito próprio ou de terceiros, podendo ser defendido não só direitos do defensor, como também podendo intervir na defesa de terceira pessoa, ainda que esta última não lhe seja próxima, como nos casos de amizade e parentesco, caracterizando em legítima defesa própria ou legítima defesa de terceiros¹⁵; meios necessários se refere ao instrumento menos lesivo posto à disposição do agredido para repelir injusta agressão¹⁶; moderação se revela no uso dos meios necessários dentro do limite razoável para conter a injusta agressão¹⁷; e conhecimento da situação justificante, tendo em vista que o agente deve ter conhecimento da situação justificante no instante da prática dos atos de repulsa à injusta agressão¹⁸.

Seguindo o mesmo entendimento, Cezar Roberto Bittencourt elucida que a legítima defesa deve seguir uma série de requisitos objetivos, originando-se por repulsa a uma injusta agressão, uma vez sendo a agressão justa, não há que se alegar legítima defesa, e sendo injusta deve ser atual ou iminente, ou seja, deve estar ocorrendo ou prestes a acontecer, podendo tutelar tanto bem jurídico próprio ou de terceiros, devendo-se se utilizar para tanto os meios necessários, tratando-se daqueles à disposição no momento e que sejam suficientes para cessar a injusta agressão, os quais devem ser utilizados de forma moderada, objetivando deter a agressão de forma proporcional¹⁹.

Em suma, não basta somente a presença de seus elementos de natureza objetiva, devendo estar presente durante todo o passo os requisitos subjetivos da legítima defesa, qual seja conhecimento da situação justificante no momento da conduta, sendo preciso que o agente que atua nessa condição, acreditar agir assim, visto que se o agente tem sua conduta pautada por dolo diverso da legítima defesa, ou caso tome conhecimento que existia tal possibilidade em momento anterior, não se poderá cogitar de exclusão da ilicitude de sua conduta, permanecendo esta, contrária ao ordenamento jurídico.²⁰

Enrique Cury Urzúa, atento às modificações trazidas pela teoria finalista, conclui:

O objeto do juízo de antijuridicidade é, para esta teoria, a ação final típica, composta por elementos materiais e psíquicos (objetivos e subjetivos). Esta conduta, por isso, será

13 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 4 ed. Santiago: Editoria Jurídica de Chile, 1997, p. 101.

14 GRECO, Rogério. **Op. Cit.**, p.318-319.

15 CAPEZ, Fernando. Parte geral / Fernando Capez. **Coleção Curso de direito penal**. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 528.

16 ESTEFAM, André. **Direito penal** – volume 1: parte geral - arts. 1º a 120 / André Estefam. - 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.386.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.939-945.

18 JESUS, Damásio de. **Op Cit.**, p.494.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.**, p.939-945.

20 GRECO, Rogério. **Op. Cit.**, p.322.

adequada ao direito quando não só sua face objetiva (material) se identifique com a situação descrita pela causa de justificação, senão também sua finalidade. Ação típica justificada é aquela que desde o ponto de vista material realiza todos os pressupostos de uma causa de justificação e cuja finalidade se orienta a essa realização. Toda causa de justificação, portanto, implica um elemento subjetivo, a saber, a finalidade de atuar amparado por ela ou, mais amplamente, de conduzir-se conforme o direito.²¹

Enfatiza-se que apesar de alguns doutrinadores exigirem a inevitabilidade como requisito da legítima defesa, ou seja, se não havia a possibilidade de o agente evitar a agressão ou dela se afastar discretamente, por outro lado, Fernando Capez ilustra que a lei brasileira não exige a obrigatoriedade de se evadir da lesão (*commodus discessus*), não se mostrando requisito para a legítima defesa que a agressão seja inevitável, tendo em vista que, em comparação ao estado de necessidade, cujo dispositivo legal à evitabilidade ao dispor “nem podia de outro modo evitar”, evidencia-se que a legítima defesa não traz tal disposição em seu dispositivo legal, de tal modo é irrelevante a possibilidade de o agente poder fugir do local, podendo exercer seu direito de defesa quando agredido.²²

Dessa forma, o agente não está obrigado a buscar uma fuga do local em vez de repelir a injusta agressão, podendo diante do caso concreto optar por permanecer e repelir a injusta agressão dentro dos limites legais, estando amparado pela excludente da legítima defesa.

2.1. Alegítima defesa a partir da lei nº 13.964/2019

Em 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime” ou “Lei Anticrime”, que trouxe uma significativa mudança no artigo que dispõe sobre a legítima defesa.

A alteração, no que se refere ao Artigo 25 de Código Penal Brasileiro, indica em seu parágrafo único “observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Esta atualização legislativa trouxe a hipótese em que os agentes de segurança pública poderiam estar amparados pela excludente da legítima defesa, diante do excesso praticado contra o agressor.

Surge diversas discussões sobre a necessidade de inserir um parágrafo único no Artigo 25 do Código Penal Brasileiro, posto que o conteúdo disposto no dispositivo permite uma interpretação e uma aplicação extensiva, tanto para cidadãos como para agentes de segurança pública que repudia injusta agressão, atual ou iminente, usando moderadamente dos meios necessários. Assim sendo, há

21 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal* – Parte general, t. I, Editora Marcial Pons *Ediciones Jurídicas y Sociales*, 2003, p. 358.

22 CAPEZ, Fernando. *Op. Cit.*, p. 530.

a compreensão de que a inserção do parágrafo único seria uma forma de tornar a norma penal explicativa.

Se a análise do novo dispositivo partir de uma conjectura que o legislador queria ampliar o conceito de legítima defesa, abordando especificamente casos que envolvam agentes de segurança pública, estaria levando uma ideia de mitigação do princípio da isonomia, princípio este resguardado no art.5º, *caput*, da Constituição Federal, que visa resguardar a todos o tratamento justo e igualitário diante das aplicações das normas legais.²³

Sergio Murilo Fonseca Marques Castro define:

Contudo, dado inexistir controvérsia na sociedade civil a respeito da plena aplicabilidade do conceito de legítima defesa em favor de agentes de segurança pública, faz parecer que o legislador pretendeu, isto sim, preconizar uma espécie de legítima defesa apriorística, cuja atualidade ou iminência da agressão far-se-ia presente em qualquer hipótese de crime mediante a utilização de reféns, desde que o autor da conduta típica seja um profissional da segurança pública.²⁴

Demonstra-se o fato que o dispositivo se refere à uma espécie de agressão, a agressão que é dirigida contra a vítima que já se encontra privada de liberdade, mantida refém durante a prática de crimes. Logo, diante desse cenário, é autorizada a intervenção do agente de segurança pública que usar moderadamente dos meios necessários para afastar o risco de agressão, sendo significativo que para afastar o risco da ocorrência de determinada agressão, não pode o agente de segurança pública cometer excessos, tendo em vista que os resultados lesivos produzidos em excesso de defesa são ilícitos, nos moldes do parágrafo único do Código Penal Brasileiro.²⁵

2.2. A(in)aplicabilidade da legítima defesa nas atividades policiais no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a polícia é um órgão do Estado que possui o objetivo de preservar a ordem pública, o patrimônio público e manter a seguridade social, além de terem papel importante na repressão e na investigação de prática de crimes presentes na sociedade.²⁶

Veja algumas atividades da polícia que se enquadra como poder de polícia: Realização de abordagens a indivíduos suspeitos, captura de criminosos e fugitivos, segurança em estabelecimentos prisionais, combate a crimes ambientais, repressão ao tráfico de drogas, fiscalização nas rodovias estaduais dentre muitas outras atribuições.²⁷

23 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **O advento da Lei no 13. 964/2019 e a sua incidência na causa excludente de ilicitude: Legítima defesa para os agentes de segurança pública.** 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14656/1/21600972%20Gabriel%20Oliveira.pdf>

24 CASTRO, Sergio Murilo Fonseca Marques. **Reflexões sobre a lei 13.964/19 (Pacote anticrime)** —Migalhas. Publicado em 28 de janeiro de 2020. ConJur. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319243/reflexoes-sobre-a-lei-13-964-19--pacote-anticrime>.

25 GALVÃO, Fernando. **Legítima defesa por agente de segurança pública.** Publicado em 10/03/2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>.

26 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **Op., Cit.**

27 TEIXEIRA, Francisco Wandier. **Legítima defesa da atuação policial.** Universidade Estadual Do Ceará Centro De

Sob o prisma do Direito Penal, o policial se depara diariamente com muitas ocorrências, que vão desde a uma simples abordagem de um indivíduo suspeito, até um confronto com assaltantes fortemente armados, por conta disso a atuação policial deve também se atentar a evitar o uso do excesso nessas suas práticas corriqueiras, além de averiguar quando a atuação é legal, dado os casos alegados de antijuridicidade, como por exemplo, a disposta no Artigo 25 do Código Penal Brasileiro e em seu parágrafo único, onde entendem estar amparados pela excludente da legítima defesa.

Diante do exercício do poder de polícia, há de se atentar aos limites da legítima defesa dos policiais frente ao combate as agressões advindas de ações criminosas. Assim, como qualquer pessoa, os agentes devem sempre atuar de acordo com os preceitos legais, contidos nas normas vigentes.²⁸

Na contemporaneidade, surgem cada vez mais noticiais acerca das atividades policiais e de suas ações que visam combater a criminalidade. Tragicamente, se vê confrontos entre criminosos e agentes que acabam resultando na morte de uma das partes ou de terceiros, apesar de não se pode generalizar a respeito da atuação jornalística, grande parte dessa cobertura dedica-se a um tipo de jornalismo sensacionalista, espetacular, próprio do universo do *fait divers*, cujas características são a exposição da violência, da morte, do acidente, do bizarro do comportamento do homem.²⁹

Com a manchete de capa “Polícia Que Não Funciona”, a Revista Época do dia 3 de maio de 2004, descreve a atuação de policiais do Rio de Janeiro e São Paulo. O subtítulo destaca que as polícias dessas duas capitais matam mais do que a dos Estados Unidos. A partir de fontes como a Ouvidoria de Polícia de São Paulo, da Secretaria Estadual de Segurança Pública de São Paulo, de especialistas em segurança pública, de familiares das vítimas, de vítimas e Ongs, a publicação mostra os dados da violência policial nessas duas capitais³⁰. Apesar dos aspectos, relacionados aos efeitos de sentidos criados na manchete de capa da matéria, que poderiam ser objeto de análise científica, esse tipo de reportagem também contribui para a discussão da área de segurança pública e suas teias políticas e ideológicas. Mas, acima de tudo, confirma o que está dito na própria matéria, que infelizmente os brasileiros estão prestando mais atenção no “lado assassino da polícia”.³¹

Sob o viés jurídico, quando a atuação policial resulta na morte de um criminoso ou de um terceiro, essa atuação deverá ser analisada, aspirando saber se a polícia agiu amparado por uma

Estudos Sociais Aplicados Curso De Especialização Em Direito Penal E Direito Processual Penal, 2014.

28 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **Op., Cit.**

29 ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue: Um estudo do sensacionalismo da imprensa.** Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo da imprensa, 1995, p. 151.

30 NJAINE, Kathie. **A imagem do policial na mídia escrita: Estudo comparativo de quatro capitais brasileiras.** A imagem do policial na mídia escrita: estudo comparativo de quatro capitais brasileiras, 2006.

31 Época, 3/5/2004, pg. 98.

excludente de ilicitude, ou seja, se agiu em legítima defesa.

Ocorre que, averiguando os requisitos trazidos pelo Artigo 25 do Código Penal Brasileiro, a atuação do policial poderá ser amparada pela excludente da legítima defesa. Contudo, o limite para que seja amparado pela excludente de ilicitude, tanto para agente policial como para qualquer outro cidadão estão contidos neste referido artigo, tendo em vista que, não basta apenas repelir a injusta agressão de uma pessoa que está praticando um crime para que haja a sua aplicação, precisa-se também que a agressão tenha sido contida com o uso dos meios necessários, observando-se os limites para que não haja o excesso.³²

Dessa maneira, uso de arma de fogo deve ser entendido como a última hipótese de meio necessário para repelir uma injusta agressão, em razão de que na maioria das vezes a prática do delito e a atuação policial ocorrem em locais movimentados, em que há civis circulando, e tragicamente pode ferir alguém.³³

Apesar disso, na ocorrência policial, o policial é tomado por uma grande carga de adrenalina, explosão de sentimentos, mistura de emoção, ódio e medo de morrer, medo de deixar a família desamparada, medo de matar um inocente, medo de após matar um criminoso que tentou contra sua vida e seus colegas ainda assim ser julgado e condenado, enfim, a tarefa não é fácil, porém é uma missão de extrema importância para que haja ao menos um mínimo de sensação de segurança na sociedade³⁴. Porém, sempre levando em consideração o princípio da segurança jurídica, pois ao policial também é assegurado tal dispositivo, sendo vital demonstrar que tal princípio não é simples fato, mas sim, um valor, postulado basilar da ordem jurídica, referido diretamente à dignidade da pessoa humana.³⁵

Apesar das constantes notícias diárias do potencial crescimento no número de mortes de pessoas por policiais, é evidente que as condutas praticadas são analisadas a luz das leis vigentes, garantindo aos agentes o direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista que são direitos assegurados a todos pela Constituição Federal Brasileira.

Após analisado e submetido a uma investigação efetiva, preenchidos todos os requisitos da legítima defesa, é incontestável que será cabível a sua aplicação, resultando, na absolvição do agente, já que o ato praticado teve a presença das circunstâncias isenta o réu da pena, conforme disposto nos artigos 397,386 e 415, do Código de Processo Penal.³⁶

32 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **Op., Cit.**

33 GARCIA, Cornélio M. **A legítima defesa e seus excessos**. Revista Jurídica: Jataí/ Ab Origene – CESUT em revista, n.4, v.3., 2002, p.141-146.

34 TEIXEIRA, F. W. (2014). **Legítima defesa da atuação policial**. Universidade Estadual Do Ceará Centro De Estudos Sociais Aplicados Curso De Especialização Em Direito Penal E Direito Processual Penal, p. 40.

35 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** / Luiz Regis Prado. – 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.404.

36 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **Op., Cit.**

3. A (IN)EFICÁCIA DA POLÍCIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE COMPARADA A POLÍCIA NORTE-AMERICANA E O INSTUTO DA LEGÍTIMA DEFESA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Todo o sistema organizacional da polícia brasileira está baseado especialmente no artigo 144 da Constituição Federal Brasileira³⁷. Contudo, cada estado tem autonomia para efetivar o meio de formar essa estrutura, nos moldes do artigo 141 da própria Constituição³⁸, que detém a liberdade de tal criação. Entretanto, com a grande extensão do país, e o aumento constante da criminalidade e da violência, houve a necessidade da criação da divisão das policiais, de acordo com o grau de gravidade de cada caso.³⁹

Na contemporaneidade, além das organizações militares da União, encontram-se também as organizações e forças policiais brasileiras divididas em: Civil, Militar, Federal e Rodoviária Federal. Porém, cada um com sua função individual e sustentando uma correlação existente⁴⁰.

É inquestionável que, apesar de aparentemente o sistema de segurança ser bem dividido e subordinado, não se vê isto surtindo efeitos por vários anos no Brasil. Dado que, este mesmo sistema toma algumas iniciativas após a ocorrência e não impossibilitam que novos delitos aconteçam, em razão do aumento exponencial do número de demandas, deixando assim o sistema inoperante.⁴¹

É por conta desta falta de organização que se encontra um dos principais problemas do aprimoramento das policiais brasileiras.⁴²

Nos Estados Unidos da América, a polícia norte-americana é dividida em dez departamentos, que possuem, assim como as policiais brasileiras, funções particulares e específicas com o objetivo de manter a ordem social e a democracia, na qual possuem uma grande relevância,

37 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - Polícia federal; II - Polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - Polícias civis; V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - Polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019)

38 Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei.

39 FOUREAUX, Rodrigo. **Autoridade policial, polícia militar e segurança pública**. 2013. Disponível em: <https://rodrigofoureaux.jusbrasil.com.br/artigos/121942854/autoridade-policial-policia-militar-e-seguranca-publica>.

40 BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; DE ABREU, Sérgio Roberto. **A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã**, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/YnF7wwP4V9TFhxvbpXJysGq/?lang=pt>.

41 FUZÁRIO, Bárbara. **A unificação das polícias é a solução para a crise de segurança no Brasil?** Canal Ciências Criminais, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/473860285/a-unificacao-das-policias-e-a-solucao-para-a-crise-de-seguranca-no-brasil>

42 BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; DE ABREU, Sérgio Roberto, **Op. Cit.**

e, este é o motivo pelos quais se chamam “*law enforcement*”.⁴³

O *Sheriff* é responsável pela segurança da comunidade, caracterizado como a autoridade que detém a mais tradicional das forças policiais, e encarregado pela *City Office*, e funções como a administração da cadeia, intimações, despejos e outros serviços públicos, também costuma tratar dos casos relativos à área suburbana e rural do Condado, ou conhecida pela maioria dos estados como *County*, que é a unidade geopolítica.⁴⁴

Nas regiões metropolitanas, existe o departamento de polícia da cidade administrado pelo poder público municipal, devidamente identificado com uma sigla composta pelas iniciais do nome da cidade seguida pelas letras PD (*Police Department*).⁴⁵

A polícia estadual é denominada *State Troopers*, a qual tem como função, tratar das questões que ultrapassam os limites das cidades e condados, semelhante com o papel realizado pela polícia militar brasileira. Quanto às agências federais, os Estados Unidos da América possuem inúmeras forças policiais federais, cada um com suas atribuições particulares.⁴⁶

No tocante ao *Federal Bureau of Investigation* ou Departamento Federal de Investigação, também conhecido como FBI⁴⁷, são aqueles que tem competência para investigar crimes federais, ou crimes comuns que, pela sua dimensão, alcançam essa condição. O que não possui semelhanças com nenhuma polícia brasileira, tendo em vista que os agentes do FBI podem comandar situações que, normalmente, caberia à Polícia Local.⁴⁸

Os *United States Marshals Service*, também denominado como Serviço de Delegados dos Estados Unidos, que são semelhantes a polícia federal brasileira, exercem suas funções vinculadas às cortes federais, zelando pela sua segurança e a de seus membros. Estes são responsáveis por investigar crimes federais específicos e lidam com a captura dos procurados pela Justiça Federal Americana, bem como da custódia dos presos federais. Com relação ao Serviço de Imigração, possuem sob o seu poder questão relativas à entrada e permanência de estrangeiros nos Estados Unidos, realizando sua função subordinado ao *Department of Homeland Security*.⁴⁹

43 "Auxiliary Police and Part Time Law Enforcement Officer Training Standards". Virginia Department of Criminal Justice Services. DCJS VA. Retrieved March 18, 2016.

44 MENDONÇA, Olavo Freitas; DANTAS, George Felipe Lima. **Um Estudo de Polícia Comparada: Brasil e Estados Unidos da América**. Publicado em 23/05/2016. Disponível em: <https://fenapef.org.br/um-estudo-de-policia-comparada-brasil-e-estados-unidos-da-america/>.

45 WAXMAN, Olívia B. "How the U.S. Got Its Police Force". 18/05/2017. Published in TIME. Disponível em: <https://time.com/4779112/police-history-origins/>.

46 POTTER, Gary, *The History of American Policing*, e-book. Publicado em 22 fev. 2016.

47 ROSEN, Jeffrey. "Who's Watching the F.B.I.?". *The New York Times Magazine*. Archived from the original on May 12, 2011. Retrieved February 15, 2011.

48 "The Federal Bureau of Investigation's Efforts to Protect the Nation's Seaports". U.S. Department of Justice, Office of Inspector General. March 2006. Archived from the original on October 1, 2009. Retrieved February 15, 2011.

49 "Department of Justice Organisation, Mission and Functions Manual: United States Marshals Service". United States Department of Justice. n.d. Retrieved January 7, 2018.

A Patrulha da Fronteira dos Estados Unidos ou *United States Border Patrol*, buscam cuidar de todas as questões relacionadas ao ingresso e permanência ilegal no território norte-americano, inclusive nos estados localizados no interior do país, sem fronteira externa, detectando e evitando que estrangeiros ilegais, terroristas e armas terroristas entrem no território americano e preserva o tráfico ilegal de pessoas e contrabando.⁵⁰

Por fim, encontra-se o *Drug Enforcement Administration* (DEA), sendo um órgão de agência federal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, sendo centralizado ao combate as drogas ilegais, política de combate ao tráfico e entorpecentes.⁵¹

Diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos da América há uma imensa preocupação com corte de gastos e esta realidade constitui-se como um diferencial ao que trata da forma de como deve agir os agentes.

Além de buscar outros métodos de combate e prevenção ao crime, como *Center for Problem-Oriented Policing* (POP Center), as polícias norte-americanas buscam manter a maior proximidade possível de sua população através de meios como, a polícia comunitária, tendo em vista que estas as estratégias de policiamento do passado não servem para as questões contemporâneas, por motivo da alta exigência da população.⁵²

Outra diferenciação da polícia brasileira, destaca-se a participação da classe policial nas questões relacionadas a esta, podendo o policial propor novas ideias à classe e posicionar a sua opinião para melhorias para a classe profissional. Em comparação ao Brasil, este assunto apresenta questões drásticas, tendo em vista que a comunicação entre a polícia e o Estado é muitas vezes inexistente, não podendo contribuir para o aprimoramento da segurança pública, o que ocasiona greves e protestos, o que prejudica não só a estes, mas a população como um todo.⁵³

Considerado bastante promissor para a garantia da segurança é a possibilidade de participação da população no combate ao crime, podendo trabalhar juntamente com a polícia, agregando aproximação entre a população e os agentes policiais norte-americanos. Tragicamente, este auxílio por parte da população é improvável de acontecer no Brasil, principalmente pelo fato de estar ser vista como algo apenas repressivo e não amiga da sociedade.⁵⁴

50 GRANDIN, Greg. “**A Patrulha de Fronteira dos EUA: um culto à violência desde 1924**”. The Intercept Brasil, 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/02/15/patrulha-de-fronteira-eua-violencia/>.

51 RICART, Carlos A. Pérez. **Le rôle de la DEA dans la formation d’agences de police anti-narcotiques en Amérique Latine**. Foro Internacional, 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2018000100005.

52 ECK, John. **The Threat of Crime Displacement**. Published in *A Police Executive Research Forum Publication*, 1993.

53 FOUREAUX, Rodrigo. **Autoridade policial, polícia militar e segurança pública**. 2013. Disponível em: <https://rodrigofoureaux.jusbrasil.com.br/artigos/121942854/autoridade-policial-policia-militar-e-seguranca-publica>.

54 MENDONÇA, Olavo Freitas. **Qual a diferença da polícia dos Estados Unidos e a do Brasil?** Publicado na Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, 2014. Disponível em: <https://www.feneme.org.br/qual-a-diferenca-da-policia-dos-estados-unidos-e-a-do-brasil/>.

Em relação a legítima defesa aplicada nos Estados Unidos da América, a Segunda Emenda à Constituição dos Estados Unidos baseou-se parcialmente no direito de manter porte de armas, previsto na *common-law* da Inglaterra, e foi influenciada pela Declaração de Direitos de 1791, também de origem inglesa.⁵⁵

A Segunda Emenda dos Estados Unidos estabelece textualmente:

Sendo uma milícia bem regulamentada, necessária para a segurança de um estado livre, o direito do povo de manter e portar armas não deve ser violado.⁵⁶

Esse direito foi descrito por *Sir William Blackstone* como um direito auxiliar, de apoio aos direitos naturais de autodefesa e resistência a opressão e ao dever cívico de agir coletivamente na defesa do Estado.⁵⁷

Em diversos estados federados norte-americanos, qualquer pessoa, independente de cor, raça ou credo, pode conseguir e obter licença para posse de armas e o porte de armas sob algumas condições (ressalvando-se que cada estado tem suas regras específicas). A arma em questão, quando portada consigo, deve ser visível e não deve conter munição no cano.⁵⁸

Como várias outras emendas constitucionais, a Segunda Emenda é fruto de um contexto de luta pela independência das colônias estabelecidas pelos impérios britânicos e espanhol. A posse de armas por agentes de segurança pública, era, então, considerada, a única forma de os cidadãos dos países recentemente independentes defenderem o seu território.⁵⁹

Com início no século XIX, os tribunais dos Estados Unidos passaram a dar diferentes interpretações à Segunda Emenda. Por outro lado, no século XXI, a Segunda Emenda passou a ser objeto de renovado interesse acadêmico, jurídico e político. A questão central é, se o direito de portar armas seria extensivo aos cidadãos individuais ou se seria limitado apenas ao exército nacional e agentes de segurança pública. No caso do processo *District of Columbia v Heller*⁶⁰, a Suprema Corte proferiu uma sentença histórica, afirmando expressamente que a Segunda Emenda protege o direito individual de possuir e portar armas de fogo⁶¹ e, ao mesmo tempo, declarando inconstitucional a lei do Distrito de Colúmbia que vetava a posse de armamento aos residentes⁶².

55 CUEVA, Ricardo Villas Boas; SOUTO, João Carlos. **Bill of Rights Norte-Americano**. Editora JusPODIVM, 2021, p.102.

56 U.S. Constitution—Second Amendment | Resources | Constitution Annotated | Congress.gov | Library of Congress. ([s.d.]). Recuperado 26 de julho de 2021, de <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-2/>

57 SCHOOL, Y. L. **Blackstone's Commentaries on the Laws of England**. *Book the First—Chapter the First: Of the Absolute Rights of Individuals*. The Avalon Project.

58 HALL, Mark; DREXLER, Ken. **Primary Documents in American History: The Bill of Rights**. The Library of Congress *The Bill of Rights*. Disponível em: <https://guides.loc.gov/bill-of-rights>.

59 KARNAL, Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; DE MORAIS, Marcus Vinícius. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007, p. 83-84.

60 POLLOCK, Earl. **The Supreme Court and American Democracy: Case Studies on Judicial Review and Public Policy**. Greenwood, 2008.

61 LIPTAK, Adam. **Justices Extend Firearm Rights in 5-to-4 Ruling**, 2010, p. 102.

62 CARTER, Greg Lee. **Guns in American society: An encyclopedia of history, politics, culture, and the law**. 2. Ed.

É possível averiguar que tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, existem problemas na esfera policial e no âmbito público em geral, que interferem não só no seu funcionamento e estruturação, como também, em sua eficácia social. Essas situações precisam ser aprimoradas para que a segurança pública avance positivamente, devendo os governos de tais países, tomar as devidas providências para solucionar as dificuldades que afetam o trabalho policial, pois somente assim, infelizmente, há a probabilidade de renovação no cenário policial brasileiro.

3.1. Análise crítica da (in)aplicabilidade da legítima defesa na atividade policial a partir da lei nº 13.964/2019

Conforme já apresentado e discutido anteriormente, a Lei nº 13.964/2019 trouxe uma grande alteração ao art. 25 do Código Penal Brasileiro, acrescentando um parágrafo único, corroborando a hipótese de aplicação da legítima defesa ao agente de segurança pública que se vê na necessidade de repelir agressão ou uma agressão iminente à vítima que está sendo mantida como refém durante a prática do crime.

Apesar de a lei ter alterado o referido artigo a fim de trazer uma “nova” hipótese de aplicação da legítima defesa, fica evidenciado, ao ler o *caput* do artigo 25 do CP, que o referido acréscimo do parágrafo único ao artigo, é de caráter desnecessário e dispensável, tendo em vista que, o texto presente no parágrafo único faz remissão ao próprio *caput* do artigo, exigindo que para a aplicabilidade da “nova legítima defesa”⁶³, todos os requisitos já trazidos no *caput*, precisam estar presentes no caso concreto.⁶⁴

O corpo do parágrafo único estende a aplicação da legítima defesa, tratando-se da vítima refém, observa-se que não se concebe hipótese em que um indivíduo que foi capturado nessas circunstâncias não seja vítima de violência e não exista agressão, atual ou iminente⁶⁵. Sendo assim, não é essa possibilidade que cria a hipótese para permitir a ação policial, ela também sempre existiu a partir do alcance do próprio *caput*.⁶⁶

Recentemente, no Brasil houve a captura e a morte do “*serial killer*” do Distrito Federal” Lazaro⁶⁷, na qual, segundo a autópsia, foi morto com 38 (trinta e oito) tiros depois de dias cercado por policiais, caso este que gerou amplo debate no mundo jurídico a respeito da tese da legítima

2002. P. 160. Calif.: ABC-CLIO.

63 OLIVEIRA, Gabriel Soares Lopes de. **Op. Cit.**

64 BRASIL, Paulo Queiroz. **Principais inovações da lei nº 13.964/19**. Publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/principais-inovacoes-da-lei-n-13-964-2019/>.

65 MONTEIRO, Luan de Azevedo. **A legítima defesa no “projeto anticrime”: Considerações críticas preliminares**. Boletim do IBCCRIM, v.27(.318.), 2019, p.18-20.

66 TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. Florianópolis: *Tirant Lo Blanch*, 2020, p.120.

67 SATIE, Anna. Lázaro Barbosa: **Do que é acusado o chamado “serial killer do DF”**. CNN Brasil. Publicado em 17/06/2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/lazaro-barbosa-do-que-e-acusado-o-chamado-serial-killer-do-df/>.

defesa policial.⁶⁸

O “*serial killer*”⁶⁹ Lazaro tentou fugir de diversas formas e amedrontou diversos cidadãos nas áreas rurais de Goiânia e do Distrito Federal, chegando até mesmo trocar tiros com policiais em algumas ocasiões. Alguns⁷⁰ defendem que, nesse caso, o agredido pode agir de forma violenta, e usar quaisquer meios necessários para impedir o ataque, desde que moderados. É permitida uma certa desproporção⁷¹, alguma disparidade entre o bem tutelado e o afetado⁷², uma vez que os meios necessários para cessar a agressão não são sempre iguais, e o agredido age em situação de intensa turbacão emocional.

Contudo, sua atuação não é equiparável à de um particular agredido. Ele representa a força oficial, a mão pública, que recebe da Constituição Federal o monopólio da violência para tratá-la de forma racional e organizada. Não sendo válido ao agente de segurança pública, pois não cabe qualquer desproporcionalidade na sua atuação, liberdade para escolha de meios de reação ou o desprezo de formas menos violentas de encerrar a agressão.⁷³

Por sua vez, Hungria ressaltava que:

No caso de cumprimento de dever (que pressupõe no executor um funcionário ou agente do Estado, agindo por ordem da lei, a que deve estrita obediência) o rompimento da oposição pela violência, ainda que esta não constitua legítima defesa, pode ser praticado pelo executor *ex proprio Marte*.⁷⁴

Na mesma linha de raciocínio, Peña ao afirmar que:

(...) o emprego da força por parte de autoridade em cumprimento de suas funções não se ampara na legítima defesa — embora nesses caso a autoridade defenda particulares —, mas sim em outras exculpantes, como cumprimento de um dever ou o exercício de um cargo.⁷⁵

Por sua parte, o doutrinador Zaffaroni alega que:

Para os agentes estatais, trata-se de situações que, em definitivo, não constituem legítima defesa (justificação), mas de cumprimento de dever legal.⁷⁶

Logo, fica evidente que para estes, o policial deve usar de certa violência para cumprir com suas funções ou se proteger. Mas, não se valem de legítima defesa, e sim do estrito cumprimento do

68 SILVA, Elaine. **Serial Killer de DF, Lázaro Barbosa é morto em Goiás**. Capital News. Publicado em 28/06/2021. Disponível em: <https://www.capitalnews.com.br/nacional/serial-killer-de-df-lazaro-barbosa-e-morto-em-goias/358952>.

69 HARDT, Caroline. “**Entenda porque Lázaro Barbosa ainda não pode ser considerado um *serial killer***”. Publicado na JovemPan. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/entenda-por-que-lazaro-barbosa-pode-ainda-nao-ser-um-serial-killer.html>.

70 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ROCHA, Tiago. **Policial não age em legítima defesa**. Publicado no ConJur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/direito-defesa-policial-nao-age-legitima-defesa>.

71 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.**: Vol. vol.I, tomo II, artigo 11 ao 27. Editora Forense, 1978, p.105.

72 PENÂ, D. M. Luzón. **Aspectos esenciales de la legitima defensa**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1978, p. 73.

73 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ROCHA, Tiago. **Op. cit.**

74 HUNGRIA, Nelson. **Op., Cit**, p. 110.

75 PENÂ, D. M. Luzón. **Op., Cit**, p. 375.

76 ZAFFARONI, E. R. **Manual de direito penal brasileiro.**: Vol. vol.1. (9a.ed.). Revista dos Tribunais, 1998, p.48.

dever legal, que também justifica as agressões, porém, de forma limitada.⁷⁷

Por outro lado, tal dissonância com os pensamentos descritos afloram-se em casos reais. Realidade onde uma vertente acadêmica e teórica (de que um policial pode agir em legítima defesa), se torna utópica com a vivência social de uma ação policial real, “nua”, “crua” e com o “cheiro de rua”.⁷⁸

Em relação ao estrito cumprimento do dever legal, destaca-se o fato de que seu conceito não fora explicado no dispositivo legal, sendo necessário uma abordagem doutrinária, como elucidado anteriormente.

Desta feita, Cezar Roberto Bittencourt, por sua vez, entende que:

somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; [...] de dever legal – é indispensável que o dever seja legal, isto é, decorra de lei, não o caracterizando obrigações de natureza social, moral ou religioso. A norma da qual emana o dever tem de ser jurídica, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc.⁷⁹

Para fins de melhor compreensão dos fatos acima mencionados, é possível fazer uma análise a partir de um caso concreto, no Rio de Janeiro (em 07/07/2021), o país acompanhou a tentativa de roubo ocorrida em Angra dos Reis, onde três indivíduos invadiram uma loja de celulares.⁸⁰

Com a chegada da polícia ao local, dois criminosos se renderam prontamente, mas, infelizmente, o terceiro criminoso fez uma das vendedoras de refém e deixou o estabelecimento comercial caminhando com a vítima (rendida sob a mira de uma pistola calibre 9x19mm *Parabellum*).

Ressalta-se que os policiais acompanharam a movimentação do rapaz pelas ruas do centro da cidade e que, por diversas vezes, apontou a arma na direção da vítima e dos próprios policiais (na clara e evidente condicionante para aceitação de uma legítima defesa própria e, também de terceiros, ante a iminência de injusta agressão).

E este foi o desfecho de mais um caso de violência urbana no Brasil: um policial à paisana conseguiu atirar no assaltante após este apontar a arma para os agentes de segurança pública e veio a óbito (mesmo tendo sido socorrido e encaminhado ao hospital). Felizmente, a vítima saiu ilesa e os policiais não foram feridos.

Desse modo, deste episódio restou clara a tese de que nenhum policial tem o dever do

77 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ROCHA, Tiago. **Op. Cit.**

78 COUTINHO, Tiago de Miranda. **Caso Angra dos Reis e a exposição da Legítima Defesa Policial**. 12 de julho de 2021. <https://www.juscatarina.com.br/2021/07/12/caso-angra-dos-reis-e-a-exposicao-da-legitima-defesa-policial-por-thiago-de-miranda-coutinho/>.

79 BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.939-945.

80 **Tentativa de roubo com refém termina com assaltante morto em Angra dos Reis**. <https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2021/07/07/tentativa-de-assalto-termina-com-suspeito-morto-em-angra.ghtml>.

“estrito cumprimento do dever legal de matar” e sim, tem o direito de usar dos meios necessários, de cessar uma injusta agressão contra si (o próprio policial), ou de outrem (no caso narrado, a refém).

Por fim, o embate jurídico de ideias é válido mormente à cultura fomentada entre sábios mestres (que podem se expor ao “flagelo equívoco”) e os aprendizes (que devem “beber de ousadia” do contraponto), mas jamais deve ser usado como subterfugio de tentar criminalizar a polícia ou minimizar as adversidades diárias as quais os operadores de segurança pública são expostos diariamente.⁸¹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, verificou-se a aplicabilidade das causas excludentes da ilicitude, ou seja, causas que excluem a pena, dependendo, obviamente, do caso concreto, estando esta modalidade prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro.

A causa excludente de ilicitude que se tornou principal objeto de estudo deste trabalho, foi a legítima defesa, na qual permite a exclusão da pena para o agente que pratica o crime a fim de conter uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando-se dos meios necessários de forma moderada.

Foi possível elucidar o quanto o instituto da legítima defesa é relativamente complexo, pois é indispensável a análise minuciosa do artigo 25 do Código Penal, além do requisito subjetivo, aceito por uma parte da doutrina e recusado por outra parte.

A discussão principal sobre o tema se fundou na inovação trazida pela lei “Anticrime”, em razão do acréscimo do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal, diante do advento da Lei nº 13.964/2019.

Diante dos fatos abordados acerca do tema, que a suposta inovação trazida no parágrafo único do artigo 25 do CP, nada mais é que um espelhamento de que já estava contido no caput do artigo, já que para que haja a aplicação deste “novo” parágrafo único, os critérios que já estavam presentes precisam estar presentes.

Assim sendo, a pesquisa realizada no trabalho permitiu entender que a alteração trazida pela Lei “Anticrime”, faz remissão ao que já estava presente no caput do artigo 25 do Código Penal Brasileiro, deixando a dúvida sobre a utilidade do acréscimo do parágrafo único ao artigo supramencionado.

Foi possível evidenciar também sobre a aplicabilidade do instituto da legítima defesa nos Estados Unidos da América, estabelecido pela Segunda Emenda à Constituição dos Estados Unidos,

81 COUTINHO, Thiago de Miranda. **Op. Cit.**

servindo não somente para os civis, mas também para os agentes de segurança pública, o que concede a permissão para a posse de armas de fogo.

Ficou evidente também os diversos departamentos policiais nos EUA, como o *Sheriff* encarregado pela *City Office*, a *Police Department*, *State Troopers*, *Federal Bureau of Investigation* (FBI), *United States Marshals Service*, *Department of Homeland Security*, *United State Border Patrol* e *Drug Enforcement Administration*, na qual demonstrou-se claro que este aprimoramento nas formas de organização policial que é possível haver um aprimoramento dos policiais americanos, diferentemente do Brasil, tendo em vista que nos EUA há uma imensa preocupação com cortes de gastos e esta realidade acaba se tornando um grande diferencial na forma de como os agentes devem agir.

O presente trabalho também demonstrou a grande divergência doutrinária a respeito da aplicação da legítima defesa na atividade policial, sendo compreendido por alguns que o policial age com o estrito cumprimento do dever legal, acreditando que se defendermos este posicionamento, estaremos dando “carta branca” para matar, e com isso seguiremos lidando com populações e bairros aterrorizados, cotidianamente, com a morte de culpados e inocentes.

Por outro lado, foi possível se evidenciar que é necessária uma análise minuciosa do caso concreto, como o ocorrido em Angra dos Reis no Rio de Janeiro, é plausível ver que existe a possibilidade do policial agir em legítima defesa, na qual este tem o direito de usar dos meios necessários (moderados à medida da intensidade que o fato concreto exigir), de cessar uma injusta agressão contra si ou de outrem.

Devendo se lembrar que, o embate jurídico é válido, mas jamais deve ser utilizado como subterfúgio de tentar criminalizar à polícia ou minimizar as dificuldades diárias as quais os operadores de segurança pública são expostos diariamente.

Enfim, é importante ressaltar que o presente trabalho não teve o objetivo de ofender os agentes de segurança pública, mas, sim, proporcionar novos fundamentos para possíveis reflexos e aprofundamentos.

REFERÊNCIAS

"Department of Justice Organisation, Mission and Functions Manual: United States Marshals Service". *United States Department of Justice*. n.d. Retrieved January 7, 2018.

ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue: Um estudo do sensacionalismo da imprensa.** *Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo da imprensa*, 1995, p. 151.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luiz Brenner; GOMES, Martin Luiz; DE ABREU, Sérgio Roberto. **A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã**, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/YnF7wwP4V9TFhxvbpXJysGq/?lang=pt>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ROCHA, Tiago. **Policial não age em legítima defesa**. Publicado no ConJur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/direito-defesa-policial-nao-age-legitima-defesa>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – **Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 22 ago. 2021.

BRASIL, Paulo Queiroz. **Principais inovações da lei no 13.964/19**. Publicado em 13/02/2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/principais-inovacoes-da-lei-n-13-964-2019/>.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. Parte geral / Fernando Capez. **Coleção Curso de direito penal**. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARTER, Greg Lee. **Guns in American society: An encyclopedia of history, politics, culture, and the law**. 2. Ed. 2002. Calif.: ABC-CLIO.

CASTRO, Sergio Murilo Fonseca Marques. **Reflexões sobre a lei 13.964/19 (Pacote anticrime)** — Migalhas. Publicado em 28 de janeiro de 2020. ConJur. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319243/reflexoes-sobre-a-lei-13-964-19--pacote-anticrime>.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español** – Parte general. Editora Tecnos Editorial S A., v. II, 2009.

COUTINHO, Tiago de Miranda. **Caso Angra dos Reis e a exposição da Legítima Defesa Policial**. 12 de julho de 2021. <https://www.juscatarina.com.br/2021/07/12/caso-angra-dos-reis-e-a-exposicao-da-legitima-defesa-policial-por-thiago-de-miranda-coutinho/>.

CUEVA, Ricardo Villas Boas; SOUTO, João Carlos. **Bill of Rights Norte-Americano**. Editora JusPODIVM, 2021, p.102.

GARCIA, Cornélio M. **A legítima defesa e seus excessos**. Revista Jurídica: Jataí/ Ab Origene – CESUT em revista, n.4, v.3., 2002.

CURY URZÚA, Enrique. **Derecho penal** – Parte general, t. I, Editora Marcial Pons *Ediciones Jurídicas y Sociales*, 2003.

DCJS VA. "**Auxiliary Police and Part Time Law Enforcement Officer Training Standards**". *Virginia Department of Criminal Justice Services*. DCJS VA. Retrieved March 18, 2016.

ECK, John. **The Threat of Crime Displacement**. *Published in A Police Executive Research Forum Publication*, 1993.

- ESTEFAM, André. **Direito penal – volume 1: parte geral - arts. 1º a 120** / André Estefam. - 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado – parte geral** / André Estefam; Victor Eduardo Rios Gonçalves. – Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- FOUREAUX, Rodrigo. **Autoridade policial, polícia militar e segurança pública**.2013. Disponível em: <https://rodrigofoureaux.jusbrasil.com.br/artigos/121942854/autoridade-policial-policia-militar-e-seguranca-publica>.
- FUZÁRIO, Bárbara. **A unificação das polícias é a solução para a crise de segurança no Brasil?** Canal Ciências Criminais, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/473860285/a-unificacao-das-policias-e-a-solucao-para-a-crise-de-seguranca-no-brasil>.
- GALVÃO, Fernando. **Legítima defesa por agente de segurança pública**. observatório. Publicado em 10/03/2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/legitima-defesa-por-agente-de-seguranca-publica>.
- GRANDIN, Greg. “**A Patrulha de Fronteira dos EUA: um culto à violência desde 1924**”. The Intercept Brasil, 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/02/15/patrolha-de-fronteira-eua-violencia/>.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** / Rogério Greco. – 14a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- HALL, Mark; DREXLER, Ken. **Primary Documents in American History: The Bill of Rights**. *The Library of Congress The Bill of Rights*. Disponível em: <https://guides.loc.gov/bill-of-rights>.
- HARDT, Caroline. “**Entenda porque Lázaro Barbosa ainda não pode ser considerado um serial killer**”. Publicado na JovemPan. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/entenda-por-que-lazaro-barbosa-pode-ainda-nao-ser-um-serial-killer.html>.
- HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**.: Vol. vol.I, tomo II, artigo 11 ao 27. Editora Forense, 1978.
- JESUS, Damásio de. Parte geral / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- KARNAL, Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; DE MORAIS, Marcus Vinícius. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.
- LIPTAK, Adam. **Justices Extend Firearm Rights in 5-to-4 Ruling**, 2010.
- MAURACH, Reinhart. **Derecho penal** – Parte general. Editora: Buenos Aires, Astrea, 1994.
- MENDONÇA, Olavo Freitas. **Qual a diferença da polícia dos Estados Unidos e a do Brasil?** Publicado na Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, 2014. Disponível em: <https://www.feneme.org.br/qual-a-diferenca-da-policia-dos-estados-unidos-e-a-do-brasil/>.

MENDONÇA, Olavo Freitas; DANTAS, George Felipe Lima. **Um Estudo de Polícia Comparada: Brasil e Estados Unidos da América**. Publicado em 23/05/2016. Disponível em: <https://fenapef.org.br/um-estudo-de-policia-comparada-brasil-e-estados-unidos-da-america/>.

MONTEIRO, Luan de Azevedo. **A legítima defesa no “projeto anticrime”**: Considerações críticas preliminares. Boletim do IBCCRIM, v.27(.318.), 2019, p.18-20.

NJAINÉ, Kathie. **A imagem do policial na mídia escrita: Estudo comparativo de quatro capitais brasileiras**. A imagem do policial na mídia escrita: estudo comparativo de quatro capitais brasileiras, 2006.

PENÂ, D. M. Luzón. **Aspectos esenciales de la legitima defensa**. Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1978.

POLLOCK, Earl. **The Supreme Court and American Democracy: Case Studies on Judicial Review and Public Policy**. Greenwood, 2008.

POTTER, Gary, **The History of American Policing**, e-book. Publicado em 22 fev. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** / Luiz Regis Prado. – 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RICART, Carlos A. Pérez. **Le rôle de la DEA dans la formation d’agences de police anti-narcotiques en Amérique Latine**. Foro Internacional, 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-013X2018000100005.

ROSEN, Jeffrey. **"Who's Watching the F.B.I.?"**. *The New York Times Magazine*. Archived from the original on May 12, 2011. Retrieved February 15, 2011.

SATIE, Anna. Lázaro Barbosa: **Do que é acusado o chamado “serial killer do DF”**. CNN Brasil. Publicado em 17/06/2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/lazaro-barbosa-do-que-e-acusado-o-chamado-serial-killer-do-df/>.

SCHOOL, Y. L. **Blackstone’s Commentaries on the Laws of England**. Book the First—Chapter the First: Of the Absolute Rights of Individuals. The Avalon Project.

SILVA, Elaine. **Serial Killer de DF, Lázaro Barbosa é morto em Goiás**. Capital News. Publicado em 28/06/2021. Disponível em: <https://www.capitalnews.com.br/nacional/serial-killer-de-df-lazaro-barbosa-e-morto-em-goias/358952>.

TAVAREZ, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020, p.120.

TEIXEIRA, Francisco Wandier. **Legítima defesa da atuação policial**. Universidade Estadual Do Ceará Centro De Estudos Sociais Aplicados Curso De Especialização Em Direito Penal E Direito Processual Penal, 2014.

Tentativa de roubo com refém termina com assaltante morto em Angra dos Reis.

<https://g1.globo.com/rj/sul-do-rio-costa-verde/noticia/2021/07/07/tentativa-de-assalto-termina-com-suspeito-morto-em-angra.ghtml>.

The Federal Bureau of Investigation's Efforts to Protect the Nation's Seaports". U.S. Department of Justice, Office of Inspector General. March 2006. Archived from the original on October 1, 2009. Retrieved February 15, 2011.

U.S. Constitution—Second Amendment | Resources | Constitution Annotated | Congress.gov | Library of Congress. ([s.d.]). Recuperado 26 de julho de 2021, de <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-2/>.

WAXMAN, Olívia B. ***“How the U.S. Got Its Police Force”***. 18/05/2017. Published in *TIME*. Disponível em: <https://time.com/4779112/police-history-origins/>.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal alemán***. 4 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. ***Manual de direito penal brasileiro.***: Vol. vol.1. (9a.ed.). Revista dos Tribunais, 1998, p.48.

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA DA INCOERÊNCIA ENDONORMATIVA

Lucas Nogueira Rodrigues da SILVA¹
Rafael Bulgakov Klock RODRIGUES²

RESUMO

O presente artigo visa objetiva analisar se o constatado aumento das penas trazidas com a Lei 14.133/2021, em relação aos crimes licitatórios, resulta em ofensa à proporcionalidade em matéria penal e os eventuais impactos que podem advir desta modificação legislativa. Para tanto, são analisados elementos fundantes do Direito Penal Econômico, do Direito Penal das Velocidades de Jesus-María Silva Sánchez e, também, aspectos dogmáticos sobre as normas incriminadoras em matéria licitatória, especialmente as análises sobre as penas cominadas. O método utilizado foi o dialético, com o enfrentamento do texto da Lei n. 8.666/1993 com a Lei n. 14.133/2021, subsidiado, ainda, por referências bibliográficas. Utilizou-se como fonte as legislações supracitadas, bem como outras normas pertinentes, com o fito de identificar o impacto das alterações legislativas em um espectro mais amplo do ordenamento jurídico, e referência bibliográfica indispensável para a conceituação de Direito Penal Econômico, Direito Penal das Velocidades e ainda, da proporcionalidade das penas. Concluiu-se que a Lei n. 14.133/2021, que incluiu os crimes licitatórios no Código Penal, com as alterações trazidas, notadamente na privação de liberdade e em relação à multa, carece de proporcionalidade frente à legislação anterior e pode implicar em questionamentos sobre sua constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal econômico; crimes licitatórios; proporcionalidade penal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze if the observed increase in penalties brought by Brazilian Law number 14.133/2021, in relation to bidding crimes, results in an offense to the proportionality principle, in criminal aspect, and also verifying the possible impacts that may result from this legal modification. For this purpose, it will be analyzed fundamental elements of Economic Criminal Law, of the “Speeds’ Criminal Law” theory by Jesus-María Silva Sánchez, and also some dogmatic aspects about Brazilian's public bidding's criminal laws, especially about the prison penalties imposed to the crimes forecasted in these laws. The method used was dialectical, analyzing the text Law number 8666/1993 facing it with the Law number 14.133/2021, further supported by bibliographic references. The aforementioned laws were used as a source, as well as other relevant norms, in order to identify the impact of legislative changes on a broader spectrum of the legal system, and an indispensable bibliographical reference for the conceptualization of Economic Criminal Law, “Speeds’ Criminal Law” and also, of the penalties’ proportionality. It was concluded that Law number 14.133/2021, which included public bidding crimes in the Brazilian Criminal Code, among with another legal changes, notably in the deprivation of liberty, lacks proportionality principle if compared to the previous law, and may imply in further questioning about its constitutionality.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra (POR) (2019). Pós-graduando em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Desenvolveu Projeto de Iniciação Científica vinculado ao Departamento de Direito Privado e Processual da Universidade Estadual de Maringá (2016-2017). Membro associado do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Advogado. Atuou como estagiário bolsista do Ministério Público do Estado do Estado do Paraná (2015-2017), bem como do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2014-2015).

2 Advogado e mestrando em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

KEYWORD: Economic criminal law; bidding crimes; criminal proportionality.

INTRODUÇÃO

É sabido que a opinião pública sobre os crimes de colarinho branco nos últimos anos tem se tornado cada vez mais colérica, o que, por sua vez, se reflete na produção legislativa, através do aumento de penas, sejam elas relacionadas a restrição de direitos, privação de liberdade ou multas, pela diminuição de garantias processuais, com a aceleração dos procedimentos, diminuindo o tempo hábil para a realização de defesas técnicas, e até mesmo com a mitigação e relativização da produção probatória.

Os impactos processuais supracitados já tinham sido descritos por Jesús-María Silva Sánchez, ainda na década de 1990, através de sua teoria do Direito Penal das Velocidades, ao identificar três velocidades para a criação e execução do Direito Penal. A primeira velocidade seria aplicada aos crimes mais sérios, se caracterizando por uma morosidade obrigatória para a realização de um processo com todas as garantias necessárias, dada a possibilidade de uma penalização grave. A segunda velocidade seria marcada pela redução de garantias, destinada a crimes menos graves, já que as penalizações seriam reduzidas. Enfim, a terceira velocidade consistiria na mescla das duas primeiras velocidades, porém ressaltando apenas o pior delas: poucas garantias processuais e penas pesadas.

Por sua vez, os crimes licitatórios são considerados umas das temáticas mais relevantes do Direito Penal Econômico. Tanto pelos agentes envolvidos no cometimento desses delitos, sendo, em regra, pessoas jurídicas contratantes com o Estado e os próprios agentes estatais no uso do de suas atribuições, quanto pelo impacto desses crimes na economia e no funcionamento estatal.

Enfim, é realizada uma análise da proporcionalidade das penas com base nas teorizações das incoerências endonormativas, assentada na jurisprudência dos tribunais superiores, com a recorrência da discussão acerca da desproporção penal na legislação pátria.

Frente a isso, o presente artigo aborda como o Direito Penal Econômico e do Direito Penal das Velocidades se fazem presentes na nova lei de licitações. Para isso, é feita uma breve abordagem dos dois temas, e são analisados mais detidamente dois tipos penais de cada legislação, pela ótica da proporcionalidade penal.

1. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Manuel Cancio Meliá, ao descrever os fenômenos de expansão do direito penal, assenta a teoria de Silva Sánchez, que incorporou a definição de direito penal do inimigo ao seu direito penal de terceira velocidade (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 82).

Para Silva Sánchez o direito penal de primeira velocidade seria aquele aplicado na maior parte do tempo, através de penas privativas de liberdade, que deveria ser adstrito aos princípios processuais já assentados, *e. g.*, devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa. Por sua vez, o direito penal de segunda velocidade seria aplicado nos crimes punidos com penas privativas de direito e/ou pecuniárias, no qual, pela “pouca” penalização, as garantias processuais poderiam e seriam diminuídas. Enfim, o direito penal de terceira velocidade teria as mesmas características que o direito penal do inimigo, extraindo os piores traços das velocidades anteriores, quais sejam, a aplicação de longas penas privativas de liberdade e a diminuição de garantias processuais, e ainda prostração das regras de imputação do delito (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 82-83).

Silva Sánchez ainda constata que é impossível retornar ao estado anterior, onde esses direitos de segunda e terceira velocidade inexistiam, e que “la coexistencia, por tanto, de varios Derechos penales distintos, con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas” (SÁNCHEZ, 2001, p. 156-157) é caracterizadora da nova realidade.

Porém, não se opõe às duas primeiras velocidades, considerando que a “ausencia de penas corporales permitiría flexibilizar el modelo de imputación”, mas que “a admisión de la *razonabilidad* de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión” (SÁNCHEZ, 2001, p. 161-162).

A queixa se encontra é na consolidação de uma terceira velocidade, “en la que el *Derecho penal de la cárcel* concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”, além do fato de que este “debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión” (SÁNCHEZ, 2001, p. 163).

Assim, para Silva Sánchez (2001, p. 166)

el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos ‘de emergencia’, siendo expresión de una especie de ‘Derecho de guerra’ en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.

É certo, por outro lado, que a proposta do autor espanhol encontra ferrenhas críticas, como se verifica, por exemplo, nos apontamentos feitos por Helena Regina Lobo da Costa, que aponta que o mais grave defeito dos apontamentos daquele está no fato de identificar a aplicação do

sistema de garantias do direito penal tão somente para com as penas privativas de liberdade. A autora observa que as garantias do Direito penal, em verdade, são voltadas para todo o sistema, que de forma global representa um ataque aos direitos fundamentais, não sendo, apenas, a restrição da liberdade o motivo ensejador das garantias penais (2007, p. 190).

Dentre os segmentos passíveis de tutela penal, que podem se dizer adequados aos preceitos da segunda velocidade cunhada por Silva Sánchez, por outro lado, se situa, justamente, o Direito penal econômico, com toda sua abrangência, o qual será analisado de forma introdutória no item subsequente. Mas, de todo modo, aderindo-se àqueles apontamentos cunhados pela autora acima mencionada, na medida em que inexistentes fundamentos científicos para justificar a autonomização do Direito penal econômico em relação ao chamado Direito penal tradicional (DAVID, 2021, P. 161-162), chega-se, de tal modo, à conclusão provisória de que, também neste segmento, devem ser observadas as garantias penais, de forma integral.

Portanto, é a partir destes preceitos que se pode afirmar que todos os conceitos e regras aplicáveis ao Direito Penal econômico, ainda que sopesadas as singularidades da criminalidade econômica e a necessidade de novos parâmetros penais, é certo que toda a imputação penal, também nesta seara, deve guardar estreito respeito às bases de ordem constitucional que orientam o sistema de incriminação (GONÇALVES, 2017, p. 79).

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

O (criticado) fracionamento do Direito penal em campos de velocidade, que é feito por Silva Sánchez, para fins metodológicos, que busca descrever um Direito penal que se molde às singularidades dos riscos globais, que implica, também ao sistema penal, uma série de desdobramentos, que passam a fazer deste, subvertendo sua lógica naturalmente repressiva, transformando-a, em alguma medida, em campo de antecipação de riscos. Trata-se, aqui, do chamado Direito penal da precaução, mencionado por Pierpaolo Cruz Bottini, decorrente das novas formas de organização social e o paradoxo do risco, onde “a legislação criminal sofre as primeiras influências da insegurança social perante novas tecnologias e altera seus dispositivos de acordo com o sentido das demandas pela maior ou menos restrição de riscos” (2019, p. 85).

E o paradoxo da sociedade do risco, cunhado, notadamente, nos contributos de Ulrich Beck no campo da sociologia, ao buscar trazer ao campo penal campos que lhe são estranhos, acaba por suscitar problemas novos e incontornáveis, no qual o direito punitivo passa a ser um instrumento de gestão de problemas sociais e econômicos, o que traça, assim, o paralelo entre os construtos teóricos de Sánchez para com o Direito penal econômico, que, como já dito, acaba se amoldando à chamada segunda velocidade. Como pondera Alexandre Knopfholz, “a compreensão do atual estágio da

civilização, e o reconhecimento dos riscos a que está ela submetida justifica grandemente o crescimento do Direito Penal econômico, que se consolida como uma face do Direito Penal do risco” (2013, p. 66).

Sobre o conceito propriamente dito do chamado Direito penal econômico, em um primeiro momento, resumindo-se as posições existentes, destaca-se para a que é chamada posição “estrita”, para a qual os crimes econômicos abarcariam apenas aquelas infrações voltadas à tutela da intervenção estatal na ordenação do mercado, como ocorre com os crimes fiscais, de evasão de divisas, de usura, dentre outros que tenham a sua origem na ideia de tutela dos objetivos da planificação estatal (SOUZA, 2012, p. 45)

No entanto, existe, também, uma posição mais ampla, que categoriza o Direito Penal econômico como aquele que objetiva coibir as violações contra a atividade interventora e regulatória do Estado na economia, abrangendo também as infrações aos demais bens jurídicos coletivos ínsitos à vida econômica, munidos de uma natureza de caráter supraindividual. Klaus Tiedemann, defensor desta posição, sustenta que se incluem no escopo do Direito Administrativo-Econômico temas afetos a tributos, subvenções, sistema creditício, mercado de capitais, proteção ao consumidor, letras de câmbio e afins, sendo o Direito Penal Econômico, para este autor, parte integrante do Direito Econômico (2009, p. 12 e 19).

E com relação ao tema central ao presente artigo, que objetiva analisar aspectos das recentes mudanças na legislação penal atinente aos crimes de licitação, de plano se infere que os crimes licitatórios se inserem, perfeitamente, dentro do campo dos delitos econômicos, atraindo para si toda a problemática subjacente à discussão sobre aspectos da criminalidade econômica. Isso porque, como observa Juliana Montenegro Calado, as normas penais junto ao campo licitatório objetivam proteger um relevante aspecto da intervenção estatal perante a economia, e tipificam “condutas de tal gravidade que poderão comprometer todo o sistema de concorrência e contratação transparente que a licitação visa a proteger” (2018, p. 502).

Tal aspecto também é realçado por André Tavares de Freitas, que pondera que os crimes licitatórios têm por finalidade o resguardo da moralidade administrativa, do bom funcionamento da Administração e a lisura dos procedimentos licitatórios. E isso decorre do fato de procedimentos de licitação e contratação pública efetivarem, economicamente, a atuação estatal e os préstimos à coletividade, de modo que tanto o zelo pela probidade administrativa, como o bom funcionamento da Administração são merecedores de tutela mais efetiva, como é o caso da tutela penal (2013, p. 31-32).

Por fim, também Luiz Regis Prado realça a relevância da tutela penal no campo das licitações, destacando que estas objetivam maximização dos recursos públicos, em cotejo com o

desenvolvimento do mercado. Esclarece, também, o autor, destacando para a inserção dos crimes licitatórios na seara econômica, que a legislação licitatória deveria acompanhar as transformações econômicas, e que, diante da relevância deste instrumento, “admite-se a intervenção penal para sancionar comportamentos que atentam contra o correto, hígido e regular funcionamento da Administração Pública, como é o caso da lisura do procedimento licitatório, a idoneidade das contratações públicas, (PRADO, 2016, p. 476-477).

Feitas as necessárias ponderações de ordem teórica acerca da tutela penal em matéria econômica, na qual se inserem, em nosso contexto, os tipos penais editados tendo por objetivo a tutela o sistema de licitações, passa-se, na sequência, à análise de ordem legislativa que dá azo à questão-problema do presente trabalho: identificar se, nas recentes modificações que se sucederam, no campo do Direito penal licitatório brasileiro, houve, de fato, um descompasso com o princípio da proporcionalidade e os eventuais motivos para esta medida.

3. COMPARAÇÃO ENTRE O TRATAMENTO PENAL NA LEI N. 8.666/1993 E LEI N. 14.133/2021

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, dispôs em seu capítulo IV (das sanções administrativas e da tutela judicial), Seção III, entre os artigos 89 e 99, os crimes e as penas relacionados às licitações e contratos com a Administração Pública. Essa legislação, por mais de 27 (vinte e sete) anos, consistiu não só no texto legal responsável pela regulamentação de todo o sistema de contratação pública no ordenamento jurídico brasileiro, mas, também, na fonte legislativa das normas incriminadoras sobre esta temática. Observava-se, assim, uma das características ínsitas ao Direito penal econômico, centrada no fato de as disposições legais se situarem em esparsos textos de lei (leis especiais), desgarrados do Código Penal.

O fenômeno da descodificação em matéria penal é um dos tantos pontos sensíveis deste chamado Direito penal econômico, como observa Sebastian Borges de Albuquerque Mello, ao identificar nesse fato uma das características daquilo do chamado Direito penal moderno. Para o autor, a descodificação penal acaba por aquebrantar a unidade e a ordenação asseguradas pelo caráter sistemático jurídico-penal, em decorrência de problemas como a heterogeneidade legal (assuntos díspares dentro da uma legislação e, também, o chamado paralelismo legal, onde se identificam diversas normas penais cuidando de temas convergentes (2016, p. 46).

Mas, de toda sorte, como se verá mais adiante, ao menos no que concerne à crítica que se fundava na descodificação, no campo penal licitatório, perdeu seu objeto, na medida em que as novas disposições legais do campo licitatória foram transpostas ao Código Penal, atendendo, ao menos nesse ponto, uma das críticas. Analisando-se, assim, as antigas disposições legais de matéria

penal licitatória, verifica-se, naquele contexto, que as penas previstas variavam entre seis meses a seis anos, com seu expoente exposto no artigo 99, *caput* e parágrafos, tratando da pena de multa – aplicada a todos os tipos penais –, partindo do “valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente”, e com índices que não poderiam “ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação”.

A antiga legislação não fazia grandes descrições sobre o rito a ser seguido, e o artigo 108, por sua vez, trazia que “No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal”.

Com isso, apenas os crimes dos artigos 89 e 96 seguiriam o procedimento ordinário – artigo 394, §1º, I, do Código de Processo Penal –, enquanto os artigos 90, 92, 94 e 95 tramitariam no procedimento sumário, e os artigos 91, 93, 97 e 98 seguiriam o procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – art. 394, §1º, III, do Código de Processo Penal, e art. 61 da Lei n. 9.099/1995 –, estando sujeitos a todos os institutos despenalizadores da mesma. Um adendo é que todos os crimes desta lei eram punidos com, no máximo, detenção.

De outro lado, a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, que revogou a Lei n. 8.666/1993, inaugurou o capítulo II-B do Código Penal – dos crimes em licitações e contratos administrativos – e incluiu no mesmo os artigos 337-E ao 337-P, suprimindo, assim, como já dito, a discussão fundada na reserva de Código. Com a atual forma legal, houve, por outro lado, um grande incremento nas penas elencadas, onde pena máxima para os crimes licitatórios veio a alcançar oito anos, e apenas dois tipos penais não são punidos com reclusão – art. 337-I e 337-J –, todos do Código Penal.

Uma das alterações mais interessantes trazidas com a nova lei é em relação à pena de multa, prevista agora no artigo 337-P. Nesse artigo é definido que a pena de multa “não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta”, não havendo teto para a cominação.

De plano se verifica, portanto, uma substancial majoração nas penas atribuídas aos tipos penais (ou preceitos secundários) atribuídas aos crimes licitatórios, inclusive com a aplicação, sem maiores justificativas, de penas, atribuídas a idênticos comportamentos, correspondentes ao dobro daquilo que era prescrito pelo anterior diploma legislativo, situado fora dos campos do Código Penal (Lei 8.666/93). E é diante deste contexto legislativo e fático que se insere a presente pesquisa, para identificar, em meio às ainda incipientes análises, perante a literatura especializada, qual posicionamento tem sido adotado pelos pesquisadores afetos ao tema, sobre tal gravosa alteração

dos preceitos secundários dos crimes licitatórios.

4. UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA PROPORCIONALIDADE

Através de revisão bibliográfica sobre o tema, feita ainda em um contexto de escassez de pesquisas sobre o tema – considerando que, na data em que se desenvolvem as pesquisas concernentes ao presente tema, a Lei 14.133, sancionada em 1º de abril de 2021, acumula pouco mais de 05 (cinco) meses de vigência³ – centraram-se os esforços em identificar quais foram as posições apontadas a respeito desta majoração, em larga escala, dos preceitos secundários.

Sobre este ponto, ao tratar das majorações nas penas aplicadas, Juliano Breda sustenta a possibilidade de se defender a inconstitucionalidade de algumas das penas mínimas que foram previstas na nova Lei de Licitações, pela sua ofensa ao princípio da proporcionalidade. Para o citado autor, as penas abstratamente cominadas, no novo formato dos crimes licitatórios, não poderiam, como o faz, prescrever patamares mínimo e máximo tão sensivelmente superiores a outros tipos penais fixados a outros comportamentos indiscutivelmente mais graves, que assim já foram valorados pelo legislador penal (BREDA, 2021, p. 74-76).

O autor, para sustentar sua posição, refere, como exemplo, ao art. 337-F do Código Penal, correspondente, justamente, ao antigo artigo 90 da Lei 8.666/93, com redação típica de ordem bastante semelhante. Refere, assim, que o indigitado tipo penal veicula uma distorção, se comparado com outros crimes praticados contra a Administração Pública, munidos de uma maior reprovabilidade, como é o caso, por exemplo, do peculato (art. 312 do Código Penal), o qual, diferentemente do crime de fraude ao caráter competitivo das licitações, demanda dano ao erário para sua consumação (BREDA, 2021, p. 76).

Sobre o tipo penal utilizado pelo referido autor para embasar suas considerações, se fazem pertinentes algumas digressões de natureza dogmática, justamente para compreensão de seu alcance, em termos de tipicidade. Nesse ponto, é oportuno referir que muitas daquelas considerações já feitas em relação ao antigo art. 90 da Lei 8.666/93 ainda se mantêm atuais, na medida em que, afora uma singela supressão das expressões “mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente”, tidas como os meios para a prática deste tipo penal, a redação do tipo penal se preserva quase que inalterada. O ponto, todavia, é que para a incriminação de uma idêntica conduta, em termos de tipicidade objetiva, houve nada menos que a cominação de uma pena em dobro, como observado nas críticas de Juliano Breda.

O crime de fraude ao caráter competitivo de licitações, no tempo de sua vigência posta

3 Aqui considerando que, em matéria penal, as disposições entraram em vigor na data da publicação da Lei, nos termos de seu art. 193, inciso I, que expressamente revogou as disposições de matéria penal da Lei 8.666/93, com imediata vigência das novas disposições em matéria penal.

pelo antigo art. 90 da Lei 8.666/93, foi, possivelmente – com indicativo de que assim ainda se manterá – o de maior incidência prática na persecução penal brasileira, sendo um indicativo preliminar desta impressão o fato de 06 (seis) das 14 (quatorze) teses divulgadas na Edição nº 134 do “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça, que versava sobre os crimes de Lei 8.666/1993, dizerem respeito a esta conduta criminosa.⁴

O tipo penal de frustração ou fraude ao caráter competitivo da licitação, como já indica a própria redação do texto legal, busca assegurar o princípio da competitividade da licitação, viabilizando obtenção de proposta mais vantajosa à Administração Pública (FREITAS, 2007, p. 103-104), que se materializa com o mais amplo nível de concorrência possível.

Trata-se, ainda que em sua atual forma normativa, de tipo misto alternativo (GRECO FILHO, 2007 p. 28), que abarca duas modalidades inerentes ao tipo penal: *frustrar* e *fraudar*. Quanto à primeira delas, consiste em impedir a disputa junto ao procedimento licitatório, como ocorre, por exemplo, com a inclusão de cláusulas junto ao edital convocatório da licitação. Já a segunda modalidade do tipo penal envolve prática artilosa pela qual o sujeito obsta a competitividade do procedimento de licitação (JUSTEN FILHO, 2019, p. 1.549),

E conforme o entendimento construído ao longo da vigência do tipo penal revogado – mas essência mantido – para a consumação do crime de fraude ao caráter competitivo do certame licitatório, o prejuízo ao erário não é indispensável, conforme convergente posição das 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, afetas à matéria penal, fato que é tratado no Enunciado nº 4 da Edição nº 134 da “Jurisprudência em Teses” daquela Corte, que dispõe se trata de crime “formal e prescinde da existência de prejuízo ao erário, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, causada pela frustração ou pela fraude no procedimento licitatório” (BRASIL, STJ, online).⁵ Contudo, mesmo se tratando de crime que não demanda o dano para sua configuração, de uma forma alinhada às ponderações de Juliano Breda, acima traçadas, o preceito secundário da norma penal acabou por dobrar as penas, corroborando, assim, em primeira análise, as críticas sobre a hipotética ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Mas as críticas sobre as majorações nos preceitos secundários de tipos penais que, em essência, repetem os ditames da antiga legislação, também são identificadas nas ponderações feitas por Helena Regina Lobo da Costa (2021, p. 79-103), em relação ao art. 337-E do Código Penal, o qual, em essência, reproduz, quase que integralmente, os ditames do antigo art. 89 da Lei 8.666/93,

4 É o caso das teses de números 04, 05, 06, 07 e 08, que podem conferidas, em sua íntegra, em busca pela Edição nº 134, conforme: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em 29 set. 2021.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Jurisprudência em teses”. Edição nº 134: Dos Crimes da Lei de Licitação (Lei 8.666/1993) Disponível: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>> Acesso em 04 dez. 2020.

ao regulamentar contratação direta ilegal com a Administração.

A diferença essencial identificada entre as redações legais está no fato de que a atual legislação, não obstante as majorações de pena e ampliações do espectro punitivo, ter realizado a *abolitio criminis* da conduta omissiva própria de “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa de inexigibilidade”, que era objeto de intensas críticas, justamente por se tratar da criminalização do simples *error in procedendo* (LUCCHESI; NOGARI, 2021, online).

De todo modo, como referem os mesmos Guilherme Brenner Lucchesi e Maria Victoria Costa Nogari “essa mudança em benefício do acusado é surpreendente se cotejada com o maior rigor empregado pela nova lei aos crimes em licitações de um modo geral” (Ibidem), notadamente porque nove das dez condutas que já eram criminalizadas pela Lei 8.666/93 terem sofrido com o aumento de penas ou alteração do regime cominado, conforme já abordado.

Ou seja, afóra a alteração acima, tem-se que a redação da norma penal se manteve, em certa medida, bastante semelhante, caracterizando-se o fenômeno conhecido por continuidade normativa típica, o qual ocorre “quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário” (BRASIL, STJ, 2012), excetuando-se, tão somente, a revogação do *error in procedendo*. No entanto, mesmo com a redação típico-objetiva mantida em quase que sua integralidade, ainda assim houve, pelo legislador, uma alteração de penas mínima e máxima de 03 (três) a 05 (cinco) anos, para penas de 04 (quatro) a 08 (oito) anos.

E é justamente, por conta desta tão significativa majoração das penas que a citada Helena Regina Lobo da Costa, igualmente, sustenta que esse aumento exacerbado da pena, em comparação à previsão anterior (já munida de uma pena relativamente alta), acaba por indicar a patente inconstitucionalidade desta disposição normativa, também por violação ao princípio da proporcionalidade (COSTA, 2021, p. 99).

Também sobre a conduta cuja incriminação se manteve, em essência, mesmo com a alteração da legislação de regência, por igualmente se tratar, juntamente ao tipo penal de fraude ao caráter competitivo da lei de licitações, de uma das de maior incidência prática dentro do campo do Direito penal licitatório, se fazem pertinentes algumas digressões a respeito do art. 335-E do Código Penal (e antigo art. 89 da Lei 8.666/93, em parte).

Tal norma incriminadora é um exemplo do fenômeno da norma penal em branco, elo comum entre os tipos penais licitatórios, pois é necessário buscar, para fins de complementação do conteúdo incriminador perante as diretrizes legais, de Direito administrativo, acerca dos atos de dispensa ou inexigibilidade dos procedimentos licitatórios (PRADO, 2016, p. 479). O bem jurídico

tutelado por este tipo penal busca salvaguardar a moralidade administrativa (PRADO; CASTRO, 2015, p. 267) e também a lisura e idoneidade nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade licitatórias, assegurando que sejam estritamente observadas as autorizações legais para tais procedimentos

Não basta, contudo, a simples contratação direta em desconformidade com as hipóteses legais previstas para dispensa e inexigibilidade de licitação para caracterização do tipo penal, dada a necessidade de verificação atenta do elemento subjetivo do tipo, que não se compatibiliza com mero erro administrativo, praticado de forma culposa, para a qual não há previsão de crime autônomo, sendo tal conduta atípica, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal.⁶ Essa aferição do elemento subjetivo ganha contornos ainda mais relevantes, em função da integração de ordem constante entre a norma penal e norma administrativa, como já visto, o que pode, eventualmente, implicar em erro de tipo pelo agente, dada a percepção equivocada sobre a regularidade do procedimento, elidindo, assim, a caracterização do crime (CALADO, 2018, p. 505-506), entendimento este agora, mais do que nunca, sedimentado com a supressão da parte final do antigo art. 89 da Lei 8.666/93.

Ponto relevante sobre o referido tipo penal, agora estipulado no art. 335-E do Código Penal, à luz da continuidade normativa típica, versa sobre a imprescindibilidade de que se caracterize resultado naturalístico para caracterização do tipo penal, consistente no prejuízo ao erário, em decorrência da inexigibilidade ou dispensa indevida do procedimento licitatório, que culmina na contratação direta. O entendimento já construído, durante as décadas em que se fez vigente a Lei 8.666/93, aparenta se encaminhar à sua manutenção.

Isso porque a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) se orienta no sentido de que a configuração do crime do art. 89 da Lei de Licitações demanda a existência de provas do prejuízo ao erário ou, ao menos, que o agente público ou particular tenha se beneficiado como decorrência direta da lesão ao erário (DIAS; KNOERR, 2019, p. 450-454). Esse padrão decisório das cortes superiores, por outro lado, é enfaticamente criticado por Alaor Leite (2013, p. 13-30, que entende que a jurisprudência criou, sem amparo legal, um requisito típico na redação) do tipo penal, pois para o autor a figura do art. 89 da Lei 8.666/93 é crime de mera conduta e perigo abstrato, não demandando “prejuízo à administração pública” como requisito do tipo objetivo.

Contudo, partindo da premissa de que o princípio da intervenção mínima deve ser tomado como um elemento fundamentador da redução dogmática dos elementos do tipo penal (TAVARES, 2020, p. 87-88), o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência, sobre a necessidade de prejuízo ou dano erário, e que, certamente, se manterá a partir da interpretação das disposições do

⁶ Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

novel art. 337-E do Código Penal aparenta se demonstrar por adequado, na medida em que se deve considerar que os tipos penais licitatórios devem buscar sancionar o mau administrador público, mal-intencionado e desleal, e não apenas aquele desqualificado ou incompetente para o exercício da sua função (BITTENCOURT, 2012, p. 53). Daí porque, ainda que pertinentes os apontamentos de ordem dogmática tecidos por Alaor Leite, a criminalização de erros formais a cargo dos administradores públicos, que não atuem com intento de se beneficiarem pessoalmente, em razão de lesão ao Erário, acaba por inviabilizar o pleno exercício da função pública (LUCENA; FREITAS NETO, 2019, p. 339).

Mas, ainda que relevante toda a discussão subjacente ao tipo penal questão, o fato é que a majoração da pena, em patamares elevados, justamente em um contexto de continuidade da norma penal, aparenta endossar as críticas tecidas por Helena Regina Lobo da Costa, sobre o aparente descompasso entre a conduta prescrita e a pena atribuída (preceito secundário), o que convida ao reconhecimento de sua violação ao princípio da proporcionalidade.

No entanto, ainda que o presente artigo tenha optado por analisar, nos seus limites, o alcance mais aprofundado das redações penais dos crimes dos artigos 337-E e 337-F do Código Penal (antigos artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93), escolha metodológica esta decorrente de serem eles os de maior incidência dentro da praxe dos crimes licitatórios, indicada, por exemplo, nos julgados que integram o sistema de “Jurisprudência em Teses” do STJ, as críticas pela ofensa ao princípio da proporcionalidade, em matéria penal, não se adstringem a tais tipos penais.

Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, a seu juízo, identifica os mesmos vícios apontados pelos autores acima rememorados, em meio às majorações de pena promovidas nos novos artigos 337-G (patrocínio de contratação indevida, antigo art. 91 da Lei 8.666/93) e 337-L do Código Penal (fraude em licitação ou contrato, antigo art. 96 da Lei 8.666/93). Suas críticas, em geral bem alinhadas com as posições já acima traçadas, também se fundam na violação ao princípio da proporcionalidade, que implica em inconstitucionalidade, justamente por exacerbar injustificadamente a pena mínima, sem motivação na lesão ao bem jurídico, como refere este autor, especificamente, ao último tipo referenciado (PITOMBO, 2021, p. 133 e p. 176-177). Especial destaque, ainda, se confere às seguintes assertivas do autor sobre as causas de tal majoração e, também, o seu caráter paradoxal:

A profissão de fé contra a corrupção ativa e demais infrações penais contra a Administração pública, que assola o país, não deveria conduzir o legislador a perder a perspectiva axiológica dos tipos e das respectivas penas. Nada justifica tal proporção. A experiência deveria ensinar a obviedade: o exagero nas penas, também, se mostra concausa da impunidade (Ibidem, p. 177).

Outrossim, similares críticas sobre ofensas perpetradas por disposições da nova Lei de

Licitações, em matéria penal, são, também, identificadas por Luciano Feldens, em comentário ao tipo penal previsto no art. 337-H do Código Penal, que guarda semelhança com a antiga figura do antigo art. 92 da Lei 8.666/93, que proscovia a conduta de modificação irregular em contratos administrativos e, também, o pagamento irregular, malferindo a ordem cronológica, de faturas.

Feldens, todavia, usa de tom menos enfático em sua crítica, mencionando a dobra das penas cominadas neste dispositivo, que passa de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de detenção para 04 (quatro) a 08 (oito) anos de reclusão, como aspecto que possivelmente “despertará atenção acerca da legitimidade constitucional dessa alteração legislativa, pontualmente no que diz respeito à pena mínima cominada” (FELDENS, 2021, p. 145). O autor, ainda, para dar maior densidade às críticas tecidas, menciona que o tipo penal em questão alberga penas que são, no patamar mínimo, superiores às penas atribuídas ao crime de corrupção (em suas modalidades ativa e passiva), evidenciando, assim, um paradoxo.

Sendo assim, a revisão literária, dentro do material já identificado na recente égide da nova Lei de Licitações traça claros aspectos a indicar a incompatibilidade das penas aplicadas aos crimes licitatórios, ainda que sejam, essencialmente, em grande parte, absolutamente os mesmos, o que leva a questionar os motivos e a legitimidade de uma exacerbação das penas desta ordem.

É certo, contudo, que as posições indicadas, podem, perfeitamente, ser sustentadas em vindouros mecanismos a questionar a inconstitucionalidade das novas penas aplicadas, seja pela via do controle difuso, como também concentrado de constitucionalidade, nos quais se mostra plenamente fatível suscitar medida desta natureza. O critério fundante para uma postulação de tal ordem poderia repousar, justamente, na chamada incoerência endonormativa sobre penas aplicadas a situações muito mais graves, que não encontram mínima congruência.

O mesmo Luciano Feldens, em obra anterior, realça situação abstrata – que, ao que parece, tem perfeita adequação às alterações legislativas incorporadas pela Lei n. 14.133 de 2021 – da chamada incoerência endonormativa, elencando-a como um problema constitucional, em matéria penal, pelo tensionamento com o princípio da proporcionalidade. Tal incoerência se dá, segundo o autor, nos casos em que o legislador introduz nova figura penal ou, então, atribui uma nova pena a um dado comportamento, que nitidamente desborda do padrão das sanções previstas para fatos semelhantes, encaminhando à chamada incoerência endormativa. Trata-se de situação que convida a aplicação dos preceitos da irrazoabilidade e irracionalidade, os quais permitem, junto do exame de proporcionalidade, identificar um excesso da ação estatal (2012, p. 161-162).

E em sentido similar, também Mauricio Antonio Ribeiro Lopes tece apontamentos em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade no campo penal, e, especificamente, na seara penal econômica – onde se inserem os crimes licitatórios. Refere o autor que, no âmbito penal, o

princípio da proporcionalidade pode ser aferido pela adequação da pena, que deve ter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor. E, assim sendo, é inevitável que o órgão jurisdicional possa controlar a constitucionalidade das sanções previstas nas leis penais, nos casos em que “eventualmente a resposta prevista abstratamente pelo Estado pode se revelar injusta, desigual, iníqua” (LOPES, 2000, p. 298).

Também na literatura portuguesa, em obra específica sobre a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis penais, Maria João Antunes aborda tanto os aspectos favoráveis como os críticos sobre tal possibilidade de agir pelo Judiciário, sendo estes últimos focados na ilegitimidade democrática para o Judiciário invalidar decisões proferidas pelo legislador que se constitui pelo sufrágio, remetendo, dentre outros, às contribuições de Mark Tushnet e também de Jeremy Waldron, reconhecidos críticos do ativismo judicial:

E as alternativas parecem ser repensar garantia jurisdicional da Constituição – corrigindo excessos em nome do princípio da maioria, em defesa da *Constituição do povo*, ou corrigindo defeitos em prol do princípio da constitucionalidade e, nomeadamente, de uma proteção jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais, em nome de uma *Constituição de Direitos*. Ou a alternativa ser mesmo *to take the Constitution away from the courts* (ANTUNES, 2020, p. 91-92)

Mas, de todo modo, ainda que de todo relevantes as críticas tecidas em relação a esta forma de atuação do Poder Judiciário, entende-se acertada a ideia de que tal intervenção se faz legítima, principalmente para os casos como os criticados pelos autores aqui citados: onde há uma gritante majoração de penas cominadas, tornando-as incompatíveis, em termos sistêmicos, com outros preceitos secundários de normas penais.

O jurista espanhol José Luis Díez Ripollés (2016, p. 152), em sua aferição da racionalidade ética na racionalidade legislativa, descreve os princípios da sanção:

Em direta relação com a sanção surgem pretensões éticas que visam assegurar que os efeitos sociais a serem obtidos com as penas não ultrapassem os limites do exercício do poder acordados socialmente, isto é, que a proteção ante aqueles danos não se desnaturalize através de um modelo de intervenção penal que termine incidindo de maneira socialmente inaceitável sobre os planos de vida dos cidadãos. (RIPOLLÉS, 2016, p. 152).

Dentro desses princípios da sanção se encontra o princípio da proporcionalidade das penas. Nesse ponto, se “acolhe a crença de que a entidade da pena, isto é, a aflição que ela origina por sua natureza e intensidade ou pelos efeitos sócio-pessoais que desencadeia, deve-se acomodar à importância da afecção ao objeto tutelado e à intensidade da responsabilidade concorrente” (RIPOLLÉS, 2016, p. 155).

Além disso, “a entidade da pena prevista deve corresponder à importância do tutelado e ao âmbito de responsabilidade estabelecido”, e “a pena deve ser configurada de tal maneira que permita sua acomodação às variações que a afecção ao objeto de proteção e à estrutura da

responsabilidade possam experimentar no caso concreto” (RIPOLLÉS, 2016, p. 155).

E um relevante precedente que, eventualmente, poderia ser utilizado como parâmetro a efetivar, em termos de provocação ao Judiciário, as críticas materializadas pelos autores críticos às penas cominadas pela nova Lei de Licitações, consiste, justamente, no Habeas Corpus nº 239/363/PR, julgado pelo Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte veio a acolher a arguição de inconstitucionalidade suscitada contra o preceito secundário do tipo penal do art. 273, § 1º-B, V, do Código, justamente pela ofensa ao princípio mencionado pelos autores aqui citados: o princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2015).

Tomou o STJ as seguintes premissas para o reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada, ao qual o legislador atribuía, de forma originária, a pena de 10 a 15 anos de reclusão: (i) a intervenção estatal pelo Direito Penal deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade, que deve igualmente ser adotado pelo legislador, em sua dupla vertente: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente; (ii) é viável que o judiciário analise a constitucionalidade da atividade legislativa, examinando se houve, pelo legislador ação adequada à tutela dos bens jurídicos fundamentais; (iii) por força deste mesmo princípio da proporcionalidade, é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, principalmente por sua incompatibilidade, por exemplo, com as penas aplicadas ao tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2006).

Identificam-se, assim, em termos teóricos e também jurisprudenciais, que existe campo ao questionamento da proporcionalidade das penas que foram cominadas pelo legislador, às novas redações dos crimes licitatórios – que agora se inserem dentro do escopo da Reserva de Código. O STJ, aliás, se filia à crítica de Luciano Feldens sobre a incoerência endonormativa como uma das formas a aquilatar a incongruência com o princípio da proporcionalidade, o que, uma vez mais, demonstra a factibilidade de questionamentos desta ordem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das transformações e dos impactos trazidos com a Lei n. 14.133 de 2021 pela ótica do Direito Penal das Velocidades e do Direito Penal Econômico é essencial para a compreensão do contexto e dos fins tutelados pela referida norma, especialmente para que se possa compreender e situar os crimes licitatórios, que se inserem neste segmento.

Não se pode deixar de ponderar, contudo, que, ainda que os crimes econômicos tenham facetas próprias, não se pode admitir a mitigação das garantias penais, que também são afetadas a este subcampo do Direito Penal, não sendo ele caracterizado, sob qualquer prisma, como um local não

sujeito às garantias penais, que não são privativas ou, de qualquer maneira, vinculadas à cominação de penas privativas de liberdade, mas antes uma garantia inerente à natureza de subsidiariedade e fragmentariedade características de todo o sistema penal. Indica-se, com isso, a coerência das críticas levantadas por Silva Sánchez em seu fracionamento característico do Direito penal das velocidades, ainda que este autor faça essa catalogação mais em uma maneira descritiva deste citado fenômeno.

De toda sorte, como indicaram os achados bibliográficos, é possível inserir dentro do escopo do Direito penal econômico a figura dos crimes de licitação, justamente por guardarem eles estrita relação com as contratações públicas, de modo que tangenciam, tanto em relação aos licitantes, como também em relação à Administração Pública, o aspecto econômico que é oriundo das contratações públicas. Objetivam tais tipos penais, assim, tutelar a efetividade e higidez das contratações feitas pela Administração, ao mesmo tempo em que trazem consigo a ideia de defesa da competitividade nos certames públicos.

No entanto, malgrado seja de todo relevante a tipificação penal em matéria licitatória, como demonstrado, por exemplo, no maior adensamento teórico em relação aos crimes que se inserem nos atuais artigos 337-E e 337-F do Código Penal (antigos artigos 89 e 90 da Lei 8.666 de 1993), ao se partir do pressuposto que também os crimes econômicos devem se sujeitar aos preceitos básicos da ciência penal, igualmente imprescindível foi o enfoque atribuído por esta pesquisa nos aumentos de pena procedidos.

E as novas normas penais atinentes aos crimes licitatórios visam uma criminalização e punição maior dos agentes, tanto pela criação de mais um tipo penal quanto pelo aumento das penas como um todo (privação de liberdade e multa), quanto pela não demonstração na alteração do bem jurídico que refletisse no exposto.

Todavia, é pela avaliação da proporcionalidade penal que se evidenciam as maiores incongruências legislativas. Considerando que a pena de alguns crimes já previstos na lei de 1993 dobrou, tanto em seu mínimo quanto em seu máximo, fica nítido a vilanização dos autores dos crimes econômicos, no contexto de combate à corrupção, que, por vezes se demonstra um meio retórico, que acaba por perverter a efetiva solução dos problemas crônicos que são ínsitos à Administração Pública (e suas contratações, por conseguinte).

Foram identificadas, em meio à ainda incipiente literatura sobre os novos crimes licitatórios, críticas quase que uníssonas às majorações tão gravosas das penas cominadas, o que indica uma possibilidade de um vindouro questionamento sobre a constitucionalidade destas novas penas, sob a ótica da proporcionalidade, algo similar àquilo que procedeu o Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer a inconstitucionalidade das penas que foram cominadas ao tipo penal do art.

273, § 1º-b, v, do Código Penal, com as penas muito gravosas atribuídas por esta figura normativa.

A conclusão obtida é que mesmo com a redação mais apurada de alguns dispositivos legais, até melhorando ou abolindo crimes “culposos”, não tem o condão de aumentar desenfreadamente as penas privativas de liberdade, ainda mais quando o bem tutelado pela referida lei, qual seja, o erário, já é atendido suficientemente pela retirada de limitação das penas de multa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Maria João. *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012 [Ebook].

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus 239.363/PR*. Arguição de inconstitucionalidade. Preceito secundário do art. 273, § 1º-b, v, do cp. Crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. Impetrante: João Dos Santos Gomes Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: Cláudio Valles Barcelos Júnior. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29205491&num_registro=201200764901&data=20150410&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Voto no Habeas Corpus 204.416/SP*, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 24/05/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21783449&num_registro=201100879218&data=20120524&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2021

BREDA, Juliano. A falta de proporcionalidade das novas penas. In. *Crimes de licitações e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. Coordenador: Juliano Breda. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 76-78.

CALADO, Juliana Montenegro. *Crimes de Licitações*. In. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [Orgs.]. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação Direta Ilegal. In. *Crimes de licitações e contratações*

públicas: elementos de direito administrativo e direito penal. Coordenador: Juliano Breda. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DAVID, Décio Franco. *Manual de Direito penal econômico*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

DIAS, Jean Colbert; KNOERR, Fernando Gustavo. A (des)construção do tipo penal previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 pela jurisprudência – a exigência de comprovação do elemento subjetivo especial do tipo e o prejuízo ao erário público. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis. v. 24. n. 9, p. 450-454. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6192>> Acesso em 27 set. 2021.

FELDENS, Luciano. Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo. In. *Crimes de licitações e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. Coordenador: Juliano Breda. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FREITAS, André Tavares de. *Crimes na Lei de Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GONÇALVES, Carlos Eduardo. *Os crimes econômicos sob a ótica do direito penal constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2007 [Ebook].

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Lei 8.666/93. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico. In. *Temas de Direito penal econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. A defesa da codificação do Direito penal e a crítica ao *Big Bang* legislativo. *Conpedi Law Review*. Oñati, Espanha, v. 2, n. 1, jan.jun./2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2016.v2i1.3594> Acesso em 29 set. 2021

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Delito Licitatório e Bem Jurídico-Penal: Algumas Observações. *Revista dos Tribunais*, v. 957/2015, julho-2015.

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. Patrocínio de contratação indevida e Fraude em

Licitação ou Contrato. In. *Crimes de licitações e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. Coordenador: Juliano Breda. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho Penal*: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed., rev. e amp. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal económico*: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico*: Introducción y parte general. Lima: Grijley, 2009.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O SISTEMA CARCERÁRIO: A PRECARIEDADE DAS INSTITUIÇÕES PRISIONAIS EM FACE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS

Murilo Muniz FUZETTO¹

Amanda Aparecida Espigarolli SILVA²

RESUMO

O presente trabalho visa discutir, por intermédio do método dedutivo, sobre a responsabilidade estatal na busca pela inclusão social dos apenados com deficiências com vistas a efetivar direitos e garantias básicos. É notório que o sistema carcerário brasileiro encontra dificuldades, apresentando sinais de falência e colocando os reeducandos em situações degradantes ao sofrerem com as superlotações, os ambientes insalubres, as instalações precárias, a falta de oportunidades, dentre outros. Com isso, o caráter pedagógico da pena – entendimento predominante hodiernamente – não consegue atingir sua finalidade colimada, haja vista a ineficiência estatal em trazer políticas adequadas para a ressocialização. Os efeitos deletérios são maximizados para os apenados com deficiência, que sofrem com a precariedade dos espaços e com a ausência de adaptações, tornando o ambiente inacessível e conseqüentemente sem atender os preceitos da inclusão social – o que dificulta o processo de ressocialização –. Cabe, então, a discussão sobre a função do Estado em direcionar políticas públicas para os apenados com deficiência, avaliando o ordenamento jurídico brasileiro para identificação de dispositivos e instrumentos normativos aplicados ao caso. Nesse entrelinho, os resultados obtidos foram de que o Estado é responsável pelas ações que propiciem a acessibilidade para os apenados com deficiência, cuja responsabilidade, embora não presente especificamente no ordenamento jurídico pátrio, decorre dos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVES: Apenado com Deficiência. Acessibilidade Prisional. Sistema Carcerário.

ABSTRACT

The present work aims to discuss, through the deductive method, the state responsibility in the search for the social inclusion of inmates with disabilities in order to realize basic rights and guarantees. It is notorious that the Brazilian prison system is facing difficulties, showing signs of bankruptcy and putting the re-educated in degrading situations when suffering from overcrowding, unhealthy environments, precarious facilities, lack of opportunities, among others. With this, the pedagogical character of the penalty – a prevailing understanding nowadays – cannot reach its collimated purpose, given the state's inefficiency in bringing adequate policies for re-socialization. The deleterious effects are maximized for disabled inmates, who suffer from the precariousness of spaces and the lack of adaptations, making the environment inaccessible and consequently failing to

- 1 Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito pela mesma instituição (2021), onde foi bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Graduado em Direito pela mesma instituição (2016). Foi estagiário-docente na Toledo Prudente de 2017 à 2021, atuando como tutor de Ensino a Distância (EaD) na disciplina de Estágio Supervisionado II (arbitragem) e como supervisor da extensão do Núcleo Especial Criminal (NECRIM). Atualmente é Supervisor de Prática Profissional na Toledo Prudente, auxiliando no desenvolvimento e ministrando aulas de Estágio Supervisionado I (métodos adequados de solução de conflitos) e Estágio Supervisionado II (arbitragem). Advogado. E-mail: murilofuzetto@hotmail.com
- 2 Discente do 6º termo de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Participante do Grupo de Pareceres sobre Direito Internacional e Direitos humanos da Toledo Prudente Centro Universitário e participante do Grupo de Estudos Interdisciplinares entre Direito e Neurociências (NEUROLAW) da UTP. Estagiária no Fórum Simulado da Toledo Prudente Centro Universitário até o início do ano de 2021. Estagiária no escritório Amaral Brugnorotto Sociedade de Advogados até 11/08/2021. E-mail: amandaapda@hotmail.com.br

comply with the precepts of social inclusion – which hinders the resocialization process –. It is therefore appropriate to discuss the role of the State in directing public policies for people with disabilities only, evaluating the Brazilian legal system to identify provisions and normative instruments applied to the case. In the meantime, the results obtained were that the State is responsible for actions that provide accessibility for inmates with disabilities, whose responsibility, although not specifically present in the national legal system, stems from the Principles of Isonomy and Human Dignity.

KEYWORDS: Disabled Convict. Prison Accessibility. Prison system.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que as pessoas com deficiência constituem grupo minoritário e hipossuficiente, carecendo de amparo estatal ao promover políticas públicas para a inclusão social. Diante disso, é imprescindível que sejam formuladas medidas que propiciem a plena acessibilidade de referidos sujeitos, cujo o escopo é permitir a participação ativa na vida comunitária.

Hodiernamente, os debates sobre as ações afirmativas vêm em franco crescimento, o que já permite vislumbrar a presença desses indivíduos em diversos segmentos e momentos do cotidiano social. Além disso, a sociedade vem passando por quebra de paradigma ao mudar a visão que faz de tais seres humanos, haja vista que a única diferença com os seus pares é a limitação – seja ela física, mental, intelectual ou sensorial –.

Por esse modo, há a desmistificação dos atributos e a compreensão de existência de caracteres básicos nas pessoas com deficiência, como, por exemplo, sexualidade, ambição, sonho, preferência política, etc. Com isso, notou-se a presença desse grupo hipossuficiente em outros ambientes que necessitam de supervisão estatal para concretização de direitos básicos, como é o caso dos apenados.

Os sujeitos que estão no sistema prisional encontram dificuldades oriundas da superlotação, da insalubridade, da ausência de política que prima pela ressocialização, dentre tantos outros. Para a pessoa com deficiência, os obstáculos são assomados com os entraves intrinsecamente ligados com a limitação apresentada, proporcionando efeitos nefastos para a reeducação ao não atender as necessidades básicas de acessibilidade.

O presente artigo objetivou discorrer sobre as pessoas com deficiência no sistema carcerário, analisando os instrumentos normativos e as lacunas existentes sobre o tema. A pena assume caráter de ressocializar o sujeito para que seja inserido novamente na sociedade e não volte a reincidir, demonstrando o objetivo pedagógico da sanção penal. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo para a construção do estudo e a obtenção dos resultados, bem como de pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, dispositivos normativos para a apresentação dos argumentos pertinentes.

Com o fito de estruturação, este artigo tratou inicialmente sobre os aspectos conceituais e terminológicos sobre pessoas com deficiência, permitindo identificar seus membros e adotar nomenclatura adequada que não contribua com os estigmas sociais, para que posteriormente fosse possível dissertar sobre o sistema carcerário brasileiro e sobre as condições específicas para os sujeitos que apresentam qualquer tipo de deficiência.

2 NOÇÕES TERMINOLÓGICAS E CONCEITUAIS

O cerne do presente trabalho é, portanto, discutir sobre as políticas públicas direcionadas às pessoas com deficiências que estão em processo de ressocialização ao cumprir pena oriunda de condenação por algum delito cometido. Para que seja abordada o ponto nevrálgico do debate, mister se faz discorrer sobre os aspectos terminológicos e conceituais que engloba as pessoas com deficiências, distinguindo-as das demais com intuito de realçar as suas características peculiares ao direcionar a ação afirmativa a ser promovida.

Outrossim, a importância das lições traçadas a seguir sobre a nomenclatura e o conceito é perceptível também de modo geral para entender a presença desse grupo hipossuficiente na sociedade, haja vista que quebra os estigmas sociais existentes ao colocar o viés *humano* como centro da observação. Em outras palavras, desmitifica-se a pessoa com deficiência, tida como incapacitada para participar da vida comunitária ou, ainda, como ser sagrado e transcendental, imaculada e livre do que a sociedade considera como erro ou maldade.

Com isso, tais sujeitos podem encontrados ocupando bancos da graduação, exercendo determinada profissão, participando de atividades recreativas, bem como também presentes no sistema carcerário em processo de ressocialização ante a aplicação de pena devido ao cometimento de delito. Em todos esses ambientes, deve-se concretizar os princípios constitucionais e os direitos básicos para que, além de uma vida digna, seja efetivada a acessibilidade com escopo de conferir igualdade de oportunidades.

Por este modo, a escolha do termo adequado também contribui para a inclusão social, uma vez que reduz os estereótipos que porventura possam existir através da delimitação de expressão que exalta a *pessoa*, relegando a *deficiência* como mais um dos variados atributos que estão presentes no ser humano. Esta torna-se mais um elemento de formação, como é o credo, a etnia, a religião, a orientação sexual, o gênero, dentre tantas outras características que compõem o indivíduo.

Mister se faz salientar que o grupo hipossuficiente em comento apresenta número expressivo de membros na população brasileira, demonstrando que a sua presença só obstada diante dos empecilhos colocados pelas outras pessoas. Conforme apontado por censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o percentual de sujeitos que se

declararam como pessoa com deficiência foi de 23,9%. Tal dado corrobora a imprescindibilidade da adoção de nomenclatura escoreta, haja vista a quantidade considerável de integrantes do grupo, pairando a dúvida se o melhor termo seria *pessoa com deficiência*, *pessoa portadora de necessidades especiais* ou *pessoa portadora de deficiência*. (BUBLITZ, 2012, p. 354-355)

Além disso – antes de ingressar na análise sobre qual a terminologia a ser empregada –, expõe-se que foi possível vislumbrar o emprego de eufemismos sob a justificativa de libertar o grupo em estudo de estigmas históricos e, conseqüentemente, promover a valorização da pessoa humana, predominando os termos *aleijado*, *excepcional*, *inválido*, dentre outros. Ressalta-se que, contrariamente à intenção alegada ao empregar essas nomenclaturas, o efeito obtido era de que a deficiência era mais enfatizada do que a pessoa. Diante disso, adentrando na análise da nomenclatura, aponta-se que a expressão correta é aquela adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei nº 13.146/15, qual seja *pessoa com deficiência*, ante valorizar a pessoa humana à frente de sua deficiência (BUBLITZ, 2012, p. 356)

Por sua vez, *pessoa portadora de deficiência* apresenta inadequações por dar a entender que a deficiência é portada – ou seja, carregada – pelo indivíduo como se fosse algo externo e não intrínseco, restando a sensação de que pode ser retirada a qualquer momento, como, por exemplo, deixar a limitação física em casa ao sair para trabalhar. Por sua vez, *pessoa portadora de necessidades especiais* não é viável por ser abrangente, englobando sujeitos ou grupos que precisam de determinado apoio através do desenvolvimento de políticas públicas que permitem a sua promoção com o intuito de equalizar as oportunidades existentes. (SCHIMDT, 2019, p. 145)

De tal sorte, outras expressões que foram usadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e apresentavam alto grau de discriminação – contribuindo, por conseguinte, com a fortificação de estigmas sociais – eram *loucos de todo o gênero*, *excepcional*, *inválido* e *deficientes*, as quais também são inapropriadas. No caso da primeira elencada, aponta-se que era empregada pelo Código Civil de 1916 para designar pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, especialmente para referenciar àquelas que tinham algum distúrbio psiquiátrico. (SCHIMDT, 2019, p. 145)

Tal dicção – flagrantemente vexatória – foi substituída por *enfermidade ou deficiência mental* pelo Código Civil de 2002, sendo suprimida posteriormente pela Lei nº 13.146/15. Em relação às demais, retrata-se que são eminentemente preconceituosas, uma vez que trazem a percepção de que as pessoas denominadas assim encontram-se fora dos padrões e não são consideradas válidas e eficientes. Além disso, também são consideradas como excludentes por ressaltarem mais as diferenças do que as similitudes em relação aos demais, desvalorizando o

indivíduo. (SCHIMDT, 2019, p. 145)

Encerrando a digressão sobre as questões terminológicas, cumpre argumentar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, ambos assinados em 2007 na cidade de Nova Iorque e que consistem na primeira norma internacional a ingressar no ordenamento jurídico pátrio sob a égide do artigo 5º, 3º, da Constituição Federal, encerraram todas as discussões existentes ao adotar a nomenclatura *pessoa com deficiência*, a qual deve ser empregada desde a entrada de referido internacional no plano interno ante receber *status* de emenda constitucional. Como forma de atender requisitos e de efetivar direitos da convenção retromencionada – bem como para sistematizar direitos e garantias do grupo hipossuficiente em comento em um único diploma normativo –, o ordenamento jurídico brasileiro contemplou o advento da Lei nº 13.146/15, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, ainda, de Estatuto da Pessoa com Deficiência, corroborando a terminologia disposta.

Por sua vez, a conceituação também é tarefa árdua e de suma importância, uma vez que a busca pela isonomia material e o entendimento de que a dignidade humana perpassa pela eliminação de todas as barreiras acarretaram em necessidade de criação de mecanismos para a efetivação dessa igualdade. Nesse entrelinho, ainda que presente durante longo período, a ligação de deficiência com limitação deve ser extirpada, pois todos os seres humanos possuem tipo de limitação. Diante disso, o que definiria a deficiência é a existência de barreiras impostas pela sociedade que impedem o pleno desenvolvimento dos seres humanos com os atributos a estes inerentes. É por este motivo que a Convenção de Nova Iorque é inovadora, uma vez que traz essa relação na formulação de um conceito – e também por reconhecer que tal definição está em constante evolução –. (ARAÚJO; FERRAZ, 2010, p. 8844)

Apesar de a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ter *status* de emenda constitucional e, com isso, vincular a acepção de deficiência trazida em seu texto ao ordenamento jurídico, o Estatuto da Pessoa com Deficiência dedica o seu artigo 2º para delinear a conceituação de *pessoa com deficiência*, cuja dicção legal é semelhante ao dispositivo do tratado internacional destacado alhures – tratando-se, porquanto, de corroboração da definição conferida pela convenção –.

Nesse entrelinho, extrai-se que pessoa com deficiência é, de acordo com o dispositivo normativo retromencionado, “[...] aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Ato contínuo, o §1º do artigo 2º dispõe que a avaliação da deficiência será, quando necessária, biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar que deverá considerar os

impedimentos funcionais e estruturais do corpo humano, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a restrição de participação e a limitação no desempenho de atividades.

Desse modo, verifica-se que o novo conceito foca no critério biopsicossocial de identificação da deficiência, não primando exclusivamente pelo caráter médico-biológico. Isso não significa que a avaliação com base em aspectos médicos será abandonada e, conseqüentemente, deixará de ser pertinente, haja vista a premência de verificação de atributos da pessoa com deficiência ao estar presente em determinado cenário – como, por exemplo, delimitar o que é deficiência para fins de cota, especificar limitações para determinado trabalho, etc. –. Em mesmo sentido, cita-se escólio de Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 23) quanto eventual choque entre conceitos definidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e por outras normas presentes no ordenamento jurídicos que adotam critério técnico:

De se indagar, outrossim, qual o diploma que vigoraria, no que tange ao conceito de pessoa com deficiência: a Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Dec. 3.298/1999 ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em exame? Na verdade, não há que se falar em revogação tácita ou expressa da Lei 7.853/1989, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque o Estatuto, quando pretendeu revogar antigas disposições, o fez de forma expressa, como consta do art. 123, listando as leis que não foram recepcionados pelo diploma novel. Aliás, a única menção feita pelo Estatuto à Lei nº 7.853/1989 deu-se em seu art. 98 que, alterando o art. 3º, daquela lei, relacionou os entes legitimados à proposição de ações visando à proteção da pessoa com deficiência (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, e associação constituída há mais de um ano). E, de fato, são plenamente compatíveis os conceitos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com aquelas que já constavam da Lei 7.853/1989, regulamentados por meio de decreto. Sobretudo no que se refere a impedimentos de ordem física que dificultem o pleno exercício na sociedade, por seu portador, em relação aos demais.

Em todo o caso, a acepção de *pessoa com deficiência* formulada pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – e ratificada pela Lei nº 13.146/15 ao praticamente transcrever o texto de dispositivo normativo do tratado em tela – é inovador e apresenta-se como salutar, visto que deficiência é caracterizada por meio das dificuldades, isto é, dos empecilhos que surgem com a interação entre as limitações – físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais – e as barreiras presentes no meio social. Em outras palavras, acertado está o entendimento de que a sociedade é quem define a deficiência, pois apenas assim é possível vislumbrar em ações que busquem promover a acessibilidade.

Inclusive, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência dispõe sobre a definição de termos importantes para a inclusão social do grupo hipossuficiente em comento, reservando o seu artigo 3º para as devidas considerações. Destaca-se que os incisos I, III e IV³ do dispositivo

3 Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; [...] III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade,

normativo supramencionado trata sobre a acessibilidade, barreiras e tecnologias assistivas, cujos termos podem ser considerados como a trindade do tema dada a importância para alcançar a fase da plenitude da inclusão social – uma vez que, quando concretizados, as pessoas com deficiência conseguem atuar ativamente.

Portanto, com o intuito de findar as elucidações sobre os aspectos terminológicos e conceituais, mister se faz ressaltar que a nomenclatura escoreta – e que deve ser a aplicada – é *pessoa com deficiência*, cujo conceito hodierno adota critério biopsicossocial ao considerar a interação entre barreiras presentes na sociedade e limitações do sujeito para a identificação da deficiência – não sendo possível olvidar que essa definição está em constante evolução e passa por mutações diante do avanço histórico –. Com isso, é possível definir quais os indivíduos presentes no sistema carcerário podem ser considerados como pessoas com deficiência.

3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA PRISIONAL

Ao adentrar no tema do sistema prisional ou encarceramento de pessoas, percebe-se a ausência de debates ou mesmo legislações que tratam das pessoas com deficiências nesses ambientes. Inclusive, ao se realizar uma análise mais aprofundada sobre o sistema carcerário é possível verificar a ausência de recursos que possibilitem manter o preso em cárcere e, até mesmo, a falta de acessibilidade dentro das prisões.

Assim, a falta de recursos e de ambientes adaptados que propiciem ao apenado com deficiência conviver dentro do sistema prisional nos remetem a duas questões. A primeira é a falsa ideia de que a pessoa com deficiência não é capaz de praticar crimes e a segunda que a deficiência poderia ser enquadrada dentro das causas excludentes do artigo 23 do Código Penal (DANTAS, 2016 p. 4).

Ora, não é de se duvidar que as pessoas com deficiência estão propensas a cometerem crimes, assim como qualquer outra. Isto pois, há crimes que não requerem certas condições e habilidades. Então a questão é porque as condições carcerárias oferecidas aos presos em geral não

relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social; IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

são as mesmas oferecidas aos presos com deficiência?

Ademais, não há de se falar que o apenado com deficiência poderia ser enquadrado nas hipóteses do artigo 23 do Código Penal. O que pode ser válido é a aplicação do artigo 26 do Código Penal nos casos de inimizabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ocorre que, quando se trata da pessoa com deficiência não se remete apenas a pessoa com deficiência mental. Há diversos tipos de deficiência, tais como deficiência física, auditiva, visual e as pessoas que possuem estas deficiências em tese apresentam suas funções cognitivas e intelectuais incólumes e, portanto, não se enquadram no artigo em questão.

O tratamento dado à pessoa com deficiência vem mudando ao longo dos anos, sendo que a Constituição Federal de 1988 é um dos mecanismos mais importante, justamente pelo fato de ter uma maior preocupação com a inclusão social. Visando assim a construção de um Estado Democrático, tendo como base uma sociedade fraterna, pluralista e igualitária (LEITE, 2019, p. 281).

A própria Constituição Federal em seu artigo 5º já preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinções, ainda assegurando o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Portanto, pressupõe-se que a todos devem ser dadas condições justas e igualitárias que atendam a seus anseios e necessidades.

O referido artigo estabelece direitos fundamentais a todas as pessoas, inclusive, em seus incisos III e XLIX⁴ ao preceituar determinadas garantias às pessoas privadas de liberdade, a fim de que seja assegurado o mínimo de respeito à dignidade e integridade dos reclusos e que a pena seja cumprida de maneira justa.

Outrossim, o inciso XLVIII do artigo 5º da CF já preconiza que os apenados deverão cumprir a pena em locais apropriados a depender das características como a idade, o sexo e a natureza do delito. Desta forma, ao se utilizar de critérios analógicos, entende-se que este inciso deve ser aplicado também ao apenado com deficiência, haja vista suas condições e necessidades específicas, não podem ser tratados como qualquer outro preso. (CAVALCANTE, 2018 p.55).

Nesse viés, cumpre destacar que independentemente dos atos pelos quais estes reeducandos foram julgados e/ou dos que ainda aguardam julgamento, não poderão ser privados de seus direitos fundamentais, sejam eles coletivos ou individuais. Com exceção, é claro, dos direitos políticos, que permanecerão suspensos até que se cumpra toda a pena. (SOUZA, 2013 p. 16). Ou

4 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: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

seja, a privação da liberdade não é e nem pode ser quesito ensejador de privação de outros direitos.

Por oportuno, insta trazer à baila alguns princípios que norteiam a aplicação dos apenados, especialmente daqueles que são pessoas com deficiência. Nesse contexto, destaca-se os princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo que este último está presente para todos os reeducandos com o fito de garantir vida digna ainda que durante a estadia no cárcere cumprindo a sanção criminal determinada e também evitar o cometimento de abusos e a violação dos direitos fundamentais.

Para fins de estruturar as elucidações do presente trabalho, inicia-se pelas breves explicações sobre o Princípio da Igualdade, precipuamente para as pessoas com deficiência que estão passando por processo de ressocialização devido à condenação por algum delito. Arvora-se que a igualdade possui duplo caráter, um formal – calcado na isonomia perante a Lei – e outro material, atuante na busca pela eliminação de desigualdades por meio de discriminações positivas que eliminam eventuais entraves que possam surgir durante a vida social do sujeito.

A Igualdade Formal consiste em dar a todos idêntico tratamento, pouco importando a origem, o gênero, a situação financeira, dentre outras características intrínsecas ao ser humano. Nessa dimensão, as pessoas são tratadas com absoluta igualdade, sendo permitido a cada um lutar com suas armas para a obtenção dos resultados almejados, os quais serão alcançados por meio da meritocracia. Por sua vez, vislumbra-se a Igualdade Material que é constituída pelo entendimento de que deve ser dado aos desiguais um tratamento desigual na medida da desigualdade, cujo escopo é equalizar as forças e as oportunidades entre os sujeitos. (NUNES JUNIOR, 2021, p. 357)

Colimando atender o prisma material da Isonomia e, assim, propiciar a redução das desigualdades através de tratamento diferenciado na medida das diferenças presentes, o Estado utiliza um mecanismo denominado *ação afirmativa*, cujo significado pode ser extraído a partir das seguintes explicações Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 554):

As ações afirmativas consignam um mecanismo que permite ao Estado sanar o déficit para com aqueles seres humanos que, historicamente, sempre foram alvo de preconceitos, humilhações e detrimentos de toda espécie. Aqui se encontram os idosos, as mulheres, as crianças de rua, os mendigos, os negros, os pardos, os índios, os homossexuais, os deficientes físicos, as prostitutas, categorias humanas, enfim, que nunca tiveram, ao longo da história, o mesmo tratamento conferido às chamadas classes abastadas.

De tal sorte, é cediço que as ações afirmativas não constituem uma finalidade em si mesmas, durando apenas enquanto perdurar as causas que as ensejaram. Seu emprego ocorre para corroborar uma fase ou etapa da evolução dos direitos fundamentais de certos grupos marginalizados historicamente, não possuindo o condão de alterar as situações arraigadas e servindo de meio, ou seja, de caminho para a concretização da justiça social. (BULOS, 2014, p. 555)

Com isso, o tratamento conferido às pessoas com deficiências apenas deve ser pautado no

princípio da isonomia, atendendo especificamente o plano material ao criar instrumentos que garantam oportunidades em relação aos demais detentos. Por meio do cumprimento da igualdade, pode-se concretizar o direito à acessibilidade, o que tornará o processo de ressocialização mais eficiente, bem como não sendo período degradante a ponto de equivaler à tortura ao sujeito.

Outro importante princípio que deve ser atendido – esse de um modo geral – é o da Dignidade da Pessoa Humana, o qual é tido como fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais por ser o responsável pela direção, isto é, pelo comando a ser considerado primariamente pelo intérprete. Tem-se que a dignidade é absoluta, não podendo sofrer arranhões e tampouco pode ser vítima de argumentos que a relativizam, e reconhecida como estimuladora do desenvolvimento social e como freio de atrocidades possíveis que podem ser cometidas pela ação humana. (NUNES, 2018, p. 68)

De forma sucinta, a dignidade humana pode ser, de acordo com Ana Paula Barcellos (2020, p. 154), conceituada como “[...] trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”. Rizzato Nunes (2018, p. 71) expõe que a dignidade é inata ao ser humano – em outras palavras, é inerente à essência humana – e deve ser vista como o respeito à integridade física e psíquica, às liberdades, à imagem, à intimidade e à consciência – religiosa, científica, etc. – da pessoa.

Ora, a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para o reeducando está na preservação de suas condições humanas, efetivando o mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos (lazer, educação, saúde, etc.) sem impor situações degradantes que violem os direitos e garantias fundamentais. Nesse entrelinho, Ana Paula Sarjes Barroso (2020, p. 12) leciona:

Em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, são inadmissíveis quaisquer tratamento indigno aos submetidos à privação de liberdade. Tortura física e mental, má condições de acomodação, celas superlotadas, falta de assistência judiciária são algumas das violações a que são submetidos os presos no sistema prisional brasileiro. A maior parte da população do Brasil, sobretudo a que vive nas periferias e favelas, ou seja, à margem da sociedade, experimenta violações à sua dignidade, em virtude da grande desigualdade social e da acumulação da riqueza na mal da minoria, o que leva à miséria e, o que acarreta violência, falta de saneamento básico, moradias em condições precárias e acesso insuficiente a serviços públicos de saúde.

Seguindo tais princípios, esclarece-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê em seu artigo 25 que “as pessoas com deficiência têm direito de desfrutar do mais alto nível de saúde possível, sem discriminação com base em motivos de deficiência”.

Devido ao fato de que a Constituição Federal, de modo geral, prevê direitos e tratamentos igualitários aos apenados, o mínimo que se espera é que a lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, ou melhor a Lei de Execuções Penais (LEP) assegure de maneira específica condições e direitos aos

apenados com deficiência. Entretanto, ao se analisar a LEP, apenas se encontram dois artigos a respeito.

O artigo 32 da referida lei acima, traz à tona as atividades referentes ao trabalho interno que de maneira mais específica no §3º estabelece que os reclusos que estejam doentes ou sejam deficientes físicos somente exercerão as atividades que sejam apropriadas ao seu estado.

Já o artigo 117, inciso III da LEP versa sobre o direito de recolhimento em residência particular do apenado que possua filho menor ou com deficiência física ou mental, que seja beneficiário do regime aberto. Porém, é evidente que este último não se trata do preso com deficiência e sim de um terceiro integrante de sua família.

Insta imperioso trazer à baila também, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou melhor, a Lei 13.146/2015 sancionada em julho de 2015 que trouxe diversas inovações para a área do direito, a fim de se garantir uma maior efetivação dos direitos.

Assim, no mesmo sentido do artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, o referido Estatuto, em seu artigo 5º⁵, visa proteger a pessoa com deficiência das violências e tratamentos desumanos e degradantes ao qual estão sujeitos dentro do sistema carcerário. Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 38) argumentam que essa ênfase decorre do fato de que, apesar da violência estar presente em todo o sistema, o deficiente está mais propenso a ela.

O referido Estatuto traz diversos direitos e garantias quando o assunto é direitos fundamentais, acesso à saúde e direito à acessibilidade. Inclusive em seu artigo 53 expressamente menciona que a acessibilidade é um direito da pessoa com deficiência a fim de que esta possa viver de forma independente e exercendo seus direitos em sociedade.

Cabe mencionar ainda, o dispositivo 79º, §2º e 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência que preconiza que apenado com deficiência que seja submetido a medida restritiva de liberdade, deva ter todos os seus direitos e garantias assegurados, inclusive quanto à acessibilidade.

Ademais, no Título II do Estatuto da Pessoa com deficiência, há previsão de um rol de crimes e infrações administrativas que, entretanto, não se destinam aos atos ilícitos praticados pelas pessoas com deficiência e sim, de terceiros contra estes. Embora estes artigos não se destinem à pessoa com deficiência como sujeito ativo do crime, não se pode negar que estes não estejam propensos a praticarem crimes.

Nesse viés, adentrando novamente na seara do Direito Penal, os crimes em sua grande maioria são crimes comuns. Ou seja, não se exige nenhum requisito quanto ao sujeito ativo, em específico, de que aquele infrator tenha ou não de ser uma pessoa com deficiência. Capez (2020, p.

5 Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

358) conceitua o crime comum como um crime geral, aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa sem a necessidade de um requisito especial.

Há uma evidente lacuna legislativa quando o assunto é os direitos da pessoa com deficiência dentro do sistema prisional. Seja ela por uma falha ou uma completa omissão, a verdade é que enquanto não for tratada pelo legislativo, continuará havendo violações aos direitos e garantias dos reclusos.

3.1 Tutela do Estado aos Interesses dos Reeducandos com Deficiência

Notória é a grave situação dos presídios brasileiros, não apenas quanto a falta de recursos suficientes como também a omissão estatal diante de questões essenciais. Ocorre que, essas falhas por parte do poder público acabam por agravar duas vezes mais a situação dos apenados com deficiência do que dos apenados que não possuem nenhuma deficiência.

Como bem argumenta Spinieli (2018, online), as condições precárias às quais os presos com pena privativa de liberdade se sujeitam, estão entre as mais graves mazelas do modelo penitenciário nacional. Decorrem obviamente da escassez de higiene e acesso à saúde, das limitações nas estruturas dos presídios, assim como o descaso por parte do Poder Público acerca dos diversos problemas nos presídios nacionais.

É evidente a discrepância entre o que está previsto na Constituição Federal, nas legislações inferiores e nos tratados internacionais e a realidade do sistema carcerário brasileiro. Há uma verdadeira omissão por parte do Estado, não somente por parte das instituições diretamente ligadas ao sistema carcerário, como também de demais órgãos públicos (FARIA e ALMEIDA, 2016).

Para se ter uma ideia da quantidade de reeducandos que possuem algum tipo de deficiência e estão inseridos dentro do sistema prisional necessita-se fazer uma breve análise aos dados mais recentes divulgados através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen).

Segundo dados que compreendem o período de julho a dezembro de 2019, em um panorama nacional, os deficientes representam 39,74% dentro grupos específicos inseridos dentro do sistema prisional, seguidos pelo grupo LGBT com 25,36%, os idosos representando 20,16%, os estrangeiros com 12,3% e, por fim, representando uma parcela mínima, os indígenas com 2,44%.

Percebe-se que grande parte das pessoas classificadas como grupo específico são reeducandos com deficiência, o que é irônico, haja vista a grande omissão com relação a um grupo teoricamente grande e crescente dentro do sistema prisional. Sem mencionar que, não é difícil imaginar que a população carcerária passará a envelhecer e por consequência, diversos problemas de saúde poderão acarretar em deficiências.

Como é de conhecimento amplo, as deficiências se dividem em diversos tipos, por esta

razão, é imprescindível trazer à baila os tipos de deficiência predominantes no sistema prisional, pois somente com esta percepção será possível implementar as melhores soluções aos problemas e obstáculos encontrados por esses reeducandos.

Assim, ainda com base nos dados divulgados pela Infopen de 2019, há cerca de 45,07 %, o que representa, 2.501 homens e 39,14%, representando 146 mulheres com deficiência intelectual cumprindo suas penas. Quanto à deficiência física, há cerca de 38,48%, ou seja, 2.135 homens e 52,28%, que equivale a 195 mulheres detidas. Em ambos os gêneros, em terceiro lugar ocupa a deficiência visual, seguidos da deficiência auditiva e deficiências múltiplas.

Verifica-se que, muito embora o grupo de mulheres representem uma menor quantidade de reclusas com deficiência se comparado a quantidade de homens detidos com deficiência, em ambos os casos, há uma predominância das deficiências físicas e intelectuais. Logo, presume-se que há uma maior demanda de recursos destinados a estes reclusos, visto suas necessidades e anseios específicos.

Inclusive, ao se falar do preso com deficiência encarcerado, remete-se a ideia de uma pessoa que é presa e tem que lidar com as condições existentes no sistema prisional. Ocorre que a deficiência pode ser superveniente, ou seja, presos que adentram ao sistema prisional com condições saudáveis e ao longo dos anos, seja por predisposição genética, condições do ambiente, acidentes na prisão ou por acaso, acabam por desenvolver deficiências.

De toda forma, no momento em que uma pessoa é privada de sua liberdade, o Estado, como órgão responsável pela tutela dos direitos e garantias de todos os cidadãos, assume a responsabilidade e o dever de assegurar aos reeducandos os direitos e garantias previstos pela lei maior. Aliás, não somente garantindo os cuidados básicos, como também fornecendo os recursos necessários para aqueles que detém necessidades especiais.

Nesse viés, partindo do entendimento de Berwig (2019, p. 432), embora o Estado não seja o causador do dano por não ter agido, o fato de ter se omitido e deixado ocorrer tal violação, vincula-o a uma responsabilização justamente por ter descumprido o seu dever legal de agir e evitar eventuais danos.

Inclusive, não há de se eximir da responsabilidade por questões socioeconômicas, sendo o tema tratado pelo Comitê Europeu, que em seu Relatório Geral nº 11 sobre a Prevenção da Tortura e Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes mencionou que embora em situações de dificuldades econômicas ou crises sejam adotadas medidas que minimizem os recursos destinados às penitenciárias, nada impede o dever de cuidados básicos aos reeducandos.

O próprio Supremo Tribunal Federal em suas decisões, vem entendendo e se manifestando no sentido de ser atribuída a responsabilidade ao Estado pelos danos ocorridos no interior dos

presídios, ainda que não seja em decorrência de atos comissivos. Conforme verifica-se a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS - ÓBITO DECORRENTE DE QUEDA DE PALANQUE - PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - AUSÊNCIA DE VÍCIO NA ESTRUTURA METÁLICA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 37, §6º, DA CF - DANOS DECORRENTE DE QUALQUER CONDUTA COMISSIVA OU OMISSIVA IMPUTADA AO MUNICÍPIO - DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE - RECURSO DESPROVIDO. **Em regra, é objetiva a responsabilidade dos Entes Públicos, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, porém, tratando-se de fato danoso por omissão, decorrente da "faute du service", é firme o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de que a teoria a se aplicar será a Teoria da Culpa Administrativa.** Necessária, pois, nos casos em que os danos não são causados por conduta comissiva do Estado, a comprovação de que ele se omitiu no cumprimento do dever legal de obstar o ato lesivo, seja pela falta do serviço ou pela sua prestação ineficiente para que reste caracterizado seu dever de reparação. Evidenciada a ocorrência do dano, mas a ausência de qualquer conduta comissiva ou omissiva do Município que tenha conduzido a tal ocorrência, haja vista que esse não agiu ativamente para sua realização, nem tampouco, foi imperito, negligente ou imprudente, cumprindo todas as cautelas na realização do serviço de sua alçada, manifesta é a inexistência do preenchimento dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil que incorra no dever de indenizar. (TJMG - Apelação Cível 1.0433.11.003975-0/001, Relator (a): Des. (a) Amauri Pinto Ferreira, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2016, publicação da súmula em 16/12/2016)

Ademais, como bem evidenciado, a legislação brasileira quanto a matéria da pessoa com deficiência inserida no cárcere é falha e omissa. Entretanto, muito embora não haja previsões específicas que garantam o mínimo de dignidade dentro do sistema prisional, cabe ao Estado, principalmente ao Judiciário e membros do Ministério Público, o emprego da analogia na tentativa de implementar ou garantir ao apenado que nenhum direito seja suprimido.

Ainda em consonância com as leis genéricas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, resta claro a obrigação do Estado em efetivar o acesso dos apenados com deficiência no sistema prisional, implementando políticas públicas que tenham o condão de eliminar ou ainda que, diminuir os preconceitos e obstáculos no sistema prisional. (SOUZA, 2014, p. 18).

3.2 A Realidade Prisional Brasileira

Há tempos é de conhecimento amplo a precária situação do sistema prisional brasileiro que mesmo diante de legislações, ainda apresenta diversos problemas e obstáculos ao fim de que possa um dia ser garantido os mínimos direitos aos apenados. A falta de insumos, a estruturação dos ambientes, bem como a superlotação carcerária são fatores que influenciam diretamente nas violências cometidas dentro desses estabelecimentos.

Evidente é que as pessoas com deficiência tendem a encontrar dificuldades no dia a dia, entretanto, estas dificuldades são agravadas dentro do sistema penitenciário uma vez que não dispõem de ambientes acessíveis e adaptados e assim, irão depender da boa vontade dos demais

apenados ou dos agentes públicos estatais.

Além do mais, a violência passa a ser cotidiana diante das superlotações das celas e do tratamento adotado por parte dos funcionários da penitenciária. Esses e outros fatores tais como a falta de assistência médica adequada, abandono e estresse psicológico aceleram o processo incapacitante, evidenciando uma forma de punição demasiadamente severa (UNODOC, 2009, p. 44).

Segundo Spinelli (2019, p.16), as pessoas com deficiência inseridas dentro do cárcere brasileiro, encontram-se em uma situação de dupla punição. A primeira em decorrência do próprio crime cometido e a outra pela absoluta inexistência de acessibilidade e tratamentos em condições ao mínimo idênticas aos outros apenados.

O acesso à saúde e as questões ligadas à acessibilidade deveriam ser as primeiras questões a serem pensadas e discutidas antes de se definir o regime a qual o apenado será submetido. Oras, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência muito embora não disponha da saúde no sistema prisional estabelece os direitos e garantias, bem como as medidas a serem tomadas. Nas palavras de Farias, Cunha e Pinto (2016, p.38), o direito à saúde é um direito fundamental, e por isso, imprescritível, irrenunciável e universal.

Ademais, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde não significa apenas a ausência de enfermidades ou doenças, mas também o completo bem-estar físico, mental e social. Desta forma, o direito à saúde deve ser destinado a todos, sem exceção, sendo dever do Estado proporcionar o acesso gratuito, principalmente para aqueles que se encontram momentaneamente privados de sua liberdade.

No referido Estatuto, de acordo com o artigo 18, é dever do Estado, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), proporcionar acesso integral, de modo universal e igualitário à saúde, não importando o nível de complexidade, ou seja, não importando a tamanha gravidade da situação que a pessoa com deficiência se encontre.

Já o Título III, dispõe sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência, mais especificamente dos direitos e deveres por parte dos entes estatais. Porém, *prima facie*, insta imperioso trazer à baila a conceituação de acessibilidade a partir do entendimento de Vailatti *et al* (2019, p.115), como sendo a garantia à pessoa com deficiência de viver uma vida independente e de também usufruir de seus direitos de cidadania e participação em sociedade.

Por oportuno, ainda há se conceituar a acessibilidade de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência como sendo a:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes,

informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Nesse contexto há de se fazer alusão aos diferentes tipos de barreiras existentes que estão muito relacionados quanto à questão da acessibilidade. Isto pois, as barreiras, sejam elas urbanas, arquitetônicas, atitudinais, tecnológicas, relacionadas a transportes ou mesmo quanto à comunicação, limitam ou impedem a participação da pessoa com deficiência na sociedade (Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2015).

Outrora, insta imperioso citar que a acessibilidade é um direito instrumental, isto pois, o não acesso aos espaços públicos ou destinados ao público acarreta em um obstáculo ao livre exercício do direito à cidadania das pessoas com deficiência. Portanto, não há de se falar em inclusão social ou em seu exercício se não há ambientes acessíveis às pessoas com deficiência (LEITE, 2019. p. 284).

Nesse diapasão, o artigo 57 do referido Estatuto já estabelece que tratando-se de edificações públicas ou privadas, deverão ser garantidas a acessibilidade em todas as suas dependências e serviços. Pois bem, havendo uma garantia estabelecida, mesmo que de maneira genérica, caberia aos entes estatais e aos órgãos responsáveis pela administração das penitenciárias a adoção de medidas ou políticas públicas para que possibilitem a efetiva implementação necessária.

Ademais, quanto ao respectivo tema, o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação n. 27/2009 apontou que cabe aos Tribunais de Justiça de todo o país removerem as barreiras físicas, arquitetônicas, de comunicação e atitudinais em suas dependências. Percebe-se aqui uma verdadeira garantia de acessibilidade nas dependências dos tribunais, sendo fundamentais para as pessoas com deficiência, não somente as que lá exercem atividades laborais, mas também as que buscam ou são intimadas pelos órgãos jurisdicionais.

Todavia, embora haja amplo e livre acesso às dependências do Tribunal enquanto réu, ao momento em que for sentenciado e se não dado a devida atenção às condições, acabará indo a um estabelecimento prisional que irá limitar e restringir seus direitos justamente pelo fato de não haver a implementação de locais acessíveis.

Outrossim, o último Relatório Analítico Infopen referentes aos meses de julho a dezembro de 2020, divulgou dados relacionados a acessibilidade nos estabelecimentos prisionais. Segundo a pesquisa realizada, existem apenas 9%, ou seja, 145 estabelecimentos que possuem módulos, alas e celas adaptadas aos apenados com deficiência, que seguem os padrões impostos pela Norma Brasileira ABNT n. 9050 de 2004.

Há outros estabelecimentos que estão parcialmente adaptados, representando um total de 14% dos estabelecimentos. Isto pois, não estão de acordo com todos os requisitos impostos pela Norma da ABNT supracitada. Ainda, há cerca de 3% dos estabelecimentos sem nenhuma informação. E os 74% dos estabelecimentos prisionais restantes, não possuem nenhuma ala ou cela exclusiva e adaptada aos presos com deficiência.

Ora, muito embora haja adaptação de espaços em determinados estabelecimentos prisionais, ainda há uma grande parcela nos sistemas penitenciários brasileiros que não são capazes de oferecer acesso e condições dignas aos apenados que ali cumprem a pena.

Além disso, por intermédio do princípio igualitário tudo o que configurar como objeto da legislação e que proporcione algum benefício a pessoa que está sendo acusada e processada, deverá também, ser considerado quanto ao acesso para os sujeitos com deficiência, com ressalva é claro das condições físicas que impliquem na execução do que for determinado (LEITE, 2019, p. 391).

Assim, o que se verifica é que muito embora haja uma ausência de normas específicas sobre o tema em questão, há a possibilidade e capacidade de, por intermédio das normas gerais presentes na Constituição e as leis infraconstitucionais, haver o desenvolvimento e criação de políticas públicas que objetivem garantir um cumprimento de pena sem a restrição de seus direitos fundamentais básicos.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou evidenciar a atual situação do cárcere brasileiro frente às principais questões relacionadas aos reeducandos que possuem algum tipo de deficiência. Isto pois, tendo como base a Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei nº 13.146/15, deve-se incentivar e priorizar a adoção de medidas que visem à inclusão das pessoas com deficiência em todos os âmbitos da sociedade.

Assim, entende-se que a inclusão vai muito além de políticas públicas que visem a participação dos mesmos em sociedade, está intrinsecamente relacionada ao direito de acessibilidade, a adoção de medidas que visem diminuir as barreiras presentes, na tentativa de minimizar as desigualdades e garantir a efetivação dos direitos.

Ocorre que, embora haja diversos dispositivos legais que reconheçam o dever do Poder Público e, com isso englobando todo o Estado Brasileiro de adotar medidas que assegurem a igualdade das pessoas com deficiência, a acessibilidade e todos os seus direitos, na maioria das vezes não são eficazes. Isto pois, foi possível evidenciar a falta de recursos e de medidas que reduzissem as limitações nos sistemas prisionais brasileiros.

É nítida a ausência de um tratamento justo e igualitário nos presídios, sobretudo no quesito de acessibilidade, fato essencial quando se discute a respeito dos reeducandos com deficiência. Ademais, a escassa previsão de dispositivos legais que tratem dos direitos e garantias destes dentro do sistema prisional, acaba por acentuar gravemente a situação. De modo que, enquanto perdurar esta situação, haverá contínua violação à dignidade dos mesmos e afronta ao princípio da igualdade.

Portanto, o que se conclui é que é dever e responsabilidade do Estado não somente incentivar por meio dos órgãos legislativos na criação de medidas específicas quanto ao tema, mas também na adoção e implementação de políticas públicas que visem garantir aos reeducandos um tratamento digno e igualitário de modo a proporcionar condições justas quanto aos demais reeducandos e eliminando todas as formas de barreiras presentes nos estabelecimentos prisionais.

Isto pois, enquanto houver pessoas com deficiência, ainda que em pequena porcentagem, tendo seus direitos básicos e fundamentais desrespeitados continuamente, haverá violação e uma agressão a toda a população que representa as pessoas com deficiência. Somente há de se falar em verdadeira inclusão social, quando o Estado for capaz de garantir a todos uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; FERRAZ, Fernando Basto. O conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, p. 8841-8859, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BUBLITZ, Michelle Dias. Conceito de pessoa com deficiência: comentário à ADPF 182 do STF. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 127, p. 353-369, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Ana Paula Sarjes. **A violação do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema carcerário**. 2020. 47f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Centro Universitário do Planalto Central, Gama, Distrito Federal, 2020.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2019. 9788541902939. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788541902939/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

CAVALCANTE, Carolina Reis. **Os direitos da pessoa com deficiência e o preso com deficiência física: a busca pela acessibilidade dos presídios brasileiros**. 2018. 76f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, São Paulo,

2018.

Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 18 ago. 2021

CONVENCIÓN sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006, p. 20. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021.

COUNCIL of Europe. **11th general report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 december 2000**. Strasburg, Council of Europe, 2001, p. 16. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680696a75>. Acesso em 16 ago. 2021.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. O preso deficiente físico, sua existência filosófica e o estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. (Coords.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 14 ago. 2021.

Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Relatórios Analíticos Infopen**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>. Acesso em 16 ago. 2021.

Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 28 ago. 2021.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas. **Estatuto da pessoa com deficiência** – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513623/001042393.pdf>. Acesso em 29 jul. 2021.

SOUZA, Larissa Veloso de. **Responsabilidade civil do estado no tocante aos crimes cometidos por foragidos da prisão**. 2012. 19f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, 2018.

SOUZA, Simone de. **O deficiente sob a tutela penal**: um estudo sobre a responsabilidade do estado face ao tratamento dispensado ao apenado com deficiência, tendo como pano de fundo o garantismo constitucional brasileiro. Artigo, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c932714a29aa065c>. Acesso em: 26 jul 2021,

SPINIEMI, André Luiz Pereira. **Presos com deficiência pagam duas vezes pela sua pena**. Justificando. 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/07/31/presos-com-deficiencia-pagam-duas-vezes-pela-sua-pena/>. Acesso em 10 jul 2021

SPINIEMI, André Luiz Pereira. **As condições de acessibilidade em geral às pessoas com deficiência no ambiente carcerário**. 2019. Disponível em: <https://scholar.archive.org/work/akfvwq5qw5hl7ge764xzh6qdem/access/wayback/https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/download/1092/1118>. acesso em: 14 ago. 2021.

UNODC, **Handbook on Prisoners with Special Needs**, 2009, p. 44. Disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.

VAILATTI, Diogo Basilio *et al.* **Direito das pessoas com deficiência para provas de concursos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

O ART. 12-C DA LEI 13.827/2019 (LMP): DISCUSSÕES QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA DA VIDA DA MULHER

Olivie Samuel PAIÃO¹
Diogo Ramos CERBELERA NETO²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo tecer comentários quanto à redação do art. 12-C, da lei 13.827/2019, especificamente dos incisos II e III, defendendo a necessidade da medida protetiva de afastamento do agressor do lar, seja pela autoridade judiciária ou policial, fazendo-se um contraponto às críticas existentes, pugnando-se pela constitucionalidade do dispositivo, com base na proteção da mulher e dos direitos humanos. A metodologia utilizada respaldou-se no método hipotético dedutivo, bem como análise de artigos eletrônicos e livros. Por fim, à guisa da conclusão, apontou-se os princípios e garantias da Carta Magna, que corroboram para a constitucionalidade dos incisos II e III, bem como defendeu-se a importância da proteção da vida e da integridade física da mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; Lei 13.827/2019; Proteção à mulher; Afastamento do lar.

ABSTRACT

The purpose of this article is to comment on the wording of art. 12-C, of Law 13.827/ 2019, specifically of items II and III, defending the need for the protective measure of removal of the aggressor from the home, either by the judicial or police authority, making a counterpoint to the existing criticisms, based on protection of the woman. The methodology used was supported by the hypothetical deductive method, as well as analysis of electronic articles and books. Finally, as a conclusion, the principles and guarantees of the Magna Carta were pointed out, which corroborate the constitutionality of items II and III, as well as the importance of protecting the life and physical integrity of women.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; Law 13.827/2019; Woman Protection; Removal from Home.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica, especificamente contra à mulher, nunca esteve em tamanha discussão como atualmente. São vários os pontos objetos de livros e artigos que visam a trazer à baila as mais diferenciadas formas de violência contra a mulher, bem como apresentar formas alternativas de solução e proteção da mulher na sociedade.

A violência contra a mulher em seu âmbito familiar/doméstico é um problema de saúde

1 Doutorando em Educação e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestre em Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), na qualidade de Bolsista CAPES/PROSUP. Integrante do Grupo de Pesquisa GPECUMA - Grupo de Pesquisa em Educação, Cultura, Memória e Arte (UNESP). Professor e Advogado. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. E-mail: olivie-samuel@hotmail.com.

2 Advogado. Especialista em Direito Administrativo e Direito Público pelo Centro Universitário FAVENI. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. E-mail: diogocerbelera@gmail.com.

pública relevante o qual implica em várias ofensas à sua integridade física e psíquica quando a violência está na iminência de se concretizar, ou quando já se concretizou. Em face disso, o Poder Legislativo, junto ao Executivo, atentos às necessidades sociais, elaboraram as leis de nº 13.827 de 13 de maio de 2019 e a de nº 13.871 de 17 de setembro de 2019, que embrutece e modificam artigos e parágrafos da Lei 11.340/2006, notadamente conhecida como Lei Maria da Penha.

O presente trabalho fará apontamentos exclusivamente quanto à lei 13.827/2019, que incluiu o Art.12-C, composto pelos incisos I, II e III, e parágrafos 1º e 2º, e alterou a redação do art. 38-A. A fim de se afunilar ainda mais a abrangência deste trabalho, abordar-se-á apenas os aspectos do art. 12-C, no que atine a aplicação de medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, pelo delegado de polícia (inciso II) ou pelo policial (inciso III).

As previsões do art. 12-C soam como permissivo legal para as autoridades policiais, ao delegado de polícia e qualquer policial, para aplicar a medida de segurança de urgência, relativizando-se o Poder do Judiciário, bem como conferindo parte desses poderes a agentes que não compõem sua estrutura, apresentando uma roupagem inconstitucional. Eis aqui a problemática: tal permissivo não seria ofensa ao devido processo legal?

A fim de solver tal problemática se faz necessário, pois, trazer à tona vários princípios elencados pela Constituição Federal (CF) inerentes à pessoa humana, neste caso específico, à mulher, bem como o princípio do devido processo legal, fazendo-se um sopesamento de princípio, utilizando-se da teoria da ponderação de valores.

Assim, como objetivo geral do presente trabalho, tem-se a intenção de trazer à baila a vontade do legislador quando da criação da redação dos incisos II e III do art. 12-C inseridos na Lei Maria da Penha e como objetivos específicos: analisar a prejudicialidade da norma ao Devido Processo Legal; levantar as possíveis críticas à previsão; relativizar os pontos negativos das críticas, em prol da saúde e da vida da mulher; e abordar a teoria da ponderação de valores como sustentáculo de defesa aos incisos supra referidos.

O trabalho mostra-se relevante, pois se trata de novidade legislativa que visa à proteção e efetividade de segurança à vida da mulher na sociedade atual. A sociedade como um todo precisa se conscientizar e saber das necessidades de segurança pública voltada à mulher, haja vista os altos números de agressão e morte registrados no Brasil.

Quanto à parte metodológica usou-se do método hipotético-dedutivo, confrontando-se os dados de forma dialética, respaldados, também, em pesquisa bibliográfica no que diz respeito às leis e artigos eletrônicos utilizados.

Por fim, quanto à estrutura do presente trabalho, no primeiro capítulo tem-se um breve

relato sobre a Violência Doméstica contra a mulher no Brasil e a necessidade de sua proteção.

Já no segundo capítulo abordam-se aspectos críticos do Art. 12-C, da lei 13.827/2019.

Seguindo o estudo, no terceiro capítulo aborda-se a relativização das críticas da autoridade judiciária em casos de extrema necessidade, primando-se pela vida e segurança da mulher; e por último, tem-se a conclusão.

DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: CONTEXTUALIZAÇÃO E DADOS ATUAIS DE VIOLÊNCIA

Por muito tempo viveu-se em um Estado patriarcal, período em que o homem figurava como centro da casa e gestor de todos os negócios familiares, não deixando a mulher ter voz, nem mesmo nas decisões mais simplistas. Com isso, a violência contra a mulher era uma forma de reprimenda para as que se aventurassem a ter uma posição diferenciada, uma opinião ou autonomia.

Ocorre que, da mesma forma que o silêncio e a submissão feminina, a violência se fazia presente no dia a dia, como algo corriqueiro, e os números de violência doméstica cresciam de forma alarmante.

Diante desse cenário, mulheres engajadas e dispostas a lutar, por meio de movimentos sociais, não se contentando que a violência sofrida se enquadrasse apenas em um delito de menor potencial ofensivo, romperam com essa lógica, trazendo a complexidade dessas agressões à tona, a fim de uma maior proteção e respaldo jurídico.

Assim, surge a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, com intuito de dar proteção às mulheres, efetividade aos dispositivos constitucionais e eliminar todas as formas de violência e discriminação contra mulher. Nesse sentido, de acordo com Campos (2017, p. 10),

A LMP é fruto de um acúmulo feminista tanto político quanto teórico e corresponde a mais inovadora legislação pensada para o enfrentamento à VDFCM. A lei rompe com a lógica privatizante da violência doméstica e o tratamento como delito de menor potencial ofensivo e propõe uma abordagem integral, entendendo a complexidade da violência doméstica e familiar. Denomino essa perspectiva inovadora – tanto em sua formulação quanto no tratamento integral da questão – de ruptura paradigmática ou primeiro giro paradigmático da LMP.

Nesse sentido, a Lei 11.340/06 tem por escopo combater a violência doméstica e familiar contra a mulher e ficou nacionalmente conhecida como Lei Maria da Penha (LMP) - referência a Senhora Maria da Penha Maria Fernandes que sofreu agressões por parte de seu marido por anos, sem buscar a tutela dos órgãos estatais.

A história da Sra. Maria da Penha merece destaque, pois foi marco histórico e público de maior relevância para a promulgação da lei em estudo. Foi na data de 29 de maio de 1983, em Fortaleza (CE), que a Senhora Maria da Penha Fernandes foi infligida enquanto dormia por um tiro

de espingarda disparado por seu marido e teve como consequência desse disparo acometimento em paraplegia.

Mesmo diante de tamanha violência, seu marido depois de a manter em cárcere privado por alguns dias, a eletrocutou enquanto se banhava e como consequência foi condenado, em razão dos crimes, a cumprir pena de dez anos e seis meses de prisão, mas que em razão de irregularidades processuais alegadas por seus advogados, foi cumprida em regime aberto.³

Em razão da impunidade, a triste história narrada foi objeto de repercussão internacional e então o Comitê Latino-Americano e Caribe para Defesa da Mulher (CLADEM), em setembro de 1997, formalizou denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Foi então que no ano de 2001, o Brasil foi condenado por meio de um relatório da OEA ao pagamento de indenização de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, além da recomendação à adoção de várias medidas, dentre as quais a de encurtar procedimentos judiciais, em razão da negligência e omissão em relação à violência doméstica.

Somente após a pressão política internacional que o Estado Brasileiro adotou medidas efetivas para punição do agressor, sendo condenado em 2002 ao cumprimento de 2 anos de pena restritiva de liberdade em regime fechado.

A LMP criou mecanismos na tentativa de extirpar as todas as formas de violência familiar e doméstica contra a mulher, fazendo-se valer parágrafo 8º do art. 226 da Constituição Federal, *in verbis*,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

A LMP foi uma grande conquista para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, trazendo grandes mudanças e inovações ao cenário jurídico brasileiro, alterando, inclusive, os procedimentos do Código Penal, Código de Processo Penal e a LEP, dando novos caminhos quando se tratasse desse tipo de infração.

Essa lei foi muito divulgada, tendo visibilidade nacional e internacional, inclusive reconhecida pela ONU como uma das melhores leis quanto ao combate da violência contra mulheres.

Cabe ressaltar que a LMP não é apenas uma norma de caráter protetiva, mas também de cunho programático, pois determina a aplicação de políticas públicas capazes de assegurar às

³ O caso de Maria da Penha tornou-se notório e publicamente conhecido. Contudo, maiores detalhes podem ser obtidos no site do Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>.

mulheres o exercício de seus direitos fundamentais, alcançando ainda a família e a sociedade em geral, as quais estabelecem o dever de criar as condições necessárias ao efetivo exercício desses direitos às mulheres. Como prova disso, o artigo 8º do diploma traz as seguintes diretrizes:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal ;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tendo em vista esta importante guinada no movimento de proteção ao gênero feminino, órgãos governamentais se engajaram na ampla divulgação e propagação da lei, até que em 2008, de acordo com o Ibope, 83% da população conhecia a Lei, ainda que de forma superficial (IBOPE e THEMIS, 2008, p. 02-06).

A citada lei cuidou de abarcar vários tipos de violência contra a mulher, previstas em seu art. 7º, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A violência física, de acordo com a Prefeitura Municipal de Passo Fundo (PMPF),

Ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder em relação à outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. Segundo concepções mais recentes, o castigo repetido, não severo, também se considera violência física. (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 01).

Depreende-se, então, que abarca todos os tipos de violência que atacam a integridade física da mulher e que o agressor tenha intenção de fazê-lo: seja um soco, empurrão, tapa, estrangulamentos, tapas e danos a seus objetos.

Quanto à violência psicológica, o inciso II do art. 7º da LMP assim a descreve:

Art. 7º [...]

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (BRASIL, 2006).

Foi prevista também a violência sexual, muito comum nos relacionamentos, e que muitas mulheres aguentam silentes, por julgar que não configura crime ou que não haverá punição em razão de serem com seus parceiros. De acordo com a lei, a violência sexual é assim descrita,

7º [...]

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006)

A violência patrimonial, também entendida como econômica ou financeira, são os atos em que o agressor afeta diretamente as condições de vida e sobrevivência da mulher e família, incluindo furtos de bens da residência, destruição de bens pessoais (como por fogo nas roupas da mulher, quebrar itens de casa), utilização indevida dos recursos familiares, dentre outros (BRASIL, 2006).

E por fim, a violência moral,

Art. 7º [...]

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Com tais previsões e sanções direcionadas ao agressor, retirando-se a menor potencialidade da violência, dando a visibilidade e promoção da proteção contra a violência, teve-se um grande avanço e os números de morte e violência diminuíram.

Ocorre que mesmo com essa diminuição os números de agressão e morte de mulheres continuaram altos. De acordo com o Atlas da Violência, patrocinado pelo IPEA e publicado pelo

Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2019, houve um aumento dos homicídios contra a mulher (IPEA, 2019, p 35), veja-se:

A presente edição do Atlas da Violência indica que houve um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia. Ao todo, 4.936 mulheres foram mortas, o maior número registrado desde 2007.

[...] verificamos crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017), assim como no último ano da série, que registrou aumento de 6,3% em relação ao anterior.

De acordo com um estudo publicado⁴ pelo Instituto de Estudos Avançados da USP (IEA-USP), a cada 7,2 segundos uma mulher sofre agressão física em nosso país, sendo aproximadamente 12 mil mulheres por dia, sem contabilizar as mulheres vítimas de agressão verbal ou ameaçadas. Ainda de acordo com o levantamento, estimou-se o assassinato de 12 mulheres por dia, e complementa-se que acreditam que os números sejam muito maiores.

Conforme pontua Biachini, o Brasil é um dos países que estão no topo da violência doméstica que resulta em morte.

Em quase a totalidade dos relatos de violência (97,57%) é percebido um risco para a vítima. O risco de que a violência relatada acarrete a morte das vítimas foi percebido em 28,78% dos casos (Ligue 180- Balanço 2016). O Brasil ocupa a posição de 5º lugar entre os países que possuem o maior número de mulheres mortas, num universo de 88 países. (BIANCHINI, 2018, p. 77).

De acordo com dados levantados por Aline Bianchini, ao abordar as principais formas de violência, tem-se que (2018, p. 76):

O principal tipo de violência sofrido pelas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar é a física (67%), seguida da psicológica (47%), moral (36% e da sexual (15%) [...]; nos registros de recepções da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 – Balanço anual de 2016, a agressão física ficou em primeiro lugar (50,70%), seguida da psicológica (31,8%) e da moral (6,01%).

A LMP foi, de fato, muito positiva na tentativa de frear a violência. Mas ainda se apresenta longe de efetivamente cessar as inequidades cometidas face à mulher, que muitas vezes acabam por lhe tirar a vida.

Os controles e números de violência apresentados são casos devidamente registrados e que chegaram ao conhecimento policial. Neste número não se computam os casos que são silenciados dentro de casa residência, em razão da vítima estar sob os comandos, ameaças e medo constante do agressor.

Tendo em vista as urgentes necessidades de medidas que pudessem garantir e reprimir o agressor algumas leis foram editadas, a fim de modificar a redação e incluir novas disposições na Lei Maria da Penha, tal qual o art. 12-C e incisos, incluído pela Lei 13.827/2019.

4 O estudo foi publicado em forma de notícia na plataforma da USP: <http://www.iea.usp.br/noticias/-2>, em 28/08/2018. Os dados levaram em consideração dados obtidos pelo projeto “Relógios da Violência”, e pesquisas dos membros do grupo de pesquisa do IEA.

A lei supracitada implementou nova medida protetiva na Lei Maria da Penha, dando autorização para que o delegado de polícia ou policial, a depender do caso, afaste o agressor imediatamente do lar, com fito de evitar o prolongamento ou novas agressões.

Apesar de num melhor cenário corroborar para o bem-estar das vítimas, conforme se verá no capítulo a seguir, muitos têm sido os pontos negativos e de crítica da sanção da lei 13.827/2019.

OS ASPECTOS CRÍTICOS DO ART. 12-C DA LEI 13.827/2019

De acordo com a lei 13.827/2019, na redação do art. 12-C permite-se que além do juiz, o delegado de polícia e policiais apliquem a medida protetiva de afastamento do agressor do lar, observados os requisitos, veja-se:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

A redação disposta nos incisos II e principalmente no III tem sido alvo de ataques pela comunidade jurídica, a qual apontam a (in)constitucionalidade dos incisos, bem como a outorga de poder que deveria ser da autoridade judiciária nas mãos de outra autoridade não autorizada para tal.

Critica-se que o legislador ordinário não pode, de forma autônoma, e no uso de suas atribuições, dispor em lei quem pode ou não dirigir a persecução penal, haja vista ser de competência do Delegado de Polícia o dever de apurar a autoridade e materialidade de um crime. Assim, a redação legislativa abre margem à usurpação de poder pelo policial (de acordo com a crítica), bem como a uma quebra dos princípios judiciais, e dá espaço ao legislativo para alterar disposições do ordenamento jurídico.

Apontam-se que não se pode dar aos policiais, que não têm experiência ou formação jurídica (em sua grande maioria) esta autonomia, posto que podem colocar à vítima em situação de vulnerabilidade, ante a inexperiência de proceder a avaliação do caso (JUNIOR, 2019).

Acrescenta-se que apontam a inconstitucionalidade da redação, entendendo que de fato a prerrogativa é do Delegado de Polícia. (CASTRO, 2019).

Há, inclusive, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6138/2019)⁵, proposta no STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), buscando a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 12-C.

A AMB defende que há explícita lesão ao inciso IX, art. 5º da CF, que dispõe quanto à inviolabilidade da casa, sem consentimento do morador, bem como lesão ao inciso LIV, do mesmo artigo, que dispõe “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Argumenta que não pode o legislador interferir na casa de alguém sem a devida ordem judicial ou privar a liberdade do agressor sem o devido processo legal.

De acordo com Alberto Pavie, um dos redatores da ADI, a maior parte dos casos de violência ocorrem nas grandes cidades, onde há prestação jurisdicional. Alegou ainda que (2019),

A atividade jurisdicional que pressupõe a capacidade técnica de interpretar a lei para julgar terá sido atribuída ao delegado de polícia ou, na sua ausência, ao policial. Trata-se da institucionalização do Estado policialesco. Estará justificada a edição de outras leis para, onde não houver juiz, delegados ou Policiais decretarem prisão temporária, preventiva, conceder liberdade [...].

Ainda nos dizeres de Pavie, de acordo com a AMB, tal dispositivo inverte uma lógica, pois em vez de dar Acesso ao Judiciário, aumentando-se o número de magistrados e da prestação jurisdicional, desmembra-se a atividade jurisdicional atribuindo-a a agentes públicos do Poder Executivo, que não têm capacidade técnica e imparcialidade, ofendendo o princípio da separação de poderes (2019).

Por fim, estritamente às críticas dos incisos II e III, sem adentrar aos parágrafos, aponta-se que a redação “policial” abre divergências quanto à interpretação. De um lado poderia se dizer que todo e qualquer policial, seja da polícia judiciária ou não, estaria habilitado para afastar o agressor do lar; de outra banda, numa interpretação restritiva, seria habilitado apenas o policial que trabalha com atos eminentemente cartorários – escrivão, investigador e inspetor.

Nesse compasso, extrai-se que as críticas existentes a redação do artigo 12-C, incisos II e III, trata-se de críticas meramente formais, centrando-se na forma com que foi disposta pelo legislador ordinário, apontando ofensas à reserva jurisdicional e ao devido processo legal, objetivando a inconstitucionalidade da lei. Contudo, numa análise mais aprofundada da questão, os ‘eméritos’ juristas devem pensar nos princípios que norteiam a vida, a segurança pública e a dignidade humana da mulher, e não apenas nas burocracias do Estado.

DA RELATIVIZAÇÃO BUROCRÁTICA E A CONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 12-C, EM PROL DA VIDA E SEGURANÇA DA MULHER

⁵ A redação da peça vestibular pode ser acessada por intermédio do link: <https://www.conjur.com.br/dl/reserva-jurisidicao-amb-stf-suspenda-lei.pdf>

Deve-se reconhecer que as críticas são válidas, levando em consideração a redação da Constituição Federal, bem como as legislações ordinárias, no que compete ao judiciário, ao executivo e legislativo. Traduz, pois, a Separação de Poderes previstas no art. 2º da Carta Magna.

Contudo, todos sabem que os princípios elencados na Constituição Federal não são absolutos e podem ser relativizados em casos específicos, devendo o judiciário fazer um sopesamento dos princípios em conflito para ver qual deve prevalecer no caso específico.

Como bem ressaltado no primeiro capítulo cerca de 12 mulheres morrem por dia por conta da violência doméstica; outras 12 mil sofrem agressões físicas todos os dias. Atualmente, com a pandemia de COVID-19, os números de violência doméstica subiram em razão do isolamento social, afinal, vítima e agressor tiveram de ficar juntos, dentro de casa, por mais tempo.

De acordo com a Planilha Inteligente fornecida pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, apenas em 2021, com dados coletados entre janeiro a maio, foram 885 denúncias e 1.060 violações que atentaram contra a vida da mulher; o número de violações sobe para 516.260 caso se selecione todos os filtros de violência previstos a LMP.⁶

Não se trata apenas de números, não se trata de objetos, mas de mulheres, de vítimas de uma constante violência física, psíquica, moral... Trata-se da degradação de vidas, sob o manto de um Estado e uma Constituição Federal que em seus incisos prega e preza pela segurança, vida, saúde, integridade física, mas não têm meios plenamente efetivos para fazer cessar a constante e crescente onda de mortes e agressões.

No anseio de a fazer cessar, o legislador ordinário editou a lei 13.827/2019 com o mais profundo objetivo, não de ofender a princípios constitucionais ou sobressair ao judiciário, mas proteger as vítimas de seus agressores, sem que essas tenham que esperar a morosidade inerente ao judiciário – e não são raros os casos que o atraso judicial implica na morte da vítima que busca por ajuda, ou deixam lesões profundas no corpo e na alma da vítima, como exemplo a própria Sra. Maria da Penha.

A dignidade humana, prevista no primeiro artigo da Carta Magna, não pode ser atribuída, mas reconhecida. E a primeira exigência dessa dignidade é o direito à vida. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana, como sustentáculo das normas fundantes de direito não deve ser dissociada do princípio da igualdade, posto que este é elemento de concretização daquele princípio, bem como elemento que corrobora o Estado Democrático de Direito (MELLO, 2010).

Assim, a Dignidade Humana garante, como princípio intrínseco do ser, um tratamento

6 A planilha inteligente disponibiliza dados de agressão de todos os anos, bem como a espécie de agressão cometida, o local em que ocorreu, a forma de denúncia, filtros para se averiguar o perfil da vítima e do agressor, bem como a violência em números dentro do ambiente doméstico e familiar. Dados disponibilizados pelo Ministério da Mulher, da Família e Dos direitos Humanos e auditados pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh/dados-atuais-2021>. Acesso em 14 jun. 2021.

igualitário a todos, não devendo existir a submissão de alguns (mulheres) a situações degradantes ou vexatórias, independente do sexo, para satisfação de outrem (agressor).

Dessa forma, a vida e integridade da mulher devem prevalecer ante a ofensa da separação de poderes, pois nesse caso específico, são princípios de suma importância e que visam à proteção dos próprios jurisdicionados, que o direito e justiça a todo custo tentam sempre proteger.

Ainda que a LMP tenha muitos pontos de elogio pela comunidade jurídica suas medidas protetivas não foram suficientes, até o presente momento, para obstar a violência em face da mulher, e por isso, medidas urgentes que afrontam às normas precisaram ser elaboradas, com fito de garantir a VIDA.

Nos casos de violência doméstica e familiar 24, 48 ou 60 horas são cruciais para a vítima, qualquer demora ou ineficiência do judiciário pode fazer com que o agressor lhe ceife a existência.

A alegada crítica que os grandes cenários de violência ocorrem nas grandes cidades onde há plantão judicial não merece prosperar, pois além de ser uma crítica que segrega, é egoísta e estupefata, pois deixa de considerar a urgência de atendimento à mulher, para dar atenção às formalidades. Não se atentam que até há pouco tempo o procedimento de afastamento se dava com a chancela do judiciário após a análise da denúncia, mas que não se apresentou eficaz, pois os números de violência e morte continuaram crescente.

Não se pode aceitar ou admitir que cada dia mais as mulheres sejam vítimas de violência doméstica pela morosidade do judiciário, da falta de estrutura e servidores e atendimento à vítima. Não se discorda da AMB de que são necessários mais magistrados e que também é preciso o controle de legalidade pelos seus membros, mas fica o questionamento: enquanto tais modificações estruturais não ocorrem, deve o Poder Público ficar inerte vendo os resultados catastróficos de sua ineficiência?

A Justiça, precipuamente, requer não seja o jurista legalista ao extremo, a ponto de relativizar a vida humana, em função de normas legais (burocráticas), sob pena de se operar a própria injustiça e ir contra ao que o Estado de Direito busca garantir.

No mais, no tocante a redação do art. 12-C, cumpre ressaltar que não se trata de um poder desmedido e conferido a bel prazer ao Delegado de Polícia e ao policial.

De acordo com o inciso II, a autoridade policial só estará habilitada a promover o afastamento do agressor quando o município não for sede de comarca, isto é, trata-se de casos isolados, onde não há um juiz plantonista apto a conferir a medida protetiva.

No caso do inciso III, é ainda mais subsidiário, pois se trata de caso em que o município não é sede de comarca e não há delegado disponível no momento da denúncia.

Tais medidas visam a celeridade da medida protetiva, em prol da segurança da vítima, não

podendo esta esperar na mesma residência do agressor, até que a denúncia chegue ao conhecimento do judiciário, na pessoa do juiz.

Ressalta-se também que, de acordo com o § 1º a medida não será tomada de forma isolada pelo Delegado ou pelo policial, pois ficam obrigados a informar o juiz no prazo máximo de 24 horas, para que este opine sobre a manutenção ou cessação da medida, devendo o fiscal da lei, o Ministério Público, ser cientificado concomitantemente.

Porém, há quem critique a redação de tal dispositivo, pugnando pela sua inconstitucionalidade, pois entendem que a LMP estaria ferindo a garantia da jurisdicionalidade das medidas cautelares processuais penais quando permite que Delegados de Polícia e até mesmo Policiais em geral possam deliberar sobre a concessão imediata de medidas protetivas de urgência. Para quem se filia a este entendimento, somente um Juiz de Direito teria legitimidade constitucional para essa espécie de decisão. Entretanto, explica Eduardo Luiz Santos Cabette, no sítio eletrônico da AMDEPOL (2019) que:

não há falar em violação à jurisdicionalidade, vez que, como já visto, o magistrado não fica alijado do procedimento. Nos termos do § 1º, do artigo 12 – C, deferida a medida, por exemplo, pelo Delegado de Polícia, cabe a este comunicar o Juízo competente no prazo máximo de 24 horas, de modo que o Juiz poderá manter ou revogar a medida, com ciência do Ministério Público. Trata-se de apenas mais um caso de jurisdicionalidade postergada, postecipada ou diferida, o que, aliás, não constitui novidade alguma em nosso ordenamento com previsões inclusive constitucionais, tais como nos casos de Prisão em Flagrante, declaração de insubsistência do flagrante, arbitramento de fiança, busca e apreensão em estado flagrancial, buscas pessoais, buscas em veículos; tudo isso é feito com deliberação direta, por exemplo, do Delegado de Polícia, sendo apenas posteriormente avaliado em sua legalidade pelo Judiciário

Nesse mesmo diapasão, advogando pela constitucionalidade da lei e a preservação da reserva de jurisdição, assim, em seu sítio eletrônico, se manifestou Nucci (2019):

Teve a referida lei a cautela de prever a comunicação da medida ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, decidindo em igual prazo, para manter ou revogar a medida, cientificando o Ministério Público. Nota-se a ideia de preservar a reserva de jurisdição, conferindo à autoridade judicial a última palavra, tal como se faz quando o magistrado avalia o auto de prisão em flagrante (lavrado pelo delegado de polícia). Construiu-se, por meio de lei, uma hipótese administrativa de concessão de medida protetiva – tal como se fez com a lavratura do auto de prisão em flagrante (e quanto ao relaxamento do flagrante pelo delegado). Não se retira do juiz a palavra final. Antecipa-se a medida provisória de urgência (...).

Cabe mencionar ainda que argumentos no sentido de que tal dispositivo legal é inconstitucional em razão de que a competência para a concessão de medidas protetivas de urgência é exclusiva da autoridade judiciária, por envolver restrição a direitos fundamentais, não merece prosperar, pois tal exclusividade do Poder Judiciário existe apenas quanto às prisões fora das hipóteses de flagrante delitivo, de transgressão militar ou de crime propriamente militar, conforme artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, “sendo que em qualquer caso a prisão será comunicada ao juiz que poderá relaxá-la, mantê-la ou conceder liberdade provisória com ou sem

medidas cautelares diversas da prisão” (FOUREAUX, 2019).

Assim, ressalta-se que não se trata de medida protetiva avulsa, mas que o judiciário terá conhecimento em seguida. Logo, a importância da redação do art. 12-C, justifica-se, pois visa a promoção da segurança da vítima, a exaltação dos direitos inerentes ao ser humano, à proteção da dignidade humana e da vida.

Nesse entendimento, a constitucionalidade dos incisos II e III deve se manter, por compreender que a referida redação que tem por objeto a mulher e por objetivo a proteção de sua vida, de sua integridade e segurança, encontra-se em consonância o que prega a Constituição Federal.

Destarte, todas as medidas cujo objetivo seja a proteção dos direitos humanos, a proteção à vida e garantia dos direitos fundamentais, devem ser vistas com outros olhos: com os olhares humanos, com o sentimento, com alteridade, atendendo aos princípios do Direito e aos critérios de Justiça.

CONCLUSÃO

Todos os dispositivos legais que temos hoje seja na Constituição Federal, ou em leis ordinárias, que visam o combate à violência ou sua atenuação é fruto de ondas de lutas e debates ou resultados de experiências tenebrosas em que o Estado brasileiro esteve envolvido.

Várias pautas como homofobia, transfobia, racismo, sexicismo, machismo, xenofobia estão vindo à tona, com discussões pertinentes na tentativa, ainda que lenta, de fazer desaparecer todos esses tipos de violência que se revelam através de palavras, emblemas, vias de fato e até mesmo a morte. A causa das mulheres também entra nesse globo, ainda mais agora, em que tanto se fala, de forma acertada, na busca e defesa dos direitos das mulheres e busca de igualdade, apregoadas pelas ondas de feminismo.

As mulheres no Brasil são vítimas constantes de violência doméstica e familiar, abarcando os mais tipos de violência possíveis, desde física, a moral, econômica e sexual. Milhares são as vítimas por ano. Números que espantam e mostram a necessidade do Estado em fazer valer os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Para que o Brasil hoje pudesse ter uma lei de amparo às mulheres foi preciso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos intervisse, condenando o Estado brasileiro a sanções pela ausência de proteção a mulher. A Lei Maria da Penha é origem dessa condenação ocorrida em 2002, dando origem a LMP em 2006.

Não devemos olhar de maneira estante a redação do art. 12-C, enquanto milhares de mulheres morrem pela ineficiência e morosidade judiciária. Precisa-se de políticas públicas voltadas

ao atendimento da mulher, que colaborem com sua proteção e integridade. Precisa-se de um judiciário que esteja à disposição das vítimas, que olhe para a urgência das medidas e dê o respaldo necessário. Mas enquanto isso não acontece, medidas como essa são imperiosas.

Conforme a própria redação da LMP a violência contra a mulher, seja doméstica ou familiar, enquadra-se como uma violação dos direitos humanos. Reafirma a necessidade de respeito à dignidade humana da mulher em todos os seus aspectos, busca trazer a segurança e respaldo jurídico às vítimas, colocando-as em nível de igualdade, conforme preceitua a Magna Carta.

No caso específico do artigo 12-C, que confere poder ao policial e ao delegado de polícia, para o afastamento do agressor do lar, levando em consideração o risco iminente à vida ou integridade da mulher em situação de violência doméstica ou familiar, entende-se que, no momento, trata-se de disposição acertada e constitucional, que visa a proteção da mulher, devendo se sobrepor a todos outros argumentos que tentem derrogar a lei em razão apenas de formalidades.

Ficou devidamente fundamentado no presente trabalho que as discussões acerca da constitucionalidade do dispositivo legal citado são relevantes para a comunidade jurídica, mas principalmente para a sociedade brasileira.

Resta claro que os argumentos pela constitucionalidade da Lei são completamente coerentes com o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo razão pela sua inconstitucionalidade, mas acima de tudo, trata-se de mecanismo eficiente para o combate à violência doméstica e preservação dos direitos humanos, que conforme dados atuais de 2021, sobem de forma exponencial, agravadas pela pandemia de COVID-19.

Entre o aparente conflito de normas com direitos fundamentais, como o direito à vida, torna-se indiscutível que este último deve preponderar. Muito caminho se trilhou para chegarmos onde estamos, no tocante à defesa da mulher. Ainda há muito caminho para ser trilhado. Mas não se pode ter nenhum tipo de retrocesso quando se trata da segurança da integridade das vítimas de violência doméstica e familiar, ainda mais nesse momento em que os números de agressão e morte são aviltantes, mesmo com mecanismos legais de proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Aline. **Lei maria da penha**: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4 ed. Coord: Aline Biachini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção saberes monográficos).

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Medidas protetivas de urgência e decreto pela polícia: um avanço na proteção à mulher**. Disponível em: <http://amdepol.org/sindepo/2019/09/medidas-protetivas-de-urgencia-e-decreto-pela-policia-um-avanco-na-protacao-a-mulher/>. Acesso em: 08 de mai. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei maria da penha: necessidade de um novo giro paradigmático. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. V.11, n. 1, 10-22, Fev/Mar 2017. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/lei-maria-da-penha-necessidade-um-novo-giro-paradigmatico/>. Acesso em 09 de mai. 2021.

CERQUEIRA, D. R. C. et al. **ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019**. Nota técnica IPEA. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. Acesso em: 08 maio 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A lei maria da penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei n. 13.827/19 e a aplicação de medidas protetivas de urgência pelas autoridades policiais**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/73964/a-lei-n-13-827-19-e-a-aplicacao-de-medidas-protetivas-de-urgencia-pelas-autoridades-policiais> , acesso em: 08 de mai. 2021.

INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **12 mil mulheres são agredidas diariamente no Brasil, aponta pesquisa**. Publicado em 28 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/-2>. Acesso em: 09 maio 2021.

JUNIOR, Joaquim Leitão. **As implicações da nova lei 13.827/2019**. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/718229845/as-implicacoes-da-nova-lei-13827-2019>. Acesso em: 10 maio 2021.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Painel de dados da ONDH**. Dados atuais – 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh/paineldedadosdaondh/dados-atuais-2021>. Acesso em: 01 de jun. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Considerações iniciais sobre a Lei 13.827/2019 – Proteção à Mulher**. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/712172899/consideracoes-iniciais-sobre-a-lei-13827-2019-protacao-a-mulher>. Acesso em: 08 de mai. 2021.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Dois anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?**. IBOPE/THEMIS- Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 2008. Disponível em:

www.observatoriodegenero.gov.br > publicacoes > at_download > file

Acesso em: Acesso em: 10 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/reserva-jurisdicao-amb-stf-suspenda-lei.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

TIPOS de Violência contra a mulher. Prefeitura Municipal de Passo Fundo/RS, Passo Fundo, [s.d]. Disponível em: <http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/tipos-violencia.pdf>. Acesso em: 09 maio 2021.

O DISCURSO PUNITIVO NO CAMPO POLÍTICO-MIDIÁTICO, SUA INEFICÁCIA PRÁTICA E O POTENCIAL PODER DE PROPAGAÇÃO DA DESIGUALDADE

Antonio José Fernandes VIEIRA¹
Fabrizio Romão THOSI²

RESUMO

Indiscutivelmente, nos últimos anos houve um aumento do clamor punitivo advindo da população, decorrente principalmente da atuação da mídia e de atores políticos, em sua maioria exploradores do sentimento de segurança, de modo que se torna imprescindível a análise desse fenômeno, sobretudo dentro do contexto social, econômico e político no qual a sociedade brasileira está inserida, isto é, um ambiente incontestavelmente desigual e que, recentemente, vem se distanciando do postulado de Estado de bem-estar social e possibilitando o surgimento de um Estado Policial, à proporção que isso desencadeia uma atuação estatal dos componentes do Sistema de Justiça Criminal cada vez mais voltada à criminalização da pobreza e permeado de injustiças e desigualdade. Nesse diapasão, o presente trabalho parte do problema de que há uma extrema contradição entre o discurso punitivo quando comparado com a realidade prática, de modo que, por meio do método dialético, o objetivo central do estudo em questão é demonstrar tal contradição e, para além disso, responder a seguinte questão: o clamor punitivo midiático e político, além de ser ineficaz na contenção da criminalidade, pode servir ainda como um mecanismo de dominação e reprodução da desigualdade?

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade Social. Expansionismo Penal. Justiça Criminal.

ABSTRACT

Undoubtedly, in recent years there has been an increase in the punitive outcry coming from the population, mainly due to the actions of the media and political actors, mostly exploiters of the sense of security, so that it is essential to analyze this phenomenon, especially within from the social, economic and political context in which Brazilian society is inserted, that is, an indisputably unequal environment that has recently been moving away from the postulate of a welfare state to the detriment of a police state, as this triggers a State action of the components of the Criminal Justice System increasingly focused on the criminalization of poverty and permeated by injustices and inequality. In this tuning fork, the present work starts from the problem that there is an extreme contradiction between the punitive discourse when compared to the practical reality, so that through the dialectical method, the main objective of the study in question is to demonstrate such a contradiction, and beyond In addition, answer the following question: can the media and political punitive cry, in addition to being ineffective in containing crime, still serve as a mechanism for dominating and reproducing inequality?

KEYWORDS: Criminal Expansion. Criminal Justice. Social inequality.

INTRODUÇÃO

Inegavelmente, a forma e a justificativa de punir foram se alterando ao longo dos séculos,

-
- 1 Mestre em Direito, na área de concentração Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, Delegado de Polícia e Professor de Investigação Policial da Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”.
 - 2 Acadêmico do terceiro ano do curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos, tendo estagiado por dois anos na Polícia Civil do Estado de São Paulo.

conforme o modelo de sociedade estabelecido. Dessa forma, pode-se então dizer que o Direito Penal reflete os valores e a ideologia que norteiam determinada sociedade. Posto isso, com a consolidação do modelo econômico capitalista, calcado na busca irrefreável pelo capital, as instituições responsáveis pela concretização das normas penais irremediavelmente passaram a ter como um dever implícito de seu funcionamento a regulação dos segmentos sociais por meio da neutralização de indivíduos, conforme as expectativas do mercado.

E é exatamente nesse contexto que se inserem os agentes responsáveis pela aplicação do Direito Penal no cotidiano, bem como a mídia, em sua ala punitivista, e os agentes políticos com viés mercadológico, o que indiscutivelmente é peça-chave para a legitimação de uma atuação punitiva e abusiva por parte do Estado, que age sob os corolários das expectativas capitalistas.

Em um sistema punitivo, dominado ideologicamente no sentido de atribuir valor ao indivíduo conforme sua utilidade de mercado, a mídia se insere como uma das molas propulsoras do sistema, à proporção que sua função nesse cenário se concretiza no momento em que corrobora para a criação estereotipada da imagem de um inimigo, bem como no momento em que escolhe quais crimes serão noticiados, de modo que o principal produto ideológico decorrente da atuação da mídia punitiva é a mobilização do senso comum para um sentimento de insegurança permanente, em uma noção de crise da Segurança Pública, que, por sua vez, somente será solucionada com o aumento da incidência do Direito Penal.

Partindo, portanto, do fato de que o discurso punitivo – defensor do aumento incidental do Direito Penal – encontra ampla adesão no senso comum, em decorrência, principalmente, da crescente normalização de atitudes repressivas advindas dos órgãos estatais, bem como da nefasta espetacularização do processo penal, aliada ao amplo ataque aos direitos e garantias fundamentais do réu, engendrando assim uma falsa solução para a criminalidade pautada no expansionismo penal, sobretudo no campo midiático e político, frisa-se a imprescindibilidade do presente estudo, que, valendo-se do método dialético, buscou demonstrar a contradição que permeia a ideologia de que a repressão e o aumento do raio de incidência do Direito Penal é o remédio com maior eficácia para o controle da criminalidade, de tal modo que, além da impossibilidade de frear o número de delitos, o punitivismo ideológico culmina, inegavelmente, no crescimento das desigualdades pautadas em fatores econômicos e raciais.

Sendo assim, tendo como escopo comprovar a mencionada contradição, a presente pesquisa foi realizada com base no levantamento de dados documentais e estatísticos sobre a atuação das instituições e atores responsáveis pela incidência do Direito Penal no Brasil, a fim de provar a relação teoricamente proposta com a prática cotidiana, somada à revisão bibliográfica de obras conexas e convergentes entre si. No que tange ao marco teórico, foi adotada a tese

abolicionista e de neutralização do Direito Penal, aliada a estudos da teoria crítica do Direito e da criminologia crítica, encampadas neste artigo pelos autores Juarez Cirino dos Santos e Eugênio Raul Zaffaroni.

O DIREITO PENAL ENQUANTO MECANISMO DE REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES CAPITALISTAS

Dentro de um contexto histórico, o Direito Penal passou por enormes transformações ao longo dos séculos pelas diferentes culturas que se estabeleceram. Originalmente inserido em um contexto primitivo, não somente o Direito Penal, mas, em geral, também as formas de normatização da vida eram estritamente ligadas à ideia de vingança, tendo como expoente máximo a Lei de Talião. Com a evolução histórica, em especial no período medieval, o Direito Penal assume uma posição de íntima relação com a ideologia cristã, atrelado à moral e fielmente interligado com a noção de penitência, de tal forma que na Idade Média a repressão tinha como principal alvo indivíduos nos quais pesava em desfavor a acusação de heresia (DUEK, 2016). Consoante a isso, no mesmo período, se nutria o pensamento de que o controle de eventuais delitos dentro do corpo social, a exemplo dos furtos, poderiam ser evitados com o medo causado pela imposição de uma dolorosa e pública sanção corpórea ao responsável pela prática de um crime, tal como o desmembramento de Damiens em praça pública, descrito por Michael Foucault (2014) em sua obra *Vigiar e punir*. Em outras palavras, o Direito Penal visava a uma pena exclusivamente retributiva.

Em mais um salto evolutivo, com o surgimento da sociedade pós-Revolução Francesa, embasada nos ideais do Iluminismo, a pena adquire a função de Prevenção Geral, ou seja, comprometida com a intimidação geral, como propôs Feuerbach ao delimitar a tese da *coação psicológica*, em que se privilegiava o poder de convencimento causado pela certeza da imposição de uma pena, e não mais a sua gravidade (SANTOS, 2020). Por conseguinte, com a ascensão de uma sociedade industrializada, o Direito Penal se adaptou à nova realidade e suas exigências capitalistas, em que o indivíduo foi notadamente marcado como um membro do proletariado, no qual, dentro do meio social, era visto como mão de obra, de tal modo que o Direito Penal, dessa forma, acabou por assumir um papel do qual não se desvencilhou até os dias de hoje, isto é, o de controle do corpo social em decorrência das necessidades de manutenção do sistema capitalista dos meios de produção, passando a buscar o controle dos indivíduos não somente por uma imposição física de pena, mas também por aparatos ideológicos de dominação (SANTOS, 2020).

É inevitável afirmar que a sociedade atual é pautada na lógica basilar do modelo econômico capitalista – em que existe uma busca infundável pelo lucro e o consequente aumento deste –, intimamente atrelada a um contexto de luta de classes e constante exploração das camadas

inferiores da sociedade pelos grupos hegemônicos de poder, criando assim um terreno fértil para a dominação de classes institucionalizada e legitimada pelo poder estatal, de tal modo que a arma essencial para esse fim é o Direito, atuando por um mecanismo de dominação ideológica indireta (MASCARO, 2021).

Nesse contexto, é possível afirmar, portanto, que o Direito é a principal arma legitimadora das imposições sociais advindas da superestrutura capitalista, à proporção que as normas refletem valores concatenados com os interesses econômicos do grupo capitalista. Exemplo disso é a hiperproteção do patrimônio, escancarada na legislação penal. Para chegar a essa conclusão, basta analisar a sanção cominada a determinados crimes em comparação com os delitos patrimoniais, como, por exemplo, o fato de os delitos de lesão corporal leve e cárcere privado terem uma reprimenda mais branda em relação ao furto simples, ou o fato de os delitos de roubo e extorsão, em suas formas do *caput*, possuírem a mesma pena máxima cominada ao delito de estupro, assim como a pena máxima do crime de racismo descrito no art. 20 da Lei 7.716/89 ser inferior à pena do delito de furto em sua modalidade simples.

Consoante ao exposto, outra forma de legitimação da dominação capitalista é a positivação de uma suposta igualdade formal – valor burguês advindo do Iluminismo e do decorrente contratualismo patrimonialista –, que visa a alinhar em um plano imaginário capitalistas e proletários. Nesse contexto, argumenta Alysson Mascaro:

Quando o direito das sociedades capitalistas, por meio das suas normas, declara que todos são iguais perante a lei, na verdade está procedendo a uma dominação ao mesmo tempo técnica e ideológica. Técnica porque está excluindo o privilégio da nobreza, por exemplo, e tratando de maneira formalmente igual ao contratante e ao contratado, e isso é de interesse ao capitalismo, na medida em que o Estado executará a qualquer um que contratar caso não cumpra o contrato. Ideológica porque deixa entender uma igualdade que é só normativa, mas não concreta. Ao tratar igualmente o capitalista e o proletário o direito nivela, com a mesma medida, dois sujeitos desiguais, sem igualar suas condições. Assim, ao invés de demonstrar a desigualdade real entre as partes, o direito a esconde (MASCARO, 2021, p. 28).

Com isso, torna-se imprescindível dizer que qualquer análise a ser feita no campo do Direito, em especial do Direito Penal, deve obrigatoriamente estar atrelada ao sistema econômico vigente, de tal modo que, segundo o autor citado,

o poder por detrás da norma jurídica é, nas sociedades capitalistas contemporâneas, imediatamente estatal, mas, mediadamente, se revela no seio da própria imposição da reprodução social do capital. Os horizontes de cumprimento da norma são também, quase sempre, a reprodução automática da forma de exploração econômica. O capital sustenta específicas relações sociais que ganham forma estatal, mas cujo fundamento último repousa no interesse econômico (MASCARO, 2021, p. 67).

Partindo desse pressuposto, o Direito Penal, em uma sociedade capitalista, incide não sob indivíduos dotados de dignidade humana, mas sim em consumidores em potencial, bem como pessoas objetificadas como mão de obra, conforme o entendimento de Juarez Cirino dos Santos, ao

dizer que

nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de produção e circulação de riqueza material, em que os indivíduos se relacionam como proprietários do capital ou como possuidores de força de trabalho – ou seja, posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e política do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas classes sociais fundamentais e da luta de classes correspondente, em que se manifestam as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social (SANTOS, 2020, p. 30).

Pautando-se a engrenagem rotativa da sociedade – e por conseguinte o Direito Penal – em aspectos mercadológicos, voltados ao consumo e à mão de obra desqualificada, bem como barata – com fins à obtenção da mais-valia –, uma das funções que a Justiça Criminal assume é a de regular o segmento informal de trabalho, logrando em dar um destino à grande parcela da população em desemprego – segundo dados do IBGE, o Brasil apresenta, no terceiro trimestre de 2021, cerca de 14,8 milhões de desempregados –, aliando-se à coação psicológica gerada pelo aparato penal, forçando as camadas mais baixas da população a se submeterem cada vez mais ao trabalho informal e degradante, bem como a salários cada vez mais ínfimos (WACQUANT, 2011). No campo governamental, a derrocada do Estado Social, e por conseguinte das políticas sociais de inclusão e mobilidade social, por conta de políticas neoliberais, tendo-se um Estado inerte no que diz respeito à assistência social, todavia ferozmente interventor no campo punitivo, pode ser explicada, segundo Loic Wacquant, como uma situação em que

[...] a atrofia deliberada do Estado Social corresponde à hipertrofia distópica do Estado Penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro (WACQUANT, 2011, p. 88).

Nesse contexto, o Direito Penal, sobretudo quando hipertrofiado – inerente a um Estado Policial (ZAFFARONI et al., 2003) –, corresponde a uma ferramenta de posição central dentro da lógica de punição e de controle do *status quo* realizado pelo Sistema de Justiça Criminal, uma vez que o exercício do poder penal não pode ser exercido por meios escancarados, sob pena de perda da legitimidade perante a opinião pública. Estando caracterizado um Estado com tais características, é irremediável a corrosão da Democracia, uma vez que a intervenção penal desenfreada constitui a base do que se chama de Pós-Democracia. Nas palavras de Rubens R. R. Casara:

[...] O Pós-Democrático é o Estado compatível com o neoliberalismo, com a transformação de tudo em mercadoria. Um Estado que, para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução do fim desejado pelos detentores do poder econômico. Fins que levam à exclusão social de grande parcela da sociedade, ao aumento da violência – não só da violência física, que cresce de forma avassaladora, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento “normal” do Estado Pós-Democrático (CASARA, 2019, p. 25).

Em um contexto de pós-democracia, em que a desinformação, confusão e ocultação da

realidade são essenciais a esse modelo político, visando ao encobrimento da realidade e do real intuito do Sistema Criminal, a incidência legislativa e a prática do Direito Penal se dão por meio dos processos de criminalização. Na incidência dos processos de criminalização, destaca-se, primeiramente, a criminalização primária, que se dá no campo legislativo, isto é, com a produção de leis penais incriminadoras, voltadas à proteção de bens jurídicos, que, segundo Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 37-38), são os interesses e necessidades individuais, coletivas ou estatais que, em virtude de sua importância, exigem proteção judicial. Entretanto, o mesmo autor afirma que em uma sociedade capitalista, enraizada na contradição entre capital e trabalho assalariado, o Direito sempre penderá em favor do capital, uma vez que

o Direito Penal garante valores (bens jurídicos) do capital, somente garantindo valores relacionados às classes subalternas na medida em que são necessários/úteis para expandir o capital: a vida, a integridade, a saúde, a educação, a moradia do trabalhador etc. (SANTOS, 2020, p. 38).

Ainda na seara da criminalização primária, é imprescindível acentuar que a atuação da mídia, sobretudo com o apelo sentimental (CHAUI, 2006), exerce enorme influência no processo legislativo de criminalização abstrata de condutas, pautando-se, primordialmente, na satisfação do clamor público em decorrência da exploração da sensação de insegurança, como dito anteriormente, e também de candidatos a pleitos políticos, em especial contra crimes praticados em detrimento da Administração Pública (BOLDT, 2013). Vale frisar que, apesar de a retórica popular, em sua maioria, ser voltada à punição dos crimes popularmente chamados de “corrupção” – cometidos, quase em sua totalidade, por pessoas originárias da elite – ou dos crimes violentos – principais ocasionadores do sentimento de insegurança –, isto é, os principais legitimadores da hipertrofia legislativa penal, os delitos com maior incidência no Sistema Criminal são o de tráfico de drogas e os crimes patrimoniais, que, segundo o INFOPEN, no ano de 2019, somados correspondiam a 71,24% dos detentos no Brasil, enquanto, segundo o mesmo estudo, nos anos de 2019 e 2020, os crimes contra a Administração Pública não correspondiam a sequer 1% dos apenados.

Com isso, a retórica punitiva, em especial dos delitos amplamente divulgados pela imprensa, a exemplo dos praticados contra a Administração Pública, que se encontram positivados nos arts. 312 a 359-H do Código Penal, ou seja, um extenso rol de crimes, coloca em xeque a real efetividade da criminalização primária no controle da criminalidade, que, segundo Juarez Cirino dos Santos (SANTOS, 2020, p.36), funciona tão somente como norma de Direito Penal simbólico com vistas a acalmar a opinião pública, criando um aspecto de neutralidade do sistema. Consoante a isso, elucida Zaffaroni, incluindo a criminalização secundária neste aspecto, ao dizer que

a comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisionização – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves (“delitos naturais”) tais como

homicídios, estupro etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisionizados são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade) (ZAFFARONI et al, 2003, p. 47).

Nesse sentido, Luiz Eduardo Soares (2019, p. 86) conclui de forma peremptória que “o que entendemos por segurança tem menos a ver com crime e mais a ver com confiança e ausência de medo”, isto é, justamente o que a criminalização primária tenta fazer ao aumentar significativamente o extenso rol de crimes previstos no ordenamento jurídico.

Em complemento ao exposto, o mecanismo pelo qual se opera a seletividade do sistema penal é a criminalização secundária, que, ao contrário da primária – que aparentemente é dotada de neutralidade, indo ao encontro do conceito de igualdade formal delimitado anteriormente –, atua totalmente voltada à contenção e neutralização daquilo que se tem como estereótipo de inimigo ou com vistas a perpetrar a desigualdade estrutural (SANTOS, 2020). Isso é possível pela subjetividade inerente ao processo secundário de criminalização, uma vez que este se dá no caso concreto, ou seja, na atuação policial, bem como dos magistrados e Ministério Público. Nesse sentido, a atuação do Sistema de Justiça Criminal, como posto anteriormente, segue uma lógica estrutural sistêmica, ou seja, reproduz a ideologia enraizada nas entranhas sociais e políticas de onde se insere.

Com isso, a realidade que se apresenta é a seletividade penal com os grupos que histórica e socialmente estiveram alocados às margens da sociedade, o que explica, por exemplo, o encarceramento em massa da população negra. Segundo dados do 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado no ano de 2019, dos 657,8 mil detentos da época, 438,7 mil eram negros, constituindo uma situação, abordada pelo mesmo estudo, em que a cada 3 pessoas presas, 2 são negras. Esse estudo também apontou que 50% desses detentos tinham entre 18 e 29 anos, justamente a faixa etária que, segundo o IBGE, mais sofre com o desemprego no país. Os dados expostos anteriormente podem ser teorizados a partir do que se denomina de “racismo estrutural”, que, nas palavras de Silvio de Almeida,

[...] não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça (ALMEIDA, 2018, p. 26).

Frisa-se isso com o entendimento de Eugênio Raul Zaffaroni (et al., 2003, p. 47) de que, portanto, a criminalização secundária se dá pela seleção de indivíduos que correspondem a um estereótipo a eles atribuído quando estes se encontram em circulação pública. Tal seletividade encontra seu braço operativo, majoritariamente e sobretudo, no modelo militarizado atribuído à Polícia Militar, responsável pela atuação ostensiva dentro da lógica criminal, que, segundo Luiz Eduardo Soares (2019, p. 25) não acompanhou a arquitetura constitucional prevista na Constituição, criando um campo de opressão e lógica de guerra dentro do que se entende por “Segurança

Pública”, de modo que, segundo o 15º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, as intervenções policiais são responsáveis por cerca de 17,6 óbitos por dia.

Nesse sentido, Zaffaroni (et al., 2003, p. 44-45) excepciona que a criminalização secundária de maneira alguma se atrela somente à pessoa do criminalizado, mas também à da vítima, atuando seletivamente também na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados no caso concreto, de modo que tal seleção não se dá unicamente por critério exclusivo da instituição, mas sim em decorrência da atuação de outras agências, como os meios de comunicação, a ordem política vigente, as estruturas sociais, bem como a limitada capacidade operativa das agências policiais, que são confinadas a um programa de segurança pública infundável e, portanto, irrealizável.

Cumprе ressaltar nesse momento que constitui um enorme sofismo atribuir somente aos menos abastados a prática de delitos, como se a pobreza fosse critério único para a prática de crimes, uma vez que, na realidade, o que se opera é a criminalização dessa parcela populacional, de forma que sobre isso preceitua Eugênio Raul Zaffaroni (2003), ao dizer que

o estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e mostra as obras toscas como os únicos delitos. Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros oceanos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento (ZAFFARONI et al., 2003, p. 48).

Portanto, imprescindivelmente a atuação do Direito Penal, sobretudo no campo prático, atrela-se a exigências do sistema capitalista, pautadas pela necessidade de manutenção da ordem vigente, bem como de neutralização de agentes nocivos em respeito à hierarquia social decorrente do capital, uma vez que tal ordem não só condiciona a atuação, mas também a noção de segurança que guia os responsáveis pela incidência do braço repressivo do Direito.

A EXPLORAÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA NO CAMPO POLÍTICO-MIDIÁTICO, A INEFICÁCIA PRÁTICA DO DISCURSO PUNITIVO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O APARTHEID SOCIAL

No atual estado civilizatório, no campo das demandas sociais, sobretudo quando alinhada com a era da informação, o clamor por segurança tem ganhado especial relevância, tanto no campo político, com viés eleitoral, quanto na mídia. Com isso, o conceito de segurança vem sendo utilizado de maneiras a justificar determinadas intervenções antidemocráticas, sobretudo em países

de capitalismo tardio (ZAFFARONI, 2010). Consoante a isso, segundo Marilena Chaui (2006), a mídia, sobretudo no campo da propaganda, assume a função de venda de sentimentos, isto é, a mercantilização de sensações, à proporção que a inserção desse mecanismo em uma sociedade com alta demanda pelo valor segurança tem o poder de mercantilizar e alavancar a ideologia punitiva sob o pretexto infundado de garantia de segurança.

Nesse sentido, Zaffaroni (2010, p. 27) afirma que, em decorrência da atuação punitivo-midiática dos agentes de comunicação, “[...]compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa de mais notória insolvência em nossa civilização”, de modo que, inegavelmente, o sentimento de insegurança, amplamente difundido no campo popular, acarreta o aumento da criminalização primária por parte dos órgãos legislativos, o que, como uma engrenagem do próprio sistema capitalista em que o Direito se insere, corrobora com a atuação cada vez mais seletiva dos responsáveis pelo processo de criminalização secundária (ZAFFARONI, 2010). Dessa forma, no momento em que a mídia cria um sentimento social de insegurança, e obriga os agentes do sistema criminal a atuar simbolicamente no controle do problema, cria-se um aumento exponencial nas atuações contrárias ao Estado Democrático de Direito, que, segundo Raphael Boldt,

[...] o superdimensionamento da insegurança subjetiva possibilita que práticas punitivas primitivas sejam justificadas, legitimando a irracionalidade (ou violência) da intervenção punitiva e a transformação de cidadãos em inimigos, indivíduos que, diante de sua “periculosidade”, devem ser eliminados (BOLDT, 2013, p. 43).

Todavia, o epicentro do problema se insere na perpetuação da insegurança, no sentido de que a manutenção de uma suposta mazela social, sobretudo quando esta exerce influência nos pertencentes à hegemonia social, abre espaço para a criação de um campo de crise social e política – que, inegavelmente, é essencial para a recuperação periódica do capitalismo (CASARA, 2018, p. 15) –, legitimando cada vez mais afrontas contra os postulados constitucionais, sobretudo quando a suposta crise aparentemente é infundável, e nesse ponto correlaciona-se isso com a ampla divulgação da tese de que há uma suposta crise no aparato punitivo do país, corroborando com a impunidade e o fomento à prática de crimes em decorrência da ausência de punição por parte do Estado. Indiscutivelmente, o que inflama o clamor público, influenciado por políticos autoritários e a grande mídia, a acreditar que, de fato, inexistente punição no Brasil é justamente o sentimento de insegurança permanente, que, por sua vez, acaba por engendrar uma narrativa de crise, uma vez que, segundo Rubens R. R. Casara (2018), dentro de uma sociedade neoliberal e que flerta com a Pós-Democracia, a noção de crise

[...] tornou-se uma palavra-fantasma, que evoca o que está morto e paralisa os que vivem. De fato, “crise” deixou de retratar um momento de indefinição, provisório, emergencial ou extraordinário. Trata-se de um termo que passou a ser usado para ocultar uma opção

política por manobras e ações justificadas pela falsa urgência ou pelo falso caráter extraordinário do momento. Uma palavra com função docilizadora. (CASARA, 2018, p. 12).

Posto isso, torna-se imprescindível a afirmação de que a mídia, sobretudo quando punitiva, torna-se um “*agente de controle informal*” e, dessa forma, participa do controle diário dos indivíduos, muitas vezes a partir de processos de estigmatização social, de modo que não recorre ao uso da força, partindo então da discriminação, desqualificação e exclusão de determinados grupos, uma espécie de psicopoder, uma vez que os submetidos a esse arquétipo de dominação são manipulados inconscientemente, daí o grande apelo social por maior rigorosidade no aparato penal, bem como a facilidade na criação de um inimigo (CASARA, 2018), de modo que, segundo Zaffaroni (2011, p. 20), “[...] a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda a sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade”.

Porém, denota-se a fragilidade prática do discurso punitivo, uma vez que a sua contraposição com a realidade já é suficiente para derrubar o mito da ausência de punição. Segundo levantamento feito por Luiz Eduardo Soares (2019), em sua obra *Desmilitarizar*, foi demonstrado que entre os anos de 1990 e 2016 houve um aumento de 707% no número de detentos no país, de modo que no início da década de 90 o número de custodiados era de 90 mil, ao passo que em 2016 esse número era de aproximadamente 726 mil detentos. Além disso, segundo dados do Monitor da Violência, coletados no ano de 2021 em parceria entre o G1, Núcleo de Estudos da Violência da USP e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil ocupa a 3ª posição no *ranking* de países com maior população carcerária do mundo. Em outra comparação, dessa vez referente à taxa de detentos a cada 100 mil habitantes, dentro de uma lista com 223 países, o Brasil ocupa a 26ª posição, com 322 presos. Portanto, dessa forma, torna-se verdadeira a conclusão de Zaffaroni (2010, p. 77) ao dizer que “o exercício do poder punitivo se tornou tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade”.

Nesse contexto, segundo Loic Wacquant (2000), se insere a “*penalização da precariedade social*”, isto é, a atuação midiática e de juristas que atrelam a solução de problemas reais, sociais, históricos e econômicos ao aparato penal, legitimando a manutenção do *status quo*, de modo que a propagação da desigualdade estrutural continua a se perpetuar, sobretudo quando se analisa a intervenção policial nas chamadas “zonas selvagens” (BOLDT, 2013), carregadas de truculência e reproduzindo a violência estrutural do sistema penal. Tal situação pode ser demonstrada por dados recentes extraídos do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2020, que expôs o

preocupante número de 6.416 mortes decorrentes de intervenção policial nesse mesmo ano, ocasionando aproximadamente 17,6 mortes por dia, que, ao serem recortadas no que tange às características das vítimas, revela que, do total de mortes, 78,9% eram negros, o que, lamentavelmente, demonstra a realidade racista altamente estrutural na qual se insere a segurança pública no país.

Ainda no que tange à institucionalização do racismo na seara criminal, conforme dados captados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em conjunto com o Colégio Nacional de Defensores Públicos, e noticiados pelo Portal G1, entre os anos de 2012 e 2020 ocorreram no Brasil 90 prisões irregulares de pessoas inocentes com base somente em reconhecimentos fotográficos, e em 81% dos casos a pessoa aprisionada à revelia da lei era negra, o que evidencia, inegavelmente, que o superdimensionamento do valor segurança ocasiona em arbitrariedade e atropelo de direitos fundamentais por conta do Estado, abusos que fortalecem, conforme análise dos dados expostos, a perpetuação institucional do racismo.

Segundo a Síntese dos Indicadores Sociais (SIS), realizada sobre dados do ano de 2019, dos brasileiros abaixo da linha da pobreza (segundo as balizas do Banco Mundial, renda *per capita* diária inferior a US\$ 5,50 para pobres e US\$ 1,90 para extremamente pobres), aproximadamente 70% eram negros ou pardos, recorte étnico que corresponde a 56,3% da população do Brasil. Portanto, umbilicalmente ligado ao Sistema de Justiça Criminal, o controle de corpos é peça central do sistema capitalista, especialmente em relação a indivíduos descartáveis ou não para o capital, de modo que o “inimigo, por definição, é o não cidadão, aquele que não precisa gozar de direitos. Na pós-democracia, inimigo é todo aquele que não possui valor de uso dentro da racionalidade neoliberal” (CASARA, 2018, p. 75), o que nos permite concluir que o punitivismo defendido pela mídia em atenção aos anseios do capital, que ganha concretude dentro do Sistema Criminal, possui um alvo específico, com cor e classe social, ocasionando assim um verdadeiro *apartheid* social (BOLDT, 2013).

Consoante a isso, afirma Zygmunt Bauman:

Podemos perceber uma tendência geral de deslocar todas as questões públicas para a área do direito penal, uma tendência a criminalizar os problemas sociais e particularmente aqueles que consideramos – ou que podem ser construídos como – capazes de afetar a segurança da pessoa, do corpo ou da propriedade (BAUMAN, 2000, p. 59).

O que se extrai do dito por Bauman é que, em uma sociedade altamente hierarquizada em razão das demandas capitalistas, o aparato penal surge como uma forma eficaz, simbólica e menos custosa ao Estado de aparentemente conter os problemas sociais, retirando do Estado funções sociais e atribuindo a ausência destas ao Direito Penal, o que irremediavelmente cria uma situação social de ampla desigualdade e de corriqueira e legitimada opressão, sobretudo quando legitimada

pela mídia, uma vez que

a mídia, influenciada principalmente por fatores de ordem político-econômica, oculta determinados ilícitos – ou não os divulga com a mesma veemência – e mostra os crimes praticados pelas pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo como se fossem os únicos existentes em nossa sociedade. Mais do que violar o seu dever de informar de forma imparcial, a mídia constrói uma realidade que leva à conclusão errônea de que a delinquência se restringe às classes menos favorecidas (BOLDT, 2013, p. 87).

Dessa forma, os dados até aqui expostos, apesar de extremamente problemáticos e reveladores de uma realidade deplorável e que necessita de urgente reparação, não são tratados como expositores de uma realidade opressora, mas sim como mero efeito colateral de uma política punitiva e supostamente necessária, uma vez que

a penalização surge então como uma das estratégias mais adotadas pelo Estado – mínimo, porém jamais fraco – neste novo contexto de pauperismo e insegurança crescentes. Logo, paralelamente à assunção das diretrizes neoliberais de redução dos gastos públicos e fortalecimento dos direitos do capital, observamos o recrudescimento da intervenção punitiva como forma de contenção de marginalidade e insegurança acirradas pelo próprio paradigma neoliberal (BOLDT, 2013, p. 11).

Vale, portanto, dizer que o clamor punitivo político e midiático consiste ainda em uma posição paradoxal, já que é fundado em uma suposta ausência de punição, que, conforme aqui já demonstrado, não encontra subsunção prática, ou seja, esses atores admitem a inoperância do atual sistema penal, pedindo pela sua própria manutenção, o que, por óbvio, revela o caráter deficitário, inconclusivo e ineficaz da noção de redução da criminalidade por meio da hipertrofia do sistema penal, banalizando um problema social extremamente mais complexo.

Ainda dentro do contexto de insegurança permanente, é imprescindível mencionar o crescimento da indústria de segurança, representada majoritariamente pelo comércio de armas de fogo, que nos últimos anos vem ganhando especial propaganda no meio social (CASARA, 2018), sobretudo com a formação da denominada “Bancada da Bala” no Congresso Nacional. Tal comércio é, sem dúvidas, fortificado pelo sentimento de insegurança difundido, todavia o aumento da circulação de armas de fogo tem o condão de aumentar a violência no país.

Nesse contexto, dos dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, em um primeiro momento, se extrai o fato de que 71,1% dos homicídios cometidos no Brasil foram praticados com a utilização de arma de fogo. Além disso, entre os anos de 2008 e 2018 foram registrados 628.595 assassinatos, e desse total, fazendo um recorte no sexo das vítimas, 77,1% dos homens assassinados e 53,7% das mulheres assassinadas foram vitimados por arma de fogo. Vale ressaltar ainda que, dos 628.595 homicídios, em 75,7% dos casos a vítima era negra, mostrando que as armas de fogo, quando inseridas em uma sociedade estruturalmente racista, seguem igualmente essa lógica. Atualmente, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2021, há uma arma de fogo particular para cada 100 habitantes no Brasil. Além disso, nos últimos três anos,

o Brasil dobrou o número de armas de fogo nas mãos de civis, o que, indiscutivelmente, decorre de um momento político com características autoritárias, pautado em especial na insegurança e no fomento a políticas repressivas.

Por fim, é importantíssimo citar que as condições estruturais das penitenciárias nacionais se apresentam em condições desumanas, totalmente contrárias à função de ressocialização imposta pelo ordenamento jurídico. Segundo o Monitor da Violência, nos anos de 2019 e 2020, as penitenciárias apresentavam superlotação de 69,3% e 67,5%, respectivamente, situação que criou um quadro de enorme preocupação com a pandemia do Covid-19, uma vez que, dentro do sistema penitenciário nacional, foram registrados 57.619 casos, englobando tanto custodiados quanto servidores, estes responsáveis por 21.419 do total de casos mencionado. Nessa situação, o que se evidenciou foi que a média de presos infectados pelo Covid-19 foi 3,3% maior do que a taxa de contaminação nacional, ao passo que, em relação aos funcionários dos presídios, a porcentagem de contaminação foi 147,8% maior do que a média nacional, dados que evidenciam o descaso estatal para com o sistema penitenciário, o que corrobora ainda mais com a inerente descartabilidade dos envolvidos no dia a dia da segurança pública, seja como inimigo, seja como atuante do baixo escalão do sistema penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a abordagem acerca da relação de subordinação entre o Direito Penal e as exigências do modelo de sociedade capitalista, pautado no lucro e nos meios de produção, o que se pôde notar foi a existência de uma ligação umbilical, de modo que majoritariamente as ações advindas do Sistema de Justiça Criminal deverão estar de acordo com tais imposições sociais, sobretudo no que diz respeito à neutralização e controle dos que se enquadram no conceito de inimigo de mercado, isto é, são descartáveis dentro da lógica de consumo.

Consequentemente, ao ser estabelecida uma relação de dependência entre a atuação do Direito Penal e os pressupostos do sistema capitalista, evidentemente grupos historicamente marginalizados se tornaram alvos preferenciais do Direito repressor, de modo que, a partir dos resultados obtidos, torna-se possível dizer que na realidade atual as instituições que compõem o aparato estatal voltado à punição atuam de forme seletiva, sobretudo orientadas pelo racismo estrutural incrustado na sociedade brasileira, favorecendo assim a criminalização da pobreza, uma vez que os ditos delitos praticados pelas elites não são repercutidos ou repudiados com a mesma veemência, afirmação esta que se concretiza quando comparada com os dados reais do sistema criminal, que, por sua vez, evidenciam uma maioria esmagadora de custodiados pertencentes à camada mais baixa da hierarquia social, sobretudo composta por negros.

Posta em evidência a atuação seletiva das instituições encarregadas de realizar a aplicação prática do Direito Penal, principalmente por meio da criminalização secundária, a mídia pode ser identificada como um agente de importância central no processo de manutenção da desigualdade e exerce atuação seletiva das instituições da seara criminal, uma vez que ela é a difusora por excelência do discurso punitivo, altamente deficitário de criticidade e correspondência com a realidade, de forma que o culto ao punitivismo desenfreado acaba por legitimar cada vez mais os processos de criminalização primário e secundário, uma vez que o produto ideológico do punitivismo midiático é a fomentação de um sentimento de insegurança constante entre a população.

Com isso, torna-se criterioso finalmente afirmar que o discurso punitivo amplamente difundido pode ser entendido como uma enorme contradição, uma vez que o Brasil, há anos, se insere em um contexto de aumento da repressão por parte do Estado, à medida que o clamor por mais rigorosidade penal somente contribui para a perpetuação das desigualdades históricas e estruturais, não tendo qualquer impacto significativo na possibilidade de redução da criminalidade, que, por sua vez, somente será resolvida com a implementação de políticas públicas voltadas à assistência social e à garantia dos direitos fundamentais, o que, impreterivelmente, passa pela superação do paradigma da punição atualmente instalado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: Do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2019.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Edição XIV. São Paulo, 2020.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Edição XV. São Paulo, 2021.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

G1. **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor->

da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. **Desemprego recua para 14,1% no 2º trimestre, mas ainda atinge 14,4 milhões, aponta IBGE.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/08/31/desemprego-fica-em-141percent-no-2o-trimestre-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. **Levantamento mostra que 81% dos presos irregularmente por reconhecimento fotográfico são negros.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/14/levantamento-mostra-que-81percent-dos-presos-irregularmente-por-reconhecimento-fotografico-eram-negros.ghtml>>. Acesso em: 20 set. 2021.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida.** Edição 42. Rio de Janeiro, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.) **Atlas da Violência 2020.** Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2020.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 9ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1969.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro - I.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

O PROCESSO PENAL SUPRAINDIVIDUAL NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL 8.045/2010)

Thadeu Augimeri de Goes LIMA¹

RESUMO

O artigo analisa o projeto de novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 8.045/2010, sob a perspectiva do que podemos denominar Processo Penal Supraindividual, entendido como um sub-ramo da ciência do Direito Processual Penal, não autônomo, porém especializado, que enfoca as normas que são objeto de seu estudo, as suas categorias e os seus institutos jurídicos em correlação com as necessidades e as peculiaridades da tutela de bens jurídicos supraindividuais e da tutela coletivizada de bens jurídicos individuais. Examinam-se os temas da investigação criminal, da ação penal privada subsidiária e da assistência da acusação, da persecução penal de pessoas jurídicas, das medidas cautelares e do *habeas corpus* coletivo. Ao final, trazem-se as principais conclusões obtidas. A investigação se valeu principalmente da pesquisa bibliográfica e a fontes informáticas (*internet*), da pesquisa de textos normativos vigentes e projetados e da pesquisa jurisprudencial. A abordagem utiliza os métodos sistemático, histórico e comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela de bens jurídicos supraindividuais. Tutela coletivizada de bens jurídicos individuais. Direito Penal Supraindividual. Processo Penal Supraindividual. Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010).

RESUMEN

El artículo analiza el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, actualmente en trámite en la Cámara de los Diputados como Proyecto de Ley 8.045/2010, bajo la perspectiva de lo que podemos llamar Proceso Penal Supraindividual, entendido como una subrama de la ciencia del Derecho Procesal Penal, no autónoma, sino especializada, que se centra en las normas que son objeto de su estudio, en sus categorías y en sus institutos jurídicos en correlación con las necesidades y las peculiaridades de la tutela de bienes jurídicos supraindividuales y de la tutela colectivizada de bienes jurídicos individuales. Se examinan los temas de la investigación criminal, de la acción penal privada subsidiaria y de la asistencia a la acusación, de la persecución penal de personas jurídicas, de las medidas cautelares y del *habeas corpus* colectivo. Al final se plantean las principales conclusiones obtenidas. La investigación se basó principalmente en la búsqueda bibliográfica y en fuentes informáticas (*internet*), en la búsqueda de textos normativos actuales y proyectados y en la búsqueda jurisprudencial. El enfoque utiliza los métodos sistemático, histórico y comparativo.

PALABRAS CLAVE: Tutela de bienes jurídicos supraindividuales. Tutela colectivizada de bienes jurídicos individuales. Derecho Penal Supraindividual. Proceso Penal Supraindividual. Proyecto de nuevo Código Procesal Penal (PL 8.045/2010).

1 Pós-doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Pesquisador, autor de livros, capítulos de livros e artigos científicos (publicados no Brasil e no exterior), professor e palestrante nas áreas do Direito Processual (Penal, Coletivo, Constitucional, Civil e Teoria Geral do Processo) e do Direito Penal. Professor convidado em atividades promovidas por Escolas Superiores/Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional de Ministérios Públicos do Brasil e em cursos de pós-graduação "lato sensu" (especialização). Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular na Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

INTRODUÇÃO

A tutela de bens jurídicos supraindividuais se encontra definitivamente consolidada no Direito brasileiro e o Direito Penal não lhe fica alheio, sendo chamado a colocar o seu poderoso arsenal coativo a serviço da proteção desses bens jurídicos e da coibição das condutas que os ameacem ou lesionem.

Com efeito, notadamente ao longo do último meio século, houve a constante expansão da tutela penal à área transindividual e a profusão de novos tipos incriminadores com objetividades jurídicas que transcendem a perspectiva da pessoa tomada isoladamente.

Isso ensejou à dogmática jurídico-penal a necessidade de reexaminar e reavaliar, em larga medida, seus fundamentos e institutos, face a realidades que antes inexistiam ou que não eram percebidas a contento pelo pensamento penalístico clássico, imbuído de influências iluministas e de uma visão inegavelmente individualista.

O direcionamento da doutrina ao exame dos temas mais palpitantes relacionados à proteção penal dos bens jurídicos transindividuais revelou um setor que pode e costuma ser referido como Direito Penal Supraindividual (cf. SILVEIRA, 2003; LIMA, 2021a).

No plano jurídico-positivo, o Direito Penal Supraindividual pátrio está bastante desenvolvido e expandido – ou melhor, até *inflacionado* – e topograficamente disperso pela Parte Especial do Código Penal e por leis extravagantes, sejam elas de natureza exclusivamente criminal – como as Leis 1.521/1951 (delitos contra a economia popular), 7.492/1986 (delitos contra o sistema financeiro nacional) e 8.137/1990 (delitos contra as ordens tributária e econômica e contra as relações de consumo) –, sejam elas microsistemas versando sobre assuntos específicos e contendo disposições penais – como a Lei 6.385/1976 (mercado de capitais), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990 – relações de consumo) e a Lei 11.105/2005 (biossegurança) (LIMA, 2020b, p. 182).

A legislação processual penal, contudo, não tem acompanhado tais desenvolvimentos e expansão do Direito Penal Supraindividual e, no campo transindividual, vem deixando a descoberto da sua regulação questões relevantes suscitadas pelos regramentos jurídico-materiais, além de se mostrar especialmente assistemática e fragmentária.

De fato, a normatização processual penal voltada às temáticas transindividuais ainda deixa lacunas sobre tópicos importantes e não oferece uma interação entre diplomas legais que permita visualizar sequer o esboço de um “microsistema processual penal coletivo”, nos moldes do microsistema de tutela jurisdicional coletiva existente na esfera extrapenal e composto nuclearmente pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e pelo Título III do CDC, pois, via de

regra, as disposições dotadas de especificidades quanto a matérias de cunho supraindividual atuam de forma compartimentada, aplicando-se somente às infrações penais tipificadas nas próprias leis em que aparecem, sem estabelecerem comunicações recíprocas quanto às suas incidências. Quando se verifica alguma interação, ela decorre mais de soluções interpretativas adotadas pelos operadores do Direito no manejo concreto dos instrumentos legais do que de uma tendência de regulação coerente e harmônica por parte do legislador (LIMA, 2020b, p. 183).

Essa paupérie legislativa, todavia, não impede – ao contrário, a nosso juízo ela verdadeiramente até impõe – que no plano jurídico-científico já se possa preconizar a surgência do Processo Penal Supraindividual, entendido como um sub-ramo da ciência do Direito Processual Penal, não autônomo, porém especializado, que enfoca as normas que são objeto de seu estudo, as suas categorias e os seus institutos jurídicos em correlação com as necessidades e as peculiaridades da tutela de bens jurídicos supraindividuais e da tutela coletivizada de bens jurídicos individuais.

Trata-se de uma proposta metodológica que enaltece o caráter instrumental do Direito Processual Penal, e sobretudo a sua relação de complementaridade funcional com o Direito Penal Supraindividual, e que possibilita a análise tanto dogmática quanto crítica dele, *de lege lata* e *de lege ferenda*, inclusive com a constatação de deficiências e a sugestão de aperfeiçoamentos.

O presente artigo se ocupa do projeto de novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 8.045/2010 (BRASIL, 2010)², sob a perspectiva do ora preconizado Processo Penal Supraindividual.

Dados os estreitos limites do texto, optou-se por examinar, sequencialmente, os temas da investigação criminal, da ação penal privada subsidiária e da assistência da acusação, da persecução penal de pessoas jurídicas, das medidas cautelares e do *habeas corpus* coletivo.

A investigação se valeu principalmente da pesquisa bibliográfica e a fontes informáticas (*internet*), da pesquisa de textos normativos vigentes e projetados e da pesquisa jurisprudencial.

A abordagem utiliza preferencialmente o método sistemático, porém sem olvidar os métodos histórico e comparativo. O método sistemático é empregado no esforço de coordenar as normas, as categorias e os institutos processuais penais com o arcabouço de tutela dos bens jurídicos supraindividuais e de tutela coletivizada de bens jurídicos individuais. Ao seu turno, o método histórico é usado para, quando pertinente, traçar sucintos retrospectos de alguns dos temas analisados. Já o método comparativo é invocado, também quando pertinente, para estabelecer cotejos entre disposições normativas e/ou institutos jurídicos.

2 Para a elaboração deste trabalho, consultou-se a versão mais atual do projeto de novo CPP, trazida no substitutivo apresentado em 26 de abril de 2021 pelo Deputado João Campos, relator da Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados para proferir parecer sobre o PL 8.045/2010.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O projeto de novo CPP (PL 8.045/2010) disciplina a tradicional primeira fase da persecução penal no Título II do seu Livro I (arts. 8º a 51) e mantém como principal instrumento investigatório o inquérito policial (arts. 19 a 36).

Três disposições normativas projetadas merecem especial atenção quanto às suas repercussões no Processo Penal Supraindividual: os arts. 19, § 3º, 22 e 40, § 1º.

O art. 19, § 3º, à primeira vista, parece pretender restringir o poder do Ministério Público de instaurar apurações penais próprias, preceituando que a Instituição “poderá promover a investigação criminal quando houver fundado risco de ineficácia da elucidação dos fatos pela polícia, em razão de abuso do poder econômico ou político”. Assim, ao menos aparentemente, buscaria lhe conferir caráter excepcional e expressamente supletivo em relação às atribuições investigativas dos órgãos policiais.

Esta, contudo, não é a melhor inteligência a ser dada ao dispositivo. Em primeiro lugar, porque acarretaria a inconstitucionalidade dele. Em segundo lugar, porque se mostraria avessa aos parâmetros de uma correta exegese sistemática e teleológica.

No que tange à inconstitucionalidade, a aventada restrição contrariaria a interpretação do Supremo Tribunal Federal cristalizada na Tese de Repercussão Geral fixada acerca do Tema 184, que versava sobre a questão da constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo *Parquet*.³

Com efeito, no entendimento do Pretório Excelso, o Ministério Público, respeitadas as balizas constitucionais e legais, pode legitimamente “promover, *por autoridade própria*, e por prazo razoável, investigações de natureza penal” (grifos nossos), indicando-se que sua autorização para a iniciativa investigatória criminal, a partir da Lei Maior, não fica submetida ao prognóstico de ineficácia do aparato policial na apuração de delitos, ensejada por deletérias ingerências de detentores de poder político ou de poder econômico.

Ademais, embora o Poder Legislativo ostente competência para colocar regras ao exercício do poder investigatório do *Parquet* – por exemplo, melhor delineando os seus pressupostos e o seu modo de proceder –, não lhe cabe esvaziá-lo substancialmente – o que acabaria fazendo com o

3 Tese de Repercussão Geral firmada pelo Pleno do STF no julgamento do RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, Redator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2015, p. 08.09.2015, com a seguinte redação: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.”

enunciado em comento, se interpretado nesse sentido de restrição –, pois isso afronta o *postulado da proporcionalidade*, no aspecto da *proibição de proteção deficiente ou insuficiente (untermassverbot)*.

De fato, é sabido que o Ministério Público, justamente por conta do incremento da sua atuação apuratória penal nas últimas três décadas, restou alçado a uma posição de proeminência no enfrentamento da macrocriminalidade, compreendida, de um modo abrangente, como a criminalidade de grande transcendência social, perpetrada por pessoas integrantes de estruturas organizadas e em dinâmica de atuação coletiva, que atinge primordialmente bens jurídicos supraindividuais e/ou individuais de vasto contingente de pessoas (seriais/individuais homogêneos), fazendo assim uma multiplicidade de ofendidos (LIMA, 2021b, p. 494).

Por conseguinte, uma tão intensa limitação do poder investigatório do *Parquet* na esfera criminal certamente iria na contramão dos imperativos constitucionais de tutela dos bens jurídicos transindividuais, dando azo à proteção deficiente ou insuficiente deles.

De outro lado, há que se destacar que a aparente restrição imposta pelo art. 19, § 3º, do projeto de novo CPP poderia ser facilmente contornada nas hipóteses de fatos sujeitos à incidência de normas penais e extrapenais e caracterizados, simultaneamente, como ilícitos de ambas as naturezas, quando o Ministério Público for incumbido de investigá-los na esfera extrapenal.

É o que ocorre com muitas das ações e omissões atentatórias contra bens jurídicos supraindividuais, as quais, além de encontrarem tipificações penais, também são reconhecidas como ilícitos extrapenais – *v.g.*, crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade administrativa, delitos contra a ordem econômica e infrações concorrenciais, crimes ambientais e danos ao meio ambiente etc –, cabendo ao *Parquet* investigá-las, sob a última ótica, por intermédio do inquérito civil, *ex vi* do art. 8º, § 1º, da LACP, dos arts. 6º, inc. VII, e 7º, inc. I, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/1993), dos arts. 25, inc. IV, e 26, inc. I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) e da Resolução CNMP 23/2007.

Ora, uma vez que o projeto de novo CPP mantém a dispensabilidade da investigação criminal quando houver peças informativas suficientes à formação da *opinio delicti* positiva e à demonstração da justa causa para o exercício da ação penal condenatória – conforme se infere dos seus arts. 38, 40, *caput*, e 55, parágrafo único –, bastaria que o Ministério Público instaurasse inquérito civil para apurar os fatos, na sua faceta extrapenal, e depois utilizasse os elementos informativos nele angariados para lastrear a acusação, já no âmbito penal.

Pelas razões apontadas, o melhor sentido a ser atribuído ao art. 19, § 3º, do projeto de novo CPP é o de que ele estabelece expressamente um *poder-dever* ao *Parquet* de promover a investigação criminal nas situações em que constate fundado risco de ineficácia da elucidação dos

fatos pela polícia, em decorrência de abuso do poder econômico ou político, mas *não exclui* a possibilidade jurídica de fazê-lo em outras hipóteses, quando reputar necessário para melhor agir na tutela dos bens jurídicos a seu cargo. Somente assim o dispositivo em questão não suscitará entraves ao Processo Penal Supraindividual.

Passando ao art. 22 do PL 8.045/2010, ele dispõe, no *caput*, que a investigação criminal poderá se desenvolver por atuação conjunta entre a polícia e o Ministério Público, esclarecendo, no § 1º, que, neste caso, ela será conduzida pelo delegado de polícia, sem prejuízo da atuação constitucionalmente conferida ao *Parquet*.

Os preceitos em tela regulam, em linhas bastante gerais, as parcerias investigativas entre polícia e Ministério Público que já existem na prática há vários anos – em alguns casos até mesmo de forma institucionalizada e perene, a exemplo dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOs), os quais reúnem policiais e agentes ministeriais – e que se revelaram um importante instrumento para o enfrentamento da macrocriminalidade e, em consequência, a proteção de bens jurídicos supraindividuais.

Outrossim, valem para as regras acima as observações adrede trazidas quanto ao poder investigatório do *Parquet*, de modo que a previsão de atuação investigatória conjunta com a polícia não lhe tolhe a possibilidade jurídica de instaurar apuração criminal própria, quando reputar necessário para melhor agir na tutela dos bens jurídicos a seu cargo.

Por sua vez, o § 2º do art. 22 autoriza a instituição de forças-tarefas entre entidades e órgãos da Administração Pública, direta e indireta, para a investigação conjunta, sob a presidência da autoridade policial, nos termos do § 1º, o que também já se verifica na prática há vários anos e se mostra um relevante instrumento para a persecução de ilícitos penais supraindividuais, notadamente quando a apuração destes exige conhecimentos técnicos mais aprofundados relativos a certas áreas especializadas – *v.g.*, a econômica, a financeira, a tributária, a ambiental etc –, de que, ordinariamente, não dispõem os agentes da polícia e do Ministério Público.

Para além das forças-tarefas, e conquanto não tenham sido referidas pelo art. 22, é certo que também são admitidas outras formas de cooperação das entidades e dos órgãos da Administração Pública, direta e indireta, com investigações criminais conduzidas pelos órgãos policiais ou pelo *Parquet*, de modo a fornecer a estes pontuais auxílios em assuntos a respeito dos quais aqueles detenham maior *expertise*.

Em suma, o art. 22 do projeto de novo CPP traz pouca ou nenhuma novidade ao Processo Penal Supraindividual.

Finalmente, o art. 40 do PL 8.045/2010, ao cuidar do arquivamento dos autos de investigação criminal pelo Ministério Público, dispõe em seu § 1º que, se a vítima, ou seu

representante legal, o delegado de polícia ou as associações constituídas desde mais de um ano, que tenham por finalidade a defesa dos interesses afetados pela infração objeto da persecução penal, não concordar com a resolução de não acusar, poderá, no prazo de trinta dias do recebimento da comunicação sobre ela, submeter a matéria à instância revisional competente do *Parquet*, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Sem adentrar os detalhes da projetada disciplina do arquivamento, percebe-se que ela institui um meio de impugnação da decisão do agente ministerial de não propor a ação penal condenatória, para cujo exercício legitima, dentre outros, as associações já legitimadas ao ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, nos moldes do art. 5º, inc. V, da LACP e do art. 82, inc. IV, do CDC, quando se tratar de infrações penais contra bens jurídicos supraindividuais.

O art. 40, § 1º, do projeto de novo CPP traz assim uma bem-vinda inovação legislativa ao quadro do Processo Penal Supraindividual, consagrando explicitamente solução que, inclusive, já pode ser sustentada *de lege lata* para o atual regramento da impugnação administrativa do arquivamento da investigação criminal (art. 28, §§ 1º e 2º, do CPP), através da aplicação analógica do art. 80 do CDC (LIMA, 2020a, p. 362-366).

2. AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA E ASSISTÊNCIA DA ACUSAÇÃO

Nos temas da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública e da assistência da acusação, o PL 8.045/2010 basicamente conserva os regimes do vigente CPP.

No que tange à ação penal privada subsidiária, o art. 56 dispõe que ela será admitida nos crimes sujeitos a ação penal de iniciativa pública, se esta não for ajuizada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a condução do processo como parte principal, ao passo que o art. 57 confere ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, a legitimidade para propor a ação penal privada subsidiária.

Ao seu turno, o art. 102 preceitua que, em todos os termos do processo penal, poderá intervir, como assistente do *Parquet*, a vítima ou, no caso de menoridade ou de incapacidade, o seu representante legal ou, na sua falta, por morte ou ausência, os seus herdeiros, conforme o disposto na legislação civil.

Observa-se que os regimes da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública e da assistência da acusação no projeto de novo CPP mantêm uma concepção individualista de ofendido e ignoram as preocupações com o tratamento a ser dispensado às “vítimas coletivas”, isto é, às coletividades ou aos grupos, às classes ou às categorias de pessoas que são os sujeitos passivos das

infrações penais que atingem bens jurídicos supraindividuais.

É cediço que tais “vítimas coletivas” merecem mecanismos que garantam a sua participação na persecução penal, à semelhança dos ofendidos individualizáveis da criminalidade de cunho tradicional, porém a maior dificuldade reside em escolher *quem* deve assumir a defesa dos seus interesses em juízo. Tende-se a admitir que esta defesa seja feita por associações constituídas por um tempo mínimo, revelador de algum grau de organização e estabilidade, e que, pelas suas finalidades institucionais, dediquem-se à tutela do específico bem jurídico supraindividual afetado pelo injusto penal (FERNANDES, 2003, p. 182).

No Brasil, o art. 80 do CDC trouxe importantíssima inovação, ao permitir a atuação no processo penal condenatório de determinados entes e órgãos, na qualidade de assistentes do Ministério Público ou de legitimados à propositura de ação penal subsidiária da pública (FERNANDES, 2003, p. 182).

Estabelece o dispositivo que, no processo penal atinente aos crimes previstos na lei consumerista, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do *Parquet*, os legitimados indicados no art. 82, incs. III e IV – as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código, e as associações legalmente constituídas desde pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo diploma, dispensada a autorização assemblear –, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal (LIMA, 2020b, p. 262-263).

O art. 80 do CDC, portanto, instituiu definitivamente em nosso país o que se pode chamar de *acusação coletiva*, em um paralelo com a ação coletiva, e que pode ser classificada em *acusação coletiva coadjuvante*, que se verifica na constituição da *assistência coletiva*, e *acusação coletiva subsidiária*, que se verifica no exercício da *ação penal coletiva subsidiária* (LIMA, 2020b, p. 263).

O preceito em tela encontra seu antecedente direto no art. 2º do Projeto de Lei 3.034/1984, originado de anteprojeto pioneiro para a defesa de interesses difusos em juízo, elaborado pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior e apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre, em julho de 1983. O anteprojeto acabou sendo enriquecido com valiosas contribuições sugeridas nesse evento, especialmente de José Carlos Barbosa Moreira, e, uma vez pronto, foi encaminhado ao parlamentar paulista Flávio Bierrenbach, que se incumbiu de apresentá-lo à Câmara dos Deputados, na forma do PL que ganhou o aludido número (BIERRENBACH, 1984, p. 189-196; MAZZILLI, 2001, p. 105; LIMA, 2020b, p. 263).

Ocorre que, enquanto o PL 3.034/1984 tramitava na Câmara, os então promotores de justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, do Ministério Público do Estado de São Paulo, retomaram a discussão do anteprojeto original, alterando-o e incluindo novas sugestões. Como resultado, o MP paulista apresentou outro anteprojeto ao Governo Federal, que, encampando a proposta, submeteu-a ao Congresso Nacional, agora como Projeto de Lei do Executivo – PL 4.984/1985 na Câmara dos Deputados e PLS 20/1985 no Senado Federal. Devido à sua tramitação mais célere, o último projeto logrou receber a aprovação nas Casas Legislativas e a sanção presidencial e se transformou na Lei 7.347/1985, a LACP (MAZZILLI, 2001, p. 106; LIMA, 2020b, p. 264).

O projeto que se converteu na LACP não contemplou dispositivo semelhante ao que era o art. 2º do “Projeto Bierrenbach” (BIERRENBACH, 1984, p. 189; MAZZILLI, 2001, p. 108; LIMA, 2020b, p. 264).⁴

Depois, em 1986, sobreveio a Lei 7.492, cujo art. 26, parágrafo único, passou a prever a possibilidade de admissão da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central do Brasil à assistência da acusação nos processos penais concernentes a crimes contra o sistema financeiro – ou, acrescentamos, também contra o mercado de valores mobiliários, quanto à CVM – cometidos no âmbito de atividades sujeitas à disciplina e à fiscalização dessas autarquias, sem prejuízo do disposto no art. 268 do CPP (LIMA, 2020b, p. 264).

A ideia original do art. 2º do PL 3.034/1984 só foi retomada por ocasião dos trabalhos que culminaram na edição do CDC, havendo se tornado o seu art. 80 (LIMA, 2020b, p. 264).

Vale também fazer menção ao PL 4.209/2001, de iniciativa do Poder Executivo Federal, que pretendia introduzir no CPP um novo modelo para a investigação criminal, bem como trazer algumas alterações relativas ao seu arquivamento pelo Ministério Público e à ação penal. O PL restou aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal no final de 2008, tendo recebido na Casa revisora o título de Projeto de Lei da Câmara 205/2008. Lá, foi declarado prejudicado e teve a sua tramitação encerrada, em vista da aprovação do Projeto de Lei do Senado 156/2009, que versava sobre o novo CPP – atualmente na Câmara dos Deputados como PL 8.045/2010 (BRASIL, 2001; AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 54; CALMON FILHO, 2001, n. 35; LIMA, 2020b, p. 264-265).

Interessa aqui o art. 30 do PL 4.209/2001, *in verbis*: “Art. 30. A ação de iniciativa privada

4 Veja-se o teor do art. 2º do PL 3.034/1984: “Art. 2º. No processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com os poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como: I – estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil; II – incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos. Parágrafo único. Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal (art. 29 CPP).”

caberá ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, ou às entidades legitimadas por lei à defesa de direitos difusos ou coletivos, quando se trate de ação penal que os envolva” (grifos nossos) (BRASIL, 2001; AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 54; LIMA, 2020b, p. 265).

Nota-se, da leitura do texto projetado, que ele intentava estender a legitimação de tais entidades para a propositura da ação penal coletiva subsidiária com relação a toda e qualquer infração penal contra bem jurídico difuso ou coletivo, porém não tratava da assistência coletiva (LIMA, 2020b, p. 265).

O projeto de novo CPP certamente poderia incorporar os avanços consagrados pelo art. 80 do CDC e prever expressamente a ação penal coletiva subsidiária e a assistência coletiva com relação a todo e qualquer ilícito penal supraindividual – por exemplo, mediante a inclusão de parágrafos únicos nos arts. 57 e 102, para tratar específica e respectivamente delas –, o que representaria uma muito bem-vinda inovação legislativa ao quadro do Processo Penal Supraindividual e referendaria explicitamente solução que, inclusive, também já pode ser sustentada *de lege lata*, de novo através da aplicação analógica do art. 80 do CDC (LIMA, 2020b, p. 277-279).

3. PERSECUÇÃO PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por obra do constituinte originário, que se referiu ao tema nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF/1988, no que concerne, respectivamente, aos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular e aos delitos cometidos contra o meio ambiente. Todavia, até o momento, ela só foi implementada *pleno jure* para as infrações penais ambientais, por força da Lei 9.605/1998 (BELLO FILHO, 2015, n. 1; LIMA, 2020b, p. 167).⁵

O projeto de novo Código Penal, atualmente em trâmite no Senado Federal como Projeto de Lei do Senado 236/2012 (BRASIL, 2012)⁶, disciplina a responsabilidade penal dos entes coletivos na Parte Geral, nos seus arts. 39 e 40. No aspecto subjetivo, restringe a incidência da responsabilidade apenas sobre as pessoas jurídicas de direito privado e preconiza expressamente a desnecessidade de dupla imputação – isto é, de concomitante responsabilização da pessoa natural que agiu em seu interesse ou benefício –, ao passo que, no aspecto objetivo, mantém a responsabilidade quanto aos delitos contra o meio ambiente, implementa-a também quanto aos

5 “Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.”

6 Para a elaboração deste trabalho, consultou-se a versão mais atual do projeto de novo CP, trazida no substitutivo apresentado em 17 de dezembro de 2014 pelo Senador Vital do Rêgo, designado relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para proferir parecer sobre o PLS 236/2012.

crimes contra a ordem econômica e financeira, na esteira do art. 173, § 5º, da CF/1988, e a ampliação para as infrações penais contra a Administração Pública (LIMA, 2020b, p. 174).⁷

A extensão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para outras hipóteses, além daquelas estatuídas nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da Lei Maior, não é inconstitucional nem demanda modificação do Texto Constitucional, podendo ser viabilizada por lei ordinária, como faz o PLS em comento (LIMA, 2020b, p. 175).

A Constituição da República, como consequência de seu caráter dirigente, traz alguns *mandados de criminalização* em relação a bens jurídicos que entende tão caros à sociedade brasileira que não pode admitir a sua proteção deficiente. São exatamente os casos dos supracitados dispositivos constitucionais, que determinam a utilização da ferramenta político-criminal da responsabilidade penal dos entes coletivos para tutelar a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente. Todavia, a Carta Magna não faz qualquer reserva à utilização desse importante instrumento jurídico-penal para a proteção de outros bens jurídicos. O legislador ordinário está obrigado a agir nas hipóteses comandadas, mas não está proibido de prever a responsabilização penal de pessoas jurídicas para a tutela de outros bens jurídicos realmente dignos dela (SARCEDO, 2014, p. 263).

Dito de outro modo, os enunciados normativos dos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF/1988 não traduzem cláusulas de exclusividade da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Logo, mostra-se de todo pertinente a extensão desta em favor de outros bens jurídicos supraindividuais, em especial a Administração Pública, a saúde pública, a saúde dos trabalhadores nos ambientes laborais e a regularidade das relações de consumo (LIMA, 2020b, p. 176).

Conquanto no plano do Direito Penal Supraindividual a responsabilização criminal de pessoas jurídicas já seja uma realidade e se vislumbre prognóstico de sua expansão, no plano do Processo Penal Supraindividual há ainda inequívoca lacuna quanto ao seu regramento processual.

Tal lacuna, se é certo que não chega a inviabilizar a persecução penal de pessoas jurídicas – uma vez que é suprível através do recurso aos mecanismos de integração do ordenamento jurídico⁸

7 Eis os teores dos arts. 39 e 40 do PLS 236/2012: “Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. § 1º. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas. § 2º. A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física. § 3º. A responsabilidade penal será exclusiva da pessoa física, se o administrador ou gestor, por sua conta, extrapolar os poderes que lhe foram conferidos pela pessoa jurídica. Art. 40. Extinta a pessoa jurídica posteriormente ao fato criminoso, com a finalidade de evitar ou mitigar os efeitos da aplicação da lei penal, o juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica que a suceder.”

8 Na doutrina, por todos, cf. GRINOVER, 2006, p. 296-306, 313-316; e MIGLIARI JÚNIOR, 2007, *passim*. Na jurisprudência, é o que se infere, por exemplo, de STF, RE 548.181/PR, 1ª T., Rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013, p. 30.10.2014; STJ, RMS 39.173/BA, 5ª T., Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.08.2015, p. 13.08.2015; e STJ, AgRg no RMS 48.085/PA, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 05.11.2015, p. 20.11.2015.

–, sem dúvida abre grande e perigosa margem ao casuísmo por parte das autoridades nela envolvidas, podendo ferir a segurança jurídica e ameaçar a garantia fundamental do ente coletivo imputado ao *due process of law*, além de esbarrar em temas que, por envolverem o cerceamento de liberdades, sujeitam-se à reserva legal – sobressaindo a imposição de medidas cautelares pessoais compatíveis com a natureza da pessoa jurídica (SHECAIRA, 2011, p. 158-161; MALAN, 2015, n. 3; LIMA, 2020b, p. 183).

Diferentemente do Brasil, em vários países nos quais se instituiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas também se promoveram as pertinentes adequações processuais. Isso ocorreu primeiramente na Holanda, em 1976, ano em que a responsabilidade criminal dos entes coletivos foi acolhida de forma geral – desde 1950 ela era prevista, mas somente para os delitos econômicos – e restou incorporada no seu novo CP (*Wetboek van Strafrecht*). O seu CPP (*Wetboek van Strafvordering*) sofreu alteração, passando a exibir no Livro IV (*Eenige rechtsplegingen van bijzonderen aard* – em tradução livre: “Alguns procedimentos especiais”) um Título inteiro (Título VI, *Vervolging en berechting van rechtspersonen* – em tradução livre: “Processo e julgamento de pessoas jurídicas”, arts. 528 a 532) voltado à persecução penal de pessoas jurídicas. Do mesmo modo, a França, por meio da Lei de Adaptação de 15 de dezembro de 1992, modificou os arts. 706-41 a 706-46 do seu *Code de Procédure Penale*, compondo o Título XVIII (*De la poursuite, de l’instruction et du jugement des infractions commises par les personnes morales*) do Livro IV (*De quelques procédures particulières*) (SHECAIRA, 2011, p. 155; MALAN, 2015, n. 3; LIMA, 2020b, p. 184).

O projeto de novo CPP continua deixando de instituir um regramento completo para a persecução penal de pessoas jurídicas, porém já vem a trazer algumas disposições concernentes a ela e que se mostram positivas para o Processo Penal Supraindividual.

O art. 62 preconiza que as pessoas jurídicas legalmente constituídas poderão exercer a ação penal de iniciativa privada, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes, ao passo que as despersonalizadas apenas podem sofrer a ação penal.

A parte final do preceito, destarte, esclarece de forma cabal que, nos casos em que for admitida a responsabilidade penal do ente coletivo, a persecução criminal não restará obstada pela mera circunstância da constituição inidônea dele perante a lei civil.

O art. 174, por sua vez, determina que a citação da pessoa jurídica seja feita mediante a entrega do respectivo mandado ao encarregado da recepção do seu estabelecimento, o qual será obrigatoriamente identificado.

O dispositivo confere agilidade à realização da citação e, ao mesmo tempo, ordena

diligência salutar para assegurar a identificação do recebedor do mandado e a aferição do seu vínculo com o ente coletivo, inclusive para fins de verificação da ciência da acusação por parte deste e da (in)validade do mais importante ato de comunicação processual.

Finalmente, o art. 608, inc. V, passa a prever, dentre as medidas cautelares pessoais, a suspensão das atividades de pessoa jurídica, a qual encontra sua disciplina específica no art. 673 e o seu prazo máximo de duração no art. 683, inc. I.

De acordo com o art. 673, *caput*, poderá o juiz suspender, total ou parcialmente, as atividades de pessoa jurídica sistematicamente utilizada por seus sócios ou administradores para a prática de crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica ou as relações de consumo, ou que atinjam um número expressivo de vítimas.

O § 1º do art. 673 estabelece que, antes de proferir a decisão, o magistrado deve levar em conta, igualmente, os interesses dos empregados e de eventuais credores e o princípio da função social da empresa, bem como a manifestação do órgão público regulador, se houver. Já o § 2º permite que a pessoa jurídica, ainda que não seja ré, interponha recurso de agravo contra a decisão judicial que aplicar a providência.

Ao seu turno, o art. 683, inc. I, coloca como limite temporal máximo de duração da medida o prazo de cento e oitenta dias. Contudo, *ex vi* do parágrafo único do art. 683, findo o lapso de vigência da cautelar, o juiz poderá prorrogá-la ou adotar outras, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Quatro observações se mostram oportunas a respeito dessa nova providência acautelatória.

A primeira é que, conforme se deduz do art. 673, *caput* e § 2º, ela será cabível tanto nas situações em que o ente coletivo figure na condição de imputado, ou seja, quando se tratar de hipótese de admissão de responsabilidade penal própria sua, quanto nas situações em que restar utilizado como mero instrumento para a perpetração ou a facilitação das atividades delitivas, isto é, na generalidade dos casos em que o ordenamento jurídico não admita a sua responsabilização criminal.

A segunda observação é que o advérbio *sistematicamente*, registrado no enunciado do *caput* do art. 673, implica a exigência de reiteração de condutas delituosas envolvendo a pessoa jurídica, imputáveis ou não diretamente a ela, como especificado acima, de modo que a prática de somente uma ou de algumas condutas isoladamente não satisfaz o pressuposto legal para a incidência da medida.

A terceira observação é que se verifica um descompasso entre o art. 673, *caput*, do projeto de novo CPP e o art. 39, *caput*, do projeto de novo CP, uma vez que o primeiro não faz alusão aos crimes contra a Administração Pública, ao passo que o último a faz. Logo, no escopo de evitar

futuras discussões sobre a possibilidade ou não de enquadramento de tais delitos na cláusula geral “ou que atinjam um número expressivo de vítimas”, trazida na parte final do *caput* do art. 673, e, em consequência, sobre o cabimento ou não da medida cautelar de suspensão das atividades de pessoa jurídica com relação a eles, é de todo recomendável que o legislador desde já promova a adequação e a compatibilização de ambos os dispositivos.

A última observação é que a medida cautelar em tela deve ser utilizada com parcimônia, tal qual preconiza o § 1º do art. 673, eis que o sobrestamento das atividades de pessoa jurídica pode reflexamente atingir interesses legítimos e bastante relevantes de terceiros sem qualquer vinculação com as infrações penais objetos da persecução. O julgador haverá que atentar, portanto, para o *postulado da proporcionalidade*, no aspecto da *proibição de excesso (übermassverbot)*, quando da decisão acerca da imposição dela.

Concluindo esta seção, não soa exagerado afirmar que a medida cautelar pessoal de suspensão das atividades é certamente a mais importante inovação contemplada no PL 8.045/2010 na temática da persecução penal de pessoas jurídicas e um expressivo ganho para o Processo Penal Supraindividual brasileiro.

4. MEDIDAS CAUTELARES

O diploma normativo infraconstitucional central que rege o Direito Processual Penal brasileiro, que é o Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689/1941), em decorrência da própria época da sua edição, muito anterior às discussões científicas sobre os interesses supraindividuais surgidas a partir da década de 1970, não trouxe em sua redação original nenhuma disposição especificamente relacionada a eles (LIMA, 2020b, p. 185).

Mais de meio século depois de sua entrada em vigor, e desde a alteração promovida pelo art. 86 da Lei 8.884/1994, o art. 312 do CPP passou a prever a garantia da ordem econômica como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, denotando a preocupação do legislador com os crimes envolvendo grandes golpes no sistema financeiro e no mercado de valores mobiliários, que os abalam e geralmente são perpetrados sem o uso de violência, mas com a inteligência e o engodo (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 191; LIMA, 2020b, p. 186).

Outrossim, com o novo regime cautelar pessoal incorporado ao CPP pela Lei 12.403/2011, o art. 319, inc. VI, veio a contar com a medida de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver o justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (LIMA, 2020b, p. 186).

Constata-se que as reformas do vigente CPP que repercutiram no campo do Processo Penal Supraindividual nacional se deram no tema das medidas cautelares, notadamente quanto às

pessoais.

O PL 8.045/2010 prevê quatro providências acautelatórias pessoais mais diretamente relacionadas à tutela de bens jurídicos transindividuais: a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica (arts. 608, inc. I, e 628, inc. I), a suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública (arts. 608, inc. IV, e 672), a suspensão das atividades de pessoa jurídica (arts. 608, inc. V, e 673) e a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave (arts. 608, inc. VII, e 675).

A medida de suspensão das atividades de pessoa jurídica já foi analisada na seção anterior, razão por que agora nos deteremos no exame das demais.

Como dito linhas atrás, a garantia da ordem econômica como fundamento para a prisão preventiva está contemplada no art. 312 do vigente CPP, desde a sua modificação operada pelo art. 86 da Lei 8.884/1994, e o PL 8.045/2010 traz pouca inovação no que concerne especificamente a ela.

De acordo com o art. 628, inc. I, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem econômica, evidenciada pela gravidade concreta do fato ou pela prática reiterada de infrações penais pelo imputado.

Observa-se que o dispositivo projetado delimita melhor o que se deve compreender por garantia da ordem econômica, vinculando-a à concreta magnitude do injusto penal contra tal bem jurídico supraindividual e à perspectiva de reiteração delitiva pelo imputado.

Adverte-se que, embora se reconheça inegável a importância da proteção da ordem econômica, há na doutrina entendimento de que, nessa situação, a prisão preventiva se afastaria por completo da natureza cautelar instrumental ou final, transformando-se em meio de prevenção geral e especial e, por conseguinte, em antecipação da pena e dos fins que lhe são atribuídos (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 192). Na jurisprudência, todavia, a garantia da ordem econômica é pacificamente aceita para embasar a prisão preventiva, sem maiores questionamentos sobre o desvirtuamento da sua natureza cautelar nesse caso.⁹

No mais, e como não poderia ser diferente, a prisão preventiva para a garantia da ordem econômica deve se submeter integralmente às regras preconizadas para as prisões provisórias em geral (arts. 610 a 621) e à própria disciplina da prisão preventiva *tout court* (arts. 628 a 634), inclusive no que tange aos seus pressupostos, às suas condições de admissibilidade ou hipóteses de cabimento, aos prazos de sua duração e à reavaliação da cautelaridade.

A suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública prevista no PL 8.045/2010 guarda correspondência com a providência acrescida no art. 319, inc. VI, do atual

9 Por todos, v. STF, AgR no HC 138.571/RJ, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.02.2017, p. 27.03.2017.

CPP pela Lei 12.403/2011, a qual, também como dito linhas atrás, instituiu um novo regime para as medidas cautelares pessoais.

Preceitua o art. 672, *caput*, do diploma projetado que, atendidas as finalidades cautelares e existindo conexão com o fato apurado, o juiz poderá suspender o exercício de função pública, de profissão ou de atividade econômica desempenhada pelo investigado ou acusado ao tempo dos fatos.

O dispositivo em tela expressamente exige que a medida atenda a algum escopo cautelar e ostente um nexó funcional com o injusto penal em tese cometido, de modo a obstar que o imputado se aproveite das facilidades de que desfruta no ambiente em que se encontra inserido para continuar delinquindo, para tumultuar a investigação criminal ou a instrução processual ou para buscar frustrar a aplicação da lei penal (BADARÓ, 2011, p. 251-252; LIMA, 2020b, p. 186).

Quanto à suspensão do exercício de função pública, embora sem previsão explícita, certamente tem como foco para a sua aplicação os crimes funcionais praticados por agente público contra a Administração Pública, mormente os tipificados no Capítulo I do Título XI da Parte Especial do Código Penal (arts. 312 a 326), porém sem excluir os definidos em leis extravagantes (v.g., art. 23 da Lei 7.492/1986, art. 3º da Lei 8.137/1990, arts. 66 e 67 da Lei 9.605/1998 etc).

Relativamente à suspensão do exercício de profissão ou de atividade de natureza econômica, conquanto também sem previsão explícita, parece ter como focos principais para a sua incidência os delitos contra o mercado de valores mobiliários (arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/1976), os delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), os delitos contra as ordens tributária e econômica (arts. 1º, 2º e 4º da Lei 8.137/1990), os delitos contra as relações de consumo (arts. 61 a 74 do CDC e art. 7º da Lei 8.137/1990) e outros que atinjam bens jurídico-penais metaindividuais de mesmos gêneros (LIMA, 2020b, p. 186).

O § 1º do art. 672 esclarece que a suspensão do exercício de função pública poderá ser imposta sem prejuízo da remuneração do agente público imputado, ao passo que o § 2º autoriza o magistrado a, alternativamente, decretar o afastamento dele de atividades específicas que desempenhe. Já o § 3º determina que a decisão seja comunicada ao órgão público competente ou à entidade de classe que o imputado integra, devendo estes se abster de promover anotações na ficha funcional ou profissional, salvo se for concluído processo disciplinar autônomo ou sobrevier sentença condenatória transitada em julgado.

O art. 683, inc. I, do PL 8.045/2010 coloca como limite temporal máximo de duração da medida o prazo de cento e oitenta dias. Contudo, *ex vi* do parágrafo único do art. 683, findo o lapso de vigência da cautelar, o juiz poderá prorrogá-la ou adotar outras, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Finalmente, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave prevista no projeto de novo CPP guarda parcial correspondência com a providência inculpada no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), a qual, entretanto, restringe-se às condutas cometidas na direção de veículos automotores de circulação em vias terrestres.

O art. 675, *caput*, do PL 8.045/2010 dispõe que, quando o crime for praticado na direção de veículo automotor, embarcação ou aeronave, o juiz poderá suspender cautelarmente a habilitação do investigado ou acusado.

Ao seu turno, o § 1º do art. 675 esclarece que a suspensão também alcança a permissão provisória e o direito de obter a habilitação, enquanto o § 2º preceitua que, além da obrigação de entrega do documento de habilitação, a decisão que impuser a medida será comunicada ao órgão ou entidade de trânsito responsável pela emissão do respectivo documento, que procederá na forma da legislação de trânsito.

As circulações viária, aquática e aérea seguras são bens jurídicos supraindividuais difusos que culminam por ser tutelados pela providência acautelatória em comento.

O art. 683, inc. III, coloca como limite temporal máximo de duração da medida o prazo de setecentos e vinte dias. Contudo, *ex vi* do parágrafo único do art. 683, findo o lapso de vigência da cautelar, o juiz poderá prorrogá-la ou adotar outras, em caso de extrema e comprovada necessidade.

De todo o exposto até aqui, verifica-se que, na temática das medidas cautelares pessoais, a mais expressiva inovação a ser trazida ao quadro do Processo Penal Supraindividual pelo PL 8.045/2010 consiste também na previsão da suspensão das atividades de pessoa jurídica, analisada na seção anterior. No que concerne às outras providências acima examinadas, já encontram correspondência total ou parcial na vigente legislação processual penal e sofrerão poucas e positivas alterações com o advento do projetado novo CPP, mormente relacionadas ao melhor delineamento das suas disciplinas e à fixação de prazos para a duração delas.

Passando às medidas cautelares reais, o PL 8.045/2010, conforme o seu art. 687, mantém as já contempladas no atual CPP, quais sejam, as de sequestro de bens (inc. II), de especialização da hipoteca legal (inc. III) e de arresto de bens (inc. IV), e a elas acrescenta a de indisponibilidade de bens (inc. I), que registra previsões notadamente em leis especiais não penais, com destaque ao art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e ao art. 19, § 4º, da Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

A indisponibilidade e o sequestro de bens, regulados respectivamente nos arts. 690 a 698 e nos arts. 699 a 718 do projeto de novo CPP, visam a assegurar a perda das *vantagens econômicas do crime*, isto é, dos *produtos* e dos *proveitos* da infração penal. Além do escopo de impedir que o

delinquentes mantenham consigo qualquer ganho ilícito – cuja repercussão ética comunicativo-simbólica passada à comunidade se traduz no provérbio popular segundo o qual “o crime não compensa” –, as medidas em tela têm também por objetivo garantir a reparação do dano *ex delicto* e o pagamento das despesas processuais e das penas pecuniárias, com preferência à primeira (LIMA, 2020b, p. 252).

De outro lado, a especialização da hipoteca legal e o arresto de bens, regulados respectivamente nos arts. 719 e 720 e nos arts. 721 a 724 do PL 8.045/2010, prestam-se primordialmente à garantia da reparação civil dos danos *ex delicto* experimentados pela(s) vítima(s).

Do exame das disciplinas projetadas das medidas cautelares reais, percebe-se que não trazem nenhuma inovação diretamente voltada ao Processo Penal Supraindividual.

Especificamente no que tange à legitimidade para requerer a especialização da hipoteca legal (art. 719) e o arresto de bens (art. 721) – e tal qual no que se refere aos regimes da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública e da assistência da acusação, como visto páginas atrás –, o projeto de novo CPP mantém uma concepção individualista de ofendido e ignora as preocupações com o tratamento a ser dispensado às “vítimas coletivas”, vale repetir, às coletividades ou aos grupos, às classes ou às categorias de pessoas que são os sujeitos passivos das infrações penais que atingem bens jurídicos supraindividuais.

O PL 8.045/2010, em atenção a tais preocupações, poderia prever – por exemplo, mediante a inclusão de parágrafos nos arts. 719 e 721 – a legitimidade de entes exponenciais já legitimados à propositura de ações civis públicas ou coletivas – *ex vi* do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC – para postularem a especialização da hipoteca legal e o arresto de bens, quando se tratasse de ilícitos penais contra bens jurídicos transindividuais cuja proteção lhes incumba, o que representaria uma muito bem-vinda inovação legislativa ao quadro do Processo Penal Supraindividual e consagraria solução que, inclusive e mais uma vez, é sustentável *de lege lata*, através da aplicação analógica e da interpretação sistemática, teleológica e extensiva dos arts. 80 e 83 do CDC, c/c os arts. 134 a 137 do vigente CPP.

5. HABEAS CORPUS COLETIVO

A CF/1988, diferentemente do que fez com o mandado de segurança coletivo e com outros instrumentos de tutela de bens jurídicos supraindividuais e/ou de tutela coletivizada de bens jurídicos individuais, não previu expressamente o *habeas corpus* coletivo. Tampouco o previu expressamente o atual Código de Processo Penal, que data de 1941.

Assim, após as iniciais e naturais divergências jurisprudenciais acerca da admissibilidade

do remédio heroico em formato coletivo, os argumentos favoráveis a ela acabaram por prevalecer e encontraram no julgamento do HC 143.641/SP pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal um importantíssimo precedente.¹⁰

Nesse paradigmático julgamento, ao apreciar a questão preliminar do cabimento do *habeas corpus* coletivo, entendeu o órgão fracionário do Pretório Excelso que a existência de relações sociais massificadas e burocratizadas enseja problemas que exigem soluções a partir de instrumentos processuais coletivizantes, especialmente de modo a coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis, e que a admissão dele homenageia a tradição jurídica nacional de conferir a maior amplitude possível ao *writ*, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Ademais, destacou que tal entendimento encontra guarida, no plano infraconstitucional, no art. 654, § 2º, do vigente CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir de ofício a ordem de *habeas corpus* quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, bem como no art. 580 do mesmo texto normativo, o qual faculta a extensão da ordem a todas as pessoas que se encontrem em idêntica situação processual, e que a tramitação de mais de cem milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de dezesseis mil juízes, impõe que a Corte prestigie os remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e à garantia da efetividade da prestação jurisdicional.

Por fim, reconheceu que a legitimidade ativa para a impetração do *habeas corpus* coletivo, em princípio, deve ser reservada aos entes e órgãos indicados no art. 12 da Lei 13.300/2016 – o Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento desde pelo menos um ano e a Defensoria Pública, atendidas as respectivas pertinências temáticas insculpidas no dispositivo –, aplicando-se analogicamente a legislação que rege o mandado de injunção coletivo.

De fato, a tendência contemporânea de tutela coletiva de direitos individuais visa a promover a economia e a celeridade processuais, a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e o pleno acesso à justiça, mormente para os hipossuficientes. Todas estas preocupações se fazem presentes na esfera penal, em que a seletividade do aparelho repressor do Estado deixa especialmente vulnerável a camada populacional mais pobre. Neste contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção em uma sociedade de massa, marcada pela desigualdade, como a brasileira (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 26).

10 STF, HC 143.641/SP, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2018, p. 09.10.2018.

Não se olvide ainda que o *habeas corpus* revelou, desde os seus primórdios, uma natureza receptiva a inovações e flexibilizações processuais, tais como a ampla legitimação para a sua impetração, a desnecessidade de observância de fórmulas procedimentais rígidas e de representação por advogado e a possibilidade de concessão da ordem de ofício e mesmo liminarmente, evidenciando que, dada a essencialidade da liberdade de locomoção, o ordenamento jurídico prioriza a efetividade da sua tutela, em detrimento de preocupações formais. A admissão do *habeas corpus* coletivo se alinha a essa tradição virtuosa e honra os valores liberais, emancipatórios e democráticos da CF/1988 (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 26-27).

O direito a uma proteção jurisdicional efetiva, que tem sede tanto na Constituição (art. 5º, inc. XXXV) quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 25), exige que os instrumentos processuais tenham idoneidade para a tutela dos direitos materiais, notadamente os de caráter fundamental. Destarte, a constatação de que violações e ameaças à liberdade ambulatorial podem ser perpetradas de maneira coletiva e derivar de uma origem comum impõe também a aceitação da tutela jurisdicional com alcance coletivo na via do *habeas corpus* (SARMENTO; BORGES; GOMES, 2015, p. 27).

Outrossim, o microsistema processual coletivo composto nuclearmente pela conjugação da LACP com o Título III do CDC também conduz à resposta afirmativa sobre o cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Isso porque o art. 83 do CDC deixa claro que, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Ora, sendo o *habeas corpus* uma ação constitucional destinada à proteção da liberdade de locomoção, a literalidade daquele dispositivo legal caminha no sentido da admissibilidade da sua impetração na modalidade coletiva. Eis, aliás, um ponto bastante relevante do processo coletivo: é possível conceber o seu manejo para os mais diversos tipos de ação. A rigor, portanto, diante da cláusula de atipicidade das ações coletivas consagrada no art. 83 do CDC, carece de sentido a afirmação de que o *habeas corpus* coletivo se ressentir de ausência de previsão legal (LORDELO, 2018).

Tal qual acertadamente frisou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto proferido no supracitado HC 143.641/SP, os direitos tutelados pela via do *writ* coletivo se caracterizam como *individuais homogêneos*, nos moldes da definição trazida no inc. III do parágrafo único do art. 81 do CDC.

Imperioso atentar a um detalhe: no *habeas corpus* coletivo, como em qualquer outra ação coletiva, deve haver uma adequada delimitação do grupo favorecido, por meio da especificação da questão comum, o que, na experiência das *class actions* norteamericanas, chama-se de

commonality. É necessário, pois, que os membros do grupo se encontrem em situações cujos elementos essenciais coincidam, sob os aspectos jurídico e fático, de modo que possam receber igual tratamento (LORDELO, 2018).

O *habeas corpus* coletivo, nessa linha de pensamento, pode ser conceituado como uma ação coletiva de estatura constitucional, via de regra de natureza penal não condenatória, porém eventualmente de natureza extrapenal, voltada a proteger a liberdade de locomoção de grupos de pessoas que se encontrem em similares situações jurídicas e fáticas contra violações ou ameaças de massa decorrentes de uma origem comum.

O PL 8.045/2010 disciplina o *habeas corpus* nos seus arts. 739 a 757 e não contempla nem sequer uma disposição acerca da sua modalidade coletiva.

Todavia, os preceitos do atual CPP invocados no HC 143.641/SP para o reconhecimento *de lege lata* do seu cabimento, vale repetir, arts. 654, § 2º, e 580, tiveram seus teores reproduzidos respectivamente nos arts. 742, parágrafo único, e 548 do diploma projetado, de maneira que remanescerá intacta a base normativa infraconstitucional que confere supedâneo à admissibilidade do remédio heroico no formato coletivo, sem prejuízo de se chamar em seu reforço o microsistema processual coletivo, como dito linhas atrás.

Sendo um instrumento processual de ideação ainda bastante recente, o *habeas corpus* coletivo se presta a uma série de questionamentos que o projeto de novo CPP poderia desde logo esclarecer, estabelecendo-lhe um regramento explícito e mais pormenorizado, a bem principalmente da segurança jurídica e da contenção do arbítrio judicial, o que representaria um desejável e inegável avanço no campo do Processo Penal Supraindividual.

CONCLUSÃO

Como afirmado logo no início deste trabalho, o Processo Penal Supraindividual pode ser entendido como um sub-ramo da ciência do Direito Processual Penal, não autônomo, porém especializado, que enfoca as normas que são objeto de seu estudo, as suas categorias e os seus institutos jurídicos em correlação com as necessidades e as peculiaridades da tutela de bens jurídicos supraindividuais e da tutela coletivizada de bens jurídicos individuais, tratando-se de uma proposta metodológica que enaltece o caráter instrumental do Direito Processual Penal, e sobretudo a sua relação de complementaridade funcional com o Direito Penal Supraindividual, e que possibilita a análise tanto dogmática quanto crítica dele, *de lege lata* e *de lege ferenda*.

A partir dessa perspectiva, analisou-se o projeto de novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados como PL 8.045/2010, quanto aos temas da investigação criminal, da ação penal privada subsidiária e da assistência da acusação, da persecução

penal de pessoas jurídicas, das medidas cautelares e do *habeas corpus* coletivo.

Verificou-se que os mais destacados avanços trazidos por ele se dão em tópicos inseridos nos temas da investigação criminal, da persecução penal de pessoas jurídicas e das medidas cautelares pessoais, consubstanciando-se especificamente na legitimação de associações para impugnar a decisão do Ministério Público de arquivamento da investigação criminal (art. 40, § 1º), a qual se estende às já legitimadas ao ajuizamento de ação civil pública ou coletiva (art. 5º, inc. V, da LACP e art. 82, inc. IV, do CDC), quando se tratar de infrações penais contra bens jurídicos supraindividuais, e na previsão e disciplina da providência acautelatória de suspensão das atividades de pessoa jurídica (arts. 608, inc. V, e 673), que se relaciona simultaneamente à persecução penal de entes coletivos e às medidas cautelares pessoais.

No que tange aos temas da ação penal privada subsidiária e da assistência da acusação, das medidas cautelares reais e do *habeas corpus* coletivo, constatou-se que o PL 8.045/2010 mantém uma concepção individualista e ignora as preocupações com o tratamento a ser dispensado às “vítimas coletivas”, aqui englobando não só os sujeitos passivos dos ilícitos penais supraindividuais, como também os grupos de pessoas que sofrem violações ou ameaças de massa à sua liberdade de locomoção.

Ao fim e ao cabo, o diagnóstico que se faz é o de que o projeto de novo CPP contempla algumas poucas inovações que se mostram positivas no campo do Processo Penal Supraindividual, porém, de modo geral, continua deixando a descoberto da sua regulação muitas questões relevantes suscitadas pelos regramentos jurídico-materiais.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. In: BADARÓ, Gustavo Henrique *et al.* **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 80, p. 233-256, nov./dez. 2015.

BIERRENBACH, Flávio. Projeto de lei n. 3.034, de 1984. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 189-196.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 4.209/2001**. 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26559>. Acesso em: 1 ago. 2021.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 8.045/2010**. 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 1 ago. 2021.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado 236/2012**. 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 1 ago. 2021.
- CALMON FILHO, Petrônio. A investigação criminal na reforma do Código de Processo Penal: agilidade e transparência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, p. 63-106, abr./jun. 2001.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. A vítima no processo penal brasileiro. In: BERTOLINO, Pedro J. (Coord.). **La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano**. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 177-221.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2006.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Consequências sistemáticas da nova disciplina do arquivamento da investigação criminal no art. 28 do Código de Processo Penal. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). **Pacote anticrime**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020a. p. 349-371.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo**. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020b.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Direito penal supraindividual brasileiro: panorama legal. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Org.). **Comentários às leis penais e processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2021a. p. 1197-1207.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Macrocriminalidade no Brasil: panorama e desafios ao sistema de justiça. In: SOUZA NETTO, José Laurindo de; GIACOIA, Gilberto; CAMBI, Eduardo (Coord.). **Direito, justiça & sociedade: estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná**. Curitiba: Clássica, 2021b. p. 485-517.
- LORDELO, João Paulo. O “habeas corpus” coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC n. 143.641. **Empório do Direito**, São Paulo, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- MALAN, Diogo. Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 279-320, mai./jun. 2015.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Processo penal ambiental contra a pessoa jurídica**. São Paulo:

Quartier Latin, 2007.

SARCEDO, Leandro. **“Compliance” e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2014. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O cabimento do “habeas corpus” coletivo na ordem constitucional brasileira. Parecer. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: DA INEFICÁCIA DAS MEDIDAS ADOTADAS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO ADVENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Helio Gustavo MUSSOI¹

RESUMO

O presente artigo trata da crise do sistema carcerário brasileiro. O objetivo foi estudar a conjuntura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) seis anos após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os reflexos no sistema prisional da pandemia da Covid-19, a partir de uma revisão bibliográfica e de dados públicos referentes às prisões brasileiras. Como principais conclusões, foi possível argumentar, diante da persistência do quadro violador de direitos fundamentais nas prisões anos após o reconhecimento do ECI, que há uma ineficiência nas políticas adotadas, havendo a necessidade de se repensar a política criminal e penitenciária. Além disso, a partir da literatura e de estudos prévios sobre o tema constatou-se que todos os Poderes vem contribuindo para manutenção do ECI no país, inclusive por parte do próprio STF, que se utiliza de justificativas para evitar o aumento da demanda de trabalho, deixando de analisar violações da dignidade humana até mesmo durante a pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema carcerário. Estado de Coisas Inconstitucional. Pandemia da Covid-19.

RESUMO

This article deals with the crisis in the Brazilian prison system. The objective was to study the situation of the Unconstitutional State of Affairs six years after recognition by Brazil's Supreme Court (STF), as well as the effects on the prison system of the Covid-19 pandemic, based on a bibliography review and public data on the Brazilian prisons. As main effects, it was possible to argue, given the persistence of the violation of fundamental rights in prisons years after recognition by the Unconstitutional State of Affairs, that the adopted policies are inefficient, which evidences the need to rethink the criminal and prison policy. In addition, based on the literature and previous studies on the subject, it was found that all Republic Powers have been contributing to the maintenance of the Unconstitutional State of Affairs in the country, including by the STF itself, which uses justifications to avoid the increase in the demand for work, failing to analyze violations of human dignity even during a pandemic.

PALAVRAS-CHAVE: Prison system. Unconstitutional State of Affairs. Covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é analisar o atual contexto do sistema carcerário brasileiro diante da ineficiência das políticas públicas prisionais após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF na ADPF n. 347, bem como da emergência da crise sanitária do Coronavírus (Covid-19).

Primeiramente buscou-se desenvolver algumas noções introdutórias acerca do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e dos litígios estruturais. Após descreveu-se o contexto do

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (Uninter). Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do Direito como recurso de luta política” (PPGD-Uninter). Endereço eletrônico: heliomussoi@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1637814599698624>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2753-2395>.

encarceramento em massa, situação na qual levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer o ECI em relação aos presídios nacionais na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 no ano de 2015. Em seguida analisou-se como, 6 anos depois da declaração do ECI e das medidas cautelares adotadas na ADPF nº 347, não foi surtido o efeito desejado, sugerindo a ideia de que, por ora, a decisão tenha sido meramente retórica ou simbólica. Na sequência, delineou-se a respeito da crise sanitária decorrente da pandemia da Covid-19, fato novo que reflete na complexa gestão do sistema carcerário brasileiro.

Por fim, nas considerações finais, foi possível destacar a insuficiência das medidas cautelares no julgamento que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, tendo a importância de se repensar a situação das unidades prisionais.

1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E O CONCEITO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Os casos estruturais são denominados por Rodríguez-Garavito (2011, p. 1671) como aqueles processos em que: (a) impactam um contingente de massa de pessoas, seja em causa própria ou representadas coletivamente; (b) estão relacionados com omissões estatais no campo das políticas públicas, as quais ofendem direitos; (c) e que abrangem medidas cautelares estruturais, de modo que o Judiciário impõem ao Poder Público a adoção de políticas ordenadas a fim conferir a proteção de maneira difusa, e não apenas aqueles vinculados ao caso concreto.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma doutrina importada pelo STF e originária da Corte Constitucional da Colômbia. Na gramática adotada pelo Judiciário colombiano o ECI seria um abuso estrutural de direitos humanos ligados a falhas estatais. Esse reconhecimento foi realizado pela Corte colombiana em diversas oportunidades, dentre elas, no encarceramento em massa (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011, p. 1670). Em relação ao conceito do ECI, Campos como

A técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 21).

Diversos países em desenvolvimento, inclusive alguns da América Latina, vem se inclinando para o uso do ECI, num contexto de uma atuação ativa por parte do Judiciário em situações em que há o abuso difuso de direitos (KOZICKI e BROOCKE, 2018, p. 148). Esses litígios (estruturais) estão relacionados com a reformulação/reorganização de instituições para garantir direitos fundamentais (MOSSOI e MEDINA, 2020, p. 258).

Nessa perspectiva deve-se considerar que a atuação do Poder Judiciário no caso de omissão dos demais poderes está relacionada com a inafastabilidade da Jurisdição quando provocada, bem como com o dever de concretização dos direitos consagrados, os quais, por sua vez, são oriundos da decisão política dos representantes do povo (CORREA e QUADROS, 2020, p. 186).

Na definição de Didier Jr., Zaneti Jr., e Oliveira (2020, p. 46-47) o “problema estrutural” é caracterizado pela presença de uma ilicitude ou conjuntura de desconformidade continuada, ainda que em diferentes níveis, necessitando uma reformulação. Como exemplo desse problema, tem-se justamente a violação da dignidade humana no sistema carcerário.

A decisão judicial tomada no interior desses processos estruturais possui duas fases: uma relacionada a declaração de que há um problema estrutural que deve ser sanado, a qual pode – caso seja possível – já definir medidas a serem adotadas pelo Poder Público; e uma segunda fase voltada para a implementação ou execução e a avaliação das medidas para sanar o problema (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 53-55). As principais dificuldades vão estar justamente na fase de implementação e acompanhamento/controle das decisões proferidas (MOSSOI e MEDINA, 2020, p. 256).

Serafim e Albuquerque (2020, p. 269 e p. 286) asseveram que os litígios estruturais – como no caso do ECI – possibilitam uma atuação maior do Poder Judiciário nos Poder Legislativo e no Poder Executivo diante das omissões estatais no cumprimento de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, impulsionando os para que haja uma readequação das políticas públicas a eles relacionadas. De outro lado, chamam atenção para o fato de que há riscos para a separação de poderes esse ativismo, de tal sorte que se deve objetivar o equilíbrio entre o poder-dever do Judiciário impor, fiscalizar com os demais Poderes no cumprimento de direitos fundamentais, buscando o diálogo (SERAFIM e ALBUQUERQUE, 2020, p. 286). Nesse sentido, deve-se destacar que há críticas na literatura em relação à técnica do ECI por considerá-la como um excesso de ativismo judicial, como, dentre outros, o posicionamento de Streck (2015).

2 O ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO STF NA ADPF Nº 347

A política criminal e penitenciária no Brasil tem, ao longo das últimas décadas, adotado uma cultura do encarceramento em massa como parâmetro de resposta aos problemas de segurança pública existentes (NETO, F. 2018, p. 14-16).

A piora do sistema carcerário vem ocorrendo há várias décadas sem que o poder público tome medidas efetivas para solucionar a questão. Inclusive, o Brasil já foi alvo de reclamações em

órgãos internacionais sobre essa temática (KAMEL e DISSENHA, 2017, p. 116). Vale lembrar aqui os casos dos complexos penitenciários de Urso Branco e de Pedrinhas na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A criminologia demonstrou recentemente que não há ligação entre o crescimento do encarceramento e a diminuição da criminalidade (ARAÚJO, 2011, p. 175). J. Santos (2018, p. 123-124) explica que em uma sociedade periférica e desigual como a brasileira, essa dinâmica de controle social se materializa através do encarceramento das classes dominadas e a proteção das classes dominantes. Todavia, apesar do controle social realizado, não há política criminal que consiga suprir os direitos sociais e fundamentais de uma sociedade (SANTOS, J. 2006, p. 706). Nesse sentido, Baratta (2002, p. 183) destaca que “(...) os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa”.

O caos no sistema penitenciário brasileiro e a incapacidade das estruturas carcerárias de lidar no cumprimento dos objetivos de reabilitação e ressocialização são um fato notório. Zaffaroni (2001, p. 135-136) exemplifica no contexto latinoamericano essas condições através da “(...) superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades”. Inclusive, esse contexto é conhecido como que deu origem as facções criminosas no Brasil.

Outro aspecto que caracteriza o funcionamento do encarceramento em massa é o enorme contingente de presos sem julgamento. Zaffaroni (2011, p. 71) recorda que a política criminal latino-americana ocorre através do controle de suspeitos, que fundamenta a aplicação de penas sem que haja a condenação para a grande parcela dos detidos. Segundo Ferrajoli (2002, p. 46) essas prisões - que ocorrem por vezes com anos sem sentença condenatória -, são arbitrárias e violam o senso comum de justiça. Nesse sentido, no Brasil há dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea (2015, p. 38) que revelavam que 37% dos detidos eram provisórios, demonstrando o generalizado uso dessas prisões.

Diante desse quadro em que a política penitenciária não vinha sendo implementada nos marcos do Estado Social e Democrático de Direito, dada a generalizada violação das garantias fundamentais dos reclusos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face da União e de todas as entidades da federação brasileira (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015).

Foi requerido nessa demanda o reconhecimento de que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), diante do generalizado contexto violador da dignidade humana presente no cárcere e a omissão do Poder Público em saná-los. Diferentes

medidas cautelares foram requeridas ao STF no âmbito dessa ADPF, tanto aos juízes e tribunais, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e à União, além de propriamente o pedido de reconhecimento do ECI (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 3-13).

Conforme constou na decisão do Ministro Marco Aurélio na cautelar julgada na ADPF nº 347, a partir da petição inicial, em caso de reconhecimento do ECI, a Corte Constitucional poderá estabelecer aos demais Poderes atuações que visem reduzir a transgressão generalizada dos direitos humanos de encarcerados, e também poderá fazer o controle dessas políticas ao serem implementadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 7).

Sobre a intenção do reconhecimento do ECI em prol da observância dos direitos humanos e fundamentais, destaca-se na literatura que:

A atuação do STF neste caso, portanto, vai além de procurar superar as deficiências na consecução de políticas públicas já existentes, mas sim pretende dar concretude a direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A injustificável inércia governamental em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos detentos exige a intervenção do Poder Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado. (KOZICKI e BROOCKE, 2018, p. 173).

Conforme constou na inicial da ADPF nº 347, os pedidos não diziam respeito a determinações rigorosas e taxativas, mas de medidas adaptáveis e dialógicas para os diversos poderes e instituições do Estado envolvidas nessa função (NETO, C. 2020, p. 135).

Nesse julgamento cautelar, efetivamente o STF decidiu favorável aos pedidos da realização de audiências de custódia pelos juízes e tribunais; para a liberação das verbas referentes ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN); bem como determinou, de ofício, que as entidades da Federação enviassem dados sobre a situação prisional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 4-5).

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO APÓS O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.1 A ineficiência continuada nas políticas públicas penitenciárias adotadas

Passados mais de 5 anos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na ADPF nº 347, o tamanho da população carcerária no Brasil está atrás apenas dos Estados Unidos (com mais de 2 milhões de aprisionados) e da China (com mais de 1 milhão de e 700 mil aprisionados) (WPB, s.d). A título de comparação, enquanto o Brasil possui a terceira maior população carcerária, é atualmente apenas o sexto país mais populoso do mundo (WORLDOMETER, 2021).

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias em 2019, a população carcerária no Brasil era de 773.151

pessoas. Trata-se quadro de crescimento, com um aumento de 2,97% do ano de 2018 para 2019, e de 3,89% de 2019 para 2020 (BRASIL. Governo Federal, 2020). Surpreende ainda a disparidade dos dados estatísticos em outro sistema de dados públicos: de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há mais de 909 mil indivíduos privados de liberdade (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2021).

Uma das principais críticas do ECI é ausência de eficácia (NETO, C. 2020. p. 131). Como os dados acima demonstram, essa categoria jurídica não tem sido eficaz na realização do papel ao qual foi levantada. Nesse sentido, diversas pesquisas vem afirmando a incapacidade de se realizar uma transformação no quadro do sistema carcerário pelo ECI, pelo menos a partir do que foi determinado pelo STF nas medidas cautelares da ADPF nº 347.

Em uma dessas pesquisas realizadas, a partir das respostas dadas pelos Poderes ao determinado cautelarmente, Magalhães (2019a, p. 1-3) sugere que não é plausível haver uma alteração no quadro fático através do reconhecimento do ECI, na medida em que desde que houve a decisão pelo STF, a realidade indignificante e não ressocializadora das prisões permanece a mesma. Ainda, em outro trabalho Magalhães afirma que

[...] as cautelares deferidas são inócuas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas tacanhas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma corte suprema mudar um estado fático de coisas por meio do direito é posta em dúvida (MAGALHÃES, 2019b, p. 31).

Campos e Dantas (2020, p. 2053-2056) asseveram que, após 3 anos – momento em que a respectiva pesquisa havia sido feita – do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, o processo não recebeu a devida atenção por parte do STF, restringindo-se a decidir acerca da inclusão de entidades como *amicus curiae* e questões sobre o (des)cumprimento da liberação de recursos do Funpen. Essa omissão específica pode ter diversas causas, como: (a) déficit deliberativo, em face diversas questões como o excesso de trabalho e de competências da Suprema Corte brasileira, o fato de as decisões serem cada vez mais monocráticas, e também de poucos ministros estarem presentes nas audiências públicas; (b) a ausência de instrumentos e estruturas de apoio na ação, ao contrário do que outros países fizeram em processos estruturais semelhantes; (c) a “hiperjudicialização da crise política” que tomou conta da pauta do STF nos últimos anos. Isso tudo pode ser qualificado como causas relevantes para a baixa eficácia das ações adotadas na medida cautelar da ADPF nº 347.

A partir da constatação da realidade da conjuntura do sistema carcerário, C. Neto (2020, p. 131) também sugere a ineficiência dessas medidas cautelares. Além disso, legitimando o argumento da decisão ser meramente simbólica foi a ausência de deliberação acerca da real utilidade e

eficiência das medidas adotadas cautelarmente para solucionar o problema (FILHO e MAIA, 2018, p. 266). Isto é, até que ponto as audiências de custódia e a liberação de verbas do FUNPEN poderiam verdadeiramente cumprir o objetivo e melhorar esse estado de coisas. É também nesse sentido que se questiona

[...] se as medidas cautelares deferidas pelo Supremo são adequadas, necessárias e proporcionais para a concretização do bem que se espera, qual seja, a reversão do quadro de ECI do sistema penitenciário brasileiro? Quais provas foram analisadas para justificar a adoção daqueles meios como eficientes para a obtenção do fim desejado? Como o descontigenciamento de verbas do FUNPEN e a realização das audiências de custódia são medidas suficientes e necessárias para a superação do quadro de violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais dos presidiários? (FILHO e MAIA, 2018, p. 262)

Com efeito, a probabilidade do ECI na ADPF ter eficácia muito reduzida se dá pela forma como foi elaborado, não havendo diálogo com o Legislativo, Executivo e com os grupos sociais envolvidos com a questão (FILHO e MAIA, 2018, p. 269).

Em relação às audiências de custódia, há pesquisa de campo realizada na Comarca de Umuarama-PR que identificou que esse instituto não foi eficaz na redução do número de prisões, haja vista que as prisões cautelares aumentaram em relação ao total dos delitos, em virtude da ampliação da conversão dos flagrantes em prisões preventivas (NETO, F. 2018, p. 65-75). Em outro estudo realizado na Central de Inquéritos de São Luís-MA também chegou à conclusão semelhante (SILVA e GAMBÁ, 2021). Na doutrina também se afirma o pouco impacto das audiências de custódia na conjuntura carcerária (NETO, C. 2020, p. 140). Registre-se que esses estudos e constatações não se tratam de uma crítica ao instituto da audiência de custódia em si, o qual em teoria seria importante na redução do encarceramento e no respeito aos direitos humanos. Em verdade, eles revelam que as práticas sociais e a cultura dos operadores do direito podem se sobrepôr às normas e regulamentações e retirar todo o potencial que estas audiências apresentam.

Acerca da liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), Neto (2020, p. 152) traz dados relevantes de 2017 que demonstram que, na hipótese de manutenção do crescimento da população carcerária naquele patamar, no ano de 2025 seria necessário valores 70 vezes superiores a receita prevista para o FUNPEN em 2019. O problema demanda uma multiplicidade de ações, e a solução não pode se encontrar em apenas aumentar o número de vagas e de unidades prisionais.

Por fim, na determinação de ofício para o envio de informações pela União e pelos Estados, depois de três anos após o julgamento, Magalhães (2019a, p. 4-5) fez um levantamento e não identificou nenhuma notícia acerca da apresentação desses dados ao STF.

Assim, considera-se que as cautelares não surtiram efeito e as respostas dos Poderes sugerem a inaptidão do STF para mudar esse estado de coisas. Conforme se extrai de Souza (2019,

p. 12) e de Magalhães (2019b, p. 4), a ausência de uma resposta eficaz no uso da categoria do ECI também ocorreram nas decisões semelhantes da Corte Constitucional da Colômbia.

Nesse quadro, Filho e Maia (2018, p. 266-269) consideram que não há comprometimento estatal com a transformação do contexto. A decisão realizada na ADPF nº 347 constituiria uma decisão simbólica, isto é, toda uma discussão para importação de um conceito que seria retórico, sem o real objetivo de mudar de fato o sistema prisional.

Parcela dessa culpa reside inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Kamel e Dissenha (2017, p. 142-147) sugerem que há uma esquizofrenia do STF em reconhecer o quadro indignificante do sistema carcerário e, ao mesmo tempo, passa a adotar decisões que pioram ainda mais o cenário. Vale lembrar, nesse quadro, que Pavarini e Giamberardino (2011, p. 65) buscam demonstrar que a gestão do controle penal deixa de aplicar as funções simbólicas da pena, e apenas passam a verdadeiramente administrar a situação segundo à lógica interna do sistema.

Nesse contexto, recentemente no âmbito do Habeas Corpus coletivo nº 165.704/DF –que trata da concessão de liberdade provisória para aqueles encarcerados que são unicamente responsáveis por crianças e pessoas com deficiência –, em face da manutenção da cultura do encarceramento reconhecida como um ECI, bem como a possível resistência e descumprimento da ordem concedida pelo STF por parte de juízes e tribunais, a 2ª Turma do STF, a partir de despacho proferido anteriormente pelo relator Min. Gilmar Mendes, aprovou em 13/04/2021 a convocação de audiência pública para acompanhamento da situação. Em decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no dia 08/06/2021, dentre os inscritos o relator convocou 24 entidades para se manifestarem na audiência, sem prejuízo de que outras o fizessem de maneira escrita (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021a). De acordo com o site do STF, era a primeira vez que o Supremo “[...] realiza uma audiência pública para debater a amplitude e o cumprimento de decisão já tomada pela Corte” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2021b). No encerramento da audiência pública, que fora disponibilizada pelo canal da TV Justiça no YouTube (2021), o Min. Gilmar Mendes destacou a importância do monitoramento e implementação das medidas estruturais, bem como o objetivo da audiência pública para dar visibilidade acerca desse problema estrutural.

Ademais, Campos e Dantas (2020, p. 2058), mencionam a reação dos outros Poderes, dos Estados e de grupos de interesse como empecilhos para solucionar o ECI do sistema carcerário brasileiro; bem como o projeto eleitoral vencedor das eleições em 2018 ser majoritariamente relacionado com ações de recrudescimento em temas relacionados ao encarceramento e, portanto, desfavorável às medidas objetivadas na ADPF nº 347.

Esse é ponto é reforçado pelo fato de, além do Poder Executivo, o Poder Legislativo eleito em 2018 ter uma composição conservadora em temas de segurança pública, situação que se repete

nos Estados. Essa conjuntura é reforçada pelo apoio da população ao encarceramento como resposta diante das altas taxas de criminalidade (CAMPOS e DANTAS, 2020, p. 2061-2062).

Assim, é possível confirmar que desde 2015, ano em que fora reconhecido o ECI, houve um aumento do número de presos, de modo que a situação de adversidade inconstitucional tem sido mantida e até mesmo agravada pelos Poderes. Logo, a decisão do STF não cumpriu o objetivo a que se destina.

Deve ser feita a ressalva que, adotando-se a sistematização realizada por Rodríguez-Garavito (2011, p. 1679-1681) acerca dos tipos de efeitos das decisões judiciais, essa conclusão acima posta diz respeito apenas aos efeitos materiais e diretos, isto é, acerca da elaboração de políticas públicas. Isso porque haveriam outros efeitos da decisão – que demandam estudos específicos –, quais sejam: a) diretos e simbólicos, como o reconhecimento do ECI; b) materiais e indiretos, através da constituição de grupos de interesse para atuar na causa; c) simbólico e indiretos, com a mudança de perspectiva da sociedade acerca da questão.

De todo modo, a partir do enfoque proposto, não basta que seja declarado o ECI, sendo preciso buscar respostas concretas e efetivas e não apenas no sistema carcerário, mas em toda a política criminal. O Judiciário tem um papel importante nesse aspecto, pois além de contribuir na função de implementação de políticas públicas, tem sido um agente fomentador na dinâmica da criminalização.

3.2 A pandemia da covid-19 como agravante no inconstitucional estado de coisas no sistema carcerário brasileiro

Dada a continuada situação calamitosa do sistema prisional, a emergência da pandemia da Covid-19 tornou uma situação complexa em algo ainda mais grave. A péssima qualidade das unidades prisionais e a impossibilidade de se conseguir adequar as regras sanitárias e assistenciais pioram ainda mais o quadro (TREVISAN *et alli.*, 2020, p. 6). A título exemplificativo, não se tem estrutura para garantir o razoável distanciamento e isolamento dos doentes, nem recursos para cobrir minimamente os requisitos básicos de saúde pública (PEREIRA e IANNI, 2020, p. 184-185). Outra dimensão prejudicial é que os itens básicos usualmente são fornecidos pelos familiares nas visitas (SANTOS, T. 2020, p. 300).

A literatura aponta que as ações adotadas para tentar limitar o avanço do vírus pioraram a situação do cárcere e os abusos das garantias fundamentais. Após o surgimento da Covid-19 no território nacional, antes mesmo de serem diagnosticados casos nos presídios, diversos Estados suspenderam a visita (SANTOS, T. 2020, p. 294).

Na gestão da Covid-19 nos presídios, embora se tenha agido antecipadamente com a

limitação de visitas e de outras pessoas exteriores às unidades prisionais, isso não foi o bastante para expansão do vírus (SANTOS, T. 2020, p. 300). Em banco de dados elaborado pelo CNJ, até a data de 29/06/2021, entre servidores e aprisionados havia um total de 87.420 casos confirmados de Covid-19, com 514 mortes. Apenas entre os reclusos o número dos que se infectaram é de 63.332, com 242 óbitos (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

No entanto, ao que tudo indica houve uma grande subnotificação nos números oficiais da Covid-19 nas prisões, conforme sugere o Observatório Infovirus em diversos Estados, como, por exemplo, em Santa Catarina (INFOVÍRUS, 2021a) e no Rio de Janeiro (INFOVÍRUS, 2021b). Sem falar na falta de transparência na ausência da divulgação dos dados da pandemia nos presídios por 6 meses do Piauí (INFOVÍRUS, 2021c) e anteriormente por 8 meses no Rio Grande do Norte (INFOVÍRUS, 2021d).

Além de se apreciar os casos de Covid-19, é preciso também levar em consideração os casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave. Nesse sentido, como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) não compila as mortes por essa doença, surge dúvidas sobre a possível subnotificação e a credibilidade dos dados referentes a pandemia (SANTOS, T. 2020, p. 295).

No mês de março de 2020, a fim de regular algumas medidas para contenção da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 62/2020. Buscou-se nesse instrumento normativo estabelecer orientações a fim de analisar, de maneira prioritária, as prisões preventivas de alguns grupos mais vulneráveis, além de delinear o caráter excepcional da prisão preventiva. Houve também a definição da progressão antecipada de regime prisional para determinados setores, e prisão domiciliar para aqueles que cumprem pena nos regimes aberto e semiaberto, bem como os diagnosticados ou suspeitos com Covid-19 caso não seja possível o isolamento recomendado na unidade. Se diante do atual contexto político-social não era presumível a liberação de uma grande porcentagem de detidos na pandemia, era necessário para enfrentar a conjuntura adversa a observância dos regulamentos editados pelo CNJ na gestão do sistema (TREVISAN *et alli.*, 2020, p. 6-11).

O descumprimento da Recomendação nº 62/2020 do CNJ começa pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em estudo de caso a partir de decisões monocráticas em Habeas Corpus, Trevisan *et alli.* (2020, p. 16-17) sugerem que o argumento da supressão de instância foi utilizado para não julgar o mérito da maioria dos casos levados à Corte, enquanto que em alguns poucos Habeas Corpus essa justificativa não foi analisada, o que demonstra uma seletividade do STF. O argumento da supressão de instância pode ser usado para reduzir a quantidade de trabalho do Judiciário, mesmo que a despeito disso se resulte na violação de direitos fundamentais.

Ainda antes da pandemia da Covid-19, em outra pesquisa de análise jurisprudencial,

Kamel e Dissenha (2017, p. 142-146) chegam a conclusão de que o STF, mesmo reconhecendo a crise no sistema carcerário e a responsabilidade de todos os Poderes diante desse fato, além de demorar para tomar ações consideradas de urgência, busca evitar o próprio aumento do volume de trabalho, mesmo que isso viole direitos fundamentais. É possível se questionar até que ponto uma situação de violação da dignidade tão evidente e endêmica no sistema coexista tranquilamente num Estado democrático (KAMEL e DISSENHA, 2017, p. 125).

Nesse sentido lembram Pereira e Ianni (2020, p. 168-169) que a Constituição Federal de 1988 consagra a tutela da dignidade e da saúde, e impõe ao Estado ações para garantia desses direitos da população encarcerada. Assim, tem-se um dever estatal em relação às mais de 700 mil pessoas que estão sob sua custódia, em locais com altas taxas de proliferação de vírus (SANTOS, T. 2020, p. 302).

Nesse sentido, em relação a anormalidade sanitária e do sistema carcerário, é preciso que se crie uma proposta concreta pautada em critérios adotados nas melhores experiências internacionais e no consenso científico. Além disso, devem as decisões ser deliberadas e que haja um efetivo controle por parte das instituições políticas responsáveis e por setores da sociedade civil, de modo que o sistema não chegue a se aproximar ainda mais da condição de verdadeiros campos de concentração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível sugerir a partir dos recentes dados sobre o sistema prisional e das análises feitas pela doutrina, que as medidas adotadas após o reconhecimento do ECI na ADPF nº 347 não foram eficazes. A atuação dos Poderes se mostrou insuficiente após decorrido 6 anos. Tem-se uma ineficiência continuada nas políticas criminais e penitenciárias.

Além disso, a emergência da Covid-19 tem consequências muito danosas na nos complexos penitenciários. Nessa crise sanitária e do sistema carcerário, as respostas devem buscar a deliberação tendo como foco as experiências internacionais e o consenso científico.

Em relação à atuação do STF, os estudos jurisprudenciais analisados sugerem que para diminuir a própria carga de trabalho, os ministros da Corte Suprema criam subterfúgios, justificativas e até mesmo alteram o conteúdo das decisões para evitar decidir o mérito e o posterior aumento da sua demanda. Ao agir nesse sentido, o STF se omite em violações de direitos fundamentais e deixa de cumprir o seu papel num Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gisele Silva. Função social do direito. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (Orgs.). *Curso de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Governo Federal. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Covid-19 no sistema prisional*. 2021 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>. Acesso em 6 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Estatísticas BNMP*. 2021. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 6 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Covid-19 no Sistema Prisional*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-25.11.20.pdf>. Acesso em 6 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 165.704. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2021a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5596542>. Acesso em 6 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes abre audiência pública sobre sistema prisional brasileiro. STF. 14 jun. 2021b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467517&ori=1>. Acesso em 6 jul. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Panorama e perspectivas do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro três anos após a ADPF 347 e à luz do novo cenário político-eleitoral. *Quaestio Iuris*. vol. 13, nº. 04, Rio de Janeiro, 2020. pp. 2055 -2072. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/57566>. Acesso em 6 jul. 2021.

CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática?. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 166-189, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7832>. Acesso em 6 jul. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 303/2020, p. 45-81, Mai. 2020. DTR\2020\6787.

FILHO, Juraci Morão Lopes; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 446.

INFOVÍRUS. Em Santa Catarina, aumentam casos de COVID-19, mas baixo número de testes indica subnotificação. *Covid na Prisões*. 22 jun. 2021a. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/em-sc-aumentam-casos-de-covid19-baixo-numero-de-testes-indica-subnotificacao?categoryId=173484>. Acesso em 6 jul. 2021.

INFOVÍRUS. Rio de Janeiro registra aumento de óbitos por COVID-19 e inconsistência nos dados oficiais sobre a pandemia nas prisões. *Covid na Prisões*. 29 jun. 2021b. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/rio-de-janeiro-registra-aumento-de-obitos-e-inconsistencia-nos-dados-da-pandemia?categoryId=173484>. Acesso em 6 jul. 2021.

INFOVÍRUS. Depen não atualiza os dados sobre a pandemia nas prisões do Piauí há quase seis meses. *Covid na Prisões*. 1 jun. 2021c. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/depen-nao-atualiza-os-dados-sobre-a-pandemia-nas-prisoas-do-piaui-ha-quase?categoryId=173484>. Acesso em 6 jul. 2021.

INFOVÍRUS. Secretaria de Administração Penitenciária do RN divulga boletim, após oito meses sem atualizar dados sobre a pandemia. *Covid na Prisões*. 10 jun. 2021d. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/seap-do-rn-dibulga-boletim-apos-oito-meses-sem-atualizacao-nos-dados-da-pandemia?categoryId=173484>. Acesso em 6 jul. 2021.

IPEA – Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. *A aplicação de penas e medidas alternativas: relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acesso em 6 jul. 2021.

KAMEL, Antoine Youssef; DISSENHA, Rui Carlo. Entre Beccaria e Torquemada: Teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Crise Prisional. In: SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina; QUADROS, Doacir Gonçalves de. (Orgs.). *Estado, Poder e Jurisdição*. vol. 2. Riga: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

KOZICKI, Katya. BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade

no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 53 p. 147 a 181 jul/dez 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/827>. Acesso em 6 jul. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, p. 02, 2019a.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v. 14, n. 3, p. 1-36. 2019b.

MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1018/2020, p. 255-276, Ago. 2020. DTR\2020\8086

NETO, Claudio Coutinho. *A eficiência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro*. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

NETO, Figueiredo Monteiro. *A audiência de custódia e sua incapacidade de contenção do poder punitivo*. 116 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2018.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; IANNI, Gabriela de Castro. Pandemia de (in)dignidade: o coronavírus e o Estado de Coisas Inconstitucional do carcerário brasileiro. *Ciências Criminais em Perspectiva*, vol. 1, nº 1 jul-dez. 2020.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Thandara. A Covid-19 nas prisões: as fraturas expostas de um sistema de violações de direitos. In: BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. O papel da Jurisdição Constitucional nas demandas estruturais: uma análise da ADPF nº 347/DF. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 267-292, ago. 2020 Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/95200>. Acesso em 6 jul. 2021.

SILVA, Artenira da Silva e; GAMBA, Cristian de Oliveira. Audiências de Custódia e sua eficácia como mecanismo de redução do encarceramento provisório: um estudo de caso sobre a atuação da Central de Inquiridos de São Luís – MA. *Quaestio Iuris*, vol. 14, nº. 02, Rio de Janeiro, 2021. pp.

614-640. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/44774>. Acesso em 6 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. Out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 06 jul. 2021.

SOUZA, Marcio Scarpim de. Estado de Coisas Inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 111, p. 117-147, jan/fev. 2019.

TREVISAN, Beatriz Massetto; RASSI, João Daniel; FUCHS, Marcos; GROTERHORST, Rebecca. Prisão e Pandemia – uma Análise Crítica das Decisões do Supremo Tribunal Federal Durante a Crise da Covid-19. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 96, Jun/Jul. 2020.

TV JUSTIÇA OFICIAL. *Audiências Públicas do STF - Sistema penitenciário brasileiro - 5ª Parte*. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z28f4OZQtE>. Acesso em 6 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Camarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WORLDMETER. *Countries in the world by population (2021)*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/world-population/population-by-country>. Acesso em: 1 jul. 2021.

WPB. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 1 jul. 2021.

SISTEMA PENAL ALÉM DA PRISÃO: ALTERNATIVAS PARA O FRACASSO PRISIONAL

Guilherme Rocha KAWAUTI¹

RESUMO

A política do encarceramento em massa gera alguns dos motivos pelos quais o Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária do mundo. A utilização da justiça criminal, somada ao “populismo midiático de aprisionamento”, como forma de controle social exercido pela classe detentora do poder político e econômico, tem como uma de suas consequências a seletividade penal, que faz com que ocorram altos números de prisões de indivíduos predeterminados. Desse modo, observa-se que a ótica punitivista presente na sociedade, se volta para classes inferiores na pirâmide social. Enquanto isso, pessoas da classe dominante gozam do privilégio da impunidade. Em se tratando do julgamento do acusado, a alta morosidade processual resulta em um número absurdo de presos provisórios, o que aumenta, ainda mais, o número de encarcerados. Ainda, estudos apontam que as prisões, além de ineficazes quanto a ressocialização dos encarcerados, providenciam a eles ambientes insalubres nos quais são tratados de modo a ferir seus direitos humanos, fazendo com que saiam delas mais perigosos do que entraram. Diante do exposto, essa pesquisa se justifica no sentido de demonstrar a ineficácia do sistema criminal, desde sua fase "pré-processual", aquela que ocorre antes mesmo de ser oferecida a denúncia, até o momento "pós-condenação", quando o ex encarcerado volta a cometer crimes, inclusive piores, dos que o levaram a prisão originariamente. Por fim, esse trabalho intenta analisar a o abolicionismo radical, o garantismo penal e o minimalismo penal, buscando qual desses meios seria o mais eficaz para a solução dessa (in)justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Abolicionismo Penal; Justiça Criminal; Minimalismo Penal; Sistema Carcerário.

ABSTRACT

The policy of mass incarceration generates some of the reasons why Brazil is the third country with the largest prison population in the world. The use of criminal justice, added to the media, as a form of social control exercised by the class that holds political and economic power, has as one of its consequences the penal selectivity, which causes high numbers of arrests of predetermined individuals to occur. Thus, it is observed that the punitive perspective present in society, turns to lower classes in the social pyramid. Meanwhile, people of the ruling class enjoy the privilege of impunity. In the case of the accused's trial, the high procedural delay results in an absurd number of provisional prisoners, which increases, even more, the number of prisoners. Still, studies show that prisons, in addition to being ineffective in terms of resocializing inmates, provide them with unhealthy environments in which they are treated in a way that harms their human rights, making them more dangerous than they entered. Given the above, this research is justified in the sense of demonstrating the ineffectiveness of the criminal system, from its "pre-procedural" phase, the one that occurs even before the complaint is filed, until the "post-conviction" moment, when the former incarcerated, goes back to committing crimes, even worse, than those that led to his original imprisonment. Finally, this work intends to analyze radical abolitionism, penal guaranteeism and penal minimalism, seeking which qualified means would be the most effective solution for this (in) criminal justice.

KEY-WORDS: Criminal Abolitionism; Criminal Justice; Penal Minimalism; Prison system.

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) cursa atualmente o 4º ano. Bolsista Voluntário pelo Projeto de Iniciação Científica Voluntária (PICV) pela mesma Instituição sob orientação do Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak. Experiência prática de estágio em Direito Processual Penal e Penal, sendo estagiário da Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná de Santo Antônio da Platina/PR.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, criticados e injustiçados pela sociedade atual, que proclama um discurso de ódio irracional, não devem ser tratados como opcionais, uma vez que são normas que reconhecem e protegem a dignidade dos seres humanos, sendo responsáveis pelo regimento da vivência individual em sociedade, estabelecendo ao Estado suas obrigações, que diversas vezes não estão sendo cumpridas.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante tais direitos, como por exemplo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. As mídias sociais que exercem grande influência na sociedade, se tornaram uma grande problema, visto que parte da sociedade critica esses direitos e até mesmo pedem a abolição dos mesmos quando se trata de situações que envolvam a justiça criminal, vindo a ter a barbárie fala da pena de morte, entre tantas outras. Entretanto, como relatado, os direitos humanos não são opcionais, eles estão estabelecidos na Carta Magna brasileira, não tendo o cidadão a mínima opção de discutir a sua aplicabilidade.

De acordo com a última edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2020, foram registradas 43.892 mortes violentas, incluindo homicídios dolosos, latrocínios e lesões corporais seguidas de morte. No mesmo ano, foram notificados 66.123 mil estupros, cabendo considerar que nem todas as vítimas desse tipo de crime relatam o caso às autoridades policiais. Isso sem contar os assaltos à mão armada, os sequestros, a corrupção, o narcotráfico, entre tantos outros crimes igualmente graves.

O clamor social impulsionado pela mídia sensacionalista, reivindica soluções imediatas, em que as instituições responsáveis respondem com o agravamento de pena e alterando o regime de cumprimento da mesma, dando a falsa sensação de que está sendo solucionado o problema, sendo que essas medidas nada contribuem para a superação desse quadro. Partindo dessa perspectiva, a violência empregada no momento das prisões, tem chegado a momentos alarmantes, como por exemplo, a operação na favela do Jacarezinho na cidade do Rio de Janeiro em 6 de maio de 2021, onde 25 pessoas foram mortas.

Diante do exposto, o presente estudo tem como objetivo analisar, ancorando-se no método dedutivo, por meio da estrutura de pensamento lógico que permite testar a validade de informações já existentes, sendo estas materiais textuais bibliográficos, acadêmicos, teses e documentação oriunda de órgãos públicos e confiabilidade atestada, a justiça criminal com foco no cárcere e demonstrar como este se tornou um malefício para a sociedade, vindo a ser ineficaz, insalubre, violento e altamente seletivo. Por conseguinte, pretende-se apresentar o soluções para a justiça

criminal, abordando o abolicionismo penal, o garantismo penal e o minimalismo penal.

Os dados primários que foram coletados por meio de pesquisa documental, com intuito de providenciar uma conclusão parcial por etapa que, ao final, formará a conclusão final de maneira lógica e indutiva. A pesquisa se caracteriza como pesquisa descritiva e exploratória, uma vez que foi investigado a justiça criminal, o cárcere e modelos alternativos a justiça criminal atual.

2 O FRACASSO DA PENA DE PRISÃO COMO MODELO PUNITIVO-RESSOCIALIZADOR

Conforme o sistema de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2019), o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking de países com a maior população carcerária do mundo. Entretanto, uma vez que as estruturas penitenciárias não abarcam nem 50% desses encarcerados, esse sistema se demonstra proporcionalmente inverso à sua eficácia de reintegração social, instituto este, previsto na própria Lei 7.210/1984, de Execuções Penais.

Além da superlotação, as pessoas em situação de cárcere são submetidas a diversos aspectos que ferem sua dignidade humana: São colocadas em celas anti-higiênicas, insalubres, que, somadas ao fato da alta taxa de aglomeração devido à falta de espaço para a colocação desses presos, tornam-se um ambiente propício para epidemias e demais doenças (ASSIS, 2007, p. 75).

Nesse sentido, escreve Bruna Parrião:

Os presos sofrem principalmente com a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis dentro dos estabelecimentos carcerários como hepatite Virais, tuberculose, sífilis, HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e outras, e falta de higiene e saneamento básico provocados pela superlotação, acabam auxiliando na propagação de doenças e provocado a morte dos apenados dentro dos estabelecimentos prisionais (...) (PARRIÃO, 2020, p. 19)

Matheus Belló, ainda é mais incisivo quanto a esse sistema:

O sistema carcerário brasileiro produz um cenário infernal. Um amontoado de corpos predominantemente, composto por membros das classes mais baixas, é exposto a condições desumanas, marcadas por celas superlotadas, exposições a inúmeras doenças, falta de ventilação, higiene precária, construindo um ambiente hostil, potencializando a violência e a humilhação. Esse horror é muito distante do “dever ser” das garantias positivadas na Constituição Federal de 88, tão celebrada por seu tom progressista, tão fomentadora de esperanças democráticas após o fim do regime ditatorial. As esperanças de uma sociedade menos cruel, menos conhecida por massacres e torturas, com a vigência da nova constituição foram paulatinamente frustradas com o avançar do tempo, em diversos aspectos da vida social. (BELLÓ, 2020, p. 13)

Essas situações exemplificam o modo como esse ambiente vai contra o disposto na Constituição Federal, acerca do cuidado da saúde do preso. Ainda, demonstra o quanto o sistema não dispõe da condição mínima de tutela de um encarcerado.

Uma agravante da situação se encontra no fato de que além dos presos condenados (com suas ações já transitadas em julgado), a porcentagem dos presos provisórios é extremamente

elevada. Verifica-se, então, o ferimento de mais um princípio: o da celeridade processual.

Ocorre que diante da alta taxa de demanda que depende do julgamento do Poder Judiciário, a morosidade processual e a inexistência de vagas nos lugares específicos de envio dos presos provisórios, esses indivíduos são enviados à presídios no qual residirão junto aos presos já condenados. Isso resulta em uma superlotação ainda maior nos ambientes carcerários do país.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça atualmente a população carcerária é de 912.824 pessoas, onde 411.850 dessas prisões são provisórias, 201.668 execução provisória e somente 295.479 presos cumprem execução definitiva, todos esses em condições sub humanas, sem a mínima perspectiva de recuperação, mostrando mais uma vez que o endurecimento das penas não tem eficácia alguma. O encarceramento em massa mostra a medida desesperada do Estado em mascarar um sistema falho, dando a falsa sensação de segurança com inúmeras prisões irregulares.

Importante ressaltar que não são poucos os casos nos quais esses presos provisórios são considerados inocentes ou condenados por crime cujo regime inicial se dá em semiaberto ou mesmo aberto. Desse modo, a prisão provisória resta sendo uma penalidade maior do que a própria pena.

Acerca do assunto, se manifesta o ministro Gilmar Mendes:

Há inúmeros casos de prisões provisórias com excesso de prazo, sem conclusão da instrução e sem sentença de primeiro grau. Muitos desses presos, quando sentenciados, acabam absolvidos ou condenados a penas alternativas, o que denota que o encarceramento no decorrer do processo, devido à demora no julgamento, acaba por se mostrar, nesses casos, muito mais grave que a própria pena, em clara dissonância com o princípio da proporcionalidade. (MENDES, 2015, online)

A crise do sistema carcerário, bem como a dificuldade que beira a impossibilidade da reintegração do preso na sociedade ocorre por diversos motivos. A reprodução da criminalidade dentro dos próprios presídios é mais uma dessas causas e decorre da inserção de presos condenados por diferentes crimes em um mesmo ambiente, de modo que o cárcere se torna um estabelecimento de aprendizagem do crime, fazendo, inclusive, com que muitos encarcerados saiam da prisão, após o cumprimento de suas penas, muito mais perigosos do que entraram.

Ainda, dentro das prisões ocorrem altas taxas de violência entre os próprios detentos, que cometem entre si crimes sexuais, homicídios, como ocorreu nos Estados do Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima com as rebeliões no ano de 2017, acarretando em mais 100 presos assassinados.

Bruna Parrião também escreve que:

No atual contexto, o sistema penitenciário se tornou o local perfeito para captar mais indivíduos para o crime. Assim, as cadeias estão tomadas por facções criminas, e essas acabam comandando os estabelecimentos carcerários e gerando ainda mais violência e rebeliões, sendo outro fator que obsta uma possível ressocialização. (PARRIÃO, 2020, p. 19)

Dessa forma, é comum que presos cumprindo penas mais leves se filiem a alguma facção,

seja por obrigação ou mesmo em busca de proteção e instinto de sobrevivência e restem doutrinados, influenciados ou mesmo coagidos a fazer parte de uma esfera de crimes mais agressivos.

O abuso de autoridade dos agentes penitenciários sobre os presos é outro agravante à crise carcerária. Não é incomum relatos de ex encarcerados que relatam o sofrimento de agressões físicas e verbais pelos agentes carcerários.

Conforme Rafael Assis:

Os abusos e as agressões cometidas por agentes penitenciários e por policiais ocorrem de forma acentuada, principalmente depois de rebeliões ou tentativas de fuga. Após serem dominados, os amotinados sofrem a chamada “correição”, que nada mais é do que o espancamento que se segue à contenção dessas insurreições, que tem a natureza de castigo. Muitas vezes há excessos, e o espancamento termina em execução, como no caso, que não poderia deixar de ser citado, do “massacre” do Carandiru em São Paulo, no ano 1992, no qual oficialmente foram executados 111 presos. (ASSIS, 2007, p. 76)

Há uma deturpação acerca da função do agente penitenciário que vem da visão punitivista da sociedade acerca do preso. Os encarcerados são enxergados não como seres humanos dignos de gozar de seus direitos humanos, mas transgressores da lei que devem ser retirados da sociedade e lá esquecidos. Por esse motivo, ocorrem rebeliões dos presos que vem nessa forma de agressão, a única maneira de conquistarem seus direitos.

Desse modo, não é de se estranhar que o índice de reincidência chega a níveis alarmantes, cerca de 70% dos presos conforme o INFOPEN, 2019, o que demonstra o quanto a ressocialização é uma ideia utópica, mesmo que prevista em lei.

Trazendo o problema da ressocialização ao Poder Judiciário, Luís Carlos Valois escreve que:

“O argumento da ressocialização (...), serve para dar uma aparência de decisão humana para algo que visa tão somente fazer sofrer o cidadão objeto do direito penal. é palavra que se encaixa como fundamentação para o aumento da pena ou para negação de direitos, como se o magistrado estivesse fazendo o bem ao invés do mal. (...) sem interessar o que pensa e o que sente o verdadeiro destinatário da punição” (VALOIS, 2020, p. 259).

Essa fala do Juiz se justifica diante das diversas atrocidades que ocorrem com os encarcerados dentro das prisões, que vão desde maus tratos psicológicos a homicídios velados.

A lei de execução penal tem como função estabelecer parâmetros para que o indivíduo infrator seja reintegrado na sociedade, o que não vem acontecendo, o aumento do número de prisões aliado com a má gestão do sistema por parte do Estado, as péssimas estruturas prisionais, o sucateamento das forças policiais, mostram o quão falho é a execução penal brasileira.

Além da não ressocialização, e as condições de um sistema totalmente desorganizado e cruel, o controle social existente na justiça criminal é nítido, visto que 92% da população carcerária não concluiu o ensino médio, ainda 66,69% são pessoas pretas e pardas. A seletividade penal fica

ainda mais clara quando é analisada em casos concretos, a exemplo do caso do filho da desembargadora Tânia Garcia, o senhor Breno Fernandes Solon Borges, preso em flagrante pela Polícia Rodoviária Federal, com 270 munições de uso restrito, uma pistola 9 mm e aproximadamente 130 quilos de maconha. Breno que já tinha sido condenado a 9 anos e 6 meses, acusado de organização criminosa, e ainda na data de sua prisão 8 de abril de 2017, o mesmo estava sendo investigado pela polícia federal por ajudar na fuga de um chefe do tráfico que havia saído do presídio para realizar exames médicos. O desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, colega da mãe de Breno determinou a transferência para uma clínica psiquiátrica, visto que a defesa alegou que o réu sofria de transtornos psicológicos, que incapacitava Breno de responder por seus atos. Antes da situação em questão Breno nem sua família havia comunicado a doença.

Em situação oposta ao caso de Breno, o nacionalmente conhecido caso de Rennan Santos da Silva, conhecido como DJ Rennan da Penha, condenado a seis anos e oito meses de prisão por associação ao tráfico de drogas. Rennan foi condenado com a suposição de que seria “olheiro” da associação, tendo como função comunicar as movimentações dos policiais, ainda foi usado como indício de crime o fato do “DJ” organizar bailes e produzir músicas que enalteciam traficantes. A provas utilizadas para a condenação foram posts em redes sociais e depoimentos de duas testemunhas anônimas. É válido salientar que a um dos posts utilizados como prova pelo MP, no qual Rennan posava com uma arma, a investigação não concluiu que a mesma fosse verdadeira.

Outro exemplo nacionalmente famoso é o caso de Rafael Braga, em 2013, Rafael, de 29 anos foi preso ao portar um desinfetante de nome pinho sol e uma garrafa de água sanitária, que utilizava para limpar carros na rua como forma de trabalho para sustentar sua família. Rafael foi condenado, injustamente, a 5 anos de prisão. O Ministério Público e o sistema judiciário entenderam que Rafael estava portando coquetel molotov. Em 2016, durante seu cumprimento de pena no sistema aberto, foi abordado por policiais que tentavam obriga-lo a delatar traficantes do bairro onde morava. Novamente, Rafael negou e foi preso acusado de portar 9,3 gramas de cocaína, 0,6 grama de maconha e um rojão. Pelo fato de não ser mais réu primário, Rafael foi condenado a 11 anos de prisão

Acerca da seletividade penal, Alessandro Di Giorgi se manifesta no seguinte sentido:

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime. (Di Giorgi, 2006, p 98)

Com os expostos, é evidente que Justiça Criminal falhou com o sistema carcerário, o

tornando em um sistema ineficaz, cruel, que chega a barbárie de fazerem mulheres usarem miolo de pão como absorvente, visto que este não é distribuído. E porque tal sistema não muda? Por qual motivo, soluções eficazes não são tomadas?

Partindo dessa perspectiva da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347) teve como intuito tornar o sistema prisional brasileiro um Estado de Coisas Inconstitucional, visto que o mesmo preenche todos os requisitos para tal declaração: a) existe a necessidade da solução ser construída através de uma atuação conjunta e coordenada pelos órgãos responsáveis, com o objetivo de adotar mudanças estruturais, como por exemplo a elaboração de novas políticas públicas; b) há a omissão atestada dos órgãos estatais no cumprimento de suas atribuições de proteção aos direitos fundamentais, consubstanciando uma falta estrutural política e administrativa; c) é grave, permanente e generalizada a violação dos direitos fundamentais e existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas por tal violação.

A sessão realizada no Supremo Tribunal Federal em 09 de setembro de 2015, deferiu parcialmente o pedido e reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária.

Com o deferimento parcial, foi determinado que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, que é a manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação em segurança, formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário, essa decisão do STF demonstra a importância irrelevante que é dada ao sistema prisional, visto que os recursos monetários captados estavam ficando retidos.

Com o intuito de diminuir a quantidade de presos no sistema, foi estabelecido aos Juízes e Tribunais realizem audiência de custódia num prazo de 24 horas do momento da prisão.

Analisando o posicionamento do STF, fica clara a falência do sistema prisional que ainda vigora e continua trazendo malefícios para a sociedade que está focada em proclamar um discurso de ódio, com frases “bandido bom é bandido morto”, “CPF cancelado com sucesso”, entre tantas outras. Posicionamento que corrobora ainda mais para a falência desse sistema que a princípio não tem solução

3 ALTERNATIVAS AO SISTEMA PRISIONAL

Com um sistema estarecido, é necessária a criação de novos meios para a resolução do problema da justiça criminal. Nesse sentido, o abolicionismo penal, o garantismo penal e o minimalismo penal, também conhecido como abolicionismo penal moderado surgem como opção.

3.1 Abolicionismo penal

O abolicionismo penal surgiu em meado dos anos 60, onde o objetivo vislumbrado era buscar uma solução para a violência que não fosse baseada em violência, pacificar os conflitos sociais através de modelos de atuação que pressupõem o princípio do acordo indivíduo-indivíduo, privilegiando o diálogo e substituindo a disciplina.

O abolicionismo penal sustenta que a pena e o direito penal devem ser extintos, visto que só trazem malefícios para a sociedade, devendo o direito penal dar campo a outra forma de resolução dos conflitos que são abrangidos por tal sistema. Louk Hulsman, considerado o maior estudioso e propagador do abolicionismo penal garante e sua obra “Penas Perdidas”, garante que as penas impostas ao indivíduos que cometeram delitos, só trazem um sofrimento inútil ao mesmo, defendendo que a justiça criminal deve ser findada.

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema dessa natureza é um mal social. Os problemas que pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca fez o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira. Abolir o sistema penal significa dar vida às comunidades, às instituições e aos homens. (HULSMAN, 1997, p. 91)

O abolicionismo pregado por Hulsman tem como objetivo o desaparecimento do sistema penal, mas não abolir todas as modalidades coercitivas de controle social como por exemplo a reparação civil, acordo, perdão, arbitragens entre tantos outros, o que Louk defende é que a abolição do sistema punitivo estatal abrirá num convívio mais sadio e dinâmico, os caminhos de uma nova justiça, acabando com a teoria de pessoas boas e pessoas ruins que devem ser punidas.

Hulsman acredita que é possível abolir o sistema penal mudando a linguagem e aceitando a relatividade do conceito de crime; não se deve falar em crime senão em “situação problemática” ou “acidente”; aceitando e incrementando as regras civis de indenização, muito melhores “que trabalhar com o conceito metafísico de culpabilidade; desuniformizando a resposta estatal punitiva para as situações problemáticas, pois muitas vezes o que a vítima deseja não é a punição formal do culpado, senão a reparação dos seus danos e prejuízos; diminuindo, a intervenção estatal na sociedade, principalmente quando se trata de resolver algum conflito de interesses; abrindo amplo espaço para o consenso, para os contatos “cara a cara”; incrementando a tolerância e o respeito às diversidades pessoais.

Louk defende, então, que quanto menos intervenção estatal melhor será para a sociedade, sendo está responsável por encontrar mecanismos que sejam menos repreensivos e capazes de solucionarem as situações problemas.

3.2 Garantismo penal

O Garantismo Penal, diferentemente do Abolicionismo Penal, pressupõe, aceita e justifica a existência da norma jurídica, desde que aplicada em conformidade com os parâmetros oriundos do Direito Constitucional, no que tange a inserção de suas garantias na feitura da legislação.

Desse modo, entende-se que essa teoria visa aplicar um norte e ideal aos institutos do direito penal, limitando o poder de punir do Estado.

Para Luigi Ferrajoli, o Garantismo Penal Parte do conceito de separação entre direito e moralidade, com base no princípio da estrita legalidade, e apresenta a teoria de um sistema de direito penal mínimo razoável.

Ainda, para o autor:

Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2010, p. 787)

Ferrajoli defende que não só as penalidades, mas todo o sistema penal só é legal se obedecer aos princípios do Sistema Garantista desenvolvido por ele. Esse Sistema tem como pilares os princípios da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade ou ofensividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionariade; do acusatório, da verificação do ônus da prova e do contraditório.

Apesar de propor a abolição de determinados tipo de pena, Ferrajoli escreve que:

(...) o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. (FERRAJOLI, 2010, p. 784)

Em resumo, o Garantismo sugere a substituição da pena de privação de liberdade por outras formas de sanções, ou mesmo a abolição de certos tipos de punição, como a punição monetária.

No entanto, todas as alternativas propostas por essa doutrina ainda constituem uma forma de intervenção institucionalizada, coercitiva e nacionalizada, estabelecendo a principal diferença entre ela e o abolicionismo. Portanto, embora novos métodos e novas condições para a intervenção punitiva tenham sido propostos, eles não criticaram a intervenção penal e a punição exercida pelas leis.

3.3 Minimalismo penal

O minimalismo penal, também conhecido como abolicionismo moderado, parte do princípio da *ultima ratio* no sentido de dispor do direito penal apenas em último caso, quando restarem esgotados todos os outros meios de resolução.

Para Salo de Carvalho, o direito penal, da forma como existe atualmente, é fortemente marcado por uma “esquizofrenia legislativa na abundante produção de leis, o sistema penal é acometido por gradual e substantiva perda de legitimidade, reestruturando-se a partir da concepção penal funcionalista-eficientista que delega à pena e à criminalização uma forma bizarra de processo pedagógico” (CARVALHO, 2008, p. 80).

Desse modo, observa-se a utilização da penalização para qualquer conduta, sejam questões que envolvem tributos, infringências de trânsito ou mesmo delitos de perigo. Entretanto, a penalização de condutas não graves gera um aumento na quantidade de processos, o que fere o princípio da celeridade processual. Ainda, resulta em uma superlotação das prisões.

Para Zaffaroni:

A necessidade e a urgência de uma resposta fundada na deslegitimação do sistema penal se impõe também, a partir da perspectiva do programa transformador que os direitos humanos implicam, particularmente em nossa localização no mapa do poder planetário, onde o caminho progressivo até a realização dos direitos humanos é muito claramente submetido a interrupções abruptas e onde o exercício de poder do sistema penal constitui a peça chave do extermínio brutal. (ZAFFARONI, 1991, p. 153)

Por conta disso, propõe o minimalismo penal, a resolução do conflito se utilizando das outras esferas do direito ou mesmo, administrativas, buscando alternativas a pena de reclusão, detenção e a reparação da vítima. Ainda, objetiva descriminalizar determinados comportamentos considerados de menor grau.

Entretanto, diferentemente do abolicionismo radical, o minimalismo penal não visa a total extinção do direito penal, mas uma serventia dele apenas em casos em que for estritamente necessário.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Regada por uma ótica punitivista, a sociedade, influenciada pela mídia e demais mecanismos de controles sociais exercidos pela classe detentora do poder político e econômico, enxerga o criminoso como alguém que deve sofrer, em todos os sentidos da palavra, as consequências.

Desse modo, a comunidade ignora um sistema carcerário cujo propósito se baseia na

legislação penal oriunda da Grécia antiga, onde as prisões eram utilizadas como método de garantir a punição do indivíduo e não sua ressocialização e reintegração social.

O sistema de justiça criminal falha desde seus primeiros atos, no que tange à prevenção de crimes, até o momento após a condenação do criminoso, quando ele, que deveria estar novamente apto à vivência na sociedade, comete uma transgressão penal ainda maior que a levou a ser encarcerado.

Esse fracasso é justificado, também, historicamente, uma vez que o sistema criminal é voltado, principalmente, contra pessoas pobres e negras que foram marginalizadas na tentativa de uma “europeização” e um “embranquecimento” do Brasil.

Por esse motivo, observa-se que, segundo estudo realizado pelo INFOPEN em junho de 2019, o Brasil contava com aproximadamente 657,8 mil presos, dentre os quais 66,7% são negros. Ainda, verifica-se que dentre os presos, 45% dos de sexo masculino e 40% das de sexo feminino não concluíram o ensino fundamental. Apenas 1% e 2%, respectivamente, completaram o nível superior.

Conclui-se que os olhos do sistema de justiça criminal se voltam a indivíduos previamente etiquetados, de modo que o encarceramento tem cor e classe social.

Em se tratando do processo criminal pelo qual o acusado deve se submeter antes de ser enclausurado: a alta proporção processual, devido ao grande número de denúncias, somada ao fato de que no Brasil, a utilização de meios diversificados de resolução de conflito é menosprezada e negligenciada, resulta em uma morosidade de julgamento da lide, o que prejudica ainda mais o sistema carcerário, uma vez que lota as cadeias de presos provisórios. Desse modo, a maioria dos estados do Brasil apresentam uma superlotação nas suas prisões.

É importante ressaltar que a ausência de locais próprios para a prisão de presos provisórios gera a necessidade da prisão deles com os presos regulares. Por conseguinte, não é incomum que acabem cumprindo uma pena mais grave do que a que foram condenados.

O ambiente das prisões, ainda, carece de cuidados: os encarcerados são enviados a locais imundos, superlotados, onde correm o risco de contraírem doenças, sofrerem agressões físicas, além de temerem pela própria vida. Os presos são obrigados a se juntarem a facções criminosas, além de serem tratados indignamente, resultando nas prisões como verdadeiras escolas do crime e justificando o nível de 70% de reincidência dos ex encarcerados.

Portanto, é notório o fiasco do sistema de justiça criminal, pois, em um país onde a criminalização secundária, o etiquetamento social e o preconceito se fazem tão presentes, observa-se o encarceramento em massa de indivíduos pré-determinados. A mídia pode trabalhar no sentido de tornar a imagem de certas pessoas como perigosa, aumentando ainda mais o sentimento

punitivista que abarca a jurisdição brasileira e o senso comum. Esquece-se as injustiças sociais e o contexto no qual o criminoso foi inserido e enxerga-o como figura desviante que deve ser tirada da sociedade e esquecida. Entretanto, ainda assim, as taxas de criminalidade não diminuem, o que comprova a ineficácia dessa justiça.

As teorias do abolicionismo penal, do garantismo penal e do minimalismo penal surgiram como meios de solução a esse sistema extremamente escasso de sucesso.

A Teoria do Abolicionismo penal, em resumo, preconiza a abolição da pena e do direito penal, porque só trarão danos à sociedade, devendo este dar lugar a outra forma de resolução dos conflitos abrangidos pelo sistema. O objetivo é abolir o sistema de pena, mas nem todos os métodos de controle social, como indenização civil, acordos, perdões, arbitragem, etc.

A Teoria do Garantismo Penal pressupõe a existência da norma jurídica, aceita e prova sua existência, e tem como premissa aplicá-la de acordo com os parâmetros da Constituição ao incorporar sua proteção à legislação. Entretanto, essa proposta ainda defende a intervenção institucionalizada e coercitiva, estabelecendo a principal diferença entre ela e o abolicionismo. Portanto, embora novos métodos e novas condições para a intervenção punitiva tenham sido propostos, a utilização da norma que tem por intuito punir o transgressor ainda foi aceita.

Por fim, o minimalismo penal, também conhecido como abolicionismo moderado visa a diminuição do direito penal como forma a reduzir o número de pessoas encarceradas no Brasil e o número de penas aplicadas. Para isso, seriam empregados métodos diversos para a resolução do problema, sendo o direito penal utilizado apenas em *ultima ratio*, quando esgotados todos os outros mecanismos.

Portanto, é necessário, primordialmente, a mudança dogmática da sociedade preconceituosa e capitalista, onde os detentores do poder político e econômico exercem suas vontades mediante a mídia e justiça, e, após, a inserção de um sistema que não utilize do direito penal como principal (chegando a ser único) meio de resolução de uma lide, caminhando para um minimalismo penal, de modo a utilizar-se da legalidade apenas nos crimes em que não for possível outro método de resolução.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>> Acesso em 10 de setembro de 2021.

BELLÓ. Matheus Moraes. **Repressão, regulação e juspositivismos: a Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Estado de Coisas Inconstitucional**. 2021. 113 f. Dissertação (Mestrado em

Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei no 7.210 de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em 10 de Setembro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 02 de Setembro de 2021.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de monitoramento de prisões. Cadastro Nacional de Presos**. Disponível em: < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> Acesso em 18 de Setembro de 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Informações Penitenciárias**. Disponível em < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em 14 de Setembro de 2021.

DI GIORGI. Alessandro. **A Miséria Governada Através do Sistema Penal**. Tradução de S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

DI GIORGI. Alessandro. **Cinco Teses Sobre o Encarceramento em Massa**. Tradução de L. A. França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em < <https://forumseguranca.org.br/anuario-14/>. Acesso em: 14 de Setembro de 2021.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão**. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Segurança Pública e Justiça Criminal**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica->

criminal. Acesso em 15 de setembro de 2021.

PARRIÃO. Bruna. **O mito da ressocialização e a situação vivenciada pela população carcerária brasileira. 2020.** Disponível em <

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/353/1/TCC%20-%20Bruna%20Parri%C3%A3o.pdf>/ Acesso em 23 de Setembro de 2021.

PINA. RUTE. Brasil de Fato. **Símbolo da seletividade penal, caso Rafael Braga completa cinco anos.** 2018. Artigo de opinião Disponível em <

<https://www.brasildefato.com.br/2018/06/20/simbolo-da-seletividade-penal-caso-rafael-braga-completa-cinco-anos/> Acesso em 23 de Setembro de 2020.

VALOIS. Luís Carlos. **Conflito Entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade Penal.** 1ª edição. Belo Horizonte/São Paulo. D' Plácido. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do sistema pena.** Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O DUPLO CÁRCERE: ANÁLISE DA HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA DENTRO DAS UNIDADES PRISIONAIS

Nathalia Gomes MOLITOR¹
Rômulo Blecha VEIGA²

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a situação da população LGBTQIA+ especificamente dos homossexuais, mulheres transexuais e travestis, no sistema carcerário brasileiro. Deste modo, a priori, faz-se uma observação acerca da realidade vivenciada nas unidades prisionais marcadas pelo desmazelo do Poder Público e pelo Estado de Coisas Inconstitucional declarado, mostrando os diferentes déficits presentes nesses locais. A posteriori, realiza-se a verificação de dados de forma a demonstrar a violência vivenciada por essa população na sociedade em geral, apontando a falta de fornecimento de informações constante e consistentes por parte de órgãos oficiais, o que dificulta o conhecimento desse sofrimento por parte do restante da população bem como a elaboração de pesquisas. Por último, baseando-se nos relatos dos detentos e detentas GBTQIA+, demonstra-se a vulnerabilidade desses indivíduos diante as imposições oriundas da influência de facções nas unidades prisionais, principalmente do Primeiro Comando da Capital, sendo necessário o surgimento das alas LGBT como medida paliativa para a proteção desse grupo. Assim, utilizou-se do método hipotético-dedutivo com auxílio do método comparativo, eis que se debruça sob a hipótese de haver uma violência social interna material e formal crescente, baseando-se em comparações temporais e de dados para chegar ao ponto conclusivo do artigo científico, mostrando a necessidade de ampliação dos números de alas especiais para essa população como medidas de urgência enquanto outras soluções aprofundadas não são aplicadas, bem como a necessidades de dados que acompanhem a realidade quanto a violência motivada por LGBTfobia por parte de órgãos oficiais.

PALAVRAS-CHAVE: Alas LGBT; Duplo cárcere; Estado de Coisas Inconstitucional; Insalubridade; LGBTfobia; LGBTQIA+; Transfobia; Violência.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the situation of the LGBTQIA+ population, specifically homosexuals, transsexual women and transvestites, in the Brazilian prison system. Thus, a priori, an observation is made about the reality experienced in prisons marked by the negligence of the Public Power and by the declared Unconstitutional State of Things, showing the different deficits present in these places. A posteriori, data verification is carried out in order to demonstrate the violence experienced by this population in society in general, pointing out the lack of constant and consistent information provided by official bodies, which makes it difficult for of the rest of the population as well as the elaboration of surveys. Finally, based on the reports of GBTQIA+ inmates, the vulnerability of these individuals to the impositions arising from the influence of factions in prison units, especially the First Command of the Capital, is demonstrated, requiring the emergence of LGBT wings as a palliative measure for the protection of that group. Thus, the hypothetical-deductive method was used with the aid of the comparative method, as it focuses on the hypothesis of increasing material and formal internal social violence, based on temporal and data comparisons to reach the final point of the article scientific, showing the need to increase the number of special wards for this population as urgent measures while other in-depth solutions are not applied, as well as the need for data that follow the reality of violence motivated by LGBTphobia by official bodies.

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

KEY-WORDS: LGBT wings; Double prison; Unconstitutional State of Things; Unhealthy LGBTphobia; LGBTQIA+; Transphobia; Violence.

1. INTRODUÇÃO

Perante a um cenário obscuro do cárcere, apesar de notória sua degradação, sendo essa já reconhecida tanto pela população quanto pelo próprio Poder Público, pode ele ser um local ainda pior para certos grupos em situação maior de vulnerabilidade. Diante disso, a pesquisa buscou verificar a violação de um contexto geral para o específico, passando pela atual realidade do sistema penitenciário e verificando como é afetado o grupo LGBTQIA+ dentro e fora das unidades prisionais, sob o aspecto das diversas formas de violência.

Deste modo, ciente da baixa quantidade de dados sobre a violência dentro dos presídios, no contexto fora deles foram utilizados dados e relatórios, comparando números e estatísticas, enquanto que dentro utilizou-se de relatos daqueles que sofreram na pele essa dura realidade.

A metodologia utilizada no presente artigo científico tem como método adotado o hipotético-dedutivo (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2017, p. 96-98) e, de maneira auxiliar, o comparativo (Ibid., p. 118-120), eis que, sobre o primeiro método, levanta-se a hipótese de que pode haver uma violência social interna material e formal contra o grupo LGBTQI+. Estabeleceu-se como premissa maior quanto à dedutibilidade: a violência; premissa menor: números e relatos de violência; conclusão: haveria violência. Quanto ao método auxiliar, fez-se um comparativo dos números de violência dos anos de 2017 a 2020, para se verificar se fatos ou políticas públicas estão modificando, positivamente ou negativamente, esses índices. Posteriormente, fez-se outro comparativo, agora temporal, da situação dos presos LGBTQI+ no contraste de tempo: antes do PCC e depois do PCC, com base nos relatos dos internos das penitenciárias.

No tocante a pesquisa, tem ela por natureza ser prática aplicável (Ibid., p 143-144), visto que o estudo aponta erros de notificação dos números por parte dos estados, agravamento da situação dos LGBTQ+ no cárcere e, a partir disso, propôs medidas aplicáveis a tais situações.

Buscou-se uma abordagem quantitativa (Ibid., p. 137-138), pois a pesquisa se focou em coletar opiniões, informações, dados e diversas outras obras em larga escala, além de traduzir em números comparativos, produzindo um aglomerado de informações a serem analisadas, produzindo conhecimento útil.

Os procedimentos utilizados para extrair o melhor resultado útil possível foi o bibliográfico, por meio de análise de artigos, livros, sites, relatórios, dados.

O objetivo geral é apresentar um problema da atual do grupo LGBTQI+ e, com a apresentação, abrir margem a soluções ao problema, tendo o problema selecionado sido a violência em seus âmbitos e o duplo cárcere.

Já os objetivos específicos serão: a) a situação do sistema carcerário brasileiro; b) comparar a situação atual com período antes do PCC; c) contextualizar dados gerais de violência; d) correlacionar os dados gerais com dados voltados ao grupo específico; e) verificar se os fatos ou políticas públicas estão modificando a violência interna material; f) contextualizar a violência interna formal; g) apresentar o contexto do duplo cárcere da violência interna formal para o grupo LGBTQTIA+.

2. A INCÚRIA NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

De maneira notória, o sistema prisional brasileiro encontra-se, reiteradamente, em um cenário de negligência e abandono por parte do ente estatal, sendo reconhecido como um ambiente insalubre e inseguro, onde os encarcerados são submetidos a situações além do cárcere, se fazendo presente uma constante luta por sobrevivência. De tal modo que, dada a criticidade encontrada nesse sistema, em 2015 foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional dentro das prisões, sendo este reconhecido quando há “ocorrência de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, diante da inércia persistente e reiterada dos poderes públicos quanto ao cumprimento de suas obrigações” (DUARTE; NETO, 2016), demonstrando em tais condições o afastamento do Princípio da Humanidade da Pena que, decorrendo do “princípio da dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, impede, deste modo, que a pena seja usada de maneira cruel, violenta, ou desumana.” (OLIVEIRA, 2017).

Desta forma, assume-se o desmazelo perante um problema que ultrapassa os portões das penitenciárias, nos dizeres do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (2015) “o sistema punitivo brasileiro, encontra-se desarrumado na porta de entrada, que é a polícia com seu inquérito policial, e desarrumado na porta de saída, que é o sistema penitenciário, sendo assim, fazendo-se presente um problema sistêmico”, uma vez que, é “organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato.” (GOFFMAN, 1961, P.17)

Cabendo ressaltar que, tal situação não atinge somente quem está diretamente em contato com as questões prisionais (como a polícia, os agentes penitenciários e o próprio detento), mas também traz impactos à sociedade como um todo, uma vez que, os encarcerados irão voltar ao convívio social algum dia:

Por seu raciocínio, depois de um delinquente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o prescrito pela lei, passa a justificar o seu ato - o que não podia fazer quando o cometeu, decide "descontar" o tratamento injusto na prisão, e a vingar-se, na primeira oportunidade, através de outros crimes. (GOFFMAN, 1961, p.56)

Outrossim, é necessário o reconhecimento pela população da grande possibilidade de reincidência criminal devido à submissão dos detentos à condições degradantes:

A sociedade precisa saber que o aumento da violência e da criminalidade decorre, também, do abandono dos condenados atrás das grades, fato que faz aumentar o índice de reincidência. É fácil observar que o crime organizado sempre é parte atuante de um expreso, um fugitivo, ou um condenado que cumpre pena em condições especiais, sem nenhum acompanhamento, todos despreparados para conviver na sociedade. Tornando-se, isto sim, piores depois que passaram pela prisão sem nenhuma assistência que os fizesse repensar a vida para mudar o rumo da existência. (OTTOBONI, 2011, p. 65).

Ademais, quaisquer pessoas estão sujeitas e submetidas ao Direito Penal, podendo se encontrar dentro desse sistema que tanto se nega e tanto se despreza, bastando que para tal, cause lesão a um bem juridicamente tutelado. Entretanto, apesar dessa constatação, há a permanência da associação da defesa dos direitos humanos dos detentos com a tolerância ao crime (BERKELEY; PARIS, 2001, p.6), que se mantém intrínseca, mas que trás no subconsciente desses cidadãos um sentimento de temor em vivenciar essa realidade, justamente por reconhecer as terríveis condições ali vivenciadas, eis que, tais instituições “se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica” (BERKELEY; PARIS, 2001, p.7).

[...] Consideramos as prisões algo natural, mas com frequência temos medo de enfrentar as realidades que elas produzem[...]há relutância em enfrentar a realidade que se esconde nas prisões, medo de pensar no que acontece dentro delas. Dessa maneira, o cárcere está presente em nossa vida e, ao mesmo tempo, está ausente de nossa vida. (DAVIS, 2003, p.16)

Após destacada a forma como a própria sociedade e os poderes públicos se portam frente ao sistema carcerário, cabe apontar objetivamente às condições às quais os apenados são submetidos, fazendo-se mister iniciar pela raiz: a superlotação. Segundo dados do IPEA em conjunto com o IBGE, observou-se um déficit de mais de 200 mil vagas nas unidades prisionais, sendo o Brasil o quarto país que mais encarcera no mundo, entretanto, ainda mantendo altos índices de criminalidade (IPEA, 2020). O contraste entre a posição brasileira no ranking de países que mais encarceram e os níveis de ocorrência de crimes que não diminuem, reiteram que em sua atual situação, as unidades prisionais servem mais como forma de segregação de indivíduos considerados como “indesejados” pela sociedade do que para cumprir com sua fictícia função ressocializadora.

Massaro e Camilo (2017) destacam que o rápido e exponencial crescimento do encarceramento não vem sendo acompanhado pela expansão da estrutura dos sistemas prisionais nos estados brasileiros, pois muitas das prisões se revelam como lugares impróprios para a convivência entre seres humanos. (DOURADO; ALVES, 2019)

De forma consequente à superlotação, observa-se diversos problemas quanto a salubridade, onde há a propagação de várias doenças, sendo parte delas contagiosas, como a tuberculose, que se apresenta de forma bem comum em estabelecimentos penais e outras que podem ser transmitidas

por ratos e insetos que se fazem presentes em ambientes sujos (MENDES, 2019). Doenças essas completamente tratáveis e que fora do cárcere sequer são lembradas, uma vez que, são ocasionadas e proliferam-se apenas em locais sem quaisquer tipos de higiene básica e com grande concentração de pessoas, tornando-se de fácil dispersão.

A superlotação, a situação de confinamento e a estrutura arquitetônica dos presídios favorecem o surgimento de doenças. Ultimamente, há muitos registros de escabiose, que é um tipo de sarna. Se um preso fica em um ambiente com muita gente junto, ele vai passar para todo mundo. [...] E as doenças de pele, a depender da evolução do quadro clínico, podem levar à morte mesmo. (UOL, 2017)

Um exemplo atual se faz presente durante a pandemia do COVID-19, onde a população encarcerada foi atingida de forma impactante durante a primeira onda de contágio do vírus, não só atingindo os detentos, como chegando também nos agentes penitenciários, que circulam em meio a aglomeração de indivíduos.

[...] o levantamento mais recente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quantificou o ritmo da evolução do problema. A partir de 1º de maio, os casos de contaminação entre os detentos saltaram de 243 para 1.406, o equivalente à evolução de 478% em apenas quatro semanas. No mesmo período, os registros da doença cresceram 475% entre os policiais penais. (GONÇALVES, 2020)

Sendo de relato comum dos detentos o abandono que sofreram da administração pública no tocante ao combate e a prevenção do contágio coletivo pelo vírus:

‘[...]Outro problema é a escolta para atendimento médico externo, que foi reduzido na pandemia. Diversas pessoas disseram que os detentos chegam a morrer sem serem encaminhados para o hospital ou UBS (Unidade Básica de Saúde). [...]Nos casos de Covid-19, os presos dizem que não receberam orientações sobre a doença, nem mesmo os que testaram positivo. Cada um recebeu três máscaras de pano no início da pandemia, em março do ano passado, e o item não foi repostado desde então. Em grande parte dos presídios, após a testagem não há separação adequada entre sintomáticos e assintomáticos.’(PAULUZE, 2021)

A falta de estrutura para o combate à doenças de nível contagioso passa por diversos déficits, que vão desde a superlotação, passando pela falta de saneamento básico e chegando na escassez de medicamentos que possam tratá-las. Médicos que trabalham em unidades prisionais relatam a dificuldade de se trabalhar pois faltam muitos equipamentos e remédios, além de o número de profissionais ser insuficiente para atender a demanda penitenciária. (UOL, 2017) Deste modo, doenças consideradas como simples atualmente ou praticamente extintas dentre a população livre se tornam verdadeiras condições de morte dentro dos presídios.

Por último, além dos problemas estruturais, de saúde e higiene básicas, há nesses locais uma grande violência, fomentada tanto pelas condições degradantes quanto pela disputa entre facções, que em grande parte são quem efetivamente ditam as regras dentro das unidades prisionais. Sendo importante frisar que, o surgimento desses grupos está diretamente ligado aos maus-tratos sofridos pelos detentos, como exemplo da formação do Primeiro Comando da Capital (PCC) e do

Comando Vermelho (CV), as maiores facções de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente:

[...]O PCC, Primeiro Comando da Capital, foi o responsável pelas rebeliões e ataques que causaram mais de uma centena de mortos em São Paulo. [...]A facção foi criada em 1993, a partir de um time de futebol na Casa de Custódia de Taubaté, que era considerada a prisão mais segura do estado. Os objetivos principais do grupo eram reagir ao massacre do Carandiru, de 92, que matou 111 presos, e exigir melhores condições de vida dentro da prisão. Hoje, o grupo tem até estatuto próprio. Uma outra grande facção criminosa, o Comando Vermelho, foi formado por reincidentes da antiga facção Falange Vermelha, que durante a década de 70 lutava pelo fim da tortura e dos maus tratos aos prisioneiros. (BITTAR,200-?)

Deste modo, é possível observar que, apesar de atualmente servirem para outro propósito, mantém-se em comum sua origem, objetivando a proteção de si e de outros encarcerados perante a negligência do Poder Público. Entretanto, apesar de terem uma mesma finalidade, não há uma união das facções entre si, havendo na realidade, uma situação de verdadeira guerra dentro dos presídios, onde busca-se o domínio do maior número de penitenciárias possível juntamente do comando de pontos para tráfico de drogas. Sendo assim, membros de grupos rivais são mantidos em celas separadas sob perigo de morte por parte dos detentos, além de levarem a richa para fora das unidades prisionais, colocando toda a população, principalmente os moradores de comunidades, em grande risco.

Destarte, fica evidente com base no supracitado, que o sistema carcerário brasileiro, abarcado pelo Estado de Coisas Inconstitucional, sofre de problemas sistêmicos estruturais gravíssimos, com impactos tanto dentro como fora desses locais, mantendo-se envolto ela incúria dos três poderes, que negam e se mostram alheios àquela realidade, sendo uma verdadeira condenação de morte tanto para os detentos, que são abandonados à própria sorte, quanto para o restante dos cidadãos que sentem constantemente o impacto dessa violência refletido no pós-cárcere.

3. VIOLÊNCIA E HOMOFOBIA NO BRASIL

A contextualização da violência, em suas mais diversas formas, faz-se necessária antes de se explicar como ela, em seu caráter interno material e formal na sociedade, atua no cárcere, em específico, quanto à comunidade LGBTQIA+.

Quanto ao interno material, entende-se todos aqueles que na sociedade, composta pelos seus indivíduos conviventes, sofreram violência, quanto ao interno formal, refere-se aos presos, vez que, apesar de “dentro da sociedade”, o cárcere adota a concepção de isolamento da sociedade, portanto, em que pese esteja dentro dela, resguarda seu caráter ausência dela, sendo assim, é interno apenas em forma, mas não em essência.

Por assim ser, visando, inicialmente ao contexto interno material, a violência, no tocante

aos indivíduos, pode ser analisada por meio dos crimes violentos intencionais (CVI), sendo que, dentre eles, encontra-se os letais (CVLI), composto por homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

Dos números em absoluto dos CVLI encontramos:

1. Homicídio doloso:

- a. Ano de 2017 - 55.077 (ANUÁRIO, 2019, p. 14)
- b. Ano de 2018 - 49.153 (ANUÁRIO, 2020, p. 54)
- c. Ano de 2019 - 39.700 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)
- d. Ano de 2020 - 42.105 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)

2. Latrocínio:

- a. Ano de 2017 - 2.496 (ANUÁRIO, 2019, p. 14)
- b. Ano de 2018 - 1.961 (ANUÁRIO, 2020, p. 54)
- c. Ano de 2019 - 1.586 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)
- d. Ano de 2020 - 1.428 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)

3. Lesão Corporal Seguida de Morte:

- a. Ano de 2017 - 950 (ANUÁRIO, 2019, p. 14)
- b. Ano de 2018 - 882 (ANUÁRIO, 2020, p. 54)
- c. Ano de 2019 - 758 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)
- d. Ano de 2020 - 672 (ANUÁRIO, 2021, p. 19)

Dos crimes violentos intencionais (exceto os letais):

6. Esturpo:

- a. Ano de 2017 - 63.157 (ANUÁRIO, 2019, p. 114)
- b. Ano de 2018 - 66.907 (ANUÁRIO, 2020, p. 128)
- c. Ano de 2019 - 69.886 (ANUÁRIO, 2021, p. 105)
- d. Ano de 2020 - 60.460 (ANUÁRIO, 2021, p. 105)

7. Lesão corporal dolosa³:

- a. Estado de São Paulo
 - i. Ano de 2017 -136.136 (SSP-SP, 2017)⁴
 - ii. Ano de 2018 - 127.364 (SSP-SP, 2018)
 - iii. Ano de 2019 - 129.864 (SSP-SP, 2021)
 - iv. Ano de 2020 - 112.021 (SSP-SP, 2021)
- b. Rio de Janeiro

3 No caso das lesões corporais, não há uma unificação do total em absoluto nos relatórios, apenas quando se trata de violência contra a mulher, assim sendo, coletou-se por estados.

4 Referente à somatória dos 4 trimestres, visto que não há, até o momento, os dados em documento único.

- i. Ano de 2017 - 60.555 (ISP-RJ, 2017)
- ii. Ano de 2018 - 63.282 (ISP-RJ, 2017)
- iii. Ano de 2019 - 63.655 (ISP-RJ, 2017)
- iv. Ano de 2020 - 49.746 (ISP-RJ, 2017)

Diante de tais dados que se referem a violência, cabe ainda um último tratamento das informações, sendo este a conclusão factual dos dados, não por meio de uma diferença entre final e inicial, mas sim entre a soma da diferença ano a ano, pois se assim não fosse, num exemplo onde temos X1, X2, X3, onde X representa homicídios, e os números a progressão de anos, sendo X1 igual a 10 e X3 a 8, caso fizesse uma simples diferença, poderíamos obter que a violência diminuiu em 2, contudo, se X2 fosse 2, na verdade, o resultado seria uma diminuição de 8 seguido de um aumento de 6, portanto, entre o intervalo de X1 e X2 algum fato ou política pública (FPP) pode ter interferido positivamente, enquanto que de X2 para X3 interferiu negativamente, diferentemente da conclusão inicial onde de X1 para X3 se concluiria que haveria uma política pública positiva que diminuiu, ignorando a possível existência da política pública ruim.

Portanto, entre os intervalos 2017 a 2018 (I1), 2018 a 2019 (I2) e 2019 a 2020 (I3), temos os seguintes resultados:

1. Homicídio doloso:

- a. I1: - 5.924
- b. I2: - 9.453
- c. I3: + 2.405

2. Latrocínio:

- a. I1: - 535
- b. I2: - 375
- c. I3: - 158

3. Lesão Corporal Seguida de Morte:

- a. I1: - 68
- b. I2: - 124
- c. I3: - 86

Dos crimes violentos intencionais (exceto os letais):

1. Esturpo:

- 1.2 I1: + 3.750
- 1.3 I2: + 2.979
- 1.4 I3: - 9.426

2. Lesão corporal dolosa⁵:

2.2 Estado de São Paulo

2.2.1 I1: - 8.772

2.2.2 I2: + 2.500

2.2.3 I3: - 17.843

2.3 Rio de Janeiro

2.3.1 I1: + 2.727

2.3.2 I2: + 373

2.3.3 I3: - 13.909

Com os devidos dados postos, pode-se analisar individualmente cada um dos tipos de expressão da violência, iniciando pelos CVLI no tocante ao homicídio doloso, podemos ver que houve uma inversão no I3, podendo-se assim dizer que algum fato ou política pública (FPP) que antes estava proporcionando uma queda progressiva nos homicídios os tornou a crescer; quanto aos latrocínios e lesões corporais seguido de morte a manutenção do FPP tornou sua queda constante.

No tocante aos CVL, quanto aos estupros, pode-se notar uma relevante alteração no FPP quando do I3, provocando redução dos números, enquanto que nas lesões corporais dolosas em São Paulo, algum FPP fez com que o I2 aumentasse e, logo em seguida, um novo FPP alterasse radicalmente, realizando queda drástica, já no Rio de Janeiro o seu FPP era de constância de crescimento até I2, contudo, assim como São Paulo, em I3 algum FPP alterou substancialmente, gerando alta redução.

Para uma correta interpretação do FPP será feito exemplo comparativo, portanto, imagina um balde onde há uma torneira jorrando água a fim de o encher, a vazão da água enchendo o balde é o FPP, contudo, nesta pesquisa não será analisado as alterações do FPP quanto a encher rápido ou devagar o balde, de acordo com o quão aberto está a torneira, mas sim se, de repente, o balde furou e água começou a sair, diminuindo a água ou ainda se a torneira foi fechada antes mesmo do furo começar. Portanto, o foco da pesquisa no FPP não é a progressão ou regressão, mas a constância do + ou - quando, subitamente, veio a ser invertido seu polo.

Com a devida explicação, pode-se concluir, superficialmente, que a violência em sua forma letal sofreu um aumento específico no homicídio quando inserido novo FPP, enquanto que a sua forma não letal foi altamente reduzida por essa inserção.

Feita a análise ampla, parte-se para a violência a grupos específicos, sendo o do caso a contra LGBTQIA+, não distinguindo a motivação do crime, assim sendo, incluem-se casos com e

5 No caso das lesões corporais, não há uma unificação do total em absoluto nos relatórios, apenas quando se trata de violência contra a mulher, assim sendo, coletou-se por estados.

sem violência LGBTfóbica.

Dentre os dados, encontram-se os CVLI:

1. Homicídio doloso:

- a. Ano de 2017 (apenas com informações de 11 estados) - 99 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)
- b. Ano de 2018 (apenas com informações de 14 estados) - 124 (ANUÁRIO, 2020, p. 107)
- c. Ano de 2019 (apenas com informações de 20 estados) - 97 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)
- d. Ano de 2020 (apenas com informações de 19 estados) - 121 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)

Dos crimes violentos intencionais (exceto os letais):

1. Esturpo:

- a. Ano de 2017 (apenas com informações de 10 estados) - 86 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)
- b. Ano de 2018 - (apenas com informações de 12 estados) 41 (ANUÁRIO, 2020, p. 107)
- c. Ano de 2019 - (apenas com informações de 18 estados) 73 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)
- d. Ano de 2020 - (apenas com informações de 17 estados) 88 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)

2. Lesão corporal dolosa.

a. Números absolutos:

- i. Ano de 2017 (apenas com informações de 10 estados) - 704 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)
- ii. Ano de 2018 - (apenas com informações de 12 estados) 542 (ANUÁRIO, 2020, p. 107)
- iii. Ano de 2019 - (apenas com informações de 18 estados) 967 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)
- iv. Ano de 2020 - (apenas com informações de 17 estados) 1.169 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)

b. Estado de São Paulo

- i. Ano de 2017 - 74 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)
- ii. Ano de 2018 - 145 (ANUÁRIO, 2020, p. 107)
- iii. Ano de 2019 - 144 (ANUÁRIO, 2021, p. 78)
- iv. Ano de 2020 - informação não disponível (ANUÁRIO, 2021, p. 78)

c. Rio de Janeiro

- i. Ano de 2017 - 75 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)
- ii. Ano de 2018 - 88 (ANUÁRIO, 2019, p. 88)

- iii. Ano de 2019 - informação não disponível (ANUÁRIO, 2021, p. 78)
- iv. Ano de 2020 - informação não disponível (ANUÁRIO, 2021, p. 78)

Em números absolutos e não discriminados, encontra-se:

- 1) Violência (descrição genérica) informado pelo Sinan/MS:
 - a. Violência contra homossexuais
 - i. Ano de 2018 - 4.136 (ATLAS, 2020, p. 63)
 - ii. Ano de 2019 - 4.344 (ATLAS, 2020, p. 63)
 - b. Violências contra Bissexuais:
 - i. Ano de 2018 - 719 (ATLAS, 2020, p. 63)
 - ii. Ano de 2019 - 986 (ATLAS, 2020, p. 63)
 - c. Violências física contra pessoas Trans e Travestis:
 - i. Ano de 2018 - 3.758 (ATLAS, 2020, p. 64)
 - ii. Ano de 2019 - 3.967 (ATLAS, 2020, p. 64)

Iniciando então a análise dos dados coletados, primeiramente, nota-se que, apesar do alto índice de indisponibilidade de informação por parte dos estados, houve um aumento crescente dos estados que notificaram a informação, muito provavelmente em decorrência do FFP que, estranhamente, foi quebrado, provocando novo FFP, onde não foi informado os números que antes vinham em constância, como pode ser visto no intervalos entre 2019 e 2020 (I3 LGBTQI+) dos homicídios, estupros e lesões corporais.

Em que pese neste intervalo houve um lapso de informação dos estados, somado ao I3 da violência geral ter sido o de um FFP onde houve um decréscimo no número total de violência, o esperado seria que os números do I3 LGBTQI+ tivessem reduzido, contudo, não foi o que se demonstrou, eis que, aparentemente, o FFP LGBTQI+ não está alinhado ao FFP geral, portanto, em conclusão preliminar, pode-se dizer que a redução vista pela sociedade como um todo não foi experimentada por este espectro da sociedade.

Por assim, quanto à análise interno material da violência na sociedade, a conclusão é a de, para este grupo em específico, no melhor dos casos, uma não piora e, no mais drástico, uma piora crescente. Não se pode, contudo, concluir que a violência está alta ou baixa, no tocante a essa população, eis que a análise se direcionou ao FFP incidente na mudança de polaridade (positiva ou negativa) do fator violência e não parametrização do montante, além da falta de dados constantes e concretos sobre os crimes motivados por LGBTfobia que fossem realizados por entidades públicas.

4. O DUPLO CÁRCERE DOS HOMOSSEXUAIS E TRANSEXUAIS

Contextualizadas a situação alarmante do nosso sistema carcerário e a falta de pesquisas

consistentes no tocante a LGBTfobia por parte do Poder Público, juntamente de uma não diminuição da violência vivenciada por esse grupo, é possível chegar ao epicentro da população mais afetada por esses dois índices: os detentos e detentas LGBTQIA+, principalmente os homossexuais e as mulheres transexuais e travestis, que são os mais impactados.

A priori, é preciso separar a realidade vivenciada por esses indivíduos em dois grandes momentos: antes da intervenção do Primeiro Comando da Capital (PCC) e de outras facções nos presídios, e após esse advento.

Durante a primeira fase, os homossexuais tinham um papel auxiliar fundamental, sendo vistos e tratados como uma figura feminina, principalmente em uma época onde as visitas íntimas ainda não eram permitidas. Executando atividades tidas lá dentro como de função predominantemente da mulher, tais quais a lavagem de roupas, de louça, a faxina nas celas e em toda unidade prisional, costura e até mesmo na realização de alimentos para as refeições, além de serem usados para suprir a carência sexual dos prisioneiros.

A convivência com os homossexuais era disputada por questões afetivas. Como não havia visitas íntimas, era muito comum as relações com os homossexuais. A população LGBT também tinha a função de ser uma dona de casa, uma faxineira na cadeia. Os demais presos os viam como algo feminino, dedicado a cuidados do lar, enquanto eles tinham a função de provedores. (SOUZA apud NASCIMENTO, 2019)

O relato de uma detenta transexual feito para a BBC News Brasil (2019), delimita muito bem a convivência antes da vinda da facção (em 1993):

Ela conta que nas décadas de 1980 e 1990 era tratada como ‘uma rainha’ ao chegar no sistema penitenciário e lembra sua chegada à Casa de Detenção Carandiru, onde uma chacina deixou 111 mortos em 1992. ‘Éramos consideradas as rainhas no Carandiru. A gente chegava, casava, comprava uma cela e vivia com o preso. Ele me dava tudo do que eu precisava, mas eu não podia falar com mais ninguém. Quem não casava, podia se prostituir’, lembra. (SOUZA apud SILVA, 2019)

Outrossim, em um segundo momento, com o surgimento do Primeiro Partido da Capital (PCC), oriundo - como supracitado - das más condições nas penitenciárias, essa realidade passa a mudar de forma extremamente em contraste com a anterior, de forma que, os detentos e as detentas LGBTQIA+ foram submetido à sujeição e segregados da convivência com os demais.

[...] embora a sujeição dos homossexuais seja inerente à estrutura rigidamente hierarquizada da prisão, o papel que desempenham e a forma de classificá-los, bem como sua relação com a massa carcerária, sofreram alterações substanciais nos últimos anos, em decorrência da nova forma de sociabilidade no espaço prisional, imposta pelo PCC. (SILVA; DIAS, 2010, p. 3)

Assim sendo, a continuidade a explanação dada a BBC News Brasil pela detenta transexual citada anteriormente ao passar por uma unidade prisional comandada pela facção, ilustra o quão drástica foi essa mudança na vida e rotina desse grupo:

Lá tinha muitas regras, a gente era oprimida. A gente tinha que ficar no canto, sem falar

com ninguém. Só (podia falar) o básico, como pedir licença. Também não tomava banho com os caras. A gente não podia usar roupa curta, não podia passar um lápis na sobrancelha, um lápis no olho. Tinha que andar como menino, com bermuda abaixo do joelho 24 horas. Nosso cabelo tinha que manter sempre curto por causa dos caras. Para a gente não seduzir nem arrastar os irmãos (membros do PCC)[...]. (SOUZA apud SILVA, 2019)

Deste modo, realizada a contextualização acerca da convivência anterior e posterior à intervenção do PCC nas unidades carcerárias, cabe ressaltar de maneira detalhada como ocorrem essas violações e formas de segregação para com os esses apenados, sendo levado em consideração relatos dos próprios presos e agentes que trabalham em prol do sistema penitenciário brasileiro.

A priori, destaca-se que “as barreiras que separam os homossexuais dos demais presos tornaram-se muito maiores e a segregação passou a estar vinculada à ideia de contaminação.” (SILVA; DIAS, 2010, p. 8). Dessa forma, devido ao medo de ter quaisquer contatos com os detentos gays, transexuais e travestis, os outros, para evitar o possível “contágio”, passavam a excluí-los de diversas atividades, incluindo de limpeza (que ficava a encargo desse grupo anteriormente), não podendo de forma alguma sequer encostar nos utensílios utilizados por eles, tais como vassouras, talheres, marmitas, entre outros, sendo esses marcados usualmente com furos ou bitucas de cigarro para que todos saibam a quem pertence e não os toquem.

[...] os presos heterossexuais não dividem talher com os homossexuais. O descaso é tão grande que as marmitas (cumbucas plásticas onde é servido a alimentação e que são despachadas da cozinha para os pavilhões) que são servidas aos homossexuais são queimadas com “bituca” de cigarro (também possuem tampas em cor diferente). Isso para impedir que marmitas que são servidas aos homossexuais em um dia, sejam servidas aos heterossexuais em outro. Como pode um “bandido” se alimentar no mesmo “bandeco” (marmita) de um indivíduo que pratica sexo oral? O “crime” não aceita. (CARVALHO; PAULA; KODATO, 2018)

Chega-se a tal ponto em que ao adentrar nos banheiros “os gays também precisam dar gritos para anunciar sua chegada e não correr o risco de ver um preso hétero sem roupa.”(SOUZA, 2019), isso pois, se não o fizerem, podem ser mortos em algumas prisões do país, segundo pesquisadores.

Ademais, a vigilância nas celas que contenham homossexuais, transexuais e travestis é realizada constantemente pelos membros da facção e, quaisquer detentos que se aproximem delas são obrigados a se explicarem, sendo expulsos da cela em que vivem comumente e forçados a ir para onde aqueles permanecem (SILVA; DIAS, 2010). Isso pois, qualquer envolvimento, mesmo que mínimo, com essa população, torna-se motivo de expulsão da facção e sujeição às mesmas condições discriminatórias a que são submetidos diariamente, sendo que “todos que forem acusados dessa violação serão considerados ‘bichas’ e como elas serão tratados.” (SILVA; DIAS, 2010)

No entanto, em conflito com o comportamento de afastamento proposto pelas grandes facções, verifica-se diversos depoimentos de estupros coletivos sofridos principalmente pelas

detentas trans e travestis, tal como o relato dado pela travesti Vitória Rios Fortes de situações vivenciadas enquanto cumpria pena em 2009:

‘Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoito’, denuncia Vitória, que passou a mutilar os braços para chamar a atenção da diretoria da penitenciária na época. [...] ‘Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir’, desabafa. (KIEFER apud FORTES, 2014)

O terror vivido por Vitória foi motivo de comoção por parte de todos os agentes da unidade prisional e por pessoas externas que souberam do caso, tendo se tornado uma das inspirações para a criação de uma medida paliativa bastante difundida atualmente nos presídios, as chamadas alas LGBT. “O Estado de Minas Gerais foi o primeiro Estado brasileiro a oferecer alas protegidas para detentos transgêneros, ainda em 2009, sob a alcunha de ‘ala LGBT’ 73.” (CAVALCANTE, 2014).

[...] nos Estados em que as alas foram criadas, apesar do pouco tempo de funcionamento, é possível observar relatos de melhorias no que tange à saúde e à integridade física dos detentos transgêneros. Por isso, as “alas LGBT” no Brasil, na forma de seções protegidas nos complexos penitenciários masculinos, têm permitido um tratamento mais humanizado aos indivíduos transgêneros e têm ajudado a evitar o cometimento de agressões e de violências físicas e sexuais (CAVALCANTE, 2014)

Atualmente, segundo dados do “Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos publicado em 2020 mostra que, de um total de 508 estabelecimentos prisionais no Brasil [...] ao menos 106 possuem uma ala reservada para pessoas LGBTI.” (OLIVEIRA, 2021). Dessa forma, para ser acolhido nesses celas, é necessário que o detento ou a detenta assinem um “termo de homossexualidade” e escolham ir para a ala LGBT.

A Resolução Nº 348/2020, assinada por Luiz Fux, tenta garantir que antes de qualquer custódia a justiça identifique e acolha pessoas da comunidade LGBTI para que, se possível, elas tenham direito de escolher se querem ou não ir para um estabelecimento prisional com ala LGBT. (OLIVEIRA, 2021)

Lembrando que, “também há os que preferem manter a orientação sexual ou identidade de gênero em segredo por medo de virarem alvos de agentes penitenciários e colegas de detenção homofóbicos”, optando, assim, por ficarem nas celas comuns, junto aos demais presos. E, ainda, acredita-se que há aqueles que, devido a violência perpetuada intrínseca entre os próprios apenados (independentemente de orientação sexual ou gênero), mintam para fazer parte das alas especiais e, em teoria, mais seguras. O que, aliado a superlotação já existente, dificulta o trabalho de proteção aos grupos de vulnerabilidade dentro dos presídios.(OLIVEIRA, 2021)

Desta forma, a criação das alas LGBT, se mostra necessária dada a criticidade e urgência da situação vivenciadas por essa população, sendo mortos e violados diariamente, devendo,

entretanto, nos dizeres de Carlos Magno, presidente da Associação Brasileira de Gays Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) as celas especiais devem ser vistas como um meio mas não como um fim:

Na verdade é uma medida paliativa frente a uma situação de vulnerabilidade da população em privação de liberdade no Brasil. Se a dignidade humana estivesse sendo respeitada nos presídios, não seria necessário ter ala específica para LGBT. Continua existindo abuso de heterossexuais com heterossexuais nas cadeias. Com os homossexuais, a vulnerabilidade é maior. Não há só uma relação de poder estabelecida, mas também de preconceito que leva à violência física. É aquela coisa do ‘vamos abusar de você para você aprender a virar homem’. É um absurdo (MAGNO, 2014)

Assim sendo, apesar de diminuírem a violência e o preconceito sofrido pelos gays, transexuais e travestis, as alas não devem ser vistas como suficientes para o que se busca combater, cabendo ao Poder Público tomar medidas que causem uma mudança significativa na realidade vivenciada por essa população, tal qual é possível observar através da Resolução nº 348/2020 assinada por Luis Fux que traz em seu texto direitos que devem ser garantidos aos detentos LGBTQIA+ como, por exemplo, direito de optar por um estabelecimento prisional que tenha alas especiais para LGBT, o direito a ser tratado pelo nome social, visita íntima e tratamento adequado em caso de HIV, além do direito a tratamentos hormonais para as detentas transexuais (CNJ, 2020). A citada resolução se mostra como um avanço no tocante ao reconhecimento dos direitos e garantias desses cidadãos que já são negligenciados e marginalizados pela sociedade fora do cárcere. Dentro dele, encontram-se duplamente encarcerados, privados de liberdade e privados de serem quem realmente são, deste modo, faz-se necessário caminhar de maneira diligente na defesa desses cidadãos, tal como a observância da real efetivação dos direitos fundamentais dentro das penitenciárias, saindo apenas do papel e a aplicando na prática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante a supracitada observação dos diversos déficits no sistema carcerário brasileiro, contendo esse um problema sistêmico sob a égide do Estado de Coisas Inconstitucional, juntamente da falta de dados consistentes e constantes acerca dos crimes e violências motivadas por LGBTfobia no país mas que demonstram uma negligência perante ao sofrimento vivenciado por essa população, padecimento esse que conforme a pesquisa concluiu, tem aumentado com o passar dos anos. Deste modo, somando-se as duas realidades chegamos no grupo que mais é impactado, tanto pelo desmazelo nas unidades prisionais quanto pelo preconceito que ultrapassa os portões das penitenciárias e impactam a liberdade de serem quem são: os LGBTQIA+ em situação de cárcere. Sofrendo de forma que se encontram em um duplo cárcere, sendo necessário uma maior atenção e medidas públicas tais como se mostram na construção tanto das alas LGBT, sendo essas uma

medida paliativa mediante a urgência da situação e através da Resolução nº 348/2020 que reforçou os direitos e garantias desse grupo devendo ser cumpridos de maneira realmente efetiva e que cheguem na prática a eles.

Assim, conclui-se a partir dos resultados encontrados, tendo como ponto crítico a falta de dados e a violência interna formal vivenciada pelos encarcerados LGBTQIA+, com enfoque nos homossexuais, transexuais e travestis, que há a necessidade crescente da aplicação das medidas paliativas de celas especiais, como forma de proteger instantaneamente esses indivíduos, enquanto outras diligências que tratam a situação de forma a não ser mais necessária essa separação não são aplicadas.

Dessa forma, faz-se necessário um aumento no número das alas LGBT, eis que, perante o número de detentos declarados parte da comunidade LGBTQIA+ o número de prisões com essas celas especiais se torna insuficiente para atendê-los. Ademais, é preciso que haja uma maior integração dos dados de violência motivada por LGBTfobia tanto dentro quanto fora das unidades prisionais, junto de uma melhoria nos sistemas de notificação de dados, devendo esses serem aperfeiçoados pelo Poder Público de maneira a fornecerem índices oficiais dessa realidade, facilitando a conscientização da população quanto a gravidade da situação.

REFERÊNCIAS

BITTAR, P. Especial Presídios - A história das facções criminosas brasileiras (05' 50"). **Site da Câmara dos Deputados. RÁDIO CÂMARA**. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/radio/programas/271725-especial-presidios-a-historia-das-faccoes-criminosas-brasileiras-05-50/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

CARVALHO, E. A. D.; PAULA, A. D. S. D.; KODATO, S. **HOMOSSEXUAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO MASCULINO: VIOLAÇÕES E PRIVAÇÕES**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/227.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

CAVALCANTE, M. S. **SISTEMA PRISIONAL E TRANSGÊNEROS NO BRASIL: um debate necessário**. UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPBCENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJCURSO DE DIREITO. João Pessoa. 2014.

CNJ. **Resolução Nº 348 de 13/10/2020**. [S.l.]: [s.n.], 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 28 set. 2021.

COSTA, F.; BIANCHI, P. Presos recebem remédios das famílias, diz médica com 2 décadas de trabalho em cadeias. **Sitda da UOL**, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/presos-recebem-remedios-so-das-familias-diz-medica-com-2-decadas-de-trabalho-em-cadeias.htm>>. Acesso em: 28 set. 29.

DAVIS, A. **ESTARÃO AS PRISÕES OBSOLETAS?** Tradução de Mariana Vargas. 1º. ed. [S.l.]: Editora Bertrand Brasil LTDA., 2018. ISBN 978-85-7432-148-6.

DOURADO, J. L. G.; ALVES, R. S. F. Panorama da saúde do homem preso: dificuldades de acesso ao atendimento de saúde. **Boletim - Academia Paulista de Psicologia**, v. 39, n. 96, jan./jun. 2019. ISSN 1415-711X. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2019000100006>. Acesso em: 28 set. 2021.

DUARTE, J. K. V.; NETO, J. G. D. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): O REMÉDIO ESTRUTURAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE UM DIÁLOGO ENTRE OS PODERES DA UNIÃO. **Revista da ESMAL**, Maceió-AL, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/issue/view/1>>. Acesso em: 28 set. 2021.

FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. [S.l.]: [s.n.], 2019. ISBN 1983-7364. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. [S.l.]: [s.n.], 2020. ISBN 1983-7364. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. [S.l.]: [s.n.], 2021. ISBN 1983-7364. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

GOFFMAN, E. **MANICOMIOS, PRISÕES E CONVENTOS**. [S.l.]: Perspectiva S.A., 1961. 316 p.

GONÇALVES, E. Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios. **Site da UOL**, 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/covid-19-avanca-entre-presos-e-agentes-e-espalha-tensao-nos-presidios/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

IPEA; FBSP. **Atlas da Violência 2020**. [S.l.]: [s.n.], 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/atlas-2020/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

ISP-RJ. Série Histórica. **site do Instituto de Segurança Pública do Governo do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br:4434/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

KIEFER, S. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. **Site da UAI**, 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 28 set. 2021.

- KOSAK, A. P.; BARBOZA, E. M. D. Q. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileira perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 1, 2021. ISSN 2236-1677. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/6518-27854-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.
- MENDES, B. **Sistema Penitenciário: insegurança e insalubridade da gestão à crise**. [S.l.]: [s.n.], 2019. Disponível em: <https://brunopazmendes.jusbrasil.com.br/artigos/701835632/sistema-penitenciario-inseguranca-e-insalubridade>. Acesso em: 28 set. 2021.
- MORAES, A. F. O.; SALLUM, C. **RESSOCIALIZAÇÃO DE APENADOS: APAC UMA NOVA ALTERNATIVA**. [S.l.]: [s.n.], 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/ressocializacao-de-apenados-apac-uma-nova-alternativa>. Acesso em: 28 set. 2021.
- OLIVEIRA, N. **Princípios do Direito Penal**. [S.l.]: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://nataliafoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/468089349/principios-do-direito-penal>. Acesso em: 28 set. 2021.
- OLIVEIRA, R. Alas LGBTI buscam frear homofobia em presídios. **Site Dentro do Meio**, 2021. Acesso em: 28 set. 2021.
- PAULUZE, T. Saúde vira principal reclamação nas prisões de SP, onde paciente de Covid só recebe paracetamol Mesmo com condições precárias, número de mortos no sistema prisional paulista caiu. **Site da Uol**, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/02/saude-vira-principal-reclamacao-nas-prisoas-de-sp-e-paracetamol-e-unico-remedio-oferecido-contra-covid.shtml>. Acesso em: 28 set. 2021.
- SILVA, V. C. D.; DIAS, C. C. N. O CORPO COMO ESPAÇO: A POSIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS NA NOVA CONFIGURAÇÃO DO PODER NAS PRISÕES PAULISTAS. **Fazendo Gênero 9 Diásporas, Diversidades, Deslocamentos**, 23 a 26 de agosto 2010. Disponível em: <http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares>. Acesso em: 28 set. 2021.
- SOUZA, F. Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação. **Site da BBC News Brasil**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 28 set. 2021.
- SSP-SP. Dados estatísticos do Estado de São Paulo. **Site da Secretaria da Segurança Pública do Governo do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Mapas.aspx>. Acesso em: 28 set. 2021.
- SSP-SP. Estatísticas Trimestrais. **Site da Secretaria da Segurança Pública do Governo do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Trimestrais.aspx>. Acesso em: 28 set. 2021.
- WACQUANT, L. AS PRISÕES DA MISÉRIA. Tradução de André Telles. [S.l.]: [s.n.], 1999. 121 p.

STALKING – VELHO COMPORTAMENTO E SUA NOVA LEGISLAÇÃO

Michele Christina Martins da SILVA¹
José Eduardo Lourenço dos SANTOS²

RESUMO

O crime de stalking, que consiste em comportamento de perseguição, assédio persistente e indesejado, direcionado a uma pessoa específica, não é um crime novo, e que sempre demandou atenção, como também, ser tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, para que as vítimas se sentissem protegidas. Somente em 1 de março de 2021 pela Lei nº 14.132/21, tipificou o crime de stalking no Código Penal, artigo 147-A, preenchendo a lacuna que existia no direito brasileiro, uma vez que, antes a prática do mesmo era apenas contravenção penal, que previa o crime de perturbação da tranquilidade alheia sendo insuficiente para a preservação da dignidade da pessoa humana resguardado na Constituição Federal de 1988 ferida pelo stalker. Pretende se abordar as tipologias dos stalkers e das vítimas, bem como, o assédio moral vivenciado por elas, devido à afetar o íntimo das mesmas de modo negativo, além dos comportamentos do stalker, que são variados e por si só, intimidadores, causando sérias consequências as vítimas, comprometendo a saúde mental, física, patrimônio e mudanças no estilo de vida. O método utilizado no trabalho foi dedutivo, com o emprego bibliográfico e legislativo a partir de livros, leis, artigos científicos, matérias jornalísticas que versam à respeito do crime de stalking. Com isso, o intuito deste estudo é conscientizar as pessoas que o crime de stalking é punível, e este, se não for notado logo de início, traz sérios traumas sejam nas esferas psíquica, moral, cotidiana e patrimonial das mesmas.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de *Stalking*. Assédio Moral. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The crime of stalking, which consists of stalking behavior, persistent and unwanted harassment, directed at a specific person, is not a new crime, and it has always demanded attention, as well as being typified in the Brazilian legal system, so that the victims felt protected. Only on March 1, 2021, by Law No. 14,132/21, typified the crime of stalking in the Penal Code, article 147-A, filling the gap that existed in Brazilian law, since before the practice of it was only a misdemeanor criminal, which provided for the crime of disturbing the tranquility of others being insufficient for the preservation of the dignity of the human person protected in the Federal Constitution of 1988 wounded by the stalker. It will address the typologies of stalkers and victims, as well as the moral harassment experienced by them, due to affect their intimate in a negative way. And finally, the stalker's behavior, which is varied and in itself, intimidating, causing serious consequences for victims, compromising mental and physical health, property and changes in lifestyle. The method used in the work was deductive, with bibliographic and legislative use based on books, laws, scientific articles, journalistic articles that deal with the crime of stalking. Thus, the purpose of this study is to make people aware that the crime of stalking is punishable, and this, if not noticed right away, brings serious traumas, whether in the psychic, moral, daily and patrimonial spheres of the same.

KEY-WORDS: Stalking Crime. Bullying. Dignity Of Human Person.

1 Discente do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu “Direito e Estado na Era Digital” ofertada pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM);

2 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM); Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM); Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Docente do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu “Direito e Estado na Era Digital” da Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM).

INTRODUÇÃO

Stalking, como se verá no artigo, não é um fenômeno novo e vem tomando grande proporção no Brasil, de modo que, antes era apenas considerado como contravenção penal, que previa perturbação da tranquilidade alheia, porém, em 1 de março de 2021 pela Lei nº 14.132/21, tipificou o crime de *stalking* no Código Penal, artigo 147-A, com pena de reclusão de seis meses a dois anos, e multa, para o *stalker* que cometer o crime abordado.

O *stalker* tem comportamentos reiterados de assédio persistente levados a cabo contra a vida das vítimas, contendo intromissões na vida privada de cada uma delas contra a vontade, podendo ser das mais variadas táticas de perseguições, desde as mais tradicionais, como telefonemas, mensagens, e-mail até comportamentos que invadem à esfera privada delas, variando desde a espera à porta de sua residência/trabalho, em lugares socialmente frequentados, envio de flores, dentre outros.

Os reflexos do crime de *stalking* nas vítimas são os mais diversos, se refletindo na invasão na sua privacidade, ferindo a dignidade da pessoa humana, direito fundamental resguardado pela Constituição Federal de 1988, pois a sua liberdade e o poder de escolha diante de todos os aspectos de suas vidas, são afetados, não podem mais conduzi-las conforme desejam.

No Brasil, há vários tipos de ocorrências concretas do crime de *stalking*, em face do que, no decorrer do artigo, serão abordados alguns casos, até mesmo antes do crime ser tipificado no Código Penal Brasileiro. Fica evidente de como as vítimas são variadas, comportamentos dos *stalkers* são diversos, e como afetam as vítimas. Nos casos referidos, é permitido evidenciar que os atributos da personalidade foram afetados, como também, à intimidade, liberdade, sossego, sendo obrigadas a mudar de estilo de vida, de cidade, para tentar recomeçar.

O objetivo deste artigo é compreender as tipologias do *stalker* e das vítimas, comportamentos perpetrados pelos *stalkers*, as consequências gravosas causadas nas vítimas e os riscos associados. Além disso, o fenômeno assédio moral que o crime em questão causa, ferindo a dignidade da pessoa humana das vítimas, pela aclarada percepção de como danos psicológicos, físico e mudanças no estilo de vida causam de forma abusiva e degradante nas mesmas.

Para o proposto, utilizou-se do método dedutivo, com o emprego bibliográfico e legislativo a partir de livros, leis, artigos científicos, matérias jornalísticas que versam sobre o tema.

Por fim, é de extrema importância que o tema seja cada vez mais debatido para que as pessoas tenham percepção logo de início quando estiverem sendo vítimas do crime de *stalking*, para assim, se socorrerem indo pela via judicial, delegacia, coibindo tal conduta, fazendo com que, não cheguem ao extremo de serem obrigadas a também procurarem ajuda com psicólogo.

1 STALKING

1.1 Conceito

O crime de *stalking*, não é uma prática de violência atual devido ao fato de que, foi sendo desenvolvido e disseminado com o decorrer da evolução da sociedade.

A violência, no início, era praticada como forma de sobrevivência, pois para o homem sobreviver diante de várias adversidades, utilizava-se da sua força.

A prática do crime de *stalking* não é uma conduta que nasceu atualmente, pois o mesmo já era praticado desde os tempos remotos, mas como vem tomando grande proporção, está sendo estudado de forma mais aprofundada. Natália Gomes de Vasconcelos e Marconi Neves Macedo (2015, p. 19) relatam que o termo “*stalking*” foi inicialmente utilizado em 1980:

O termo *stalking* foi utilizado inicialmente nos Estados Unidos, Califórnia, no final da década de 1980, para descrever a perseguição insistente a celebridades pelos seus fãs, tornando-se criminalmente tipificada somente em 1990, abrindo precedentes para os demais países europeus, como por exemplo, na Inglaterra onde, a cada ano, cerca de 600 mil homens e 250 mil mulheres são vitimados.

O termo em inglês *stalking*, significa em português “perseguição insistente”, vem crescendo diariamente através de práticas delituosas para contra o ser humano, através do *stalker*. Designa formas de violências, ou seja, invade repetidamente à esfera da privacidade da vítima, empregando táticas de perseguições e meios diversos, tais como, ligações telefônicas, envio de mensagens pelo SMS ou por correio eletrônico, publicação de fatos ou boatos em sites de internet, remessa de presentes, espera de sua passagem nos lugares que frequenta, prática de constrangimentos públicos e coletivos direcionados, menosprezar as suas conquistas e planos, etc.

A prática do crime de *stalking* agride direitos constitucionais garantidos pela Constituição Federal de 1988 por causar sérios problemas às vítimas, sejam na sua esfera íntima, profissional, como também, por idolatração a pessoas públicas.

É uma forma de violência que, afeta qualquer pessoa, independentemente do seu gênero, etnia, religião, idade, estado civil, posição social. Os comportamentos vivenciados pelas vítimas, os quais não são consentidos por elas, são repetitivos, intrusivos e intimidadores, deixando-as incomodadas e intimidadas, interferindo na sua segurança, liberdade, afetando sua dignidade, a qual, é resguardada pela Constituição Federal de 1988.

Em suma, trata-se de perseguir a vítima, ao passo que, o *stalker* tem atos que a amedronta, perturba, atemoriza, de forma obsessiva, constrangedora, prejudicando-a a vários níveis, sendo o mais comum o impacto psicológico, ou seja, é uma prática nociva.

1.2 Tipologias dos *Stalkers* e Vítimas

Para classificar um *stalker*, o psiquiatra e professor Paul Mullen e seus colaboradores, na obra “Stalkers e suas vítimas” (2000), considerou a existência de cinco tipos de *stalkers*:

- Rejeitado - o tipo mais persistente e que apresenta maior risco de violência, persistência e reincidência. Persegue a vítima com o objetivo de restabelecer uma relação anterior de amizade, trabalho, amorosa, ou outra, uma vez que se recusa a aceitar seu término;
- Em busca de intimidade – é aquele que procura estabelecer uma relação amorosa com a vítima. Normalmente esse é um objetivo a longo prazo, persistindo ele na conquista independentemente da reação da vítima, por acreditar estarem destinados a ficar juntos. Muitas vezes apresentam distúrbios psíquicos, existindo um elevado risco de persistência e reincidência. Porém raramente são violentos;
- Ressentido – persegue a vítima com o objetivo de se vingar, por acreditar que ela o prejudicou. Procura vingar-se criando um clima de medo e terror no alvo. Apesar de recorrer muitas vezes a ameaças, raramente é violento;
- Predador – utiliza a perseguição como uma fase preparatória para um futuro ataque (normalmente sexual). Vigia vítima para obter informações que o ajudem a organizar e perpetrar a agressão futura. Apresenta elevada probabilidade de violência física e sexual.

Ou seja, nota-se que há diferentes tipos de *stalker* e modos de agir do mesmo, envolvendo formas diversas de comunicação, vigilância, contato e monitoração, ao passo que, essas formas são indesejadas, potenciando um impacto negativo e, muitas das vezes, severo para as vítimas.

Em relação às vítimas, há 7 tipos, consoante a sua relação com o perseguidor:

- Vítimas de ex-parceiros – constituem o maior grupo, sendo na grande maioria mulheres. São também as que estão expostas a mais comportamentos de *stalking* e aos mais graves;
- Vítimas de conhecidos/amigos – é neste grupo que se encontram a maioria das vítimas masculinas;
- Vítimas em contexto de uma relação profissional de apoio – as vítimas aqui são médicos, advogados, professores, etc., perseguidos por alguém com quem tiveram contato no desempenho da sua profissão
- Vítimas em contexto laboral – a perseguição é levada a cabo por alguém do contexto laboral da vítima (empregador, subordinado, colega ou cliente);
- Vítimas de desconhecido – várias são as motivações do *stalker*, as quais vão desde o desejo de estabelecimento de relação de intimidade até ao desejo de vingança e retaliação
- Celebidades vítimas – devido à sua exposição midiática tornam-se um alvo fácil para fãs obsessivos. No entanto, raramente envolve violência devido às medidas de segurança que as rodeiam
- Falsas vítimas – são casos raros, dentre os quais a do *stalker* que se faz passar por vítima, acusando a verdadeira vítima de o perseguir. Pessoas com problemas psiquiátricos que imaginam estar sendo perseguidas. E ainda, uma ex-vítima que diante de uma situação normal acaba por pensar que novamente está sendo vitimada por um *stalker*.

Diante das vítimas relacionadas, Natália Gomes de Vasconcelos e Marconi Neves Macedo (2015, p.21) as classificam como:

Quanto às vítimas, em análise mais detalhada, podemos classificá-las tais como: vítimas de ex-parceiros, vítimas de conhecidos ou amigos, vítimas de uma relação profissional, vítimas em contexto laboral, vítimas de desconhecidos, vítimas celebridades e as falsas vítimas, sendo esta última denominada de “subversão de posição, na qual o Stalker acusa a própria vítima de persegui-lo, impondo o seu domínio e contato com a vítima.

Não obstante, é notória que há uma heterogeneidade de vítimas e tipologias, sendo que, devido as circunstâncias, tornam-se vulneráveis, violando o direito fundamental à vida privada, isso porque, o *stalker*, ao empregar a perseguição de modo incessantemente, causa medo, angústia,

temor, incertezas.

Com isso, e nessa linha de pensamento, Damásio de Jesus (2008) trouxe os comportamentos peculiares para com as vítimas, quais sejam: invadem a privacidade repetição de atos; causa danos a integridade psicológica e emocional do sujeito; lesão à sua reputação; alteração do modo de vida e restrição à liberdade de locomoção.

Ademais, Natália Gomes de Vasconcelos e Marconi Nevez Macedo (2015, p. 21), ressaltam ainda que:

[...] para que haja a efetivação do Stalking, antes de qualquer coisa, é necessário que existam primeiro os requisitos supracitados, visto que muitas vezes um ato aparentemente inofensivo e inócio poderá tomar maiores proporções de acordo com sentimento de saciedade do Stalker e o seu objetivo final, causando danos morais e psicológicos irreversíveis à vítima, que muitas vezes desconhecem a prática do Stalking, e por isso, todo o procedimento que o configura e, conseqüentemente, os meios de ajuda existentes também; outras pela própria ameaças verbais e físicas que sofre, não compartilha com ninguém a real situação fática, suportando sozinha os dramas, dores e aflições de viver sob o assédio de ser coagida ao indesejado.

Diante disso, as condutas do *stalker* acarretam para as vítimas impactos severos na sua saúde física e mental, ao passo que, são obrigadas a mudar o estilo de vida de modo significativo, consistindo em intromissões na vida privada contra a sua vontade, de forma intencional, podendo revestir-se de várias táticas, desde as formas mais tradicionais como telefonemas, mensagens, até comportamentos que invadem a privacidade, variando desde à espera da porta de sua residência ou local de trabalho, como também, lugares que socialmente são frequentados pelas mesmas.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 O Crime de *Stalking* no Brasil

Havia uma lacuna no direito penal brasileiro referente ao crime de *stalking*, mesmo que este crescia gradativamente polarizando as mais diversas opiniões.

Até 30/03/2021, a prática desse crime se enquadrava no artigo 65 – Perturbação da tranquilidade, do Decreto Lei nº 3.688, da Lei das Contravenções Penais, sendo que era insuficiente para preservar os direitos atingidos das vítimas.

A lei mencionada fora revogada e dispunha que:

Artigo 65: Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Ou seja, as consequências sofridas pelas vítimas são graves e negativas para esse crime ser considerado apenas uma contravenção.

Por não ser um crime novo e necessitando de uma lei mais severa, pois apenas a penalidade disposta na lei de contravenções penais, demonstrava o quanto era desproporcional todas

as condutas praticadas pelo *stalker* e as consequências sofridas pelas vítimas que, em 31 de março de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.132/2021 a qual tipificou o crime contumaz ou obsessiva no artigo 147-A do Código Penal, que dispõe:

Perseguir alguém, reiteradamente física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade; Pena: reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa;

§1º: A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art.121 deste código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma;

§2º: As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência;

§3º: Somente se procede mediante representação.

O *stalker* faz contatos forçados, indesejados, de forma repetida ou sistemática, com conduta silenciosa e quase sempre muito bem planejada, sendo que, não apenas terá penalidades na esfera criminal, mas pode-se ensejar responsabilizações civis, sejam danos morais e/ou materiais, como dispõe os artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro (2002), de modo a reparar a vítima:

Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Isso tudo porque, o crime de *stalking* tem uma grande dimensão e abrangência, não sendo apenas resguardado na esfera penal para as vítimas, como também, na seara civil, como meio delas tentarem reaver o dano que lhe foram causados.

Contudo, mesmo que haja responsabilizações penais e civis, não são, muitas das vezes, proporcionais aos sérios danos que o *stalker* causa as vítimas, dentre elas, físicos, psicológicos, emocionais, até mesmo porque, consisti em um conjunto de condutas repetidas, persistentes e imprevisíveis, levando com que, as vítimas se sintam desamparadas e impotentes perante ao mesmo.

Com isso, ante a importância do tema e as consequências que o crime de *stalking* causa nas vítimas, o artigo irá apresentar um ponto muito importante e de grande relevância, ou seja, a visibilidade social do fenômeno assédio moral, devido ao fato do constrangimento, como também, das perseguições repetitivas e prolongadas, atacando a dignidade das mesmas.

3 O FENÔMENO ASSÉDIO MORAL POR MEIO DO STALKING, EM RELAÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 O Valor da Dignidade da Pessoa Humana

Ingo Sarlet (2007, p. 62) definiu dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comum com os demais seres humanos.

Com a definição de Sarlet, é possível verificar que a dignidade da pessoa humana está relacionada ao reconhecimento de cada pessoa como merecedora de igual consideração e respeito, seja pelo Estado e pela comunidade, representando assim, uma junção dos direitos garantidos constitucionalmente.

Então, a dignidade da pessoa humana é o direito inerente a todo o ser humano, o qual está resguardado pela Constituição Federal (1988), em seu artigo 1, que assim expõe:

Artigo 1: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Observa-se que, o inciso III do artigo acima, deixa claro que, o Estado tem o dever de proteger o ser humano, o qual faz jus a devida garantia à dignidade da pessoa.

Percebe-se que, a Constituição Federal de 1988 instituiu a dignidade da pessoa como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como também, ao prever um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, demonstraram que não se preocuparam apenas com a instituição, mas também, com a efetivação de todos os direitos, de modo a proteger o ser humano de forma ativa.

A dignidade da pessoa humana visa afastar qualquer tipo de ação que ignore a sua qualidade de sujeito de direitos, pois ela diz respeito à própria condição humana, se relacionando com as manifestações da personalidade, ao passo que, não se limita a oferecer garantias à integridade física do ser humano.

Alexandre de Moraes (2011, p. 24) salienta que:

Dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por partes das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Ainda se faz necessário citar outra lição de Alexandre de Moraes (2011, p.24):

A dignidade da pessoa humana: concede os direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes as personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

Então, é notório que, a dignidade da pessoa humana deve ter base no respeito a todos os seres humanos, sendo o alicerce de toda sociedade brasileira, garantindo condições dignas de existência.

Com isso, o crime de *stalking* viola claramente a dignidade da pessoa humana devido a persistência da perseguição do *stalker* para com suas vítimas, pois ao privar as mesmas de gozar plenamente das suas atividades sejam elas, pessoais, laborais, de lazer, afeta de modo negativo a sua saúde e seu cotidiano.

Jean Carlos Borges Vieira (2013) traz que, além da dignidade humana ser um direito resguardado, é uma qualidade intrínseca, inseparável e que deve nascer e morrer com o ser humano, sendo respeitada tanto pelo Estado quanto pelas pessoas.

Nada mais violento que impedir o ser humano de se relacionar com a natureza, com seus semelhantes, com os mais próximos e queridos, consigo mesmo e com Deus. Significa reduzi-lo a um objeto inanimado e morto. Pela participação, ele se torna responsável pelo outro e com-cria continuamente o mundo, como um jogo de relações, como permanente dialogação.

Ou seja, o *stalker* não pode tratar o ser humano como objeto ou impedi-lo de usufruir de seus direitos cotidianamente.

Diante disso, um dos grandes problemas que o crime de *stalking* traz é o chamado assédio moral, ou seja, as vítimas têm seus direitos da personalidade violados, além do sofrimento devido a perseguição insistentemente do criminoso *stalker*.

3.2 Assédio Moral - Um Mal Silencioso

O que significa assédio moral? Segundo o dicionário online de Português assédio significa “insistência inconveniente, persistente e duradoura em relação a alguém, perseguindo, abordando ou cercando essa pessoa”, já a moral significa que são “preceitos e regras que, estabelecidos e admitidos por uma sociedade, regulam o comportamento de quem dela faz parte”.

Então, assediar é perseguir, atacando com insistência para conquistar o outro, e já a moral, é a conduta da pessoa, ou seja, ofensa ou até mesmo a violação dos bens de direito tutelados, os quais se referem à liberdade, honra, saúde, seja mental ou física, imagem, privacidade e etc., o qual atinge a vítima do *stalker* ao ponto de ter sua vida transformada, e que, muitas das vezes, nem o ressarcimento pecuniário consegue resolver a esfera afetada.

O assédio moral que as vítimas do *stalker* sofrem, é uma violência invisível, não deixa vestígios tangíveis, que dia após dia vai se tornando um “veneno lento”, ao qual, causam impactos

extremamente negativos e nocivos à saúde e bem estar das mesmas, devido aos desgastes que provoca.

Como o assédio moral é caracterizado por condutas de perseguições e humilhações, afetando a esfera psíquica das vítimas do *stalker*, ao passo que, suas atitudes sejam degradantes, assim como é a violência física, é a violência moral, ofendendo à alma, ao espírito humano e à integridade psíquicas das mesmas.

Dado a importância do assédio moral, existe na obra sobre Responsabilidade Civil (2015) de Sílvio de Salvo Venosa que, o dano moral causa sofrimento psicológico e físico quando a conduta ilícita ultrapassar o razoável ou também, ser mero dissabor, sendo que, muitas das vezes podem levar as vítimas a desenvolver doenças como, depressão, síndromes, inibições, bloqueios, e etc. Ainda ressalta que, não há critérios para fixar a indenização do dano moral sofrido pela vítima, porém, no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, deixa claro que, a vítima lesada terá direito a indenização pelo dano moral e material em caso de quaisquer direitos da personalidade, assim aduz:

Artigo 5: 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:
[...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Ainda que, a reparação das vítimas que sofrem com o crime de *stalking* não seja só possível, como extremamente necessária, há dificuldades de se calcular um bem jurídico interior, o qual se resulta de inúmeros sentimentos íntimos sofridos por elas.

Para tanto, não sendo fácil mensurar os danos sofridos pelas vítimas, como também, quando se trata de assédio moral, por não existirem parâmetros ou critérios legais e a extensão do dano, pois estes afetam o íntimo das vítimas de modo negativo, limitando a sua liberdade, afetando significativamente a vida e o estado mental das mesmas que são perseguidas.

4 A HETEROGENIDADE DOS MAIS DIVERSOS CASOS DO CRIME DE *STALKING*

4.1 Breve Relato do Caso da Radialista Verlinda Robles

A radialista Verlinda Robles, após 2 anos de perseguição em que, o *stalker* fazia ligações, recebia presentes, quantias em dinheiro, como também, declarações bizarras sendo chamada de “enviada por Deus” para ser a mulher da vida dele, foi obrigada a fugir de Mato Grosso do Sul – Brasil. Verlinda acreditava que era apenas um carinho de fã, mas tudo tornou-se um pesadelo.

O ápice do crime de *stalking* sofrido por ela, mesmo ainda não reconhecido no Brasil na época, foi quando o *stalker* alterou suas faturas, encaminhando para seu próprio endereço.

A radialista descreveu em entrevista à rádio sobre tudo que sofreu:

“Eu sou locutora há quase 30 anos você sempre recebe carinho dos ouvintes e, e, em princípio, pensei que fosse, já que ele também se intitulava como ouvinte. Até que ele começou a dizer que estava apaixonado e dizer que foi Deus que me colocou na vida dele e que eu era a escolhida. Ela usava esse termo e toda vez que ele ligava”, conta.

A radialista ainda continuou o relato sobre tudo que passou com o *stalker*, chegando ao ponto de ser obrigada a pedir demissão:

“A fuga -Verlinda trabalha com o rádio há 30 anos. Ela conta que foi radialista em Costa Rica de 2002 a 2010. Logo depois, se mudou para Chapadão do Sul, onde trabalhou até 2016. Tudo começou quando a radialista voltou à Costa Rica, onde trabalhou até 2018. Neste intervalo, Verlinda passou três meses na Inglaterra e, para provar a dimensão dos atos, nem em outro continente teve paz. “Depois que voltei para Costa Rica viajei para a Inglaterra e fiquei três meses, em 2018. Nem lá tive paz. Ele descobriu meu telefone e me ligava, tentava ligar, né, porque estava bloqueado”, disse. Pouco depois do primeiro boletim de ocorrência, Verlinda deixou a rádio em Costa Rica e se mudou para Nova Andradina. Mesmo em outra cidade bastaram alguns dias para que ele descobrisse onde ela estava trabalhando. Cansada de fugir, a radialista tentou colocar um ponto final e voltou para São Paulo, onde aguarda o andamento do processo desempregada. A radialista volta a Nova Andradina no dia 20 de março, para a primeira audiência do caso. “Tive que vir embora. Ele chegou a falar para conhecidos que mesmo após depor na Polícia Civil, não iria dar em nada. Ele disse que deixaria de me perseguir por um tempo, mas depois voltaria”, revela.

O relato da radialista que, ao primeiro momento, tinha certeza que era apenas carinho de fã, paulatinamente, transformou-se em um tremendo pesadelo, causando-lhe medo, aflições, angústia, pois quanto maior a duração da perseguição, maiores são os danos provocados, e de fato isso ocorreu com a mesma.

4.2 Caso da Policial Civil do Distrito Federal

Outro caso, e este mais recente, que aconteceu no dia 06 de agosto de 2021, tendo sido decretada a prisão preventiva da policial civil do DF, Rafaela Luciene Motta Ferreira. A policial é suspeita de perseguir três ex-namorados.

Segundo fatos apurados pela investigação, a policial civil chegou a ligar para um dos seus ex-namorados, em um único dia, 98 vezes, e este o acusa de perseguição. E as queixas feitas por esse ex-namorado são do ano de 2018, quando a conheceu por meio de um aplicativo de relacionamentos.

Em uma das conversas telefônicas da policial com esse seu ex-namorado, a mesma, teria ameaçado os familiares desta forma:

“Acho que você devia ter um pouquinho mais de precaução. Você tem família aqui, você tem pai idoso, tem mãe idosa, eles moram sozinhos. Você tem irmã, tem sobrinho, então para de ser idiota.”

Tudo isso porque, o casal saiu algumas vezes, mas esse namorado pediu para terminar o relacionamento, e a policial passou a ameaçá-lo.

4.3 Vítima de Perseguição Online

Adriana Falcão, vítima por seis meses de perseguição online, diz ter ficado aliviada ao saber que pode pedir ajuda a polícia e registrar queixa na delegacia com a tipificação do “*stalking*” como crime.

Em seu relato ela deixa claro que:

A gente ouve falar sempre aquela coisa: ‘acontece com os outros, mas não vai acontecer comigo’ ou ‘se acontecer comigo eu vou reagir ou agir de certa forma’, mas quando acontece a gente fica sem reação, a gente fica com medo e o medo não deixa a gente raciocinar, o medo não deixa a gente reagir com clareza.

Diante dos casos apresentados, é notório que há diversas formas de ocorrer o crime de *stalking*, desde pessoalmente como por meios virtuais, podendo ser qualquer gênero, classe social, etnia, raça, sendo muitos os motivos da perseguição, invadindo a privacidade e intimidade das vítimas, conjuntamente ou não com lesão à honra, nome, à imagem, à vida privada, ao passo que, violando tais direitos, o *stalker* acaba provocando abalos psíquicos, mexendo com o emocional das mesmas, tornando suas vidas cheias de medos, inseguranças, receios, não podendo viver dignamente.

5 DOS COMPORTAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DE *STALKING*

5.1 Comportamentos do *Stalker*

Como já dito anteriormente, o crime de *stalking* são ações repetidas, persistentes e imprevisíveis do *stalker*, sendo que este, procura se impor à vítima.

Muitas das vezes, às vítimas não percebem de imediato que estão sendo assediadas, caracterizando as ações como carinhosas, de afeto. Porém, é necessário olhar para os comportamentos como um todo e não os individualizar, pois ao passar do tempo, tornam-se extremamente intimidadoras, marcando a vida das vítimas através do medo, insegurança, instabilidade e mal estar.

Em 2016, ainda sem tipificação do crime de *stalking* no Brasil, pois era tido como contravenção penal, Mariana Tordin Boen e Fernanda Luzia fizeram entrevista com duas centenas de estudantes de uma universidade de São Paulo e puderam verificar a ocorrência de práticas relatadas, incluindo o tipo de ato persecutório (do bilhete à invasão de residência) e de todas as consequências para as vítimas, sendo uma delas os danos emocionais, maiores em mulheres e a necessidade de mudança de hábitos para fugir dos perseguidores.

Os comportamentos podem ser variados e, por si só, intimidadores para com as vítimas.

Dentre as várias condutas perpetradas pelo *stalker*, que são indesejadas e prejudiciais, quatro são com números elevados de incidências, sendo elas, tentativas de contato (cartas, bilhetes, telefonemas, etc.) (86,4%), ir a locais que a pessoa frequenta (47,6%), perseguição (carro, moto, a pé) (41,7%), vigiar ou pedir para alguém fazê-lo (30,1%). Já outros comportamentos que também podem estar presentes, ameaçar, fazer mal a si mesmo (ex. suicidar-se) (17,5%), ameaça contra si próprio ou às pessoas próximas (8,7%), agressão (8,7%), filmagem ou fotografia sem autorização (6,8%), coisas vasculhadas, roubadas ou apoderadas (5,8%), agredir ou prejudicar pessoas próximas (4,9%), invasão de propriedade ou entrada forçada na residência (2,9%) e outras formas de comportamento (14,6%).

Como só em 31 de março de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.132/2021 a qual, tipificou o crime de *stalking* no artigo 147-A do Código Penal, conseguiram verificar estatísticas recentes no Brasil sobre o número de pessoas que foram vítimas do referido crime.

Em 29/05/2021 foi feita uma matéria que já no primeiro mês após a criação do crime de *stalking* no Brasil, no estado de São Paulo foi registrado 686 boletins de ocorrências de vítimas nas delegacias do estado, sendo um número equivalente a uma média de 23 queixas por dia. Os dados coletados pela Globo News, pouco mais da metade (50,6%) dos registros foram feitos pela internet, caminho mais usados pelos criminosos para perseguir e ameaçar.

Jamila Ferrari, delegada e coordenadora das Delegacias de Defesa da Mulher do estado de São Paulo, acredita que agora, ao ser considerado crime, muitas vítimas irão entender que podem procurar ajuda e denunciar. Ela relata que:

"Talvez elas nem imaginavam que isso poderia ser um crime. Realmente surpreende quando a gente verifica que tem um número expressivo de boletins de ocorrência. Eu acredito que é justamente por agora ter o crime, o delegado de polícia que registra mais. Afinal de contas, a gente tem que proteger essas mulheres. A gente sabe que essa perseguição, essa recorrência nessa perseguição, nesse *stalking*, coloca em risco a vida das vítimas", diz.

Com isso, o caso do crime de *stalking* deixa claro que, os comportamentos mesmo que sejam variados pelo perseguidor, são graves ao ponto de limitar a liberdade e privacidade das vítimas, com grande potencialidade lesiva.

5.2 Consequências e Busca de Ajuda das Vítimas

Quando se entende que, o crime de *stalking* é um assédio persistente, tema complexo, que traz sérias consequências para as vítimas, consegue-se perceber a importância de fazer frente a este fenômeno.

Tal forma de violência, compromete a saúde mental, física, patrimônio e mudanças no seu estilo de vida de suas vítimas que, no começo aparentam ser inofensivo, podendo levá-las a temer

pela sua segurança.

O Manual para Profissionais do Apoio à Vítima (2011), trouxe questões importantes dos danos que a vítima sofre diante do crime de *stalking*. Foi relatado que, as mulheres apresentam habitualmente maior impacto social e psicológico do que os homens e que, as vulnerabilidades de cada indivíduo contribuí para uma maior ou menor extensão do impacto, como também, a duração que o crime de *stalking* faz com que, seja um fator de grande relevância para a extensão do dano psicossocial, pois quanto maior a duração desse crime na vida da vítima, maior o potencial lesivo.

Diante dessa vulnerabilidade, é também necessário entender os fatores relacionados com a vítima, os quais, poderão influir de modo negativo no comportamento do *stalker*. As vulnerabilidades são:

- 1) Vulnerabilidades gerais: existência prévia de sintomas depressivos e de ansiedade e défices ao nível do apoio social e interpessoal.
- 2) Vulnerabilidades específicos: natureza da relação com o/a *stalker*; experiência atual e passada com comportamentos de *stalking*; rejeição de proteção e aconselhamento legal e de intervenção psicológica.
- 3) Fatores de risco futuros: possíveis condições que promovam o contato com o/a *stalker*; procura de contato com o /a *stalker* (ex. por sentimentos de culpa, esforços de negociação) e estratégias de resistência ativa (ex. Confronto).

Já na matéria do Estado de Minas, em 29/08/2021, foi listado todas as consequências na saúde física, mental e no bem-estar emocional, e no estilo de vida, ou seja:

Saúde física: Distúrbios digestivos; alterações de apetite; náuseas, dores de cabeça; insônia, pesadelos; fraqueza; cansaço; exaustão; alterações na aparência física (exemplo: mudar a cor e/ou cortar o cabelo); em consequência de ferimentos causados pelo (a) perseguidor pode ocorrer lesões físicas tais como: hematomas, queimaduras, ferimentos de arma branca e de fogo;

Saúde mental e no bem-estar emocional: medo; culpa; hipervigilância; desconfiança; sensação de perigo iminente; desânimo; confusão; falta de controle; comportamentos de distanciamento, evitando as pessoas, isolamento; ansiedade, como estresse pós-traumático e depressão; tentativas de suicídio; aumento do consumo de medicação ou automedicação; aumento do consumo de álcool/tabaco;

Estilo de vida: alteração de rotinas diárias; redução dos contatos sociais; abandono e/ou distanciamento de atividades sociais; mudança de cidade, de residência, de carro, e/ou de emprego; aumento de encargos econômicos, despesas sem necessidade ou reforçar medidas de segurança (exemplo: mudar a fechadura de casa; aquisição de alarmes, etc.); redução no rendimento seja na produtividade profissional, acadêmica ou escola; aumento do absentismo e/ou redução da assiduidade; diminuição do salário devido a dias de trabalho perdidos.

E como o crime tem aumentado, no dia 02 de agosto de 2021, a Segurança Pública do Ceará, trouxe relatos de algumas psicólogas do Departamento de Assistência Médica e Psicossocial (Damps) da Polícia Civil do Estado do Ceará, devido o *stalker* causar crise pânico nas vítimas, ficando com temores ao sair de suas casas, tendo que modificar o dia a dia, como também, diversos traumas psicológicos. A psicóloga Vanessa Lúcia do Damps detalha o perfil dos *stalker*:

Eu considero essas pessoas como desequilibradas emocionalmente. São pessoas que ao se verem frustradas, em determinado momento da vida, em seus desejos, podem partir para

ameaças em todos os níveis. Inclusive, de morte. Podendo até chegarem a um nível de desenvolvimento de sociopatia e psicopatia.

Para tanto, a psicóloga deixa claro que, as vítimas devem buscar ajuda e auxílio para frear as condutas do *stalker*:

É preciso deixar claro, sempre, que a culpa nunca é da vítima. Não importa onde o crime ocorreu. Muitas das vítimas são mulheres que após passarem por esse tipo de trauma, onde tiveram seus espaços invadidos, sejam eles virtuais ou físicos, acabam adquirindo crise de pânico, de ansiedade e precisam modificar seu dia a dia. Lidam com um medo exacerbado, pois tiveram seus espaços invadidos. Se a situação interferir no seu dia a dia, buque auxílio o mais rápido possível. Dessa forma, poderemos orientar e iniciar um tratamento juntando a psicoterapia com a psiquiatria medicamentosa. Isso não significa que esse trauma vá passar de imediato, pois o tratamento é paliativo, mas é um suporte emocional muito importante que estará sendo oferecido para ela, concluiu ela.

Com isso, é notório o quanto o tema é um fenômeno mundial e de longa data, trazido à tona mesmo antes de ser tipificado como crime no Código Penal Brasileiro. Ademais, as consequências do crime de *stalking* atingem todas as áreas da vida da vítima, ou seja, profissional, emocional, familiar, social, ao passo de causar de sérios riscos, conforme relatados anteriormente.

Então, é necessário que quando a vítima notar que está em uma situação de perseguição insistente, de modo a incomodá-la e fazer com que tenha receio de determinada pessoa, deve imediatamente procurar ajuda, tanto jurídica, de apoio médico, da delegacia, para se proteger desse mal existente e tão silencioso que é o crime de *stalking*.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é um princípio decorrente das relações existentes entre as pessoas. É uma qualidade inerente ao ser humano, sendo uma condição essencial e fundamental dos direitos fundamentais, de modo que, compete a todos os seres humanos o respeito e a preservação da dignidade humana uns dos outros.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 1º, inciso III, a proteção a dignidade da pessoa humana, sendo que, o crime de *stalking*, é um afrontamento a esse princípio.

O crime de *stalking* consiste em grave violação da dignidade da pessoa humana, eis que, por meio desta, atinge a integridade física, a moral, honra, liberdade e privacidade e, principalmente, o maior bem jurídico, a vida.

O crime em questão, traz condutas que constituem intrusão indesejada, continuada e/ou persistente e, envolve formas diversas de vigilância, contato, monitoramento e comunicação, com potencial impacto negativo e, muitas vezes, severo para as vítimas.

Recentemente o crime de *stalking* foi tipificado, mas merece atenção, já que se sabe que, a positividade *per se*, não tem condão de impedir as práticas delituosas, motivo pelo qual, se faz necessário buscar cada vez mais abordagem do mesmo para trazer a efetividade às letras da lei.

O *stalker* consegue de forma reiterada ou continuada ameaçar os aspectos físicos, psicológicos, emocionais das vítimas causando sérios danos, tornando-as a parte vulnerável de toda a situação em comento.

Quando o *stalker* age contra suas vítimas, tem-se através das suas condutas a prática também do assédio moral, comprometendo as áreas de suas vidas, sejam físicas, psíquicas, cotidianas, mentais, patrimoniais, gerando a “morte na alma”. As condutas do *stalker* não são perceptíveis pelas vítimas em um primeiro momento, mas que, ao passar do tempo, unidas, destinam-se a expor as mesmas situações incômodas e desesperadoras.

Então, o assédio moral, é uma violência silenciosa e causa nas vítimas do *stalker*, dor, medo, angústia, constrangimento, insegurança, extrapolando a capacidade de suportabilidade, afetando a vida íntima de cada uma delas, isolando-as de tudo e de todos.

Para tanto, ao tipificar o crime de *stalking*, o objeto jurídico em comento é a liberdade individual e a tranquilidade pessoal, mas não afasta a proteção a outros bens jurídicos.

Contudo, ao seu tipificado no artigo 147-A, do Código Penal, o crime de *stalking* exige que ocorra uma das três situações previstas, ou seja, ameaçar a integridade física ou psicológica ou, restringir a capacidade de locomoção ou, invadir ou perturbar a esfera de liberdade ou privacidade. Dessa forma, as vítimas deverão demonstrar qual espécie de abalo sofreu, porém, cabe indagação, de como irão demonstrar a ameaça à integridade psicológica, pois a integridade física é fácil de se verificar. Ou seja, não basta apenas a perseguição reiterada.

Então, será necessário interpretar quais foram as formas e meios de perseguição realizadas pelo *stalker*, para configurar as situações exigidas pelo artigo, ou seja, o tipo penal configura-se aberto, devendo ser objeto de estudo futuro para o enfrentamento do crime de *stalking*.

Portanto, proteger a pessoa humana deste crime, em sua dignidade humana, é obrigação do Estado, pois é extremamente importante que a mesma se sinta assim, gerando valores que a norteará no desenvolvimento físico, emocional e psíquico, de modo que a proteção não seja apenas na Lei, dando cada vez mais importância e conscientizando as pessoas que há meios para que esse “veneno lento” seja banido.

REFERÊNCIAS

ANTONELLO, Caroline Anversa. QUEIROZ, Luiz Felipe Zilli. GERVASONI, Tássia A.
Constitucionalização do Direito Privado: Uma Observação do Dano Moral Sob a Égide da

Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/43241040/CONSTITUCIONALIZACAO_DO_DIREITO_PRIVADO_UMA_OBSERVACAO_DO_DANO_MORAL_SOB_A_EGIDE_DA_DIGNIDADE_DA_PESSOA_HUMANA.pdf?1456842939=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCONSTITUCIONALIZACAO_DO_DIREITO_PRIVADO.pdf&Expires=1628198836&Signature=Rgv~Sxn1~i6eXkpsBqB4AfEdnRN6JrnYjpIFBu~MxwWnRSHNGTM3gz2U6F-KXOY37a3QEZq5b1hZJFY3uzhkQtVAdVR8ZKpgKBOOQXH4oYdJ17KAqcdogQgam4k1eKlISlORTtx3xR0sNNTrtlzud~iX1-YUs6FazzIjgS0nj9DnjSYLO8DMBEZ9C3qLsGJ0Yr3Tey-Vwtk82qTBAXrcI65g92MCxxZA~DtV-4O5AN9NhPKxOLFBMrufN-oboUpYbg-JV4wtsasAvnrgxPFQL34kJqTyE-La3-fMn2MySSY2G3-YH8KcMo9xDdb6vbzfUrLjRhxfgr88AfY4sQPvQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA . Acesso em 05 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.132**, de 31 de março de 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.html. Acesso em 31 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.688**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.html. Acesso em 01 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 01 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm . Acesso em 01 ago. 2021.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de Assédio**. Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/assedio/> . Acesso em 08 ago. 2021.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. **Significado de Moral**. Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/moral/> . Acesso em 08 ago. 2021

DURAN, Ricardo. **Stalker e Cyberstalker: Quem são e como agir diante de suas investidas?**

Disponível em: <https://ricardoduran.com.br/crimes-corporativos-e-direito-penal/stalker-e-cyberstalker-quem-sao-e-como-agir-diante-de-suas-investidas/> . Acesso em 1 ago. 2021.

FERREIRA, Afonso. **Policial Civil do DF é Presa Novamente por Perseguir Ex-Namorado**.

Disponível em: <https://www.direitonews.com.br/2021/08/policial-civil-df-presa-perseguir-namorados.html> . Acesso em 10 ago. 2021.

GOVERNO DO ESTADO CEARÁ. **Vítimas de Stalking Devem Procurar Apoio Psicológico**

Para se Livrarem de Traumas. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2021/08/02/vitimas-de-stalking-devem-procurar-apoio-psicologico-para-se-livrarem-de-traumas/> . Acesso em 31 ago. 2021.

PARMEGIANE, Daniele. **Dano Existencial: Análise da Jornada Excessiva de Trabalho e Teletrabalho sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível

em:file:///C:/Backup/Desktop/MESTRADO/Z%3C%89%20EDUARDO/DISSERTA%3C%87%3C%95ES/DISSERTA%3C%87%3C%83O%20COMPLETA-%20VERS%3C%83O

%20FINAL.pdf . Acesso em 04 ago. 2021.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito Como Integridade.** Disponível em:

https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4356/1/2009_MariaCristinaIrigoyenPeduzzi.pdf. Acesso em 12 set. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Stalking.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking> . Acesso em 2 ago. 2021.

LEITE, Isabela; OLIVEIRA, Inderson de. **Estado de São Paulo Registra 686 Queixas de “Stalking” no Primeiro Mês Após Perseguição Ter Sido Considerada Crime.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/05/23/estado-de-sao-paulo-registra-686-queixas-de-stalking-no-primeiro-mes-apos-perseguiacao-ter-sido-considerada-crime.ghtml> . Acesso em 29 ago. 2021.

MONTEIRO, Lilian. **Stalking: Tome as Rédeas e Evite Ser Perseguido e Controlado.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2021/08/29/interna_bem_viver,1299513/stalking-tome-as-redeas-e-evite-ser-perseguido-e-controlado.shtml. Acesso em 29 ago. 2021.

MATOS, Marlene; GRANGEIA, Helena; FERREIRA, Célia; AZEVEDO, Vanessa. **Stalking. Boas Práticas no Apoio à Vítima.** Disponível em: <file:///C:/Backup/Desktop/MESTRADO/ARTIGO%20UENP/TRABALHOS/STALKING.pdf> . Acesso em 31 ago. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

PIRES, Yolanda; OLIVEIRA, Nelson. **Lei que Criminaliza a Perseguição Deve Prevenir Formas Mais Graves de Violência Contra a Mulher.** Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/destaques-noticias/lei-que-criminaliza-a-perseguiacao-deve-prevenir-formas-mais-graves-de-violencia-contr-a-mulher> . Acesso em 29 ago. 2021.

SÁ, Gillielson. **O que é Dano Moral? Conceito, Características Básicas e Dispositivos Legais Pertinentes.** Disponível em: <https://gillielson.jusbrasil.com.br/artigos/512201765/o-que-e-dano-moral-conceito-caracteristicas-basicas-e-dispositivos-legais-pertinentes> . Acesso em 06 ago. 2021.

THOMPSON, Carlos Pereira. **Lei 14.132/21: A Tipificação do Crime de Perseguição (Stalking).** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/28/lei-14-13221-tipificacao-crime-de-perseguiacao-stalking/>. Acesso em 11 set. 2021.

VALENTIM, Danielle. **Projeto de Lei Criminaliza Perseguição que fez Radialista Fugir de MS.** Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/projeto-de-lei-criminaliza-perseguiacao-que-fez-radialista-fugir-de-ms> . Acesso em 02 ago. 2021.

VASCONSELOS, Natália Gomes de; MACEDO, Marconi Neves. **Stalking e o novo código penal brasileiro: desmitificando conceitos de uma problemática emergente na sociedade contemporânea.** Revista Cultural e Científica do UNIFACEX, 2015.

VIEIRA, Jean Carlos Borges. **Dignidade Humana na Contemporaneidade: Desafios e**

Possibilidade no Campo do Direito. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35492/dignidade-humana-na-contemporaneidade-desafios-e-possibilidades-no-campo-do-direito> . Acesso em 07 ago. 2021.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO. Stalking, Boas Práticas no Apoio à Vítima. Disponível em:

<https://core.ac.uk/download/pdf/55631226.pdf> . Acesso em 2 ago. 2021.

WIKIPÉDIA. Stalking. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Stalking> . Acesso em 31 jul. 2021.

CAPÍTULO II
FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O PRAGMATISMO JURÍDICO

Felipe LABRUNA¹

RESUMO

O presente estudo se propõe a traçar noções gerais sobre a vertente do Pragmatismo Jurídico, tendo como método a pesquisa bibliográfica introdutória sobre o tema e a exposição qualitativa de seu conteúdo. A inclinação filosófica pragmatista nascida nos Estados Unidos da América busca a consolidação da linha de raciocínio jurídico orientada a gerar o resultado que melhor alcance os anseios e esperanças humanas de cunho social. Procura-se demonstrar que o Pragmatismo Jurídico não se apresenta como uma Teoria do Direito, mas sim como um método pautado em argumentação que fundamenta as tomadas de decisão. Por fim, busca-se tecer comentários sobre a aplicação do Pragmatismo Jurídico no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Antifundacionalismo; Consequencialismo; Contextualismo; Filosofia do Direito; Pragmatismo Jurídico.

ABSTRACT

The present study aims at outlining general notions about Legal Pragmatism, having as a method the introductory bibliographical research on the subject and the qualitative exposition of its content. The pragmatist philosophical slant born in the United States of America seeks the consolidation of the line of legal reasoning aimed at generating the result that best reaches the human longings and hopes of a social nature. It seeks to demonstrate that Legal Pragmatism is not presented as a Theory of Law, but rather as a method based on argumentation that grounds decision making. Finally, we seek to comment on the application of Legal Pragmatism in the Brazilian legal system.

Key-words: Antifundationalism; Consequentialism; Contextualism; Legal Pragmatism; Philosophy of Law.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Brasileiro sofre significativa influência da vertente do Pragmatismo Jurídico, seja em seu campo Legislativo ou na área Jurisprudencial, o que merece neste artigo ser feita breve consideração. O Pragmatismo Jurídico pode ser visto como uma corrente filosófica, especialmente apregoado nos Estados Unidos da América, nascido entre o final do século XIX e início do século XX. Tal vertente teve seus alicerces edificados por Charles Sanders Peirce e foi aprimorada por William James e John Dewey e prega a apreciação de conceitos e atitudes por meio dos seus resultados e suas consequências, de tal forma que somente os frutos das ações seriam aptos a conferir-lhes a sua verdadeira significância.

Neste ponto, a inquirição de ordem filosófica ou científica exigiria uma associação

¹ Mestrando e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo e em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Oficial da Reserva do Exército Brasileiro pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva do Estado de São Paulo. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: fe.labruna@gmail.com

necessária e inseparável com a experimentação do mundo concreto e suas consequências de ordem prática. Assim sendo, poderiam ser levantados como conceitos básicos do Pragmatismo: o Antifundacionalismo, o Consequencialismo e o Contextualismo. De maneira geral, é cabível a afirmação de que o Antifundacionalismo resulta na rejeição ao embasamento do raciocínio e da epistemologia por meio de verdade absoluta que se baseie em colocações soberanas, imutáveis, eternas e estáticas.

Partindo deste pressuposto, verifica-se que o método natural de modificação das interações não possibilita a garantia de que existam respostas derradeiras, categóricas e atemporais que possam ser usadas como sustentação universal. O procedimento sistemático de averiguação e elucubração possibilita que se alcance uma resposta, a qual será, na proporção das factuais condições efetivas, a resolução satisfativa para o caso concreto posto em questão. O alcance desta solução concebível, entretanto, não cessará a perspectiva de investigação acerca do objeto considerado, já que é quimérica uma verdade terminativa a ser alcançada, mas se trata de um continuado processo de aperfeiçoamento. Assim, ser pragmatista em Direito quer dizer entender o que estabelece uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua indeterminação e abstração, que a fazem irrealizável (MAGALHÃES, 2006).

Neste sentido, discorreu Pogrebinski (2006, p. 134):

O antifundacionalismo consiste numa permanente rejeição de quaisquer entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc. Trata-se assim de negar que o pensamento seja passível de fundações estáticas, perpétuas, imutáveis. O antifundacionalismo pragmatista se exerce também na recusa à idéia de certeza e aos tradicionais conceitos filosóficos de verdade e realidade. Apresenta-se ainda sob a forma de uma crítica incessante: não se trata de uma crítica direcionada a um objeto determinado, mas de um desejo permanente de crítica, de crítica como método de pensamento.

Já o Consequencialismo, o segundo pilar do Pragmatismo Jurídico, estabelece uma avaliação valorativa da ação (axiologia), apreciando quais seriam os resultados previsíveis, de tal forma que tal previsão praticada proporcione o alcance de frutos mais satisfativos, aproveitáveis e/ou favoráveis à sociedade. Neste ponto, convém destacar que a locução “Consequencialismo Jurídico” pode ser encontrada com um significado extremamente abrangente, sendo aplicada a qualquer programa teórico ou ação que tenha o intuito de condicionar, explícita ou implicitamente, a adequação jurídica de uma dada decisão judicial à valoração dos resultados relativos à mesma e às suas possibilidades alternativas. Assim, neste Trabalho alinhar-se-á de “consequencialista” não somente a ideia segundo a qual uma decisão judicial “X” é adequada e justa se e apenas se não se localiza, em relação a ela, algum *decisum* alternativo a que se vinculem resultados preferíveis àqueles relacionados ao *decisum* “X”. Este subtipo de Consequencialismo, que pode ser chamado de “forte”, é apenas um dos pontos terminativos de um grupo de tipos organizado conforme a

prioridade dada à axiologia de resultados no juízo de amoldamento de uma decisão judicial específica, ou, de maneira alternativa, conforme a exclusividade designada a essa maneira de valoração na concepção desse juízo.

Posto isto, este artigo científico encara como consequencialista não só a posição que é dada à valoração dos resultados do *decisum* com uma função residual no mencionado juízo de adequação (quando, por exemplo, interpretar-se que a apreciação das consequências apenas deve ser feita se os mesmos procedimentos jurídicos de praxe supostamente não forem aptos a diminuir a quantidade das decisões legalmente propícias a um dado elemento), mas também aquela que autoriza, com análise e uma importância maior ou menor no procedimento de tomada de decisão, maneiras distintas de argumentação (ocupando-se, por exemplo, em mensurar o tamanho do espaço entre o *decisum* ou de sua fundamentação daquilo que por conjectura seria prescrito pela interpretação literal de uma norma legal ou de um precedente paradigmático). Então, o Consequencialismo, que também pode ser chamado de Instrumentalismo, faz-se presente no enraizamento do Direito na prática e na epistemologia tácita (SCHUARTZ, 2008).

Por sua vez, deve ser dada a devida importância às circunstâncias culturais, ou seja, às crenças de ordem política, científica e religiosa que compõe o terceiro aspecto do Pragmatismo, chamado de Contextualismo. Neste sentido, o conhecimento *a posteriori* do ser humano (empirismo) assume função de relevância nos resultados do método de averiguação científica ou filosófica. De acordo com Peirce, tido como fundador da doutrina pragmatista, o Pragmaticismo (como era denominado por ele) compreende em encarar as convicções e crenças humanas como rotinas da mente, sendo uma coisa que conduz as pessoas à atuação. A mente humana seria simplesmente um termo "guarda-chuva" para as capacidades dirigidas à ação do corpo humano, e entender a mente significaria entender quais hábitos dela são gerados e mobilizados para quais ações humanas.

Ao consequencialismo Charles Sanders Peirce aglutinava o Contextualismo, afinal as possibilidades de adequação e modificação é que melhor delineariam o fundo da mente, de maneira que o meio sociocultural seria a grande vertente elucidativa das composições de personalidade do ser humano. O caminho de conhecimento, segundo Peirce, continuamente se daria tendo como ponto de partida o estado mental no qual já se localiza o indivíduo conforme um cenário específico, infalivelmente tomado de uma grande onda de cognição já estruturada e não indagada. O Contextualismo se torna aparente ao se avaliar estas ações e o conhecimento sobre elas partindo de quão bem acarretam consequências desejáveis em momentos problemáticos (EISENBERG, 2002).

Richard Posner, expoente contemporâneo do Pragmatismo Jurídico, rechaça a viabilidade de definir a verdade tendo como ponto de partida hipóteses metafísicas *a priori*, conferindo-se

somente valor mental ou estético à metafísica. É relevante realçar que não há apenas um Pragmatismo homogêneo, mas sim várias maneiras de entendimento do Pragmatismo, levando-se em conta as influências de linhas antigas do pensamento, tais como o darwinismo, o ceticismo, o empirismo da Antiguidade clássica, etc. (OLIVEIRA, 2011).

Tendo como pano de fundo esta linha introdutória, é possível ser dito que o conceito pragmatista favorece o entendimento de que mesmo que a decisão (escolha) não se baseie propriamente em premissas dogmáticas ou de verdades estáticas e absolutas, ela será tão mais adequada quanto mais venha a transparecer estar em sintonia com as necessidades sociais do ser humano, possibilitando que estas sejam supridas de maneira satisfativa em dado campo histórico-social.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO ENQUANTO MÉTODO PARA TOMADA DE DECISÃO

A inclinação filosófica pragmatista convergiu para a consolidação da linha de raciocínio jurídico orientada a gerar o resultado que, na concepção do utilizador do Direito, melhor atender aos anseios e esperanças humanas de cunho social. Neste sentido, Benjamin Cardozo, da mesma forma que os estudiosos Oliver Holmes Jr. e Roscoe Pound, aperfeiçoaram a tese pragmatista por uma perspectiva jurídica. O trabalho de Cardozo foi marcado por uma atitude pragmática, que já se tratava de uma precaução acadêmica, tendo por isso sido visto como um indivíduo prático e não como um teórico ou entusiasta da perfeição.

Ao passo que nos voltamos aos debates teóricos a respeito do Direito clamando cuidado em direção à perspectiva realista para que seus operadores denotem a necessidade de se afastarem das convencionais operações conceituais e de se envolverem nas demandas e realidades do ser/estar cotidiano. Encontra-se no pensamento de Holmes Jr. um debate a respeito dos princípios que permeiam o exercício da magistratura, no momento em que afirmou que o cotidiano no Direito não era lógico, mas sim conhecimento empírico. Assim, as necessidades sentidas em sua época, qual seja início do século XIX nos Estados Unidos da América, a moral e os conceitos políticos preponderantes, as metas transparentes ou implícitas da política pública ou até mesmo os preconceitos que os magistrados compartilhavam com os seus conterrâneos tinham tido muito mais preponderância do que o silogismo que apenas fixavam regramentos pelos quais os indivíduos deviam se sujeitar.

O entendimento de Holmes Jr. de que o Direito é, de sobremaneira, experimentação e não lógica exata, sendo por isso guiado pela razoabilidade, de certa maneira traz consigo o cerne do método sociológico, também designado como “Escola Sociológica do Direito” de Benjamin Cardozo e Roscoe Pound. O entendimento firmado na referida Escola foi o de que o componente

político-social deveria intervir na atividade interpretativa da lei, visando à garantia do interesse público e dos anseios gerais da coletividade (FREITAS, 2007).

Em exatidão, o Pragmatismo Jurídico não é composto como uma corrente orientada a estruturar a natureza, a origem do Direito ou a propiciar uma resposta final para o fenômeno jurídico, isto é, não se comporta como uma Teoria do Direito, mas sim em método fundado em argumentação que justifica as tomadas de decisão. Inclusive nenhum dos autores do Pragmatismo Jurídico se propôs a elaborar uma Teoria do Direito. Nem mesmo seu principal expoente no mundo contemporâneo, Richard Posner, pretende fazê-la. O Pragmatismo Jurídico se trata de um método argumentativo que pode vir a ser adotado por aplicadores do Direito no desempenho de suas atividades. Tal metodologia recomenda que se faça a análise contextual de regras gerais e precedentes apropriados que permeiam o cenário do caso particular, que se defina com exatidão os resultados almejados pelo corpo social político para a ação delineada e que se utilize preceitos jurídicos, éticos ou morais como meros instrumentos heurísticos no caminho de se montar um juízo (POGREBINSCHI, 2006).

Denota-se, então, que o Pragmatismo Jurídico se trata, enquanto método de formação do *decisum*, de arcabouço comparativo-consequencialista. Referida estrutura acarreta que se atue frente à comparação entre as hipóteses disponíveis para resolução de um caso em particular e os seus desdobramentos atinentes, quais sejam seus resultados de ordem prática no cenário social. Por isso, em virtude das possíveis consequências do decisório, o aplicador deverá procurar em outras esferas do pensamento, que não somente o jurídico, as medidas e motivos para seu *decisum*.

Em razão disso, o que nos dias de hoje se pode pensar sobre o Pragmatismo Jurídico, é que esta maneira de ordenar o pensamento exhibe uma feição fundamentalmente prática: volta-se para o futuro, observa os anseios humanos cotidianos e futuros e é contrária a conceitos estáticos e cerrados, próprios do racionalismo. O juiz de Direito pragmatista, ao avançar por este caminho, possui como intenção essencial a opção pela melhor decisão. Porém, para obtenção de tal aspecto satisfativo, o magistrado pragmatista pode se utilizar de seu próprio empirismo como operador do Direito, de métodos jurídicos e não-jurídicos, de vários teoremas e até mesmo de julgamentos pretéritos. Entretanto, é de grande valia evidenciar que essas fontes apenas serão empregadas quando forem meios hábeis ao alcance do melhor veredito (MAIA, 2008).

Visto como prática social, o Pragmatismo Jurídico assume uma dimensão tópica, afinal as questões de ordem prática é que nortearão a interpretação e aplicação da norma. Assim, é a partir de um problema específico que a busca da solução se dará. O Pragmatismo é poderoso instrumento de orientação de conduta social, conformada pelos possíveis resultados que provoca na sociedade, cujo alcance extrapola as partes em conflito. Assim, o aspecto instrumental aponta para o viés político do

Direito, tendo então alcance sistêmico.

Deve-se levar em conta que o conhecimento acompanha o dinamismo cotidiano, voltando-se para o futuro na medida em que se pauta nas consequências da ação. A decisão sobre a melhor conduta a ser tomada é aquela que se baseia na consideração dos efeitos de um e de outro comportamento, ou seja, cada resultado individualizado depende diretamente de cada conduta. Portanto, as consequências possíveis de serem antevistas norteiam a tomada de decisão e assim não se tem compromisso com princípios e valores. Nestes termos, o pragmatista procura estar bem informado sobre a operacionalidade dos fatos, suas propriedades e prováveis efeitos causados pelos alternativos cursos de sua ação. A força dos fatos ou o contexto geral caracterizam um estado de exceção ou anormalidade a justificar a não observância da norma posta, criada apenas para situações de normalidade (CAMARGO, 2009).

O jurista norte-americano Richard Posner defende que o pressuposto imprescindível para o progresso da interdisciplinaridade no campo jurídico foi o desenvolvimento de outras áreas do conhecimento intelectual, como a economia e a teoria política, afinal são instrumentos poderosos para melhor entender e lapidar o Direito. Tal ponto de vista orientado aos resultados, com notável despreendimento a demarcações iniciais inflexíveis que necessariamente orientem e direcionem o rumo da fundamentação do veredito judicial (mas sim que possibilite a solução mais pertinente para o caso concreto), constata estar em primorosa harmonia com o molde sob o qual se pautam as relações sociais da sociedade dos Estados Unidos e que, por consequência, acaba por influenciar o seu ordenamento jurídico (POSNER, 2002).

Discorrendo sobre o assunto, Sèroussi asseverou que em evidente oposição com a Inglaterra, o direito jurisprudencial, primordial aos Estados que adotam o *common law*, não tem a mesma rigidez nem a mesma força de aplicação nos Estados Unidos da América. A abrangência das deliberações judiciais é, evidentemente, enorme e o efeito da coisa julgada (*res iudicata*) impossibilita qualquer ação ulterior que se pautem no mesmo suporte jurídico. Tal fonte mor de Direito não é, entretanto, instituída como regra soberana. A jurisprudência produzida exprime, certamente, o direito e tem força vinculativa, em tese, pela relevância do princípio desinente às jurisdições posteriores de fundamento semelhante.

Entretanto, levando-se em conta que o propósito da ordenação federal de adaptar-se às urgências econômicas e sociais de uma sociedade em transformação constante permanece sendo perseguido, tem-se o entendimento (amplamente tido) de que o precedente deve ser averiguado com parcimônia, de maneira não categórica. Neste sentido, a evolução histórico-social norte-americana deve ser levada em consideração pelos magistrados que pretendem fazer valer a Justiça na sociedade atual e não mais aquela dos séculos passados. É por isso que o princípio de obediência

aos precedentes judiciais (*stare decisis*) oriundo do sistema jurídico da *common law* é passível de modificação (SÈROUSSI, 2001).

Tratando sobre as distinções presentes na realização do Direito operadas pelos tribunais adotantes da *common law* e da *civil law*, Garapon e Papapoulos (2008, p. 173) aduziram o seguinte:

Até mesmo as opiniões judiciais de língua inglesa que carecem de brilhantismo contam uma história sobre o sentido do direito aplicável à espécie e exprimem frequentemente uma moral política que não embarça o juiz (ao passo que na França se denunciaria imediatamente uma colusão do direito e da moral). O juiz da *common law* não é a caixa de ressonância da lei; sua palavra é mais o diapasão ao qual se submetem os advogados e toda a comunidade de profissionais do direito. Em lugar de uma concepção hierarquizada do direito, na qual o juiz não penetra na pirâmide senão para tornar transparente a intenção do legislador, a *common law* instaura uma comunidade de linguagem horizontal, a dos “pares” (*peers*), na qual as opiniões circulam e são constantemente postas à prova.

3 AS DIFERENÇAS ENTRE OS MÉTODOS POSITIVISTA E PRAGMATISTA DE ANÁLISE DO DIREITO

Há dois aspectos que são relevantes à distinção entre o método positivista e o pragmático. O primeiro se refere à ruptura epistemológica entre teoria e prática. Por outro lado o segundo diz respeito à dificuldade de viabilizar, metodologicamente, a pretensa neutralidade que impregna os postulados positivistas, diante dos princípios da moralidade.

O método positivista consiste na observação dos fenômenos, subordinando a imaginação à observação. Tal método passa a imagem de que cada coisa em seu devido lugar conduziria para a perfeita orientação ética da vida social do indivíduo e de como viver em sociedade. Assim, o Positivismo é a visão de que o inquérito científico sério não deveria procurar causas últimas que derivem de alguma fonte externa, mas, sim, confinar-se ao estudo de relações existentes entre fatos que são diretamente acessíveis pela observação.

Já o método pragmático é ao mesmo tempo realista e idealista, já que aceita as coisas e os acontecimentos pelo que eles são independentemente do pensamento e defende que o pensamento dê origem a atos bem particulares, que modificam os atos e os acontecimentos futuros, de maneira a formá-los mais razoáveis, ou seja, mais adequados aos objetivos a que nós mesmos nos propusemos. Desta feita, Pierce caracterizou o pensamento tendo estímulo na dúvida, por uma experiência que era considerada como imprevista (REGO, 2009).

Não necessariamente o método pragmático adota o postulado da neutralidade científica, ao contrário do positivismo. Isto porque a neutralidade científica não é para o pragmático um ponto de partida obrigatório. O método pragmático considera que os efeitos concebíveis de natureza prática que estão envolvidos numa determinada situação compõem o seu significado, o que implica que o investigador, diante de um problema, não se concentra apenas num método específico, mas no

problema ele próprio. Nessas circunstâncias, as operações do espírito são mutáveis e dinâmicas, interagindo, por seu turno, com uma experiência que flui de maneira contínua, de sorte a que seja possível pensar em planos integrados, o abstrato e o concreto (MOTA, 2009).

Tendo em vista que, os conceitos intelectuais, de acordo com o método pragmático, não são definitivos, mas dinâmicos e abertos, porque extraídos das consequências práticas previsíveis, o seu número é indefinido e sua aferição probabilística, portanto, estando, assim, impregnados de falibilidade. Se, é relativa a verdade nessa acepção, os conceitos, por seu turno, estariam permanentemente aptos a um interminável aperfeiçoamento e refinamento dos seus significados. O Pragmatismo acaba se afastando do modelo científico formal e metodologicamente racional porque prima pelo dinamismo de tudo e de todos, leva em consideração a evolução das coisas e seus conceitos espera por resultados baseados na prática (empirismo).

O método pragmático parte de uma real inquietação do sujeito com os seus próprios preconceitos, para então eliminar os falsos problemas criados pela abstração, rompendo, assim, com o pré-falado dualismo positivista que, artificialmente, cria abismos entre existência e racionalidade, teoria e ordem fática, pensamento e ação, ciência e ética, contextualizando-os e direcionando-os para uma compreensão integrada da vida social, nomeadamente para o universo jurídico (REGO, 2009).

Ademais, deve-se lembrar de que Pragmatismo não conjectura necessariamente o total desprendimento com o tempo pretérito. O juiz de Direito pragmático não é contrário à legislação, mas sim ao uso cego do regramento jurídico que ignora o cenário de sua incidência. Os regramentos e os princípios são entendidos como hipóteses de trabalho que devem ser frequentemente testadas pelos resultados que geram na aplicabilidade aos casos concretos. O magistrado, por questões pragmáticas e não por matérias essencialistas, pode optar seguir o comando jurídico (ou mesmo o precedente). Segundo Posner, o Pragmatismo consente que o juiz de Direito, somente em situações extremas, desconsidere a observação legislativa dos resultados (OLIVEIRA, 2011).

4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico nacional tem como orientação a busca pela melhor obtenção de resultados oriundas da interpretação da norma, conforme se pode notar pelo definido no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.²

Sem que haja qualquer tipo de incerteza, afinal outra não poderá ser a interpretação do

2 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, Senado Federal, 1942.

contido na expressão “exigências do bem comum”, a legislação em questão firmou, como orientação interpretativa, que o Direito positivado passe por um crivo, no qual precisam ser observadas as consequências sociais e humanas da aplicabilidade do texto legal à situação específica, sem nunca deixar de lado os resultados desta subsunção (objetivos sociais), orientando-a ao alcance da consequência mais proveitosa à sociedade. Assim, a compreensão deve atentar aos fatores sociais e às consequências oriundas desta percepção. O Direito não pode segregar-se do meio em que atua, deixando de suprir às outras exteriorizações da vida social e econômica, porém esta vida não pode estar em concordância estática aos regramentos criados pelo Poder Legislativo.

Se os comandos positivados não se modificam à medida que evoluem a sociedade, consciente ou inconscientemente os tribunais adequam o texto dado às situações emergentes e fortuitas. A jurisprudência compõe, ela própria, um meio do processo de progresso geral. Em razão disso, a Hermenêutica se não pode evitar a interferência do meio no sentido preciso e no alcance irrestrito; poderá atender aos resultados de uma exegese específica: se está irá gerar danos econômicos ou moral à sociedade, o quanto for possível irá evitá-la.

Sobretudo após entrarem os dados da Sociologia em virtude de exegeses, a Hermenêutica se atém às consequências prováveis de cada interpretação. Tais consequências são encaradas com alta estima e passa-se a se orientar tendo elas como referência. A Hermenêutica varia tendo as consequências em voga quando o ato normativo permite mais de uma maneira de compreendê-lo e de aplicá-lo. Sempre que for cabível, evitará uma consequência conflitante com o bem-comum, adaptando a compreensão do dispositivo legal (MAXIMILIANO, 2011).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem feito uso do Pragmatismo Jurídico para proferir decisões em situações de grande repercussão social. Em várias ocasiões, o Pretório Excelso considerou os possíveis resultados econômicos e sociais para emanar seus vereditos. Porém, na cabível ressalva de Claudio Pereira de Souza Neto, tem sobressaído o que chamou de “Criptoconsequencialismo”, ou seja, a aplicação de deduções formais e normativas, mesmo que se note, no *decisum*, uma notável consideração das consequências. A compreensão do Direito Administrativo através do Pragmatismo estimula então uma relevante análise de dogmas clássicos e tradicionais.

É habitual a menção acrítica às famosas afirmativas da doutrina na apreciação das agremiações jurídicas e na composição de celeumas administrativas: a) a legalidade no seio administrativo somente permitiria a atividade do administrador quando fosse nominalmente habilitado pela legislação, mas tal entendimento nunca foi aplicado de forma plena; b) a primazia do interesse coletivo sempre foi mencionada como base para a reconhecimento da competência público/administrativa sobre os anseios dos sujeitos individuais, quando, de fato, o desempenho da

fruição administrativa se volta imperiosamente para a salvaguarda dos direitos fundamentais; c) o preceito da indisponibilidade do interesse público é evocado com a finalidade de se limitar a discricionariedade dos servidores públicos que não poderiam ceder na aplicação da legislação, o que concretamente não compactua com o sistema legal da atualidade que homenageia mecanismos de consenso para o desempenho da função administrativa, tendo como exemplo as consultas de público, as audiências públicas e o instituto arbitragem; e d) a moderação da legalidade das práticas administrativas baseia-se, costumeiramente, na averiguação da conformidade formal com o corpo legislativo, sem grandes inquietudes com os resultados materiais da resolução administrativa (OLIVEIRA, 2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da presente pesquisa científica, conclui-se que o Pragmatismo Jurídico não se trata de uma teoria sobre a prática do direito, mas um meio de se efetuar esta própria prática. Em razão disso, sua evolução teórica, em constante construção, não pode e não deve ser feita de maneira isolada nas universidades e escolas do pensar. Se seu formato já nos é conhecido, ainda é necessária a identificação e ampliação de seu teor e substância. E isso somente poderá ser concretizado por meio da atividade corriqueira e habitual dos magistrados e também de seu estudo e entendimento.

É viável depreender a relevância da reanálise do Direito Administrativo através do Pragmatismo Jurídico, desconstruindo teorizações abstratas e fundamentalistas que não se encaixam no ordenamento jurídico plural e contemporâneo. O esperado litígio entre anseios resguardados no Texto Constitucional exhibe a inviabilidade da continuidade de concepções extremadas na esfera jurídica. Entretanto, não há o anseio de se alegar que o Pragmatismo é o único recurso para a apreciação do ordenamento jurídico, embora sem ressalvas represente um relevante instrumento para se sincronizar as normas legais com a realidade cotidiana.

De igual maneira, o fato de o Pragmatismo sugerir a interpretação associada ao contexto geral e aos resultados não quer dizer, por certo, que o hermeneuta aplicador do Direito precise desconsiderar os valores aclamados na Constituição. A compreensão do Direito Administrativo deve levar em conta os valores constitucionais discordantes e heterogêneos, ao passo que as consequências serão usadas como parâmetros justificantes para a preponderância de um valor específico na solução do caso em testilha. O Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo pluralismo, supõe a abstenção de axiomas que não encontram embasamento no Texto Constitucional, nem se compatibilizam com a heterogeneidade do corpo social.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Rio de Janeiro: **Senado Federal**, 1942.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. O Pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, Direito e política. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, nº 62, pp. 107/121, mar/2002. Disponível em: <https://thamypogrebinschi.files.wordpress.com/2014/10/pragmatismo_direito.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.
- FREITAS, Lorena de Melo. Um diálogo entre Pragmatismo e Direito: contribuições do Pragmatismo para discussão da ideologia na magistratura. **Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia**, São Paulo, vol. 04, nº 01, pp. 10/19, jun/2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitio/article/view/5715>>. Acesso em: 05 set. 2021.
- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França – Cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. VASCONCELOS, Regina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MAGALHÃES, Theresa Calvet. Origens do Pragmatismo: O “Antifundacionalismo” de C. S. Peirce e a sua Defesa da Filosofia Crítica do Senso Comum. **Cognitio: Revista de Filosofia**, São Paulo, vol. 07, nº 01, pp. 49/76, jun/2006. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13570>>. Acesso em: 15 set. 2021.
- MAIA, Roberta Figueira Tigre. **O pragmatismo jurídico e o Supremo Tribunal Federal**. Monografia de conclusão de curso de Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 2008. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9603/1/RFTMaia.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2021.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- MOTA, Marcel Moraes. Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo Normativista e Liberalismo político-econômico austríaco. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, pp. 1.038/1.056. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2208.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, vol. 256, pp. 129/163, jan/2001. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>>. Acesso em: 11 set. 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. Será o Neopragmatismo pragmatista? – Interpelando Richard Rorty. **Novos estudos Cebrap**, São Paulo, nº 74, pp. 125/138, mar/2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/nec/a/KxHW9SQpgTyTHpq9r8s5zyj/?lang=pt>>. Acesso em: 11 set. 2021.

POSNER, Richard Allen. Legal Scholarship Today. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 115, nº 05, pp. 1.314/1.326, mar/2002. . Disponível em: <<https://doi.org/10.2307/1342547>>. Acesso em: 02 set. 2021.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum** - Caderno de Direito, Recife, vol. 01, nº 01, pp. 21/57, set/2009. Disponível em: <<https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/157>>. Acesso em: 14 set. 2021.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. CORDEIRO, Renata Maria Parreira. São Paulo: Landy, 2001.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo** – RDA, Rio de Janeiro, vol. 248, pp. 130/158, mai/2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 10 set. 2021.

DA CRISE ÉTICA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET E A OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Mayume Caires MOREIRA¹
Dirceu Pereira SIQUEIRA²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a crise Ética na sociedade contemporânea, a influência desse contexto na formação de discursos de ódio no âmbito virtual e a ofensa aos direitos da personalidade daqueles que são alvos desses discursos. A Ética está em constante transformação, e sua reconstrução é um processo natural que ocorre sempre que seu objeto de estudo se modifica, qual seja: o comportamento social. A pós-modernidade rompeu com os preceitos éticos da modernidade, por considerá-los inadequados à nova estruturação social, todavia ao desconstruí-los não conseguiu construir um novo preceito ético, este foi apenas sugerido. Por esta razão e pelos reflexos acarretados, vivencia-se na sociedade contemporânea um contexto de crise Ética, assim dentre as repercussões é objeto de estudo nesta pesquisa o discurso de ódio *online*. Desta forma, por meio do método hipotético-dedutivo, cuja metodologia de pesquisa é essencialmente bibliográfica realizada através de pesquisas nas bases dados, como EBSCOhost, *google* acadêmico, SSRN, banco de teses e dissertações da USP, SCIELO e portal de periódicos da CAPES, constatou-se que com o advento da *internet*, em especial das redes sociais, o abuso no uso da liberdade de expressão tem colocado em risco o Estado Democrático de Direito e tem gerado graves problemas sociais, como a propagação em larga escala de discursos de ódio. Ademais, em razão dessa prática os direitos personalíssimos das pessoas e grupos minoritários estão sendo violados.

PALAVRAS-CHAVE: Crise Ética; Direitos da personalidade; Discurso de ódio; Pós-modernidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the crisis of Ethics in contemporary society, the influence of this context on the formation of hate speech in the virtual environment and the offense to the personality rights of those who are the targets of such speech. Ethics is in constant transformation, its reconstruction is a natural process that occurs whenever its object of study changes, which is: social behavior. Post-modernity has broken with the ethical precepts of modernity, for considering them inadequate to the new social structuring; however, by deconstructing them, it has not succeeded in building a new ethical precept, which was only suggested. For this reason and because of the consequences, we are living in contemporary society in a context of Ethical crisis, and among the repercussions, the object of study in this research is online hate speech. In this way, through the hypothetical-deductive method, whose research methodology is essentially bibliographic, carried out through research in databases such as EBSCOhost, *google* academic, SSRN, USP's bank of

1 Mestranda em Ciências Jurídicas junto ao UniCesumar, na linha de pesquisa com enfoque nos instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Bolsista PROSUP/CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de Efetivação dos Direitos da Personalidade". E-mail: mayumecaires@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8163-7406>.

2 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

theses and dissertations, SCIELO, and CAPES' periodical portal, it was found that with the advent of the internet, especially social networks, the abuse of freedom of expression has jeopardized the democratic rule of law and has generated serious social problems, such as the large-scale spread of hate speech. Moreover, due to this practice, the very personal rights of people and minority groups are being violated.

KEYWORDS: Ethical Crisis; Personality rights; Hate speech; Postmodernity.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de evolução move a sociedade, seja nas relações econômicas, sociais, jurídicas e culturais, pois é característica do ser humano o estado de insatisfação e a busca por aprimoramento. De igual modo, a moral está sempre se modificando e compete à Ética a tarefa de estudar o comportamento das pessoas em sociedade, em razão disto os preceitos éticos estão sempre passando pelo processo de desconstrução e reconstrução.

A ética tradicional não era perfeita, ao contrário tinha fortes traços moralista e patriarcal, assim como a transmissão e a recepção de tais deveres era feita sem que houvesse questionamentos, principalmente pelo fato de serem bem fundamentadas. Ademais, apesar de apresentar mandamentos falaciosos, a Ética tradicional protegia o ser humano de sua própria barbárie. Aos poucos essa Ética moderna foi sendo desconstruída, devido a insatisfação das pessoas a do que era tido como comportamento socialmente adequado. Em face do exposto, denomina-se pós-modernismo a ação de implicância e de declaração do fracasso da Ética moderna, ou seja, o ato de desconstrução e sugestão de uma nova Ética capaz de garantir maior liberdade aos homens e mulheres. Assim sendo, tem-se como objeto de estudo nesta pesquisa a crise ética na sociedade contemporânea, haja vista que nenhum outro preceito ético bem fundamentado foi reconstruído.

Foi utilizada na pesquisa o método hipotético-dedutivo, cuja metodologia de pesquisa foi essencialmente bibliográfica realizada através de pesquisas nas bases dados, como EBSCOhost, google acadêmico, SSRN, banco de teses e dissertações da USP, ScieLO e portal de periódicos da CAPES. Na primeira etapa da pesquisa, fez-se a escolha do tema em que se buscou analisar a incidência do discurso de ódio dentro do contexto de crise ética na contemporaneidade, sendo delimitado como problema de pesquisa as seguintes perguntas: Como a conjuntura de crise ética contemporânea pode influenciar na formação de discursos de ódio no âmbito virtual? É possível que os direitos da personalidade das pessoas que são alvos desses atos sejam violados?

Foram levantadas, frente às questões supramencionadas, as seguintes hipóteses de pesquisa: a) a ausência de um critério ético bem fundamentado, ocasionou um cenário de crise Ética; b) o discurso de ódio é reflexo desse contexto de crise e se tornou mais abrangente em decorrência do avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) em especial nas redes

sociais; c) o uso abusivo da liberdade de expressão oferece riscos ao Estado Democrático de Direito; d) as minorias sociais são os grupos que mais sofrem com os discursos de ódio, pois são violados seus direitos personalíssimos prejudicando o livre desenvolvimento da personalidade.

Objetivando confirmar ou refutar as hipóteses de pesquisa, responder às problemáticas formuladas e identificar o estado da arte do tema proposto, foram pesquisadas obras, artigos de periódicos, legislação e doutrina que versem sobre a temática do estudo. Para isso, dividiu-se a pesquisa em três tópicos, inicialmente será abordado a crise Ética na contemporaneidade, expondo os fundamentos éticos modernos e as propostas apresentadas na pós-modernidade. Em sequência será trabalhado o discurso de ódio na *internet* apresentando seu significado e os principais grupos sociais atingidos, assim como será debatido o direito fundamental à liberdade de expressão e o risco frente ao uso abusivo desse direito. Por fim, no terceiro tópico será analisada a ofensa aos direitos da personalidade daqueles que são alvos do discurso de ódio.

1 CRISE ÉTICA NA CONTEMPORANEIDADE: DIFICULDADES EM ESTABELEECER UM CRITÉRIO ÉTICO

A sociedade contemporânea é marcada pela hiperconexão e interatividade, isto se percebe na possibilidade que as pessoas têm de acessar todo tipo de informação e conectar-se com indivíduos das mais diversas localidades de forma imediata, por meio de computadores, *tablets* e celulares. As relações humanas na sociedade atual, são mediadas pela *internet* de diversas formas, seja por meio de objetos ou redes de comunicação da *web*.

Para muito além dos avanços da tecnologia, a noção de Ética na sociedade contemporânea rompeu com paradigmas modernos e desencadeou no que se denomina de crise Ética pós-modernismo. Isto se dá, pois a “pós-modernidade trouxe então consigo a vontade da desconstrução da ética tradicional, uma vez que esta, sacralizada, moralista, patriarcal acreditava-se sem sentido e necessitada de uma nova roupagem” (RAMIRO, 2020, p. 203).

Para se chegar à explicação do porquê se entende que a sociedade atual vivencia uma crise de mandamentos éticos, faz-se necessário abordá-los na ótica moderna e pós-moderna. A modernidade teria privilegiado a universalidade, a racionalidade e verdades absolutas; acreditava, de igual modo, no planejamento racional duradouro como instrumento de garantia da ordem social e política e teria apostado na padronização do conhecimento e da produção econômica como sinais da universalidade (CHAUI, 2007, p. 489).

Segundo ensina Zygmunt Bauman a cooperação entre o pensamento ético tradicional e a prática legislativa, lutaram para levantar as bandeiras da universalidade e da fundamentação,

Na prática dos legisladores, a universalidade significou o domínio sem exceção de um

conjunto de leis no território sobre o qual estendia sua soberania. Os filósofos definiram a universalidade como aquele traço das prescrições éticas que compelia toda criatura humana, só pelo fato de ser criatura humana, a reconhecê-lo como direito e aceitá-lo em consequência como obrigatória (BAUMAN, 1997, p. 13).

Na prática legislativa a existência de fundamentações significava o exercício dos poderes coercitivos do estado face à sociedade, haja vista que tornavam a obediência às regras expectativas sensatas já que eram “bem fundamentadas”. A existência de uma Ética dotada de fundamentações visava criar regras que seriam fixadas na sociedade de forma que não seriam abaladas (BAUMAN, 1997, p. 14).

O pensamento ético moderno, fundava-se na coerção realizada por meio de regras dotadas de fundamentações capazes de responder os questionamentos sociais acerca do por que deveriam ser obedecidas, logo “o pensamento e a prática morais da modernidade estavam animados pela crença na possibilidade de um código ético não-ambivalente e não-aporético” (BAUMAN, 1997, p. 15).

Ademais, conforme explana Marilena Chaui (2007, p. 489-490) a modernidade propagava preceitos como a confiança iluminista na razão (força capaz de libertar o homem da ignorância), a separação entre público e privado (objetivando constituir o poder público como esfera pública impessoal e separada da sociedade civil) e trabalhava com grandes categorias, tais como: indivíduo e o homem (no liberalismo), classes sociais (no socialismo e no comunismo) e homem e movimentos sociais (no anarquismo).

Em suma, os fundamentos e as regras éticas da modernidade se sustentavam na universalidade, na racionalidade, em verdades universais e na possibilidade de criar um código ético não-ambivalente e não-aporético. Isto seria possível através do poder coercitivo do Estado em impor regras bem fundamentadas, tendo como baluarte a racionalidade e noções universais baseadas simplesmente na natureza humana dos sujeitos, isto impossibilitava a crítica e atribuía obrigatoriedade em respeitá-las.

Em contrapartida, o pós-modernismo busca romper com os mandamentos éticos tradicionais, fundamentando-se no pluralismo, na heterogeneidade, no fragmentado, na igualdade e na liberdade. Segundo explica Eduardo C. B. Bittar,

[...] a ética pós-moderna convive de modo mais confortável com o fato de que as diferenças podem ser enfatizadas, para que conquistas sociais, direitos fundamentais e emancipações possam ser reconhecidos. A ética do contexto pós-moderno é a da relativização dos universais, enfatizando a diversidade humana. Esta se expressa de inúmeras formas, pois se não há universais absolutos, deve-se garantir a diversidade ideológica, política, cultural, social, de gênero, de sexo etc. e é desta forma que se garante democraticamente o convívio dos muitos com os muito (2018, p. 99).

O “pós” modernismo não deve ser tratado no sentido cronológico, mas como o ato de

implicar e questionar as pretensões da modernidade, a fim de concluir que foram enganosos e construídos sob falsas pretensões, haja vista que a humanidade é moralmente ambivalente, irracional, aporética e não passível de universalização (BAUMAN, 1997, p. 16-18).

Assim, é notório a proclamação da falência da razão para cumprir a missão emancipatória, bem como exibe-se a natureza opressora desta sobre os homens, tendo em vista que na sociedade pós-moderna fala-se em pessoas não em grupo, pois as peculiaridades e as pluralidades individuais importam e constroem a alteridade (CHAUI, 2007, p. 490).

Desta feita, nota-se que o pós-modernismo faz opção pela contingência, ambivalência, pelo pluralismo, fragmentado, volátil, fugaz, acidental e descentrado, assim como pelo presente sem passado e sem futuro e escolhe por micropoderes e microdesejos. Toda essa indeterminação resulta num modo de vivenciar a liberdade, porém essa definição de liberdade não foi oferecida, somente sugerida, pois determinar seria seguir os passos da modernidade, ou seja, da imposição de comportamentos universalizáveis (CHAUI, 2007, p. 505).

Cabe destaque ao ensinamento Bauman (1997, p. 29-30). a respeito do sentimento de liberdade na pós-modernidade,

No começo, a vinda do pluralismo (quebrando o molde da tradição, escapando ao controle apertado e meticuloso da paróquia e da comunidade local, afrouxando o domínio do monopólio ético eclesiástico) foi saudado com alegria pela minoria que pensava, debatia e escrevia. [...] O novo sentimento de liberdade era intoxicante; era celebrado triunfalmente e gozado com despreocupação.

O pós-modernismo criticou e rompeu com paradigmas modernos, porém não conseguiu apresentar fundamentações éticas que viesse a substituí-los. Isto significa dizer que, uma nova roupagem era tida como necessária, porém ao desvestir-se a sociedade não conseguiu vestir-se de uma nova roupagem Ética. Nesse sentido, Marcus Geandré Nakano Ramiro (2020, p. 204) aponta que a sociedade rompeu com o muro da modernidade, todavia esse muro também era a proteção contra a sua própria degradação; e a sociedade pós-moderna não teve condições de reconstruí-lo com novas balizas que fossem capazes de conduzi-la a um fundamento ético apto a proteger a dignidade de seus integrantes.

Assim, tem sido objeto de estudo o cenário contemporâneo de crise Ética, em razão da dificuldade em se estabelecer um critério ético o que tem se tornado emergente frente às possibilidades tecnológicas oferecidas. Um dos principais pontos de debates diz respeito às relações humanas, pois “no plano das relações humanas, sociais e familiares percebe-se uma grande indiferença pelo outro e um desaparecimento do valor do culto coletivo” (RAMIRO, 2020, p. 204).

A internet tem se mostrado um ambiente hostil alimentado por verdades individualizadas e ataques frequentes entre os usuários, pois cada indivíduo tem sua verdade absoluta. Percebe-se que

“o saudosismo e a insatisfação com o estado de coisas têm alimentado uma fornalha de intolerâncias, extremismos e radicalismos morais nos tempos presentes” (BITTAR, 2018, p. 101).

As mudanças de pensamento, as revoluções tecnológicas e científicas, assim como aceitação de quaisquer ofertas éticas, preencheram a sociedade de desvalores em especial no tocante às relações humanas, sociais e familiares, conforme descreve Eduardo C. B. Bittar (2018, p. 89),

quanto às relações humanas, sociais e familiares: indiferença pelo outro; niilismo quanto à direção e à orientação de vida e de seus valores; desaparecimento do valor do culto coletivo; desaxiologização dos discursos; relativização dos conceitos, das verdades; liberação dos instintos e apetites; justificação do irracional e aceitação da incontinência; fragilização das estruturas familiares e dos relacionamentos humanos; perda dos hábitos cordiais e solidários; fortalecimento do paradigma advindo da lei do mais forte; banalização da personalidade humana com atentados perpetrados nas múltiplas esferas em que se manifesta; vulgarização da imagem feminina, reduzida a um mero apanágio da sensualidade e do apetite masculino; funcionalização dos procederess humano-comportamentais; aceitação fácil e imediata dos raciocínios, slogans, clichês e formas de pensar massificados, com a consequente redução da capacidade de personalização das tomadas de decisão; criação do mito da imagem [...].

Assim, a insatisfação com o estado das coisas, o individualismo exacerbado e a indiferença pelo certo ou errado atingiu todas as esferas das relações sociais, pois o extremismo se manifesta na moralidade, na religião, na política, nas manifestações de ódio, de intolerância, do não diálogo e da cultura do outro-inimigo (BITTAR, 2018, p. 101), esta realidade social tem gerado impactos no desenvolvimento psicológico, físico e social da pessoa humana.

2 DO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE ÉTICA

Tendo por escopo responder a problemática a ser respondida nesta pesquisa, será abordado nesse tópico a possibilidade de influência da crise ética como elemento fomentador do discurso de ódio na *internet*, assim como a importância do equilíbrio entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, como formas de manutenção da democracia e proteção da dignidade da pessoa humana.

O direito humano e fundamental à liberdade de expressão assegura às pessoas a livre manifestação de sua opinião, crença, ideias, convicções, etc., de forma que oportuniza que a democracia se fortaleça com as divergências de opiniões e debates acerca dos assuntos que norteiam a sociedade. A liberdade de expressão está consagrada, no art. 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, como o direito que toda pessoa tem “[...] à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948, *online*). Nesse sentido, ensina Luis Gerardo Rodriguez Lozano (2019, p. 15) que “*La libertad de expresión y la libertad de opinión guardan mucha correspondencia, así como con las libertades de pensamiento y la libertad de información o libertades informativas*”.³

É notório que se trata de um direito que abarca inúmeras formas de exteriorização da liberdade, entretanto percebe-se que na sociedade pós-moderna as pessoas tem utilizado da liberdade de expressão de forma abusiva, pois através do uso da *Internet*, em especial das redes sociais o espaço virtual tem se transformado em um ambiente de proliferação de discursos odiosos contra pessoas e grupos vulneráveis.

Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa De Bittencourt Siqueira (2020, p. 545) explanam que, segue sendo um dos principais desafios do ordenamento jurídico nacional e internacional a busca em assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão e assegurar a proteção da dignidade das pessoas humana e dos direitos da personalidade.

Deste modo, é visível a busca constante por equilíbrio, pois o uso abusivo da liberdade de expressão já fragilizou e resultou na desconstrução de democracias, em especial na era digital devido aos recursos sofisticada das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 545). É pertinente salientar que a liberdade de expressão deve ser utilizada como instrumento fomentador do Estado Democrático de Direito, tendo em vista seus *status* de direito fundamental, consagrado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, IV) ao qual assegura “a livre comunicação para difundir e receber notícias, exercer o direito de informar, informar-se e ser informado” (CASTILHO; SANCHES, 2016, p. 59).

O uso abusivo dessa liberdade pode se dar de diversas formas, mas tem-se como objeto de análise nesta pesquisa o discurso de ódio, este “[...] tem suas raízes na terminologia americana *hate speech*, podendo ser caracterizado como um instrumento que se utiliza da linguagem verbal e/ou extraverbal, como a fala, os gestos, a música, o cinema, o vídeo, a pintura, a dança, os livros e etc.” (CAZELATTO; CARDIN, p. 930).

3 Tradução livre: “A liberdade de expressão e a liberdade de opinião correspondem estreitamente, tal como a liberdade de pensamento e a liberdade de informação ou de informação”.

Ainda, de acordo com o ‘Guia para analisar o discurso de ódio’ que o *hate speech* são manifestações que julgam negativamente um grupo ou pessoa pertencente a este, a fim de estabelecer que são menos dignas de direitos, oportunidades, respeito, recursos do que outros grupos e/ou indivíduos, o que conseqüentemente legitima a prática de discriminação e/ou violência (LUCCAS; GOMES; SALVADOR, 2020, p. 40-41)

Saliente-se que o discurso de ódio, a intolerância, o racismo, a xenofobia, etc., não são práticas que surgiram com a *Internet*, porém se intensificaram com o seu advento, haja vista que as redes sociais amplificaram as vozes e estas podem ser utilizadas para reivindicar e promover direitos como também para violá-los e propagar o ódio. Assim, “se antes esses discursos existiam às escondidas na esfera privada, graças às redes sociais eles se consolidaram como parte visível da esfera pública, com maior potencial de se perpetuar e disseminar (LUCCAS, GOMES; SALVADOR, 2020, p. 36).

Na pós-modernidade a liberdade é venerada e tida como absoluta, observa-se que os indivíduos não medem as conseqüências de suas falas e ações, porém ainda que virtual “[...] toda liberdade tem limites lógicos, que estão consubstanciados na própria concepção genérica de liberdade, de modo que, ela se finda para preservar, proteger e promover os direitos de personalidade de outrem” (CAZELATTO; CARDIN, 2016, p. 932).

Conforme explica Eduardo C. B. Bittar,

O fluxo das ideias e ideologias navega entre qualquer tipo de coisa, pois tudo é espantosamente aceitável. Nada é proibido, tudo pode ser experimentado; tudo é válido, não importa o que seja. Nada é definitivamente certo e nem errado, pois tudo é relativo ou relativizável. Na cultura da aceitação de tudo, fica difícil divisar horizontes e identificar erros e acertos (2018, p. 100).

Nesse ambiente de incertezas e indefinições, as pessoas estão perdendo a tolerância e o respeito, logo a reprodução do discurso de ódio desconstrói o projeto idealizado para a pós-modernidade de coexistência de pessoas e grupos sociais distintos de forma respeitosa, e acabada criando um ambiente hostil, propício as mais diversas formas de violência (OLIVA, 2015. p. 67, apud CAZELATTO; CARDIN, 2016, p. 932). É notório, deste modo, que na crise não são agravados somente o fanatismo, o dogmatismo e as fúrias, é de igual modo agravada a incapacidade de compreender a si e o outro, assim o mal ético está na barbárie das relações humanas (MORIN, 2007, p. 86).

Ademais, atos discriminatórios e intolerantes ameaçam a ordem democrática e multiétnica, pois visam disfarçado por argumentos de proteção da moral, segregar grupos minoritários da participação da sociedade, de forma a propagar que as mulheres, os negros, as pessoas que fazem parte do grupo LGBTQia+, os imigrantes e demais minorias não são merecedoras dos mesmos

direitos e proteção por parte do Estado e da sociedade civil (PAMPLONA; MORAES, 2019, p. 121-122).

Desta feita, dentro dessa conjuntura de abuso da liberdade de expressão e violações de direitos personalíssimos, como: a honra, a identidade pessoal, ao respeito e a integridade psíquica de grupos e pessoas em situação de vulnerabilidade social, é imprescindível compreender que todo comportamento social, digital ou não digital, gera reflexos e responsabilidade; e é imprescindível a busca pela consciência social que as condutas disseminadas na internet potencializam as violações e constrangimentos a direitos e garantias das pessoas (BITTAR, 2018, p. 133).

Deve-se buscar, a manutenção de um equilíbrio, que garanta a máxima assegurada pela liberdade de expressão e assegure a proteção à dignidade humana e do livre e saudável desenvolvimento da personalidade, pois sem que haja essa busca constante, o próprio Estado Democrático de Direito estará em risco (SARLET; SIQUEIRA, 2020, p. 545).

Nesse sentido, é essencial o estudo acerca dos reflexos sociais da crise Ética na sociedade atual, pois a virtualização das relações potencializou tanto o que há de bom nas pessoas, como o que há de ruim, assim o debate com relação aos riscos oferecidos as democracias, assim como aos direitos da personalidade é imprescindível, tendo em vista que o exercício da liberdade deve estar compatibilizado com a segurança no espaço virtual e o estímulo ao uso responsável da rede tem de ser contínuo para que a rede não passe a acolher tudo, inclusive o discurso de ódio, o *bullying* virtual, o *cyberstalking*, o racismo, a intolerância, etc., (BITTAR, 2018, p. 134).

3 DISCURSO DE ÓDIO E A OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Foram abordados no íterim da pesquisa: os preceitos éticos tradicionais e as propostas da pós-modernidade; a crise Ética que se vivencia na sociedade contemporânea; a incidência do discurso de ódio na *internet* como reflexo desta crise e a relevância do direito fundamental à liberdade de expressão na manutenção das democracias. Neste tópico, será analisada a ofensa aos direitos da personalidade das pessoas que são alvos dos discursos de ódio no ambiente virtual.

Na época atual, conforme descreve Edgar Morin (2007, p. 99-103), devido à falta de um mandamento ético superabundam os julgamentos morais baseados em verdades individuais e há um excesso de indignação, culpabilização e reprovação, isto se dá quando o espírito está cego pelo ódio, pelo desprezo e pela ira e faz com que as diferenças cresçam e o outro seja excluído. Nota-se, que “a ruptura com o passado moderno trouxe uma avalanche de tendências reprimidas, onde as minorias se manifestam com intensidade, os comportamentos estão favoravelmente pluralizados, os padrões morais estão difusos e desconcentrados” (BITTAR, 2018, p. 99).

O discurso de ódio na *internet* tornou-se um grave problema social, pois a disseminação do

ódio forma grupos coesos e faz com que a frequente repetição desses discursos ocasione à dessensibilização a essa forma de violência (MATHEW, et al., 2019, p. 180)⁴. Esses discursos desprezam as diferenças, diminuem e estigmatizam pessoas e grupos como sujeitos não detentores de proteção e direitos, o que indubitavelmente ofende os direitos da personalidade.

É inegável que a *Internet* revolucionou o processo comunicacional e as pessoas percebem essas mudanças, porém o Direito vai além dessa percepção, pois lida com as repercussões dessas transformações.

O discurso de ódio na *internet* é reflexo da incorporação maciça da tecnologia na vida das pessoas, e essa prática envolve a um só tempo a violação de diversos direitos da personalidade (SCHREIBER, 2014, p. 227). Maria Celina Bodin (2010, p. 2) explana que os direitos da personalidade provêm, dentre os diversos fatores sociais, “da explosão qualitativa e quantitativa de meios de comunicação de massa invasores, progressivamente direcionados a desconsiderar vidas particulares”.

É importante apresentar quais direitos da personalidade são violados pela prática do discurso de ódio na *internet*, são eles: o direito à honra, à integridade psíquica e ao respeito. O direito à honra e ao respeito fazem parte dos direitos morais da personalidade, o primeiro refere-se tanto ao valor moral íntimo da pessoa, como a consideração social e trata-se de um direito imensamente valioso, pois acompanha a pessoa por toda a sua vida e é protegido mesmo após a morte (CUPIS, 2008, p. 122).

O direito ao respeito é tido como indispensável ao convívio social, em outras palavras constitui a base para a convivência com o outro, com a diversidade cultural, sexual, bem como de opiniões e crenças, pois é com fulcro nesse exercício que se estrutura uma sociedade democrática. Já o direito à integridade psíquica se destina a proteger o conjunto psicoafetivo e pensante da estrutura humana, através da imposição à coletividade e a cada pessoa do dever de não interferir, ofender ou inibir o conjunto individualizador do ser humano, em suas ideias, concepções e convicções. Com base nesses direitos as pessoas devem se abster de agir ou pronunciar palavras, insinuações e tantos mais que venham a ofender o outro (BITTAR, 2015, p. 182-183; 209-210).

Nota-se que o discurso de ódio viola a esfera intrínseca das pessoas e prejudica o livre e saudável desenvolvimento de sua personalidade, pois a ofensa atinge aqueles direitos cuja proteção é indispensável a personalidade, pois sem eles o seu desenvolvimento estaria prejudicado, logo os direitos personalíssimos podem ser vistos como àqueles que protegem o conjunto de características

4 Texto no original: “*The spread of hate speech in the online medium in a grave concern to the society. This is particularly problematic for several unsuspecting victims who might form an unnecessary outgroup prejudice against a particular Community. The frequent and repetitive exposure to hate speech leads to desensitization to this form of verbal violence*”.

e atributos intrínsecos da pessoa. Essas particularidades da pessoa devem ser consideradas o objeto de proteção do ordenamento jurídico, logo há de ser tutelada das agressões que ofendam a personalidade e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2020, p. 148).

Desta feita, contrário ao estado atual de crise Ética na sociedade contemporânea tem-se a busca pela efetividade dos direitos da personalidade como ‘remédio’ a cólera social, pois nesse cenário de crise são especialmente atingidos os direitos íntimos da pessoa humana, seja na perspectiva dos direitos à personalidade como na ótica dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Diante das problemáticas apresentadas, a respeito da crise ética na sociedade contemporânea, a influência desse contexto na formação de discursos de ódio na *internet* e a ofensa aos direitos da personalidade, foi possível tendo como base os argumentos expostos, comprovar as hipóteses de pesquisas levantadas.

Para além do fato de a sociedade ter desconstruído a Ética tradicional por considerá-la inaceitável e feito isso não ter conseguido reconstruir um mandamento ético bem fundamentado, a crise ética na sociedade atual se dá em decorrência do individualismo exacerbado, da imposição de verdades absolutas individualizadas, da sobrecarga de desvalores, da aceitação de qualquer proposta Ética, assim como advém da insatisfação constante com o estado das coisas.

Neste contexto, o discurso de ódio no ambiente virtual se mostra como reflexo da crise ética. É inquestionável as modificações que a tecnologia gerou na sociedade e nas relações interpessoais, pois a hiperconectividade aproximou pessoas das mais diversas localidades e tornou acessível e quase imediato o processo informacional, logo é notório os benefícios sociais e democráticos que tem proporcionado. Todavia, trouxe também sérios problemas, pois tornou transparente a barbárie e a intolerância do ser humano.

O discurso de ódio tem como alvo pessoas e grupos minoritários, tais como: a mulheres, os imigrantes, os negros e as pessoas do grupo LGBTQia+, tem por objetivo diminuir, segregar e estigmatizar esses indivíduos, pois propagam a ideia de que esses grupos não são merecedores dos mesmos direitos e proteção por parte do Estado e da sociedade civil.

Desta feita, as ofensas dirigidas a essas pessoas ofendem àqueles direitos que protegem os atributos inerentes e intrínsecos de cada pessoa, sem os quais o livre desenvolvimento de sua personalidade restaria prejudicado. Assim a ofensa aos direitos da personalidade se mostra inquestionável, sendo violados em especial o direito à honra, à integridade psíquica e ao respeito. Nestas circunstâncias a busca pela efetivação dos direitos da personalidade constitui instrumento indispensável para proteger as pessoas contra as falas e ações que visem a violação da dignidade da

pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Liberdade de Expressão, Honra, Imagem e Privacidade: Os limites entre o lícito e o ilícito. **Manole**, São Paulo, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPI, Juliano et al. **Internet, Big Data e discurso de ódio: reflexões sobre as dinâmicas de interação no Twitter e os novos ambientes de debate político**. 2017.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, p. 919-938, 2016. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465>. Acesso em: 01 jul. 2021.

CHAUI, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

COSTA, Fabrício Veiga et al. A linha tênue entre o exercício do direito de liberdade religiosa em face do discurso de ódio. **Prisma Jurídico**, p. 479-503, 2017. Disponível em:

<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7800>. Acesso em: 01 jul. 2021.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 364.

DE MORAES, Patricia Almeida; PAMPLONA, Danielle Anne. O discurso de ódio como limitante da liberdade de expressão. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, p. 113-133, 2019. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/37081>. Acesso em: 01 jul. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em:

https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 08 jul. de 2021.

FAUSTINO, André. O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO DO ÓDIO NAS REDES SOCIAIS. **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado**, 2020. DOI:

<https://doi.org/10.17765/2176-9184.2020v20n1p43-56>. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7871>. Acesso em: 01 jul. de 2021.

FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, p. 639-655, 2016.

Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4973>. Acesso em: 01 jul. 2021.

GALINARI, Melliandro Mendes. Identificando os " discursos de ódio": um olhar retórico-discursivo. **Revista de Estudos da Linguagem**, v. 28, n. 4, 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/relin/article/view/16695>. Acesso em: 01 jul. 2021.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega. **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HERVADA, Javier. **Crítica introdutória ao Direito Natural**. Porto: Resjurídica.

LEAL DA SILVA, Rosane; BOLSON DALLA FAVERA, Rafaela. Estudo do caso Klayman v. Zuckerberg and facebook: da liberdade de expressão ao discurso do ódio/Study of the case klayman v. zuckerberg and facebook: from freedom of speech to hate speech. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, p. 273-292, 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/923>. Acesso em: 26 jun. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p273-293>.

LOZANO, Luis Gerardo Rodriguez. LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/40338>. Acesso em: 01 jul. 2021.

MATHEW, Binny et al. Spread of hate speech in online social media. In: **Proceedings of the 10th ACM conference on web science**. 2019. p. 173-182.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade: na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NIEMINEN, Hannu. Digital divide and beyond: What do we know of information and communications technology's long-term social effects? Some uncomfortable questions. **European Journal of Communication**, 2016, p. 19-32.

NITRINI, Rodrigo Vidal. Liberdade de expressão nas redes sociais: o problema jurídico da remoção de conteúdo pelas plataformas. 2020. **Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22032021-171558/publico/3715462_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, p. 297-316, 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>. Acesso em: 26 jun. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1788>.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; DE OLIVEIRA, Renan Medeiros; COUTINHO, Carolina Saud. Regulação do discurso de ódio: análise comparada em países do Sul Global. **Revista de Direito**

Internacional, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6533>. Acesso em: 01 jul. de 2021.

QUADRADO, Jaqueline Carvalho; FERREIRA, Ewerton da Silva. Ódio e intolerância nas redes sociais digitais. **Revista Katálysis**, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/1982-02592020v23n3p419>. Acesso em: 01 jul. de 2021.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. p. 194-207, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/6713>. Acesso em: 1 jul. de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; DE BITTENCOURT SIQUEIRA, Andressa. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NUMA DEMOCRACIA: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, p. 534-578, 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/522>. Acesso em: 01 jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Gabriela Nunes Pinto da; SILVA, Thiago Henrique Costa; GONÇALVES NETO, João da Cruz. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES: UMA ANÁLISE DOS DISCURSOS DE ÓDIO NA ERA DAS FAKE NEWS. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho- PR, p. 415-438, 2021. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2169>. Acesso em: 01 jul. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i34.2169>.

SILVA, Silvio Julio da. Ética, filosofia do direito e crítica: entre o marxismo e a pós-modernidade. 2012. **Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo**. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-22042013-113833/pt-br.php>. Acesso em: 01 jul. de 2021.

SOARES, Josemar Sidinei; CHIARA LOCCHI, Maria. O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana/ The individual role in the construction of the human person dignity. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, p. 31-41, 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/835>. Acesso em: 26 jun. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p31-41>.

TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UDUPA, SAHANA et al. **Hate Speech, Information Disorder, and Conflict**. 2020.

DIREITO À FELICIDADE E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APONTAMENTOS SOBRE SUA APLICABILIDADE

Paulo Roberto Braga JUNIOR¹
Valter Foletto SANTIN²

RESUMO

Há discussões acadêmicas e doutrinárias sobre a possibilidade de visualizar um direito à felicidade no ordenamento constitucional brasileiro. Nesse sentido, essa pesquisa, de cunho exploratório, investiga em que medida a jurisdição constitucional brasileira tem usado desse direito para compor suas decisões. Propõe-se, então, identificar quais os contornos do chamado direito à felicidade, sua presença ou ausência na legislação, bem como sua menção em decisões do Supremo Tribunal Federal. Por meio dos métodos dedutivo, bibliográfico e documental verificou-se que tal direito se faz presente em jurisprudências como uma garantia constitucional e têm sido utilizado de forma a complementar a fundamentação de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Felicidade; Constitucionalismo; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

There are academic and doctrinal discussions about the possibility of envisioning a right to happiness in the Brazilian constitutional order. Furthermore, it is questioned whether the constitutional jurisdiction has used this right to compose its decisions. Thus, this research aimed to investigate the contours of the so-called right to happiness, its presence or absence in legislation, as well as its mention in decisions of the Supreme Court. Through deductive, bibliographical and documentary methods, this exploratory research found that this right is present in jurisprudence as a constitutional guarantee and used in order to complement the reasoning of decisions.

KEYWORDS: Happiness; Constitutionalism; Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz uma ampla garantia de direitos fundamentais e sociais. No entanto, não há em seu texto, de forma expressa, a palavra felicidade ou um direito e ela ou a sua busca.

Portanto, a razão de ser dessa pesquisa é encontrar fundamentações para se afirmar que há um direito à felicidade permeando o ordenamento constitucional brasileiro, mesmo de forma implícita.

Investiga-se, portanto, as disposições legais expressas das quais podem decorrer o direito à felicidade como um princípio e se a tese de sua existência está presente em jurisprudências do Supremo Tribunal Federal – STF.

1 Bacharel Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Educação e Sociedade pelo IFPR e em Gestão Pública pela UEPG. Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. E-mail: pbragajunior@hotmail.com

2 Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Campus Jacarezinho), Doutor em Direito pela USP - Universidade de São Paulo, Pós-doutor pelo programa do Ius Gentium Conimbrigae (Coimbra, Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). E-mail: santin@ueno.edu.br

Essa pesquisa procura, então, questionar se há base legal e jurisprudencial para se afirmar que o direito à felicidade está presente no ordenamento constitucional brasileiro como garantia fundamental, a ensejar a atuação do Supremo Tribunal Federal em sua proteção.

Caracterizado como pesquisa exploratória, esse estudo teve por base os métodos de revisão bibliográfica e de análise documental. Optou-se por iniciar com a identificação dos contornos de um possível direito à felicidade e sua possibilidade de previsão legal; posteriormente, analisou-se o constitucionalismo contemporâneo que, com sua relevância à hermenêutica constitucional, oferece bases para visualizar tal direito como um princípio e, finalmente, verifica-se como decisões do STF utilizam-se do direito à felicidade para a proteção de questões que envolvem a personalidade humana.

Por fim, conclui-se que, mesmo sem a previsão expressa, a Constituição Federal de 1988 estabelece um subsistema de garantias voltado à promoção da felicidade e o STF tem decisões nesse sentido.

2 A POSSÍVEL PREVISIBILIDADE LEGAL DA FELICIDADE

Definir felicidade pode parecer tarefa extremamente difícil, tendo em vista a subjetividade envolvida no termo. O dicionário *online* Michaellis a define como “estado de espírito de quem se encontra alegre ou satisfeito; alegria, contentamento, fortúnio, júbilo” (FELICIDADE, 2021). Logo, é possível perceber que o conceito de felicidade se opõe às ideias de sofrimento, angústia e dor, buscando reduzi-las.

O filósofo grego, Aristóteles, por meio de sua obra *Ética a Nicômaco* foi o primeiro pensador clássico a se dedicar ao estudo da felicidade. Para ele, a busca dela é condição inerente à natureza humana e toda a ação do homem tem por objetivo alcançá-la, pois tanto as pessoas mais sábias, quanto as pessoas menos dotas, possuem o desejo de serem felizes:

[...] qual é o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem ser esse fim a felicidade e identificam o bem viver e o bem agir como o ser feliz. (ARISTÓTELES, 1991, p. 6)

Já no aspecto jurídico, considera-se que a felicidade se prestaria a amenizar injustiças. Apesar de que há alegações que seria impossível o Direito utilizar-se de tal conceito, pois cada pessoa tem a sua própria representação do que a faz feliz. No entanto, segundo Saul Tourinho Leal (2017) os conceitos indeterminados não são estranhos ao direito. Na seara constitucional, tem-se como exemplos os conceitos de moralidade, boa-fé, dignidade, segurança nacional, bem-estar e justiça, que são objetos de estudos sobre suas aplicações e utilizados comumente em decisões judiciais (LEAL, 2017, p. 21). Portanto, ainda que sejam necessárias várias reflexões para se

estabelecer um conceito de felicidade, isso não impede que se estabeleça uma visão conceitual, capaz de fornecer elementos suficientes para sua presença no campo jurídico.

Não há, na legislação brasileira, previsão explícita de um direito à felicidade. Ele não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Porém, a palavra felicidade, apesar de não estar expressa, pode ser associada a alguns dispositivos constitucionais.

Uma sociedade feliz requer liberdade, justiça e solidariedade, os quais são objetivos fundamentais presentes no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988. Para Saul Tourinho Leal (2017, p.8) “além do direito a uma existência digna, a humanidade tem o direito de ter uma existência feliz.” Inclusive, a doutrina costuma indicar o direito à felicidade como consequência do princípio da dignidade humana, que consta no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Foi em 1776, que pela primeira vez se teve notícias da previsão do direito à busca pela felicidade. Os Estados Unidos da América almejavam o rompimento de seu vínculo colonial com a Inglaterra e fizeram constar em sua Declaração de Independência de 1776 que: “Consideramos que essas verdades são evidentes, que todos os homens são criados igualmente, que são dotados de certos direitos inalienáveis, concedidos pelo Criador, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (ARMITAGE, 2011).

Depois das atrocidades de duas guerras mundiais, a Organização das Nações Unidas buscou elaborar documentos para a defesa global dos direitos humanos, com o fim de assegurar a todos nada mais do que o acesso a uma vida feliz.

Apesar da tendência de constitucionalização de vários direitos fundamentais, poucas são as Constituições que formalmente preveem o direito fundamental à felicidade. A Constituição japonesa, no artigo 13º, dispõe que todas as pessoas gozam do direito de buscar sua felicidade, desde que esta não obste ao bem-estar público (JAPÃO, 1947). O artigo 10º da Constituição da Coreia do Sul, por sua vez, determina que todas as pessoas têm o direito de alcançar sua felicidade, sendo que para isso o Estado deve garantir o exercício dos direitos humanos. A Seção 14, 2, b, da Constituição da Nigéria de 1999 afirma que é dever do Estado garantir “a máxima assistência social, liberdade e felicidade de todos os cidadãos com base na justiça social e na igualdade de condições e oportunidades” (NIGÉRIA, 1999).

A carta constitucional do Reino de Butão, pequeno país asiático, vai mais além, pois em seu artigo 9º prevê o cumprimento do chamado Índice Nacional de Felicidade Bruta. Tal indicador serve para medir a qualidade de vida das pessoas e obriga o Estado a promover as condições necessárias para que o povo viva com qualidade. Com uma constituição repleta de menções à felicidade, o Reino do Butão estabeleceu 72 indicadores para avaliar o desenvolvimento do

progresso e da felicidade nacional, sendo que as políticas públicas devem ser implementadas levando em conta esses indicadores. No entanto, o caso desse país asiático traz um alerta importante. Para alcançar o objetivo da felicidade nacional, houve a restrição de direitos, a opressão de minorias, limitação da liberdade religiosa e de expressão. Assim, a busca pela felicidade prejudicou a autonomia da vontade da população (LEAL, 2017, p. 127).

Importante ressaltar que a busca da felicidade coletiva não pode colocar em risco direitos individuais, nem colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, não se deve permitir ofensas à dignidade de alguns, para assegurar que a maior parte da população esteja feliz. Nas palavras do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – Rio de Janeiro, “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem” (BRASIL, 2011a, p. 12).

No Brasil, houve a tramitação de duas iniciativas, perante o Congresso Nacional, com o objetivo de inserir de forma expressa a felicidade no ordenamento jurídico. A Emenda Constitucional nº 19/2010, de iniciativa do senador Cristovam Buarque, pretendia dar nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal, que ficaria da seguinte forma:

Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2010^a)

Na proposta, o senador sustentava que é necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas, e que explicitar o direito à busca da felicidade na Constituição daria conteúdo objetivo e resgataria a garantia dos direitos sociais.

Um outro projeto tramitou perante a Câmara dos Deputados, de autoria da deputada Manuela d’Ávila, com o número 513/2010. Nele, pretendia-se a inclusão na Constituição Federal do direito à busca da felicidade como direito fundamental, sendo que Estado e sociedade deveriam proporcionar condições de exercício deste direito. A justificativa foi de “elevar o sentimento ou estado de espírito que invariavelmente é a felicidade ao patamar de um autêntico direito. Mas fato é que o objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito é a busca pela felicidade coletiva” (BRASIL, 2010b).

Tais propostas encontraram apoios, mas também muitas objeções. No âmbito acadêmico emergiram muitos argumentos desfavoráveis à aprovação, alegando ausência de utilidade para o mundo jurídico, mera função simbólica e discurso retórico. A respeito da emenda originada no Senado, Frederico Meinberg Ceroy (2014, p. 109) comenta que “não haveria nenhum efeito prático na promulgação de tal emenda, apenas belas palavras a serem acrescentadas à Carta Constitucional.”

Em sentido oposto, Ramos (2016) alega que, caso seja positivado, o direito à busca da felicidade terá eficácia plena, podendo constar em fundamentações decisórias não apenas como complemento cognitivo, mas como uma norma a ser aplicada. Não que sua positivação pudesse aumentar a eficácia dos direitos fundamentais, mas que um direito tão importante para o ser humano jamais poderia ficar de fora de uma Constituição democrática (RAMOS, 2016, p. 34). Já para Santos e Souza (2019, p. 127) “a aprovação em texto de Emenda Constitucional contribuiria sim para um efetivo reconhecimento e colaboraria como norma programática apta a ensejar políticas de efetivação do direito à felicidade.”

Apesar desses argumentos as propostas de emenda mencionadas acima foram arquivadas em 2015, por força de termos regimentais, ao final da legislatura, por não terem sido colocadas para votação. Porém, o tema ainda continua sendo objeto de discussões, especialmente em âmbito acadêmico.

3 A FELICIDADE NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

As discussões sobre a presença do direito à felicidade no ordenamento jurídico fazem parte das novas tendências do Constitucionalismo. A sua inserção legal em alguns países faz com que os estudiosos e a jurisdição constitucional se disponham a considerá-lo.

O Constitucionalismo contemporâneo está assentado na ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, no reposicionamento dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e privados e no reconhecimento da força normativa da Constituição. Quanto à teoria da norma, consolida-se a elevação dos princípios à categoria de normas e o Direito se abre à realidade e às outras ciências, para revelar os valores vigentes na sociedade (SOUZA, 2017, p. 304).

Nesse sentido, considera-se que as normas constitucionais irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico e anuncia-se o valor da interpretação normativa para a jurisdição constitucional. A Constituição não é então apenas o seu texto escrito, mas inclui princípios correlatos e decorrentes. São os princípios constitucionais implícitos.

Um exemplo é a ideia de boa-fé, que apesar de não estar expressa na Constituição, pode ser inferida pela leitura do seu artigo 37. Nele, consta que a administração pública deve se pautar pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pelos quais se subentende o ideal de boa-fé (BULOS, 2015, p. 446). Dessa forma, levando em conta a presença de princípios implícitos na Constituição Federal, é possível reconhecer o direito à felicidade.

Para Saul Tourinho Leal (2017) a indicação da presença do direito à felicidade na Constituição revela-se pelas menções em seu texto da expressão “bem-estar”, que, para ele “é a maneira neutra que a dogmática constitucional contemporânea optou para tratar um prisma da

felicidade.” (LEAL, 2017, p. 183) Assim, ao tratar do bem-estar a Constituição Federal de 1988 ampara o direito à felicidade explicitamente, e quando trata de direitos como liberdade (direito à busca da felicidade), saúde (direito prestacional à felicidade), dignidade da pessoa humana, apresenta-se o direito à felicidade implicitamente.

Além disso, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988). Portanto, haveria na Constituição Federal de 1988, um direito à felicidade expresso de várias formas. Nesse sentido corrobora Flávia Piovesan ao dizer que:

a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais. Quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar. (PIOVESAN, 2008, p. 57).

O Preâmbulo da Constituição de 1988 também apresenta as bases para o direito à felicidade quando afirma que o Estado Democrático brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Logo, a unidade da Constituição faz supor que a felicidade é um direito fundamental com roupagem principiológica.

Considerando-se que o Direito se apresenta como um instrumento para a solução dos conflitos humanos e pacificação social, infere-se sua contribuição para a construção de um mundo no qual as pessoas possam buscar, livremente, a felicidade (BARROS, 2009, p. 14).

A interpretação constitucional tem sua importância diante da complexidade da sociedade, que não consegue ser adequadamente regulada por legislações gerais. Segundo Flávia Piovesan (1995) a Constituição é instrumento de direção social em uma sociedade em constante devir, antagônica e aberta. Isso evidencia a relevância da interpretação constitucional e dos seus princípios, bem como o papel de destaque dos direitos constitucionais na busca da felicidade.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 203) o Estado deve criar instrumentos possibilitadores do bem-estar da sociedade por meio da garantia de direitos prestacionais e de direitos sociais:

a própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social. E não dá para ser feliz quem não tem os mínimos direitos garantidos, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia. [...] Afinal, quem vive em completo bem-estar é porque tem tudo e não tem como deixar de se sentir feliz

Portanto, há um viés de prestação estatal no direito à felicidade, que faz com que ele corresponda ao anseio de toda a sociedade. Por isso, além de nortear os princípios constitucionais e

as normas que compõe o sistema jurídico, ele deve ser um compromisso que precisa ser assumido pelo Estado.

Percebe-se, então, que a omissão estatal em prestar adequados serviços públicos, expressos na Constituição Federal, interfere em situações que causam felicidade à população. Como exemplo, tem-se que a prestação de um eficiente serviço de segurança pública promove reflexos na vida das pessoas e promove pacificação social. Para Valter Foletto Santin:

A responsabilidade do Estado pela prestação de serviços de segurança pública de uma forma especial e eficiente destina-se a materializar o interesse individual do cidadão e interesse difuso da sociedade de recebimento de serviço eficiente e adequado, numa das funções estatais mais importantes pela sua área de atuação e reflexo na vida do povo, para a harmonia social (SANTIN, 2004, p. 92).

Logo, a felicidade de uma nação estaria relacionada à eficiente implementação de direitos que garantam o desenvolvimento e o bem-estar da população. Conforme afirmam Pimentel e Cavalcanti (2017, p. 1802) “o Direito à Felicidade é um Direito Fundamental inerente ao desenvolvimento de um país”, devendo ser interpretado como um direito coletivo, assentado nos princípios constitucionais e nas normas que compõem o ordenamento jurídico. Maria Berenice Dias (2011) complementa que as pessoas, além de buscar a própria felicidade, precisam tomar consciência que este é um direito coletivo e não individual. “A felicidade não é só um direito fundamental do cidadão, é um direito que precisa ser garantido a todos” (DIAS, 2011, p. 205).

Um mecanismo para auxiliar a busca da felicidade seria agregar os norteamentos do chamado Princípio da Fraternidade, também em busca de reconhecimento constitucional. Neste sentido Flademir Martins e Sérgio Tibiriçá Martins (2021, p. 100) entendem:

Assim, contemporaneamente, também em nosso sistema jurídico, o princípio da fraternidade pode ser visto como um importante componente dogmático para a solução hermenêutica de problemas concretos, sempre com um viés humanista de valorização do ser humano e de suas conquistas civilizatórias.

Da mesma forma, reconhecer a fraternidade enquanto princípio de nossa Constituição significa admitir seu caráter relacional intersubjetivo, que diz respeito principalmente à relação fraternal que devemos ter com o Outro, reconhecendo-o como pessoa com iguais direitos e obrigações, ou seja, implica admitir o direito que o Outro tem de ser reconhecido enquanto ser humano integral e merecedor de igual consideração e respeito.

Do componente ético-jurídico que permeia a Fraternidade, extrai-se, também, a exigência de permanente diálogo, tolerância e co-responsabilidade comunitária.

O pensamento de facilitar a busca da felicidade teria também relação com a mudança de foco do relacionamento entre as pessoas, numa linha da inclusão, determinada pela teoria da alteridade preconizada pela ética de Emanuel Lévinas, da responsabilidade, da responsabilidade do Eu humano para com o Outro humano, na linha do Infinito Ético (LÉVINAS, 2005, p. 153). Na ética de Lévinas a proposta de reconhecimento do Outro não espera nada em troca, contraprestação alguma, derivada da própria existência do Outro sem que este possa eventualmente oferecer algo ao Eu (LÉVINAS, 1993, p. 44).

Na explicação de Emmanuel Lévinas:

[...] a ética, é o humano, enquanto humano. [...] O único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si, prioridade ao outro. Não creio que haja uma humanidade que possa recusar esse ideal, mesmo que se deva declará-lo ideal de santidade. Não digo que o homem é um santo, digo que é aquele que compreendeu que a santidade era incontestável. É o começo da filosofia, é o racional, é o inteligível (2005, p. 149).

Amor e bondade têm destaque na teoria levinasiana no aspecto da responsabilidade pela multiplicidade humana, sem esquecimento de terceiro, considerada “a maior irresponsabilidade”, diante da chamada “hora da justiça” para Lévinas, em que o amor e bondade transformam-se na sabedoria do amor, na justiça dos homens do Estado (HADDOCK-LOBO, 2010, p. 90). Haddock-Lobo trata de amor ao próximo e bondade e entende que:

[...] quando o amor do próximo e sua proximidade apelam à razão, que se torna bondade, e quando a filosofia transforma-se em sabedoria do amor. Neste momento, alguma “voz profética” relembra aos homens do Estado dos rostos sem face que se escondem por detrás das identidades dos cidadãos. Justiça, então, faz esta voz, no porvir (HADDOCK-LOBO, 2010, p. 90).

Robson Carneiro e Valter Santin entendem que o próprio Estado deve dar a sua contribuição para reconhecimento social do cidadão, “reconhecimento do cidadão como membro da sociedade e dotado de direitos, que somente se permite alcançar com o devido implemento em âmbito educacional, estabelecendo um novo tratamento, tornando o respeito uma prerrogativa atribuída a todos, independentemente de suas ações” (2020, p. 106).

Portanto, viu-se até aqui que há inúmeros dispositivos e valores constitucionais que compõe a garantia da felicidade e buscam proporcioná-la aos indivíduos, com condições de discernimento e liberdade para colocarem em prática seus planos, desejos ou preferências legítimas.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FELICIDADE

Como já fora demonstrado, o direito à felicidade não está presente de forma expressa na Constituição Federal. No entanto, o seu texto está repleto do termo “bem-estar”, que segundo a doutrina contemporânea é uma das formas de se referir à felicidade, de forma mais neutra.

Assim, o posicionamento que vem ganhando destaque é o de que o direito à busca da felicidade encontra-se implícito no ordenamento jurídico brasileiro, sendo derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição (STRUCHINER; VASCONCELLOS, 2016, p.19). Nesse sentido, Kesia Kiss Nunes (2021, p. 7) afirma que “não se pode cogitar a felicidade dissociada da dignidade humana”.

No entanto, não é apenas neste princípio que o direito à felicidade encontra seu suporte. Saul Tourinho Leal (2017, p.101) entende que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe um subsistema constitucional da felicidade baseado na proteção do bem-estar em vários campos da vida

coletiva.

Cada vez que a Constituição Federal de 1988 fala do ideal de segurança e de liberdade, ela abre caminho para a realização do direito à felicidade. Os dispositivos constitucionais que elencam a saúde e a educação como direitos de todos e deveres do Estado também têm ligação com a felicidade no sentido de reduzir dores e o risco de doenças e promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). Quando a constituição fala de liberdade, pluralismo, segurança, vedação de tortura ou tratamentos degradantes ou trata de direitos sociais ela abre espaço para o direito à busca da felicidade e ao direito prestacional à felicidade.

Nesse sentido, Flademir Martins e Sérgio Tibiriçá Amaral (2021), ao afirmarem a presença, no texto constitucional, do Princípio da Fraternidade, afirmam que a Constituição Federal de 1988 traz consigo uma pauta axiológica que é livre de fórmulas fixas e imutáveis, é da qual é possível extrair outros valores relacionados aos direitos fundamentais:

Ainda que se conceba a Constituição como a concreta tradução dos valores de uma comunidade, em determinado momento histórico, lembramos que o que fez a Constituição de 1988 foi objetivar valores no processo constitucional, sem recorrer a fórmulas fixas e imutáveis. Assim, esses valores objetivados não se identificam apenas a partir dos princípios, mas, especialmente, a partir da análise do catálogo de direitos fundamentais existentes e da inter-relação entre estes. Por isso, costuma-se dizer que os direitos fundamentais constituem verdadeira tábua ou pauta axiológica de nossa Constituição (MARTINS; AMARAL, 2021, p. 91).

Logo, há um conjunto de dispositivos que fundamentam o direito à felicidade, o qual não se apoia exclusivamente no princípio da dignidade da pessoa humana. A menção no Preâmbulo da Constituição, do bem-estar, entendido como a felicidade em sua vertente coletiva, lhe dá valor supremo no Estado Democrático.

Igualmente, na linha teórica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2010, p.50), é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 traz dispositivos que abrangem a ideia de um direito prestacional à felicidade, a auxiliar a execução de planos racionais de concretização de desejos ou preferências legítimas, sobre as quais o titular enxerga possibilidade de êxito. Sendo assim, a existência do direito à felicidade é percebida por meio de técnicas hermenêuticas.

A ausência da menção expressa não é suficiente para negar o reconhecimento desse direito, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tem decidido alguns casos mencionando o direito à busca da felicidade, deixando claro que a jurisdição constitucional é um meio de concretizar a felicidade.

Um dos pioneiros a mencionar em seu voto o direito a busca da felicidade foi o ministro Carlos Vellozo, que no ano de 2005, no julgamento do Recurso Extraordinário 328.232/AM enfatizou que o ser humano tem, mais do que tudo, o direito a busca da felicidade, bem como “o Direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la

feliz” (BRASIL, 2005).

Alguns julgados do Supremo Tribunal Federal – STF têm a atrelado como resultado do princípio da dignidade da pessoa humana. No julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/2011, de relatoria do Ministro Ayres Britto, reconheceu-se a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo com menção à busca da felicidade como verdadeiro princípio constitucional implícito, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

Em 2008, o Ministro Celso de Mello marcou posicionamento em um caso em que o Estado de Pernambuco foi compelido a custear um implante de um Marca-passo Diafragmático Muscular a um jovem que era dependente de respiração por aparelho mecânico. O ministro reconheceu ao jovem o direito de buscar autonomia existencial, ressaltando que deve ser reconhecido a todos o direito à busca da felicidade, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2008).

No caso da união estável homoafetiva, o STF levou em consideração o direito à busca da felicidade como um verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana

Outra emblemática decisão fundamentada em parte no direito à busca da felicidade foi a da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que declarou a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas para fins terapêuticos com células-tronco embrionárias. O voto do Ministro Celso de Mello constou que ninguém pode ser privado do direito à busca da felicidade e do direito de viver com dignidade:

Permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade (BRASIL, 2008).

No Recurso Extraordinário nº 1.058.333/PR o relator Luiz Fux em decisão sobre a constitucionalidade da remarcação do teste de aptidão física de concurso de candidata que esteja grávida à época de sua realização, indicou o direito subjetivo de igualdade de gênero, de busca pela felicidade, de liberdade reprodutiva e de outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira (BRASIL, 2018^a).

A prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica foi tese do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Nele, o ministro Luiz Fux decidiu pela impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos e que o direito à busca da felicidade, implícito ao artigo 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares (BRASIL, 2017).

No Recurso Extraordinário n. 670.422/RS decidiu-se que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente de procedimento cirúrgico de redesignação, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade (BRASIL, 2018b).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/ DF, questionou-se a exposição e sujeição da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da ausência de implementação dos mandamentos constitucionais com irrazoável lapso temporal. O ministro Celso de Mello, relator, argumentou que numa ordem democrática justa ninguém pode ser privado de seus direitos, entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral. (BRASIL, 2019)

Nesses casos, é possível perceber a materialização do direito à busca da felicidade como parte do processo existencial do homem, sendo que a interpretação das normas jurídicas adapta-se para atender às situações impostas pelos casos concretos. Conforme Ramos (2016, p. 25) “estamos no tempo da expansão dos direitos fundamentais”.

A hermenêutica deixa de dar primazia à dogmática da lei expressa e cede espaço a princípios com a valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Para Vecchiatti (2012, p. 123) “a superação daquela visão patrimonialista da pessoa humana ensejou a preocupação do Direito com os valores que efetivamente trazem à felicidade às pessoas, a saber: o amor, o respeito recíproco, a solidariedade, entre outros”

No entanto, apesar das referências ao direito à felicidade nas jurisprudências acima, é possível perceber que não houve o protagonismo desse direito como principal ou único elemento normativo capaz de fundamentar as decisões, pois elas baseiam-se também em outros princípios e dispositivos. Assim, apesar da ausência de previsão expressa o STF já tem utilizado do direito à felicidade, como mais um fundamento da decisão, de forma complementar a outros.

5 CONCLUSÃO

Assim como já acontece em outros países, houve projetos de reforma da Constituição brasileira com o objetivo de inserir, no rol dos direitos sociais, o direito à busca da felicidade, mas foram arquivados sem terem sido colocados para votação. No entanto, vários doutrinadores argumentam que a Constituição Federal de 1988 já contém vários dispositivos que se direcionam à realização de projetos individuais e coletivos de felicidade.

Embora o direito à busca da felicidade não esteja expresso na Constituição Federal de 1988, segundo tendências modernas do constitucionalismo, não se pode afirmar que a única forma de considerar tal direito é após inseri-lo no texto constitucional, por meio de uma emenda. Como exemplo, não há como dizer que a Constituição Federal não protege as minorias, mesmo não havendo em seu texto a palavra “minoria”. Além disso, a inserção da palavra “felicidade” não garante sua consagração na prática.

No âmbito da jurisdição constitucional, o STF tem utilizado do direito à felicidade como fundamento de decisões, mas não de forma autônoma, e sim complementar, talvez pela ausência de sua configuração como norma posta. Percebeu-se, que as decisões encontradas na pesquisa de jurisprudência baseiam-se em outros dispositivos constitucionais e mencionam o direito à felicidade de forma adicional, para assegurar direitos da personalidade como liberdade de opção sexual, liberdade da ciência e direito à saúde.

Logo, evidencia-se que o STF já tem reconhecido a presença implícita da teoria do direito à felicidade e sua inserção por meio de emenda constitucional teria mais um sentido simbólico do que prático.

Do exposto, extrai-se que o princípio da busca da felicidade tem como fundamento principal a tutela da dignidade da pessoa humana, mas também encontra suas bases em outros dispositivos constitucionais que possuem o objetivo de salvaguardar a identidade do ser humano e o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARMITAGE, David. **Declaração de Independência**: uma história global. Tradução Angela Pessoa. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARROS, A. O. L. A Busca da Felicidade: um outro olhar para a missão do Ministério Público. *In: XVIII Congresso Nacional do Ministério Público*, Florianópolis, SC, 25 a 28 Nov. 2009. Disponível em: <https://apd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/MEM%C3%93RIA-1.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [CF (1988)]. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 328232/AM**. Recorrente: João Geraldo Seixas de Melo. Recorrido: Estado do Amazonas. Relator: Min. Carlos Velloso, em 04 de abril de 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14791554/recurso-extraordinario-re-328232-am-stf>. Acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE**. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Relatora: Min. Ellen Gracie, 14 de abril de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 19**, de 07 de julho de 2010. Autor: Senador Cristovam Buarque. Arquivada: 26-12-2014. 2010a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 27 jun. 2021

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 513**, de 04 de agosto de 2010. Autor: Deputada Manuela D'Ávila. Arquivada: 31-01-2015. 2010b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14771654/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário 477554 AgR/MG**. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Agravado: Edson Vander de Souza. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de agosto de 2011b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 898060/SC**. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em 28 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.058.333/PR**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Min. Luiz Fux, em 21 de novembro de 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328>. Acesso em 27 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 670.422/RS**. Recorrente: STC. Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli, em 15 de agosto de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, em 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em 27 jun. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Robyson Danilo; SANTIN, Valter Foletto. Direitos humanos no âmbito das polícias militares: enfrentando o antagonismo através da educação. *In: I Encontro Virtual do Conpedi. Sociedade, conflito e movimentos sociais*. Organização CONPEDI, Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Armando Albuquerque de Oliveira. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 91-110. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/ro22fnsg/Pm3kbd27sd9iSLk8.pdf>. Acesso em 23 set. 2021.

CEROY, Frederico Meinberg. **A felicidade em Freud e sua transposição para o direito**. Brasília: Edição do Autor, 2014. Disponível em: <https://livrariapublica.com.br/a-felicidade-em-freud-e-sua-transposicao-para-o-direito-frederico-meinberg-ceroy/>. Acesso em: 22 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Direito fundamental à felicidade. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S.l.], v. 8, n. 01, dez. 2011. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/358>. Acesso em: 06 jul. 2021.

FELICIDADE. *In: MICHAELIS* moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em 20 set. 2021.

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2010.

HADDOCK-LOBO, Rafael. A justiça e o rosto do outro em Lévinas. *Cadernos da EMARF: Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, abr./set. 2010, p. 75-90. Disponível em: https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/a_justica_e_o_rosto_do_outro_em_levinas.pdf. Acesso em: 28 set. 2021

JAPÃO. **Constituição do Japão de 1947**. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em 13 set. 2021.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, positivação e jurisdição**. 2013. 357 f.

Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6202>. Acesso em: 22 jun. 2021.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. O princípio da fraternidade na constituição de 1988: uma análise axiológico normativa. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 34, 2021, p. 71-104. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1746/pdf>. Acesso em 28 set. 2021.

NIGÉRIA. **Constituição da Nigéria de 1999**. Disponível em: <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/constitution-of-the-federal-republic-of-nigeria-1999>. Acesso em 13 set. 2021.

NUNES, Kesia Kiss. Reflexões sobre a felicidade como dever do Estado e direito do cidadão. **Revista Pesquisa, Sociedade e Desenvolvimento**. v. 10, n. 2, fev. 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/issue/view/73>. Acesso em 13 set. 2021.

PIMENTEL, Sueli de Cassia Gaião; CAVALCANTI, Thais Novaes. **O Direito à Felicidade como Direito Fundamental implícito na Constituição**. In: Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI. Belo Horizonte: ESDH, 2017. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/NyK24yh2LFjS526a.pdf>. Acesso em 28 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 9ª edição, 2008.

RAMOS, Daniel Gomes de Souza. A Positivação do Direito Fundamental à Busca da Felicidade como Método de Desenvolvimento Sociopolítico. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXV, **Direitos sociais e políticas públicas I**, 2016, Curitiba. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/j0o20wk3/scKZ2V3QZNB5ij7t.pdf>. Acesso em 26 set. 2021.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Jordan Espíndola; SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Direito à Felicidade: do Reconhecimento como Fundamental às Possíveis Implicações. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, vol. 13, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.13_n.2.06.pdf. Acesso em 22 set. 2021.

SOUZA, Renato Gobetti de. A Necessidade Histórica do Constitucionalismo Contemporâneo. *In: Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1198>. Acesso em: 07 jul. 2021.

STRUCHINER, Noel; VASCONCELLOS, Úrsula. Direito e felicidade: algumas implicações da teoria comportamental. *In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel. (Org.). Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homossexualidade: a possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HORIZONTE DE EXPECTATIVAS E TEORIA DO DIREITO: O IMAGINÁRIO BÉLICO NOS DIAGNÓSTICOS DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT

Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA¹

RESUMO

As teorizações jurídicas, de modo geral, tendem a abstrair os instrumentos do direito, traduzindo-os em uma linguagem sistematizada. No entanto, enquanto sistematização do ordenamento jurídico, toda teoria do direito organiza as práticas estatais a partir de uma sintaxe que busca responder a problemas que lhe são contemporâneos. O objetivo deste artigo é demonstrar em que medida as teorias do direito de Hans Kelsen e Carl Schmitt refletem o contexto político-econômico de seu tempo. Por meio de dedução de hipóteses a partir do referencial bibliográfico, este objetivo será realizado através de duas tarefas. Primeiramente, expor-se-á de que modo o horizonte de expectativas sócio-históricas do início do século XX é permeado pelo imaginário da guerra. A seguir, serão trazidos alguns diagnósticos e prognósticos de Kelsen e de Schmitt sobre a relação entre Estado e guerra. Destas exposições, concluímos que o espectro da guerra afeta as conceituações de ambos os autores a respeito do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Guerra; Estado; Espaço de experiências; Horizonte de expectativas.

ABSTRACT

Theories of law, in general, tend to abstract and translate legal instruments into a systematic language. However, as systematization of a legal order, every theory of law organizes State's practices in a syntax that seeks to respond to contemporary problems. This article aims at demonstrating to what extent Hans Kelsen and Carl Schmitt's theories of law reflect the political-economical context of their time. By using the deduction of hypothesis from the references as the method, our goal was achieved through two tasks. First, we exposed how the early XXth century horizon of socio-historical expectations is imbued by the warfare imagination. Then, we brought some of Kelsen's and Schmitt's diagnoses and prognoses about the relation between State and war. After these theoretical developments, we conclude that the warfare imagination affects both authors' conceptions regarding the State.

KEY-WORDS: War; State; Space of experiences; Horizon of expectations.

INTRODUÇÃO

A história do direito demonstra que toda teoria do direito reflete elementos de seu contexto histórico. Toda aposta científica em uma determinada teoria jurídica busca responder uma demanda de organização do espaço político e social. Na mesma medida em que se pode derivar uma axiomática jurídica de diagnósticos sobre a situação político-estatal, é possível inferir diagnoses políticas a partir de uma axiomática do direito. Este duplo movimento pode ser percebido a partir da análise de textos de dois teóricos do direito aparentemente contrários um ao outro: Hans Kelsen e Carl Schmitt.

¹ Mestre em ciência jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharel em direito pela mesma universidade. E-mail: lucas.bertolucci@gmail.com.

Hans Kelsen (1881-1973) foi um teórico do direito austríaco de meados do século XX. A teorização de Hans Kelsen consistiu, de forma genérica, em abordar o direito positivo, comumente examinado de um modo tradicional pelas mais diversas teorias do Estado, a partir de uma teoria jurídica radicalmente normativa. Essa tarefa implicou na criação de um modelo lógico-normativo que lhe permitiu analisar o direito positivo como ele é, verificando as inconsistências derivadas de certas naturalizações ou hipostasias recorrentes nas ciências que tratavam do direito. Contemporâneo a Kelsen, Carl Schmitt (1888-1985) foi um teórico alemão do direito cuja proposta teórica consistiu em abordar o direito a partir de seu aspecto formal e formalizador, isto é, enquanto meio de criação do jurídico a partir do não jurídico. É nessa perspectiva teórica que se inscreve sua preocupação com o caráter excepcional da decisão soberana.

Este trabalho tem como hipótese a de que duas das mais estudadas teorias do direito do século XX, a de Hans Kelsen e a de Carl Schmitt, são contemporâneas à conjectura global de transição da organização estatal moderna para uma organização estatal subordinada à economia mundial. Esta hipótese será investigada a partir das abordagens teóricas que Kelsen e Schmitt fazem do Estado e de seus pontos em comum com a história do capitalismo contemporâneo.

Após uma apresentação geral do problema, o trabalho traz algumas conceituações a respeito da história contemporânea e do progresso, bem como uma análise em escala global da conjuntura político-econômica e do horizonte de expectativas que a acompanha. Ao final, são trazidas algumas considerações de Hans Kelsen e de Carl Schmitt sobre o Estado contemporâneo e a guerra no século XX, com o objetivo de relacioná-las ao contexto político em que se inserem. Destaque-se que as conclusões deste trabalho não exaurem o assunto, sendo apenas inferências de cunho teórico que buscam fomentar o debate sobre o tema.

1 TEORIAS DO DIREITO NO CONTEXTO DO CAPITALISMO GLOBAL

No curso *O Nascimento da biopolítica*², de 1978-1979, Michel Foucault investiga, a partir da análise de textos de alguns economistas de meados do século XX, como uma nova racionalidade, que ele denomina como neoliberal, passa a ter cada vez mais relevância para as políticas econômicas. A economia política, metonimizada no nome próprio da Adam Smith pela *intelligentsia* europeia, pressupunha que o Estado – no sentido de organização jurídico-política de um território – interpretasse um papel de relativa despreocupação em relação à economia. Sua atuação devia apenas refrear os perigos que pudessem afetar as trocas de mercadorias, mantendo a segurança econômica.

2 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France, 1978-1979. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.

Problema de segurança: proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais. Inversamente, mesma coisa: é preciso proteger os interesses individuais contra tudo o que poderia aparecer, em relação a eles, como invasão por parte do interesse coletivo. É preciso, ainda, que a liberdade dos processos econômicos não seja um perigo, tanto para as empresas quanto para os trabalhadores. [...] O liberalismo tem lugar em um mecanismo onde ele deverá, a cada instante, arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos em torno dessa noção de perigo.³

O que os economistas neoliberais passaram a propor era uma relação completamente diversa entre Estado e economia. Para que o capitalismo monopolista pudesse se manter em funcionamento, era preciso que a existência de grandes monopólios não afetasse a suposta liberdade das trocas econômicas. Consequência dessa manutenção é a tendencial conversão da livre troca, como padrão de comportamento da racionalidade liberal, para a concorrência, padrão da racionalidade neoliberal. É por meio da difusão da grade econômica para todos os campos da vida social que a racionalidade neoliberal busca garantir a conservação do capitalismo.

Tal difusão se dá em conjunto, pois, com a mudança na forma como o Estado se comporta em relação às trocas econômicas. O afastamento liberal entre Estado e economia tinha como pano de fundo uma atuação estatal majoritariamente parlamentar e legiferante, em que as leis de direito civil conformavam as relações de troca. Com a extensão do modo de pensar econômico para a totalidade do social, os mecanismos administrativos do Estado passam a ter mais relevância que as leis gerais, já que a antecipação e o refreamento dos perigos tornam-se cada vez mais difíceis. Tem-se, portanto, a partir do século XIX, uma forte capilarização dos dispositivos disciplinares⁴, que culmina, no século XX, num Estado administrativa e judicialmente ampliado.

A utopia liberal da sociedade civil dá lugar, pois, a um Estado amplo. Não se trata, porém, de um Estado nos moldes absolutistas, mas de um Estado economicamente governado. Gestão estatal dos perigos e governo econômico dos indivíduos passam a se confundir cada vez mais e é esta forma do Estado que opera como pano de fundo das abordagens teóricas sobre o direito de meados do século XX. Entra elas, destacam-se as de Hans Kelsen e de Carl Schmitt, contemporâneos e conterrâneos de alguns dos teóricos neoliberais mencionados por Foucault em seu curso⁵, como Ludwig von Mises, Friedrich Hayek e Wilhelm Röpke.

Boa parte da produção bibliográfica de ambos os teóricos teve lugar nesse conturbado cenário da década de 1920 à de 1940 na Alemanha. Kelsen é um teórico positivista normativista. Defende a ideia de um positivismo científico radical, não no sentido legalista, mas no sentido de abordar todo o ordenamento jurídico, desde as decisões judiciais até o próprio fundamento do

3 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris : Seuil ; Gallimard, 2004, p. 67, tradução nossa.

4 FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução de Ivone C. Benedetti. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

5 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.

direito, como norma. Schmitt, por sua vez, teve sua biografia manchada em razão de suas aproximações com o Partido Nacional-Socialista na década de 1930. Teoricamente, Schmitt é normalmente classificado como um “decisionista”, no sentido de que vê o ordenamento a partir do ponto de vista da decisão soberana, isto é, a partir do fato de que toda norma estabelecida se dá em razão de uma decisão política, decisão esta que pode, a qualquer momento e de qualquer forma – independentemente das normas positivadas –, criar e desfazer o ordenamento.

Nesse ínterim, ambos os autores trazem concepções bastante antagônicas acerca da definição de “Estado de direito”, apesar de se inscreverem no campo conceitual comum da Teoria do Direito. Nas seções que se seguem, serão apresentadas algumas de suas ideias, com o objetivo de expor a disputa de ambos os autores em torno de conceitos comuns à Teoria do Direito. O objetivo de tal abordagem é trazer elementos que permitam avaliar em que medida ambas as suas teorizações e seus diagnósticos acerca do Estado moderno se relacionam com materialidade do poder que lhes é contemporânea.

2 HORIZONTE DE EXPECTATIVAS E HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA

Em sua história conceitual, o historiador Reinhart Koselleck organiza os conceitos históricos que analisa a partir de duas categorias meta-históricas: o espaço de experiências e o horizonte de expectativas. O espaço de experiências refere-se ao complexo de experiências passadas. Na experiência somam-se determinações racionais e formas inconscientemente incrustadas, que podem ou não ser conscientemente lembradas por indivíduos de um determinado território e em um determinado tempo. Mas as experiências também são transferidas por gerações e instituições, de forma que toda experiência conserva uma certa quantidade de experiência alheia e a história pode ser concebida como esse aglomerado de experiências alheias. O espaço de experiências consiste, portanto, na representação desse aglomerado de experiências como um complexo “em que muitos estratos de tempos anteriores estão simultaneamente presentes, sem que haja referência a um antes e um depois”⁶. Trata-se, pois, de uma categoria que remete à dimensão do passado, isto é, às experiências que foram previamente espacializadas e que se tornaram passado do presente.

Já o horizonte de expectativas se refere a possíveis experiências futuras. O uso, por Koselleck, da palavra “horizonte” para descrever a dimensão do futuro não é mera casualidade, mas indica uma diferença absoluta desta categoria em relação ao espaço de experiências. Diferentemente das experiências passadas, recolhidas espacialmente, as experiências futuras não podem ser

6 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 311.

experimentadas senão como expectativas. É isso o que diferencia qualitativamente o espaço de experiências do horizonte de expectativas. Independentemente do quão preciso seja o diagnóstico no espaço de experiências, a especificidade do futuro está em sua incerteza permanente. As expectativas derivadas do espaço de experiências são separadas deste por um horizonte inalcançável.

A ruptura de um horizonte de expectativas, isto é, do limite relativo ao espaço de experiências, retroativamente expande e reorganiza este último. Toda previsão a partir de um determinado espaço de experiências cria certas expectativas de mundos possíveis, cujo conteúdo é mais amplo do que o deste espaço do qual parte. Consequentemente, quanto mais tais previsões reduzirem o campo analítico do espaço de experiências, maior tende a ser a defasagem entre o horizonte de expectativas e o espaço de experiências. É exatamente esta a situação de ambas as categorias meta-históricas no final do século XVIII e início do século XIX.

Até meados do século XVIII, vários historiadores, conforme Koselleck, passaram a defender a existência de uma separação qualitativa, por volta do ano de 1500, entre uma época anterior e uma época nova. Ao ser traduzido para o alemão como “nova história” (*neue Geschichte*) ou “novo tempo” (*neue Zeit*), o conceito latino de *historia nova* passa a ter um sentido de “contemporaneidade” qualitativamente diferente daquele derivado da mera sucessão temporal. Em outras palavras, o “novo tempo” adquire o sentido de período epocal cuja novidade se contrapõe à Idade Média. No último quartel do século XVIII, a historiografia alemã atribui ao “novo tempo” um duplo sentido: passa a ser tanto uma “história nova” (*neue Geschichte*), isto é, uma época posterior à Idade Média, quanto uma “história contemporânea” (*neueste Geschichte*), isto é, uma permanente historiografia do presente⁷. A história contemporânea nasce, pois, na historiografia alemã, não como uma época que segue a modernidade, mas como princípio de permanente inovação.

Em *Estratos do tempo*, Koselleck descreve de que modo a Revolução Francesa comprimiu – da perspectiva de seus contemporâneos oitocentistas – vinte séculos de experiência política em um período de poucos anos⁸. Isso, em acréscimo ao crescimento industrial promovido pelas Guerras Napoleônicas, provocou uma aceleração das experiências e a subsequente emergência, no imaginário francês, do início de uma nova época histórica. A história contemporânea desvincula-se, na classificação dos historiadores do pós-Revolução Francesa, da “nova história” (ou “história moderna”).

Descola-se do “novo tempo” um tempo novíssimo, cujo limiar põe fim à Idade Moderna. E

7 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 280.

8 KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. 1. ed. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 154-155.

à classificação da história como “idade antiga”, “idade média” e “*historia nova*”, acrescenta-se uma “história contemporânea” (*Zeitgeschichte*), ou um “tempo contemporâneo” (*neueste Zeit*), cujo marco inicial é a Revolução da França. A convenção, pela historiografia europeia, de se tomar a Revolução Francesa como o marco inaugural de um novo período, se deu já no início do século XIX. Isso impressiona na medida em que a oposição de uma separação historiográfica entre Idade Média e Idade Moderna demorou alguns séculos para ser convencionalizada. Essa mudança no intervalo entre um acontecimento e sua sublimação histórico como evento disruptivo decorre da intensificação, promovida pelo capitalismo, da velocidade das experiências na transição do século XVIII ao XIX.

Portanto, ideia de um novo tempo no início do século XIX não só “fecha” retroativamente uma época histórica (a Idade Moderna), como também “abre” prospectivamente (diferentemente do que se teve até então) uma contemporaneidade. “O que não se conseguira com o conceito do ‘novo tempo’ [*neue Zeit*], conseguiu-se com o ‘tempo contemporâneo’ [*neueste Zeit*]: criar um conceito de época que inaugurava um novo período, não sendo apenas o registro de uma visão retrospectiva”⁹. Ou seja, a história contemporânea, ou Idade Contemporânea, difere qualitativamente das seções epocais antecedentes. Enquanto todas as épocas são tomadas como períodos históricos fechados, a contemporaneidade é não só uma época nova, mas uma história presente e aberta cuja permanente reescrita e constante reinscrição dos novos acontecimentos como parte dessa época se dão em conjunto com a aceleração das experiências que decorre da ascensão da ciência e da técnica.

Desde os descobrimentos em ultramar, a ideia de mundo dos europeus se expandiu até os limites do globo, acelerando a quantidade de espaços conhecidos. Com o estudo e a classificação dos territórios e dos povos do ultramar, as diferenças dão lugar a inúmeras semelhanças entre estes e os europeus, o que ocasiona comparações contínuas entre ambos. “Desde o século XVII as diferenças em relação à melhor organização ou à situação do desenvolvimento científico, técnico ou econômico passam a ser organizadas, cada vez mais, pela experiência histórica”¹⁰.

A apreensão de certas práticas dos povos do além-mar como “anacronias” cronologicamente simultâneas às práticas europeias dá forma à ideia eurocêntrica e burguesa de progresso que atravessa a *intelligentsia* europeia dos séculos XVIII e XIX. A época contemporânea

9 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 282. Conferir também, na mesma página, as seguintes considerações a respeito desse caráter qualitativamente distinto da história contemporânea: “Do ponto de vista da historiografia, o ‘novo tempo’ só se impôs muito lentamente, depois da ‘*historia nova*’, e a longo prazo, de qualquer modo só *a posteriori*. Mas o ‘novo tempo’ que faz surgir de si um ‘tempo contemporâneo’ ganhou qualidades históricas que o levavam agora a ultrapassar o esquema tradicional das crônicas que se somavam. [...] A rápida adoção do conceito de tempo contemporâneo tem que ser interpretada como um indicador da acelerada mudança da experiência histórica e da rapidez de sua elaboração pela consciência”.

10 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 285.

sublimou o presente, enquanto meio irredutível de se escrever a história, na forma de um progressismo retrospectivo, em que os “não contemporâneos” são colocados em defasagem em relação aos que escrevem a história.

Um impulso constante para a comparação progressiva proveio da observação de que povos, estados, continentes, ciências, corporações ou classes estavam adiantados uns em relação aos outros, de modo que por fim – desde o século XVIII – pôde ser formulado o postulado da aceleração ou – por parte dos que haviam ficado para trás – o do alcançar ou ultrapassar. Esta experiência básica do “progresso”, que pôde ser concebida por volta de 1800, tem raízes no conhecimento do anacrônico que ocorre em um tempo cronologicamente idêntico.

11

Desde o final do século XVIII, a aceleração das mudanças e seu correlato encurtamento dos prazos impossibilitaram de se experimentar o tempo de outro modo que não como “tempo de transição”: uma frenética e sistemática inclusão das expectativas futuras no presente¹². O tempo é permanentemente inovado porque modifica seu sentido conforme incorpora as possíveis experiências futuras. “No âmbito dessa experiência de surpresa permanente [...] o tempo foi modificando em etapas o sentido quotidiano do seu fluxo [...]. Agora, mesmo o próprio tempo podia ser interpretado como novo, pois o futuro trazia outro futuro, e isto mais depressa do que parecia possível”¹³.

O que se tem é, pois, a condensação de experiências em espaços de tempo cada vez menores, isto é, a atualização de uma incessante novidade. “Com isso, a novidade de uma história que, cada vez que se produz, pensa em si mesma como nova reivindica um direito sempre crescente sobre o conjunto da história”¹⁴, buscando ultrapassar as experiências em direção a uma concepção de história universal. A história que emerge na transição do século XVIII para o XIX é, pois, uma história em permanente retrospectão universalizante, revisando e ressignificando constantemente os acontecimentos passados.

11 Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 284-285. Sobre a crescente concepção de uma história em comum, que acompanhou o processo de esféricização do mundo na modernidade, conferir também KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. 1. ed. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 272: “Após a descoberta da forma esférica do planeta, a multiplicidade de culturas, com suas diferentes cronologias, pôde ser inserida em um eixo temporal comum, de certa forma neutro. Desde então, os diferentes Estados e culturas podem ser medidos e comparados por meio de uma cronologia comum. [...] Pois ainda hoje existem tribos que acabaram de sair da Idade da Pedra, enquanto nações como os Estados Unidos já levam astronautas à Lua”. A este respeito, conferir também AGAMBEN, Giorgio. *O aberto: O homem e o animal*. Tradução de Pedro Mendes. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Nos capítulos 7 a 9 deste livro, Agamben investiga o aparecimento do conceito de *homo sapiens* em Lineu, no século XVIII, como expressão da emergente racionalidade humanista, ao que afirma, à página 50: “*Homo sapiens* não é, portanto, nem uma substância nem uma espécie claramente definida: é sobretudo uma máquina ou um artifício para produzir o reconhecimento humano”.

12 Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. 1. ed. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 272, 276.

13 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 289.

14 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 287.

3 EXPECTATIVA COMO PERMANENTE ESPERA DA PRÓXIMA GUERRA

Até a ocorrência da Primeira Guerra Mundial, todas as projeções de futuro eram catalisadas pela noção de um progresso, que inscrevia as esperanças de um futuro melhor na metafísica do tempo. Nesse cenário, o confronto com uma possível guerra ao final do século XIX teve como consequência uma massiva produção cultural de ficções, previsões, eventos e outros modos de se antecipar a crise que deu lugar, em 1914, à Grande Guerra¹⁵.

A irrupção da Grande Guerra – seguida da crise de 1929, dos regimes fascista e nazista, e da Segunda Guerra – alteraram as expectativas dos povos do mundo. A quantidade de elementos no espaço de experiências se multiplica, acelerando a velocidade da sucessão de experiências. O espaço de experiências passa a englobar “uma série de convulsões sísmicas e cataclismos humanos”¹⁶, acelerando a emergência das calamidades futuras. Sendo a guerra incrustada no imaginário social, o horizonte de expectativas adquire contornos de um horizonte de permanente *espera* da próxima guerra.

[No início da Primeira Guerra], onde o horizonte foi de fato arrasado pela terra de ninguém, pelo arame farpado e pela vida entocada, o futuro “esperado” foi assumindo a fisionomia do imutável, do contravapor incontornável como um destino. Sem falar no desengano quanto ao retorno da normalidade, uma vez encerrado o período de “exceção” de quatro anos de devastações jamais vistas. A rigor, deu-se o contrário. Tudo se passou como se as expectativas de aniquilação – agora tecnologicamente exponenciadas – acumuladas durante a guerra, em vez de desanuviarem o horizonte, tivessem de algum modo contaminado o regime ativo das antecipações graças às quais o futuro é vivido. Tanto foi assim que o horizonte do período subsequente de paz foi preenchido por uma profusão de visões... da próxima guerra. Seja como for, a guerra como *horizon d’attente* [horizonte de espera] intransponível se instalou de vez – como veremos Paul Virilio sugerir num breve relance.¹⁷

Entre os Estados confrontantes da Primeira Guerra, a Alemanha, país mais responsabilizado pelos danos bélicos, atravessou uma crise de endividamento e estagnação econômica a partir de 1917. Em razão das instabilidades decorrentes desta crise, o momento político alemão de 1918 a 1945, que comporta a República de Weimar e o governo nazista é jurídica e politicamente conturbado. A Constituição de Weimar fora promulgada com seu controverso artigo 48, que atribuía ao Presidente da República o poder de instituir um flexível e amorfo estado de exceção, permitindo o estabelecimento de um estado de exceção preventivo para lidar com qualquer anormalidade: “Com as crises econômicas permanentes, amplia-se a utilização do artigo 48 para

15 Cf. HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 463: “Assim, para a maioria dos Estados ocidentais, e na maior parte do tempo entre 1871 e 1914, uma guerra europeia era uma lembrança histórica ou um exercício teórico para um futuro indefinido”.

16 HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 498.

17 ARANTES, Paulo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 87-88.

tentar solucionar as crises econômicas”¹⁸. Entre 1919 e 1924, o estado de exceção possibilitado por este artigo foi proclamado várias vezes, tendo sido prolongado, em alguns casos, por até cinco meses¹⁹.

Com o decreto do *Verordnung zum Schutz von Volk und Staat*, em 1933, que inicia formalmente o governo nazista, Hitler implicitamente concretizou o estado de exceção contido no artigo 48 da Constituição, já que, sem citar o referido artigo, este decreto suspendera os mesmos direitos que o mencionado artigo possibilitava suspender. O Partido Nazista governou durante os doze anos do regime com base nesse estado de exceção, decretado a declaração de qualquer motivo concreto e específico, razão pela qual Giorgio Agamben afirma que o “estado de exceção cessa, assim, de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma”²⁰.

A exceção permanente do regime nazista foi o avesso jurídico-político da crise econômica que acometia o recém-unificado Estado em meio à permanente espera da próxima guerra. Em um cenário de decaimento econômico com implicações negativas diretas nas relações trabalhistas, a expectativa da guerra deu lugar a uma ressignificação do trabalho. A noção de trabalho passa a abarcar a organização de todo o trabalho sujo promovido pelos oficiais nazistas: das “pequenas” violências ao extermínio em massa, tudo passa a ser trabalho para a fábrica capitalista. Moishe Postone argumenta que o antissemismo moderno consiste em uma fetichização do concreto, algo “que dá forma a certos modos de descontentamento anticapitalista de uma maneira que deixa o capitalismo intacto, atacando as personificações de sua forma social”²¹.

Paulo Arantes aposta no estabelecimento de uma estrutura histórica comum ao massacre nazista e o neoliberalismo²². Trata-se da estrutura de organização do trabalho sujo, isto é, do trabalho desregrado que escapa à dinâmica tradicional de compra e venda da força de trabalho. Somente por ter sido pensado como trabalho, o extermínio nazista pôde ser aceito e normalizado pelos seus executores, isto é, a classe média alemã. O trabalho sujo dos massacres de judeus foi transfigurado e sublimado, no imaginário popular, como trabalho zeloso e benfeito. Para tanto, todo esse processo de extermínio é sistematizado por seus praticantes, que otimizam a relação entre

18 BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 314.

19 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010a, p. 163-164.

20 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010a, p. 164, grifo do autor.

21 POSTONE, Moishe. *The Holocaust and the Trajectory of the Twentieth Century*. In: POSTONE, Moishe; SANTNER, Eric (Orgs.). *Catastrophe and meaning: the holocaust and the trajectory of the twentieth century*. 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2003, p. 95, tradução nossa.

22 ARANTES, Paulo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 101-140.

quantidade de mortes e intervalo de tempo, tornando o “trabalho” cada vez mais eficiente, rápido e limpo. Se o trabalho de assassinato em massa tem como consequência subjetiva o sofrimento de seus praticantes de ter de lidar com a morte em série, a resposta individual a isso é a sistemática inclusão desta violência na ordem metafísica do trabalho, isto é, sua burocratização, padronização e automação.

Segundo Foucault, a partir da primeira metade do século XX as teorias econômicas passam a apreender o todo social não mais a partir de uma grade de união social, mas como uma difusão de indivíduos econômicos. Os chamados teóricos “neoliberais” passam a contabilizar todos os elementos da vida social como capital humano, de modo que não apenas a noção de valor-trabalho se estende para o todo social, mas este passa a ser apreendido pelos neoliberais como uma rede de relações interindividuais em que cada indivíduo é empreendedor de si, agente de gestão do capital humano disponível. Tudo se torna trabalho, inclusive o que escapa à legalidade estatal estrita²³. Ou, em outros termos, a própria noção de “força de trabalho” é ampliada para uma ideia de “capital-competência”:

Não se trata de uma concepção da força de trabalho, mas de uma concepção do capital-competência que recebe, em função de variáveis diversas, uma certa renda que é um salário, uma renda-salário, de modo que é o próprio trabalhador que aparece como sendo, ele mesmo, uma forma de empresa. [...] Uma economia feita de unidades-empresas, uma sociedade feita de unidades-empresas: este é, por sua vez, o princípio de decifração ligado ao liberalismo e sua programação pela racionalização tanto de uma sociedade quanto de uma economia. [...] No neoliberalismo – e ele não o esconde, ele o proclama –, nós também encontramos uma teoria do *homo æconomicus*, mas o *homo æconomicus*, aqui, não é, de forma alguma, um parceiro da troca. O *homo æconomicus* é um empreendedor e um empreendedor de si mesmo. E isso é tão verdadeiro que essa será, praticamente, a aposta de todas as análises, que fazem os neoliberais, de substituir, a cada instante, o *homo æconomicus* parceiro de troca pelo *homo æconomicus* empreendedor de si mesmo, sendo ele mesmo seu próprio capital, sendo para si mesmo seu próprio produtor, sendo para si mesmo a fonte de seus ganhos.²⁴

Estado de exceção duradouro e normalização do trabalho sujo são processos correlativos à estratificação da guerra nas expectativas do capitalismo recente. Da ampliação desmesurada da guerra decorre a interiorização estatal da guerra como estado de exceção permanente. Não sendo as leis estatais suficientes para organizar a exceção, os termos desta são traduzidos como aquilo que as relações capitalistas têm de mais simples: trabalho. O puro fato do extermínio em massa só pode ter lugar se a ele for atribuído algum sentido. Se outrora este sentido fora proporcionado pelo progresso e pelos Estados-nação, que permitiam dissimular o massacre colonial como processo civilizador, a ascensão divisória do neoliberalismo alterou os termos dessa dinâmica para aqueles mais próximos do imaginário histórico-social do século XX: a guerra e o individualismo.

23 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France, 1978-1979. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.

24 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique*: Cours au Collège de France, 1978-1979. 1. ed. Paris : Seuil ; Gallimard, 2004, p. 231-232, tradução nossa.

Se até a primeira metade do século XX, às mortes em guerra atribuíam-se comumente um sentido nacional, esta dinâmica se perdeu com o extermínio e as ameaças nucleares do fim da Segunda Guerra. Os monumentos municipais franceses e alemães que, até a Primeira Guerra, representavam alguma solidariedade para com seus soldados, deixam de ter qualquer significação específica após a abertura do horizonte de expectativas da aniquilação desmesurada²⁵. Eles se tornam simples memória da morte sem sentido, representando a normalização da ausência perene de sentido na consciência social. As memórias do combate, que antes evocavam a unidade nacional, dão lugar à memória do terror, indicando uma mudança no modo como Estado e guerra são reciprocamente afetados. É esta relação entre guerra e Estado que será abordada no capítulo seguinte a partir de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

4 DIAGNÓSTICOS DE KELSEN E DE SCHMITT SOBRE O ESTADO E A GUERRA

Com o advento do horizonte de espera da guerra, as dinâmicas político-econômicas estatais passam a se modificar. E as teorias do direito da primeira metade do século XX, por colocarem em pauta a relação entre Estado e direito, refletem a forma como o Estado é entremeado pelos estratos político, econômico e social. A partir dessa hipótese, a seguir serão expostas algumas considerações de Hans Kelsen e Carl Schmitt, teóricos do direito do século XX, a respeito do Estado e da guerra. O objetivo desta seção é demonstrar de que modo suas abordagens sobre o direito revelam a maneira como o Estado é atravessado pela dinâmica da guerra, indicando de que modo o horizonte de espera da guerra afeta a teoria do direito.

Em sua teoria pura do direito, cuja primeira edição é de 1934, Kelsen busca reduzir o direito a suas unidades lógico-positivas, de modo a combater as eventuais hipostasias das ficções jurídicas. O Estado, por exemplo, não é um terceiro que transcende e cria as normas de direito. Estado nada mais é, segundo Kelsen, que uma ficção, criada pela ciência do direito, para agrupar o conjunto de normas gerais e individuais de um determinado território. Entificar o Estado significa apreender a normalização jurídica das relações sociais como algo natural, o que contraria o caráter histórico-positivo do direito. Já no texto *Deus e Estado*, de 1923, Kelsen afirma que “em certas ocasiões a onipotência jurídica do Estado acaba sendo erroneamente considerada enquanto força natural absolutamente invencível”, ao que contra-argumenta que “a onipotência do Estado quer dizer apenas que, em sua esfera jurídica específica, o Estado pode fazer tudo que quiser; significa que *a ordem jurídica pode ter qualquer conteúdo*”²⁶.

25 KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. 1. ed. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 247-263.

26 KELSEN, Hans. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas S. M. C.; SANTOS NETO, Arnaldo B. (coords.). *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-46,

Schmitt, por sua vez, vê o Estado de seu tempo como algo qualitativamente diferente do Estado moderno. Em *O nomos da Terra*, Schmitt argumenta que a extensão do caráter jurídico-estatal às colônias no século XIX foi acompanhada de uma subordinação dos Estados à economia mundial. A ambição dos juristas, ao atribuir aos diferentes espaços da Terra o *status* equivalente de Estado – independentemente de circunscrição local – é, desde meados do século XIX, a de constituir um direito internacional privado. Com a saturação da tomada de terras, a economia mundial, no auge da plenitude do industrialismo, expandia-se vertiginosamente, de forma que sua organização interestatal se fazia cada vez mais necessária. Tal organização se deu não por tratados de direito internacional, mas por meio de normas comuns de direito civil, que se replicavam nas diversas constituições. A consequência disso é a submissão do direito estatal a essa organização econômica global em que “aparece o Estado *total* da identidade entre Estado e sociedade, o qual não é desinteressado em relação a nenhum âmbito de coisas e agarra potencialmente qualquer âmbito”²⁷.

Os diagnósticos de Schmitt e Kelsen formam-se a partir de tomadas de perspectiva diversas a respeito do Estado. Se Kelsen tem como base o ponto de vista da norma jurídica, Schmitt se apoia na noção de ordem concreta, isto é, nas relações socioculturais permeadas pelo político-jurídico. Assim, enquanto o teórico austríaco abstrai uma sintaxe básica a partir do axioma da norma jurídica, Schmitt analisa o juspositivismo a partir de suas características historicamente contingentes. Apesar dessa diferença de perspectiva, as teorizações de ambos sobre o Estado indicam, em alguma medida, o potencial bélico engendrado pelo enquadramento economicista do jurídico-político. É o que se percebe na seguinte passagem de *O nomos da Terra*, em que Schmitt descreve o modo como se dá a dominação estatal engendrada no início do século XX – em especial pelos Estados Unidos – por meio do “grande-espaço econômico” das potências globais.

O *status* territorial desse Estado [dominado] não se modifica a ponto de seu território ser convertido em território estatal do Estado dominante. Mas seu território passa a ser incluído no espaço relevante do Estado que controla e em seus *special interests*, sua soberania espacial. O espaço aparente da soberania territorial continua inalterado, mas o conteúdo material dessa soberania é alterado pela proteção do grande-espaço econômico da potência dirigente. Surge, assim, o tipo moderno de tratado internacional de intervenção. Intervenções garantem o controle e a dominação política, enquanto o *status quo* territorial fica preservado [...] Esse novo método revoga a ordem e a localização inerentes à antiga forma de territórios estatal. Mais além de todas as particularidades dos novos métodos de dominação e controle, pode-se discernir sua característica essencial: a soberania territorial se transforma em um espaço vazio, aberto aos processos socioeconômicos. Reconhece-se, do exterior, o território com suas fronteiras lineares, mas não o conteúdo social e econômico – a substância – da integridade territorial. O espaço do poder econômico determina o campo de ação do direito das gentes.²⁸

grifo meu.

27 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. 1. ed. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 46.

28 SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. 1. ed. Tradução de Alexandre

Schmitt descreve esse intervalo da história da política ocidental como um interregno de desterritorialização em que a soberania dos Estados, até então fundada na delimitação das fronteiras territoriais, cede espaço à economia. O ponto central da vida cultural europeia na passagem do século XIX para o século XX passa a ser a técnica, de modo que a ideia humanitária-moral de progresso passa a englobar, cada vez mais, a noção de progresso como avanço técnico-científico em benefício da economia.

Dedicando-se a uma detalhada análise dos compromissos interestatais realizados no período entre a Primeira e a Segunda Guerra, Schmitt nota uma tendência à criminalização da guerra. Se antes do século XX as guerras europeias consistiam em combates comumente seguidos de acordos de paz, acordos do início do século XX – como o Pacto Kellogg, de 1928 – buscavam criminalizar os atos bélicos que não constituíssem auto-defesa. O problema desta juridicização da guerra está no fato de que a decisão sobre o que é e o que não é ato de defesa ou ato bélico restringe-se a um grupo de países dentro do qual os mais ricos influenciam economicamente as decisões políticas dos mais pobres. O lastro material-territorial do imaginário da guerra dá cada vez mais lugar à guerra ilimitada e justificável, isto é, à criminalização da auto-defesa e à justificação de ataques desmedidos. Até meados do século XX, o ponto alto dessa desconexão entre guerra e território foi, segundo Schmitt, a guerra aérea. O espaço aéreo é qualitativamente diferente dos espaços terrestre e marítimo, descolando o horizonte de expectativas bélico de seu espaço de experiências.

O espaço aéreo, ao contrário, torna-se uma dimensão própria, um espaço próprio que não se conecta com os planos separados da terra e do mar. Ele encontra essa separação, e por isso diferencia-se essencialmente, na sua estrutura, do espaço constituído como superfície que caracteriza os dois outros tipos de guerra. O horizonte da guerra aérea não é o mesmo que o das guerras terrestre ou marítima; pode-se indagar, inclusive, se ainda cabe o termo *horizonte* quando se trata da guerra aérea. [...] A guerra aérea autônoma anula, em grau mais elevado que o bloqueio marítimo, a relação entre a potência que usa a força e a população afetada. No bombardeio a partir do ar, torna-se absoluta a ausência de relação do beligerante com o solo e a população inimiga que nele se encontra; já não resta mais nenhuma sombra de conexão entre proteção e obediência. Na guerra aérea autônoma, nenhum dos dois lados pode produzir essa conexão. O avião aproxima-se e lança bombas sobre o solo; faz um voo rasante e volta a subir; realiza sua tarefa de destruição e imediatamente deixa esse solo, com tudo o que nele se encontra – homens ou coisas – entregue ao seu destino, ou seja, aos detentores do solo estatal. Uma análise da conexão entre proteção e obediência, assim como uma análise da relação entre o tipo de guerra e *butim*, revela a deslocalização absoluta e, com isso, o puro caráter de aniquilação da guerra aérea moderna.²⁹

Apesar de suas concepções teóricas nas décadas de 1920 e 1930 objetivarem a recuperação

Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 271.

29 SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. 1. ed. Tradução de Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 349.

da centralidade do Estado moderno, nas décadas de 1950 e 1960 Schmitt aceita o fato de que o Estado moderno alcançou seu termo com a mundialização política ocorrida ao final do século XIX³⁰. No prefácio, datado de 1963, feito para a nova publicação da segunda edição de *O conceito do político*, publicada originalmente em 1932, Schmitt declara categoricamente que “a época da estatalidade chega agora ao seu fim”³¹, juntamente com o fim das noções jurídicas conectadas à ideia moderna de Estado. O diagnóstico de Schmitt sobre o Estado é de que a soberania não mais se reduz à forma estatal, sendo progressivamente substituída por um novo arranjo político de dimensões globais.

Partindo de outro ponto de vista para abordar os problemas referentes ao Estado, Kelsen, em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1945, afirma que a ordem social regida pela doutrina da guerra justa, endossada pelo Pacto Kellogg (1928), “é semelhante a uma ordem social segundo a qual um furto insignificante é punido e o roubo armado permanece incólume”³². O Pacto Kellogg possibilitou a condenação, entre e por parte de seus signatários, de Estados que exerçam o *jus belli*, permitindo a criminalização da guerra. Apesar de se opor à doutrina da guerra justa, “através de exame de manifestações históricas da vontade dos Estados e de documentos diplomáticos, em especial declarações de guerra e tratados entre Estados”, Kelsen deduz que “todos eles demonstram de modo bem claro que os diferentes Estados [...] consideram a guerra um ato antijurídico [...], permitido apenas como reação contra um mal sofrido”³³. Por essa razão, da perspectiva de sua teoria pura, é necessário compreender o contexto jurídico internacional tal como ele é, o que significa apreendê-lo a partir da doutrina da guerra justa, que vige internacionalmente, assimilando “o Direito internacional geral como uma ordem que torna o emprego da força um monopólio da comunidade internacional”³⁴.

Esta é, na verdade, uma interpretação do direito internacional que enreda resultados mais que paradoxais. Nenhum Estado estaria autorizado a uma interferência limitada na esfera de interesses de outro Estado, mas todo Estado estaria completamente justificado ao cometer uma interferência ilimitada em tal esfera. De acordo com esta interpretação, um Estado viola o direito internacional se causa dano ilimitado a outro Estado, e, neste caso, seu inimigo está autorizado a reagir contra ele por meio de represálias. No entanto, o Estado não viola o Direito internacional e não se torna sujeito a uma sanção se a sua interferência for suficiente para atormentar a população inteira e o país inteiro do inimigo com morte e

30 SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. 1. ed. Tradução de Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.

31 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. 1. ed. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 30.

32 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 485.

33 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 473.

34 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 484.

destruição.³⁵

A partir disso, o jurista austríaco aponta que o Pacto Kellogg “proíbe a guerra, mas apenas como um instrumento de política nacional”, e uma interpretação sensata do Pacto levaria em consideração a apreensão da guerra como instrumento de política internacional, isto é, como meio de “manutenção e conservação do Direito internacional”³⁶. Somente compreendendo o Pacto Kellogg como este instrumento jurídico cuja aplicação prática nacionalista se distanciaria da norma abstrata internacionalista é que se poderia falar de uma doutrina da guerra justa. Em razão das falhas, Kelsen considera o direito internacional de meados do século XX como um “Direito confessadamente primitivo”³⁷, mas que, apesar dos problemas, pode ser tomado como “o primeiro passo na evolução que, dentro da comunidade nacional, do Estado, tem levado a um sistema de normas geralmente aceito como Direito”³⁸.

O progressismo latente desta colocação evidencia o lastro do progresso na teoria de Kelsen. Apesar dos déficits do Pacto Kellogg, Kelsen ainda vê a possibilidade de uma uniformização jurídicas das agressões de guerra como delitos passíveis de sanções. Sem que haja tal circunscrição – cenário este aceito por Schmitt – Kelsen infere que isso acarretaria uma *indistinção* entre a guerra como crime e como pena.

Se não existe nenhuma resposta uniforme à questão de saber se, em dado caso, existe ou não um delito, então não existe nenhuma resposta uniforme à questão de saber se a guerra empreendida como uma reação é ou não uma “guerra justa”, se o caráter dessa guerra é o de uma sanção ou de um delito. Desse modo, a distinção entre a guerra como sanção e a guerra como delito tornar-se-ia altamente problemática. Além disso, pareceria não haver diferença algumas entre a teoria que sustenta que o Estado tem direito de recorrer à guerra sempre e contra quem quiser e a teoria segundo a qual a guerra só é permitida como reação contra um delito, sendo qualquer outra guerra um delito: no entanto, deve-se admitir que dentro do Direito internacional geral, é quase impossível aplicar esses princípios satisfatoriamente em qualquer caso concreto.³⁹

A questão de se o direito internacional é subordinado ao nacional, ou vice-versa, engendra, de acordo com Kelsen, diferentes “concepções de mundo” (*Weltanschauung*): a do imperialismo e a do pacifismo. Enquanto o sofisma da prevalência da soberania estatal sobre os demais Estados é imperialista por buscar justificar um uso ilimitado da intervenção estatal bélica, o sofisma da prevalência do direito internacional seria pacifista por defender a limitação da liberdade de todos os

35 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 484-485, modificada a partir de KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1945, p. 340.

36 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 476.

37 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 485.

38 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 485.

39 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 480-481, grifos nossos.

Estados. No entanto, Kelsen entende que muitos Estados democráticos têm “uma clara tendência em justificar a política externa mediante uma ideologia racionalista e pacifista”⁴⁰.

Tais considerações, podem ser visualizadas a partir do pano de fundo do “unimundismo” progressista pretendido por Frank D. Roosevelt. De 1933 a 1945, Roosevelt concentrou esforços na recuperação econômica norte-americana, de modo que “o alvo principal de seu New Deal era libertar a política norte-americana, voltada para a recuperação econômica nacional, da subordinação aos princípios da moeda forte defendidos por [os financistas de] Londres e Nova York”⁴¹. Ao final da Guerra – mas antes dos atentados nucleares, que seguiram sua morte – Roosevelt passa a promover uma visão de mundo a partir da qual era necessário que houvesse um “governo mundial” forte e amplo o suficiente para que pudessem ser garantidas ordem, segurança e justiça para todos os povos. Contudo, seu “unimundismo” não fora realista o suficiente para conseguir o apoio necessário da maioria do Congresso e dos empresários norte-americanos⁴², tendo dado lugar à “guerra dos mundos” armamentista promovida pelo governo Truman.

A respeito desta concepção unimundista, Koselleck, em um texto de 1977 – momentos antes da emergência dos governos neoliberais na Europa –, destaca um trecho contido na última mensagem de Roosevelt ao povo americano, escrita um dia antes de sua morte (1945): “Nós buscamos paz – paz duradoura. Mais do que o fim da guerra, queremos o fim dos inícios de todas as guerras – sim, o fim desse método brutal, desumano e completamente impraticável de se resolver as diferenças entre os governos”⁴³. A Guerra Fria, fomentada pela doutrina Truman, concretizou a sentença de Roosevelt de um modo cínico: ela foi, de fato, uma guerra sem início, posto que foi uma guerra não declarada e sem previsão de fim.

O fim de toda declaração de guerra é a primeira fórmula da Guerra Fria. Nem a última guerra terminou com um tratado de paz nem houve desde então declarações de guerra. As guerras que envolvem nosso mundo na miséria, no medo e no terror não são mais guerras, mas sim intervenções e ações de represália, mas sobretudo guerras civis – guerras civis cujos inícios parecem estar sob o mandamento prévio de evitar-se uma guerra atômica, e cujo fim, por isso mesmo, não é previsível.⁴⁴

A guerra permanente atravessa o Estado, mesmo após a pacificação jurídico-internacional dos Estados no pós-Segunda Guerra. E a Guerra Fria consolidou a prática, em escala global e de forma sistemática, da decisão monopolizada sobre o caráter justo ou injusto dos atos de guerra.

40 KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191.

41 ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. 1. ed. 9. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013, p. 288.

42 ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. 1. ed. 9. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013, p. 286.

43 ROOSEVELT, Franklin D. *Last message to the american people*. Disponível em: <https://www.loc.gov/resource/rbpe.24204300/?st=text>. Acesso em 27 de junho de 2020, tradução nossa.

44 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006, p. 244-245.

Neste momento, Kelsen pôde perceber que ocorria uma gradativa centralização do direito, consubstanciada na forma de fortalecimento do aparelho administrativo do Estado⁴⁵, que abarcava cada vez mais funções, ratificando uma “tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular”⁴⁶, que parecia se encaminhar à “formação de um Estado mundial”. E Schmitt percebeu que se este “Estado mundial” se concretizar, já não se trata mais de um Estado nos moldes modernos, mas de um Estado subordinado às decisões econômicas – nas palavras de Foucault, um Estado governado a partir de uma “grade econômica”⁴⁷.

Existe um necessário intervalo de tempo entre um conjunto de acontecimentos históricos e a formação teórica, a partir desse conjunto, de um espaço de experiências. Toda teorização é atrasada em relação ao seu tempo, mas é o atraso que possibilita qualquer diagnóstico. Além disso, toda recomposição histórica indica certas mudanças latentes no horizonte de expectativas. E isso pode ser percebido lendo Kelsen e Schmitt historicamente. Tanto a aposta de Kelsen no progresso da organização lógico-jurídica quanto a de Schmitt na conservação do poder centralizador do Estado nacional, derivadas do progressismo do século XIX, dão lugar, em maior ou menor medida, a diagnósticos pouco otimistas sobre a condução histórica do Estado e das guerras.

A “mundialização” do Estado, percebida por Kelsen, deve ser lida em conjunto com sua preocupação em relação à tendencial naturalização daquele como onipotência jurídica. É esta naturalização que possibilita a instituição da “guerra justa” como prática hodierna. Além disso, se, ainda de acordo com o jurista austríaco, a ordem jurídica pode ter qualquer conteúdo e o Estado

45 Kelsen percebe que ao mesmo tempo em que o aparelho administrativo de governo cresce, a noção de órgão de Estado é cada vez mais limitada às funções simplesmente burocráticas. Seu diagnóstico poderia ser complementado no sentido de se acrescentar que tais funções tendem cada vez mais a preencher o espectro tecnocrático e de gestão dos governos neoliberais das décadas seguintes. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 329-330: “A funcionarização da função estadual vai de mãos dadas com o trânsito do Estado judicial para o Estado administrativo. Ela abarca, de começo, certas funções jurídicas em sentido estrito, especialmente a execução do ato coercivo, a função policial no interior do Estado e a função bélica - de Direito internacional - nas relações exteriores (exércitos permanentes com oficiais de carreira). Uma vez criado, porém, um tal aparelho funcional, podem ser-lhe cometidas também outras funções que não são funções jurídicas em sentido estrito e específico. A administração estadual torna-se, numa medida cada vez maior, realização imediata do fim do Estado; mas isto ainda e apenas como função jurídica no sentido lato, quer dizer, como função de observância do Direito. Também na administração estadual imediata mantém o Estado o seu caráter jurídico. Da mesma forma que a ordem jurídica parcial que constitui o Estado em sentido estrito, também o Estado como aparelho funcional, com o governo no topo, é uma parte integrante da ordem jurídica total que constitui o Estado em sentido amplo [...] Com a transição para o Estado administrativo e o aumento, por ela implicado, da importância do aparelho funcional, está relacionada uma certa tendência para limitar o conceito de órgão de Estado ao de órgão funcionarizado, quer dizer, para fazer a atribuição ao Estado apenas daquelas funções determinadas pela ordem jurídica que sejam desempenhadas por indivíduos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho e são qualificados como funcionários. A esta tendência se deve, sem dúvida, que certos autores não queiram designar como função estadual a atividade legislativa do parlamento, enquanto função que não é realizada por órgãos funcionarizados”.

46 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 364.

47 FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.

pode fazer o que bem entender⁴⁸, sua ampliação em escala mundial implica a extensão dessa normalização excepcional a nível global. Schmitt, percebendo isso, propõe não apenas que “diante de um caso excepcional, o Estado suspende o direito em virtude do direito à própria conservação”⁴⁹, mas também que essa suspensão, diretamente proporcional à crescente submissão do político ao econômico, adquire as proporções físicas das trocas econômicas do capitalismo global. Desse modo, a conjuntura de desagregação e modificação promovidas pela influência da economia no Estado parece se refletir nos diagnósticos de Schmitt e de Kelsen a respeito do Estado e da guerra em meados do século XX.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das diferenças políticas entre Kelsen e Schmitt, recorrentemente levantadas pelas teorias do direito, as suas conceituações jurídicas encontram um traço comum no fato de ambos considerarem o direito como pura forma que mantém a si mesmo em permanente formalização. Tomam, de fato, pontos de vista diversos para abordar a forma jurídica, o que não nos impede de unirmos ambos em um mesmo conjunto que apresenta seus elementos comuns.

Um recorte destes elementos permite relacionar suas considerações sobre o Estado e a guerra com a situação dos Estados no contexto político-econômico global. Enquanto Schmitt, objetivando a centralização do poder do Estado frente à economia mundial, contesta o argumento de que o poder soberano seria limitado pelo direito positivo, Kelsen contesta a ideia de que tal normatização possua qualquer determinação necessária intrínseca. A partir da perspectiva da ordem concreta, Schmitt demonstra como o direito positivo nada mais é, constitutivamente, que decisão ilimitada. E partindo da perspectiva jurídico-científica do direito positivo, Kelsen demonstra como o ordenamento é sempre relativamente valorado.

Seus pontos de vista teóricos se estendem, pois, da norma pura à ordem concreta normatizante. Apesar das diferenças, ambas as teorias constituem uma espécie de aposta ética no direito – a ética lógico-científica em Kelsen, a ética teológico-política em Schmitt –, em contraposição à instabilidade jurídica decorrente do rearranjo da relação entre Estado e guerra desde o início do século XX. Portanto, seus diagnósticos a respeito do Estado correspondem, dentro de ambos os limites conceituais, ao contexto econômico e jurídico-político que lhes é contemporâneo.

Enquanto Schmitt declara o início da era do fim da estatalidade moderna, Kelsen adverte para uma aparente emergência de uma mundialização estatal. De fato, o Estado jurídico não acabou

48 KELSEN, Hans. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas S. M. C.; SANTOS NETO, Arnaldo B. (coords.). *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-46.

49 SCHMITT, Carl. *Teología política*. 1. ed. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 17-18, tradução nossa.

e nem se mundializou, mas, tendo sido subordinado à economia, transformou-se em instrumento de gestão dos povos. Mas é exatamente a frustração de seus prognósticos que permite inscrever seus diagnósticos sobre o espaço de experiências jurídico nesse intervalo de transição do horizonte de expectativas progressivo para a metafísica temporal da espera da guerra. Ambos os *corpora* teóricos tentam responder às demandas jurídico-organizacionais de seu tempo, correspondendo suas formulações ao contexto econômico-político que lhes é contemporâneo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010a.

AGAMBEN, Giorgio. *O aberto: O homem e o animal*. Tradução de Pedro Mendes. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: O Arquivo e a testemunha*. Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010b.

ARANTES, Paulo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX: dinheiro, poder e as origens de nosso tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. 1. ed. 9. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução de Ivone C. Benedetti. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Glavão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.

HOBSBAWM, Eric J. *A era dos impérios: 1875-1914*. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 24. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

JÜNGER, Ernst. *Tempestades de aço*. Tradução de Marcelo Backes. 1. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas S. M. C; SANTOS NETO, Arnaldo B. (coords.). *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra Kelseniana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34-53.

- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. 1. ed. Tradução de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.
- KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. 1. ed. Tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.
- POSTONE, Moishe. The Holocaust and the Trajectory of the Twentieth Century. In: POSTONE, Moishe; SANTNER, Eric (Orgs.). *Catastrophe and meaning: the holocaust and the trajectory of the twentieth century*. 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- ROOSEVELT, Franklin D. *Last message to the american people*. Disponível em: <https://www.loc.gov/resource/rbpe.24204300/?st=text>. Acesso em 27 de junho de 2020.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. 1. ed. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.
- SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. 1. ed. Tradução de Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. 1. ed. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- WOODS, Roger. *The Conservative Revolution in Weimar Republic*. 1. ed. Londres: Macmillan Press, 1996.

NOTAS SOBRE LINGUAGEM E DIREITO: PENSANDO COM LUIS ALBERTO WARAT

Walter Lucas IKEDA¹
Rodrigo Valente Giublin TEIXEIRA²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto a reflexão acerca da dicotomia ou distanciamento entre texto e realidade, colocando como a problemática da aproximação de texto e realidade, bem como a função do jurista hodierno. Para tanto o objetivo geral da pesquisa é o de analisar a função do jurista contemporâneo, elegendo-se como objetivos específicos a verificar do desenvolvimento da dogmática jurídica da pessoa humana, bem como da crítica da linguagem. A metodologia utilizada para a pesquisa é a da abordagem qualitativa, exploratória, zetética, valendo-se de pesquisa documental e bibliográfica, especialmente pelo eixo teórico de Luis Alberto Warat, com organização desta síntese por meio do método dedutivo. Os resultados indicam a necessidade de superação do senso comum teórico dos juristas e a abertura do procedimento de construção da norma como possibilidade de aproximar texto e realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Direitos de personalidade. Warat. Virada Linguística. Carnavalização.

ABSTRACT

This research aims to reflect on the dichotomy or distancing between text and reality, posing as the problematic of the approximation of text and reality, as well as the role of today's jurist. Therefore, the general objective of the research is to analyze the role of the contemporary jurist, choosing as specific objectives to verify the development of the legal dogmatics of the human person, as well as the criticism of language. The methodology used for the research is the qualitative, exploratory, zetetic approach, making use of documental and bibliographical research, especially by the theoretical axis of Luis Alberto Warat, with organization of this synthesis through the deductive method. The results indicate the need to overcome the jurists' theoretical common sense and open the procedure for constructing the standard as a possibility to bring text and reality closer together.

KEYWORDS: Access to justice. Personality rights. Warat. Linguistic turn. Carnivalization.

1. INTRODUÇÃO

A codificação como marco do direito na sociedade moderna trouxe uma nova metodologia da relação do intérprete com o direito, buscando extrair as normas dos códigos e não mais da metafísica ou do direito romano. Ocorre que o direito pensado apenas como aquele positivismo exegético, permitiu abusos como a legitimação de regimes autoritários na sociedade ocidental.

Com o fim das guerras mundiais, tem-se uma ruptura do método do positivismo exegético

1 Doutorando em Ciências jurídicas pela Cesumar. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Jurídicas pela Cesumar. Pós-graduado pela PUCPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. e-mail: walterlucasikeda@gmail.com

2 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. E-mail: Rodrigo@rodrigovalente.com.br

e se atribui maior protagonismo à subjetividade do julgador, inaugurando o positivismo normativo, especialmente pela superação da tentativa de limitar o julgador como mero boca de lei.

Doravante, o desenvolvimento das teorias constitucionais que postulavam pela sua força normativa e a aplicação direta dos direitos fundamentais, muitas vezes princípios constitucionais, trouxe várias implicações na comunidade de intérpretes, especialmente sobre como será possível encontrar o sentido adequado da norma.

Com o amadurecimento da democracia brasileira, observa-se que a sociedade e a comunidade de intérpretes têm lançado críticas pela não concretização das promessas constitucionais ou mesmo da prática desconexa com a realidade social, e a questão que se propõe a investigar na presente pesquisa é: como podemos pensar o direito de tal forma que a aplicação do texto se aproxime da realidade? A hipótese que se trabalha neste trabalho é a que o protagonismo do julgador deve ser repensado e distribuído democraticamente.

O objetivo geral deste trabalho é investigar a relação da linguagem com o direito, buscando desenvolver como a formação dos juristas e suas pré-compreensões integram a formação da significação do texto. Para cumprir o objetivo geral deste trabalho, elegem-se como objetivos específicos: a) uma breve retomada do desenvolvimento do direito moderno, a fim apenas de situar o debate da linguagem; e b) a exploração da relação entre direito e linguagem.

A metodologia a ser aplicada no trabalho será de abordagem qualitativa, exploratória, zetética, valendo-se de pesquisa documental e bibliográfica, especialmente pelo eixo teórico de Luis Alberto Warat, diante de sua reconhecida contribuição no tema deste trabalho, com organização da síntese alcançada por meio do método dedutivo. Não serão referenciadas as legislações ou julgados devido à possibilidade de seu acesso facilitado pela internet.

O presente trabalho é estruturado em duas seções. A primeira seção intitulada *Da dogmática, da pessoa e dos direitos*, em que será situada a discussão da linguagem; e uma segunda seção intitulada a *Linguagem e Warat*, para tratar da relação entre direito e linguagem.

2. DA DOGMÁTICA, DA PESSOA E DOS DIREITOS

A regulamentação da vida social nem sempre ocorreu da forma como a fazemos hoje. A codificação veio de um movimento social, político e econômico para superação dos paradigmas de legitimação do antigo regime, ceifando a metafísica e o direito romano como fontes do direito ocidental. Doravante, o desenvolvimento da codificação como texto que fizesse previsão de todas as condutas humanas veio a tona.

A semente do conceito de dignidade da pessoa humana pode ser resgata em Kant (2007), para quem as coisas têm um preço e são instrumentos para determinados fins, já as pessoas não tem

um preço, elas têm um valor e não podem ser instrumentos para qualquer outra finalidade que não sejam elas mesmas, e seria a racionalidade o denominador comum e o ponto de emergência deste valor que permitira deduzir que todos os humanos têm dignidade pela racionalidade que lhe é intrínseca.

Após a Segunda Guerra mundial, período compreendido de setembro 1939 a setembro de 1945, o fundamento dos ordenamentos jurídicos foi reestruturado, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento primeiro. A partir desta nova perspectiva buscava-se evitar que os atos contra a humanidade voltassem a se repetir. Nesse passo, o Brasil com a Constituição Federal de 1988 adotou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República Federativa, juntamente com a soberania, a cidadania, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Numa visão mais macro dessa transição, a codificação incorporou o espírito do positivismo científico, de forma que não elementos que não pudessem ser pesadas ou mensuradas, logo o direito seria apenas aquele que estivesse no código. Esta perspectiva do direito seria o positivismo exegético decorrente de uma relação objetiva de sujeito-objeto, em que o direito estaria no código e deste deveria ser descoberto ou extraído.

Nesse passo, o desenvolvimento social e econômico das sociedades que começavam a se modernizar e a realizar cada vez mais transações entre diferentes sociedades, precisava de um sistema jurídico mais célere para acompanhar as mudanças sociais, o que ocasionou em uma nova técnica legislativa de inclusão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, apostando-se na subjetividade do julgador para colmatar as eventuais lacunas.

Esta segunda fase do positivismo seria o positivismo normativo, em que a relação objetiva de sujeito-objeto passa a ser subjetiva, apostando na subjetividade do julgador (MARTINS-COSTA, 2000). Esta posição acabou desencadeando maiores dificuldades quando se passou a pensar nos princípios como normas e os direitos fundamentais e de personalidade como normas que devem incidir diretamente nas relações.

Pela perspectiva econômica, o fim da Segunda Guerra trouxe abalo às grandes dinastias e setores privados que encabeçavam o desenvolvimento nacional, e o Estado assumiu a frente pelo desenvolvimento das nações, pela possibilidade de angariar os recursos e pela estrutura necessária. Esta nova posição do Estado precisou ser acompanhada por uma mudança no ordenamento jurídico, o que promoveu um maior destaque ao direito público e ao fortalecimento da Constituição como centro normativo dos ordenamentos jurídicos (RODRIGUES JR, 2019).

Uma das problemáticas iniciais da efetivação dos mandamentos constitucionais é o alto grau de abstração de suas normas, surgindo diversas teorias sobre a natureza e o método adequado

para a interpretação constitucional, destaca-se, por exemplo, o amplo debate entre procedimentalistas e substancialistas. Nestes debates é comum o levantamento de obras filosóficas e a comparação com diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros ou mesmo, inclusive detalhando-se e refinando-se obras teóricas modernas estrangeiras.

Na legislação infraconstitucional, podemos observar a adoção expressa da técnica da ponderação no artigo 489, do Código de Processo Civil, o que faz referência muito tendenciosa à técnica de ponderação desenvolvida por Robert Alexy (2008). De toda forma, já se observava a utilização da técnica da ponderação em diversos casos, especialmente na colisão de direitos da personalidade (TEIXEIRA; JACOBS, 2020). Ocorre que vários estudiosos já levantaram problemas na recepção e aplicação da ponderação nas decisões judiciais, apontando-se que a técnica não é utilizada de forma correta (MORAIS; STRECK, 2018; SILVA, 2002).

Todavia, pouco se tem falado nos debates acerca da cultura brasileira, da história brasileiro, dos costumes brasileiros, do judiciário brasileiro e do próprio brasileiro diante do desenvolvimento das técnicas estrangeiras que muitos buscam implantar na prática brasileira, e muitos a aplicam, como o próprio Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o transplante, a implantação ou a aplicação de institutos e técnicas estrangeiras não funciona de forma tão simples. O mero conjunto de palavras não tem um significado em si ao ponto de que a tentativa de aplicação deste texto em outro ordenamento jurídico resulte no mesmo sentido e resultado do ordenamento original, isto porque o texto não é norma, é apenas o ponto de partida que passa por intérpretes imbuídos de pré-compreensões.

Em outras palavras, esse trabalho é influenciado pelo fato de que Imogene, jurista brasileira, foi jogada “para” o Direito brasileiro ou “no” Direito brasileiro, “para” a cultura jurídica brasileira, um Direito ou uma cultura jurídica que já existia desde sempre em relação a ela, um Direito ou uma cultura jurídica que portanto a precede, um Direito ou uma cultura jurídica que há existia desde sempre em relação a ela, um Direito ou uma cultura jurídica que portanto a precede, um Direito ou uma cultura jurídica que, em razão de um inevitável processo de condicionamento aculturante, terá moldado sua pré-compreensão, que, inelutavelmente, orientará em seguida a compreensão que ela terá do Direito estrangeiro e a representação dele que ela irá propor (LEGRAND, 2018, p. 48).

Diante da citação exposta acima, pode observar que o ato de interpretar tem como elemento pré-compreensões formadas por subjetividades, decorrentes muitas vezes de interesses divergentes e conflitantes com a sociedade, o que faz o ato de interpretar ter contato com valores locais e temporais, o que torna a atividade de transplante de institutos estrangeiros em ordenamentos diversos um trabalho muito mais complexo (LEGRAND, 2014, p. 13).

É inexorável que o texto faz parte da linguagem, mas o texto pode ter mais de uma interpretação, e o sentido da norma se constrói na linguagem, por meio de uma luta de significação da comunidade de intérpretes, cada qual com suas pré-compreensões e locais de fala.

A questão da linguagem com o direito não se constitui apenas como um óbice, mas um problema que abre oportunidades de aplicações mais adequadas, buscando-se a concretização dos textos na realidade social, guiando-se pelos objetivos instituídos pela Constituição Federal.

A questão da relação entre texto e norma é aprofundada com Humberto (ÁVILA, 2007), que expõe a inexistência de simetria entre norma e texto, pois nem sempre que há uma norma existe um texto ou nem sempre que há um texto existe uma norma que lhe sirva de suporte. Ainda, o jurista aponta que há princípios implícitos sem dispositivo correspondente; e há textos que não produzem normas como o preâmbulo constitucional, assim como é possível a extração de mais de uma norma de um mesmo dispositivo. Dessa forma, o intérprete deverá formular a partir do texto a norma a ser aplicada no caso concreto.

O exercício da hermenêutica deve ser constante, pois há um contexto extratexto cultural, social, econômico e histórico que é dinâmico e que reverbera na interpretação dada ao texto. José Afonso da Silva (2009) fala em hermenêutica contextual ou hermenêutica de sentido para esta atividade hermenêutica que promove a mudança de sentido sem alteração formal do texto, até porque a norma não se confunde com o texto.

A interpretação que busca a concretização dos princípios não é aquela da subsunção lógica e pela lógica conceitual, mas apropriando-se dos fatos concretos da realidade social, assim a interpretação adequada é que consegue concretizar o sentido da norma com as condições reais de um determinado contexto fático, e por consequência, a alteração da estrutura fática também altera a interpretação da norma, e o sentido da proposição delimita a aplicação da norma (HESSE, 1991).

Dessa forma, para aprofundar a análise sobre a construção da norma e o papel do jurista neste procedimento é fundamental a análise da linguagem, bem como de possíveis propostas, pelo eixo teórico escolhido neste trabalho, de Luis Alberto Warat.

3. A LINGUAGEM E WARAT

Há um incômodo generalizado na maior parte dos juristas acerca da inefetividade das promessas constitucionais ou da modernidade. Alguns juristas acreditam que os avanços ocorrem, ainda que de forma vagarosa, e que a concretização da lei e da Constituição depende apenas de tempo. Há outros juristas mais críticos que veem uma problemática entre texto e realidade que precisa ser refinada a fim de se buscar uma efetiva concretização, nos filiamos nesta última posição para o delineamento desta pesquisa.

Nesta linha de pensamento, Luis Alberto (WARAT, 2004b, p. 180) aponta que um direito mais justo e fiel com a realidade social e mentalidade dos juristas ocorrerá com a revolução das comunicações, buscando-se o resgate da autonomia da pessoa para lutar por seus direitos, o que

deverá ocorrer com estímulos à alteridade intersubjetiva e avanço da crítica do conhecimento do direito.

O ponto de partida para refletirmos o distanciamento das promessas positivadas com a realidade social é o problema da linguagem. A linguagem é o meio pelo qual se instrumentaliza o convívio social, pois as questões de todas as dimensões sociais, como a política, econômica e o próprio direito são formuladas pela linguagem. Há uma perspectiva tradicional da linguagem no direito como técnica formal, mas a linguagem é muito mais do que técnica formal, pois cumpre funções ideológicas e políticas (WARAT, 1995, p. 55).

A linguagem inicialmente era observada apenas como instrumento de descrição das coisas no mundo, com Ferdinand de Saussure (2006), passa-se a distinguir signo, como manifestação no mundo, da sua interpretação que é o significado. Dessa forma, o que se busca destacar para esta pesquisa, é que o significado das palavras não decorre da pura lógica e de forma neutra, por passa pelas experiências e conhecimentos daquele que interpreta, ainda que estruturais e inconscientes, apontando-se que o conhecimento ostenta também imbricações extralinguísticas, que não são percebidas pelo seu emissor ou pelo receptor, logo, a linguagem e o seu sentido podem ter um sentido literal ou mesmo oculto.

Doravante, aprofunda-se a análise da linguagem oral pela dimensão axiológica a ela ínsita, pois em uma argumentação ou discussão a linguagem oral é capaz de carregar elementos emotivos, persuasivos, ideológicos ou valorativos que fazem parte da comunicação e do processo de significação. Nessa toada, a linguagem também é meio para deliberação acerca de determinados valores e, por consequência, o significado de determinadas palavras ou textos, o que influenciará o julgador (WARAT, 1995, p. 70-71)

Se a linguagem é o meio pelo qual se formula o conhecimento e se instrumentaliza a convivência social, a linguagem também é o limite da realidade e do que conhecemos. Dessa forma, o texto jurídico que cria realidades e universos distintos da realidade apenas é admitido apenas por meio de uma linguagem racional acrítica, o que pode corroborar com a coisificação das pessoas e a consolidação do poder estatal (WARAT, 1995, p. 68-69).

Enquanto os juristas e as pessoas permanecerem alienadas à discussão da linguagem, ou seja, não adotarem a virada linguística, tomarão o texto positivado e as teorias como válidas. O primeiro passo para a superação de uma epistemologia fetichizante da produção do direito é a o reconhecimento do papel da linguagem, especialmente pelo fato da linguagem não ser neutra e científica, mas carrega elementos subjetivos ou mesmo forjados pela ideologia dominante, estas últimas podem decorrer de fatores culturais e históricos que se enraizaram em instituições e nas estruturas sociais.

A condição do jurista alienado das condições de produção da norma jurídica é identificada como senso comum teórico dos juristas. O senso comum teórico compõe uma estrutura linguística que aliena o jurista de questões fundamentais como o real trabalho daquele que interpreta, que crê no mito do legislador mítico e racional, que acredita que o julgador realiza atividade neutra e puramente racional, entre outras crenças decorrentes de preconceitos, hábitos metafísicos, profecias e opiniões (WARAT, 2002, p. 311) que tornam o jurista um mero reproduzidor acrítico do que os manuais, os Tribunais e as autoridades dizem que o direito é. O pensamento crítico é justamente o conjunto de enunciações que permitem uma crítica radical para a construção de questionamentos sociais e políticos para a produção do direito (WARAT, 1982).

Neste fluxo, as desmitificações da linguagem no direito desvelam discursos vazios da democracia e muitas vezes se observa que os textos legais estão mais a serviço político de apaziguamento das expectativas e anseios sociais do que uma agenda de concretização destes direitos, o que se denomina de “Constituição Alíbi” (NEVES, 2011).

Assim, os argumentos são técnicas linguísticas que podem carregar ideologias prenhes de hábitos estruturais, costumes intelectuais e outros elementos como base para a retórica, buscando-se justamente a validação destes hábitos. As ideologias são agasalhadas pelo discurso ou aparência de verdade e cientificismo, deliberando pelo consenso social. Assim, incorpora-se hábitos significativos já existentes, a prática ideológica se reveste de validade pelo discurso jurídico, e que serão reproduzidos pelo senso comum teóricos dos juristas (WARAT, 2004a, p. 147).

A adoção da virada linguística pelos juristas é ponto de partida para o desenvolvimento de uma comunidade de intérpretes constitucionais. É por meio dessa adoção que a sociedade poderá deliberar concretamente sobre o elo perdido entre realidade e texto. Os juristas têm o conhecimento de que o direito se direciona às relações sociais e as fatos do mundo concreto, mas costumam deixar escapar os discursos de poder pactuados em textos, súmulas, entendimentos jurisprudenciais e manuais, e acabam reproduzindo estes enunciados sem maior crítica. É neste sentido de alienação da linguagem aliena os juristas e as pessoas de observar as manipulações na realidade social, o “poder mais do que reprimir ou adoçar produz a realidade e a verdade.” (WARAT, 2004c, p. 246).

Neste sentido, sem o prejuízo de se observar a necessidade da atividade legislativa para trazer maior segurança jurídica sobre novos temas que se inserem na sociedade, o que se pugna com a adoção da virada linguística não é uma reinvenção de todos os códigos ou ato do gênero, mas a democratização do debate hermenêutica de significantes, pois a refundação de um pensamento jurídico seria incompatível com a permanência destes mesmos hábitos, o senso comum teórico dos juristas. O discurso jurídico deve retomar os elementos sociais e históricos no sentido macro e micro do litígio judicial, e não uma significação abstrata disjunta da realidade (WARAT, 1994, p.

150).

A democracia brasileira trouxe a esperança para muitos brasileiros, várias foram as promessas, e a ânsia social pela emancipação e participação ativa no processo democrático para o desenvolvimento de direitos fundamentais, humanos e de personalidade são condicionados pela linguagem. O debate, a deliberação no espaço público só é possível por meio da linguagem e a linguagem não se encerra em alguma positividade, mas na sua constante aplicação, na formulação das agendas públicas e nas próprias relações intersubjetivas a serem construídas por relações intersubjetivas. A própria linguagem oral deve ser mais valorizada como mais um elemento importante para solução dos conflitos de forma construtiva, integrando o sentimento e individualidades das partes no processo linguístico da busca pela justiça, da dignidade da pessoa humana ou do direito de personalidade (WARAT, 1997, p. 16 e ss).

Apenas por amostragem, observa-se que a Constituição Federal de 1988 e o Ato Institucional n.5 tem em comum em seu preambulo a justificativa da democracia e da dignidade da pessoa humana, ou seja, o conjunto de palavras dignidade da pessoa humana não tem um significado em si, apenas o conjunto de palavras não é passível de radiar valores, a dignidade da pessoa humana só tem significado enquanto termo aceito dentro de uma comunidade de intérpretes, dos quais devem fazer parte toda a sociedade. O direito é linguagem e as normas jurídicas são construídas a partir da interpretação (LEGRAND, 2018).

Essa negação do Outro na formação do significado é resquício do projeto moderno que coloca o Eu no centro, e se marginaliza o Outro. A virada linguística veda a formação de verdades inquestionáveis pela consciência pessoal de um indivíduo, porquanto o significado é criado por meio de relações intersubjetivas. A abertura discursiva ao Outro marginalizado da comunidade interpretativa possibilita um espaço de criatividade, de novos horizontes que se abrem e de novos caminhos a serem indicados, que serão tantos quanto a linguagem puder produzir e a realidade que será lançada (WARAT, 2004c, p. 243).

Dessa forma, Warat fala da carnavalização como processo participativo, em que as respostas devem ser provocadas, fomentadas e atingidas pelas pessoas, abrindo-se campo para a imaginação e diálogo, atribuindo-se significações próprias e autênticas. Seria, pois, um espaço em que a linguagem seria provocação e criação de respostas, e não uma imposição de sentido. O termo carnavalizar decorre ao carnaval como espetáculo sem passarela, espaço em que as pessoas não se diferenciam, todos são igualmente protagonistas (WARAT, 2002, p. 109). Dessa forma, seria na carnavalização que os questionamentos sociais seriam aflorados e debatidos, as pessoas seriam instadas a refletir e construir um processo de emancipação da pessoa, esta como protagonista de sua vida, tomando as rédeas dos seus problemas e construindo suas soluções.

A carnavalização proposta por Warat busca romper com o misticismo da pureza e neutralidade teórica que rondam o direito, e tal proposta ainda busca uma forma de emancipação das pessoas, buscando uma ruptura até mesmo cultural, em face daquilo que costumamos chamar de cultura do litígio, convocando as pessoas para participação do processo democrático e do desenvolvimento do senso crítico social.

Aquela ideia tradicional de que o juiz substitui a vontade das partes e dá a sentença, trazendo à tona a pacificação social é um mito. Na verdade, a sentença alcança uma pacificação social deveras rasa (GRINOVER, 2016), e este pode ser um dos motivos pelos quais temos uma quantidade exagerada de recursos nos Tribunais.

A postura passiva da pessoa perante seus conflitos sociais faz com que se aliene da sua própria condição de sujeito, a pessoa passa a ser mero objeto de análise. O processo judicial deixa de se conectar com o João e a Maria, e passa a colocar os elementos do processo no campo do dever-ser, do Requerente e da Requerida, ceifando a potencia significativa que passa a coisificar das relações interpessoais, destacadas de seu contexto cultural e histórico, as pessoas passam a ser coisas e são observadas pela racionalidade pura. O conflito não tem uma resposta adequada seja porque o Judiciário não tem maquinaria adequada para a compreensão integral do litígio social ou mesmo porque não é dado o espaço de fala para as narrativas, deixando-se de alcançar a completude do significado perquirido constitucionalmente.

Dessa forma, podemos dizer que o Direito está sob crise? Não, e este é o problema. O direito deve ser crise, deve ser o espaço em que os diferentes se encontram e se harmonizam, a construção das relações intersubjetivas, mediadas e não impostas pelo Estado. Claro que não se olvida da inafastabilidade do Judiciário, e que uma vez que não ocorra acordos das partes, cabe ao julgador o ato de julgar. O que se propõe é uma abertura do espaço de construção da decisão judicial.

Tocando brevemente na semiologia, verifica-se que as pessoas fazem muito a referência do Judiciário como Justiça, exemplificando, é comum a frase de que alguém vai à Justiça procurar seus direitos. A própria semiologia popular entende que o Judiciário é o espaço da Justiça, e que, portanto, a sentença será justa, ou seja, o senso comum teórico dos juristas não permeia apenas os juristas, mas é estrutural na sociedade.

Quanto às estruturas dos Tribunais e dos fóruns, há uma semiologia decorrente de um conjunto de arquiteturas e roupagens que buscam formalizar certos rituais, até mesmo para distanciar-se de instâncias sociais comuns e legitimar os atos ali praticados. Não se abre a discussão por quem não usa toga ou está fora do roteiro procedimental. A instância judiciária, ainda que de forma não proposital, distingue e afasta o diferente, alienando-se o estranho do procedimento. O

juridiquês, as vestes, o local e todo o mundo que se cria ao redor do direito são estranhos ao cidadão comum, e comumente não entende a discussão travada ali sobre seus próprios direitos (GIMENEZ, 2018).

É precário o discurso de democracia e acesso à justiça quando observada a prática de afastamento do cidadão mais simples. O afastamento da pessoa da linguagem do direito a impossibilita de compreender as semiologias e participar da discussão. Normalmente a pessoa fica em uma situação de postura vulnerável perante os advogados e juízes, como se precisasse ser ajudado a ficar naquele ambiente, e que ao final do processo alguém, provavelmente o advogado, terá que explicar o que ocorreu e o que foi decidido (NUNES; VIANA, 2019).

Quanto ao acesso ao Judiciário, é fulcral destacarmos o que a própria dogmática já aborda, este direito fundamental não se sacia com a mera possibilidade de requerer algo perante o Judiciário, mas de efetivamente existir abertura a sua participação substancial, resguardando-se as peculiaridades do caso e das pessoas quanto às dimensões sociais, pois as pessoas buscam decisões individuais e socialmente justas (CAPPELLETTI, GARTH, 1988. p. 8).

Quando refletimos sobre o espaço de fala, devemos reforçar que não se busca uma dicotomia entre experiências pessoais e categorias, são ambos importantes para a construção das subjetividades. As pessoas que ocupam um mesmo espaço social compartilham de experiências semelhantes nessas relações de poder, sem que esta categoria totalize os indivíduos, pois cada pessoa ainda tem suas experiências que se aproximam mais ou menos daquela categoria (RIBEIRO, 2020, p. 64).

A proposta que tratamos neste trabalho não exige apenas uma mudança de postura da parte, mas estrutural, incluindo os próprios juristas. Logo, a formação do jurista deve ser readequada para uma sensibilidade maior com a realidade social, e não se limitar ao formalismo e aos saber jurídico científico, que são importantes, mas que não devem se descolar da realidade social, do entendimento político e sociológico.

Ao pensarmos numa reforma da formação do jurista, o próprio educador não deve se limitar a reproduzir ideias e técnicas friamente, sem observar e trocar experiências com os educandos, tomando o direito de forma contextualizada com a realidade social e expondo as exceções da racionalização da teoria. A proposta do educador aos educandos deve ser aquela que fomente o livre pensar, com destaque ao sentimento humano e ao diálogo intersubjetivo (WARAT, 2004c, p. 157).

O fenômeno da judicialização já indica o papel do jurista. Este não deve se liminar àquela fórmula de que Tício deve uma quantidade de dinheiro para Mévio, e que de acordo com o artigo do Código Civil, este deve pagar àquele com juros e correção monetária. O papel do juristas deve

atender às exigências da sociedade e da democracia, especialmente do advogado que deve abrir as portas do Judiciário para a concretização daquelas promessas abstratas, e que não ocorrerá enquanto os juristas estiver sob o senso comum teórico dos juristas. A emancipação do jurista é no caminho de reconhecer a existência dos discursos carregados de ideologia e velados pela abstração e objetividade, e por conseqüência, o direito virá a operar como dimensão simbólica da política e da concretização constitucional (WARAT, 2002, p. 326).

A formação do jurista que vem é aquela que priorize o desenvolvimento de uma prática concretizadora dos enunciados constitucionais, processo que decorre do desenvolvimento de relações intersubjetivas críticas harmonizadas com práticas socializadoras que desafiem constantemente o discurso dogmático, construindo um direito transcendental e universal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho colocou como problema de pesquisa: como podemos pensar o direito de tal forma que a aplicação do texto se aproxime da realidade? Colocando-se como hipótese a que o protagonismo do julgador deve ser repensado e distribuído democraticamente.

Na primeira seção deste trabalho, pode-se verificar que o direito não está propriamente no texto, mas é produto de uma atividade interpretativa, e esta atividade interpretativa perpassa pelas pré-compreensões subjetivas daquele que interpreta, em que se apontou as problemáticas de importar institutos estrangeiros para o ordenamento nacional, até pela própria questão da linguagem e do universo cultural.

Na segunda seção do trabalho, explorou-se algumas perspectivas waratianas, observando-se o papel da linguagem como formador de significados e o papel do jurista, apontando-se ainda o senso comum teórico dos juristas e perspectivas de formação do jurista. Ao final da seção foi explorada a ideia de carnavalização desenvolvida por Warat, entendendo-se como uma chave para pensarmos em novas possibilidades de participação da sociedade na significação das normas.

Dessa forma, diante da problemática proposta neste trabalho, aponta-se para a necessidade de pensarmos em novas formas de nos relacionarmos com o direito, desde os juristas e incluindo as partes, abrindo-se espaço e horizontes para um processo democrático tanto na perspectiva micro quanto macro, pois os processos individuais cada vez chegam como orientações e informativos para toda a sociedade, especialmente com os meios de comunicação, reforçando-se ainda mais a ideia de que as partes são os destinatários primários e toda a sociedade é destinatária secundária da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade**. Curitiba: Juruá, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 lda, 2007.
- LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Rio Grande do Sul, v.9, n.1, p. 1-21, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/31244>. Acesso em: 19 de jun. 2021.
- LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NUNES, Raquel Portugal; VIANA, Márcio Túlio. **O segundo processo: fatores informais que penetram nos julgamentos**. São Paulo: LTr, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAIS, Fausto Santos de; STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2018.
- RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição** São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 15 de set. 2021.
- TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; JACOBS, Paulo Eduardo Furtunato. Colisão de Direitos da Personalidade: uma análise à luz do art. 489, § 2º, do Código de Processo Civil. **Revista Argumentum**, Marília, v.21, n.2, p. 798-806, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito I**: Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III**: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2º Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequencia**, v.03, n.05, p. 48-58, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 15 set. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

CAPÍTULO III
PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Yasmim Zanuto LEOPOLDINO¹

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a correlação existente entre a imparcialidade jurisdicional e o sistema acusatório, assim como a relativização desses institutos pela vigência de normas do Código de Processo Penal. O método adotado na presente pesquisa é o dedutivo, com a revisão bibliográfica e a análise dos dispositivos legais relativos ao tema. A pesquisa constata que a imparcialidade e o sistema acusatório são conceitos correlatos, porém ambos são flexibilizados com a vigência de artigos do Código de Processo Penal, que atribuem poderes investigativos ao julgador, sendo imprescindível o reconhecimento da inconstitucionalidade desses para efetivação do sistema acusatório e para adoção de postura imparcial pelos julgadores.

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade; Inconstitucionalidade; Garantias Constitucionais; Poder Instrutório; Sistema Acusatório.

ABSTRACT

The presente work aims to demonstrate the correlation between jurisdictional impartiality and the accusatory system, as well as the relativization of these institutes by the validity of CPP rules. The method adopted in this research is deductive, with a literature review and analysis of legal provisions related to the subject. The research finds that impartiality and the accusatory system are related concepts, but both are made more flexible with the validity of articles of the CPP, which attribute investigative powers to the judge, being essential to recognize their unconstitutionality for the effectiveness of the accusatory system and for the adoption of a posture impartial by the judges..

KEY-WORDS: Accusatory System; Constitutional Guarantees; Impartiality, Unconstitutionality; Instructional Power.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da imparcialidade jurisdicional consiste na adoção de posicionamento equidistante e desinteressado pelo julgador na condução do processo, agindo como terceiro desvinculado à lide em questão. O princípio não encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, porém é extraído de princípios constitucionais garantistas, como o devido processo legal, e é positivado, de forma expressa, em regramentos internacionais aos quais o Brasil é signatário. A imparcialidade do julgador compatibiliza-se com a estrutura acusatória do processo penal, adotada expressamente pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 3-A, visto que a implementação do supracitado sistema processual pressupõe a separação das funções de acusar e julgar, sendo atribuído ao magistrado o papel de terceiro imparcial e alheio aos interesses das partes acusatórias e defensorias.

1 Pós-graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo PROJURIS – Ourinhos/SP. Advogada. Ourinhos, São Paulo, Brasil. E-mail: yasmimzanutoleopoldino@outlook.com. Telefone: (14) 99816-9915.

Nesse ínterim, o presente trabalho visa analisar a correlação existente entre a observância da imparcialidade e a eficácia do sistema acusatório frente a aplicabilidade de preceitos legais contidos no Código de Processo Penal, que garantem ao juiz poderes investigativos e instrutórios, normas essas afetas ao sistema inquisitório, anteriormente adotado pelo processo penal brasileiro.

O primeiro capítulo dispõe a respeito do conceito de imparcialidade, classificando-a em imparcialidade objetiva e subjetiva; a primeira é extraída da postura apresentada pelo magistrado na condução do processo, ao qual cabe, na prática dos atos processuais, demonstrar a equanimidade vinculada à sua atuação; já a segunda classificação refere-se às concepções íntimas do juiz acerca do fato típico e do réu, sendo vedada a atuação jurisdicional por sujeito vinculado a prejulgamentos sobre os fatos e sujeitos processuais. Além disso, aborda-se a problemática decorrente da vigência de dispositivos legais que atribuem ao juiz poderes instrutórios e a influência de tais prerrogativas na adoção de posicionamento imparcial.

Em sucedâneo, o segundo capítulo aborda o conceito de sistema acusatório e a previsão legal relativa ao instituto, bem como a distinção entre a estrutura acusatória e inquisitória. Ademais, é estabelecida a correlação entre o sistema acusatório e o dever de imparcialidade que recai sob o magistrado, restando demonstrado que a efetivação do sistema acusatório é intimamente ligada à adoção da imparcialidade jurisdicional, visto que o processo penal apenas pode ser considerado garantista quando o ente jurisdicional condutor assume postura desinteressada às pretensões deduzidas pelas partes. Neste diapasão, as prerrogativas instrutórias são consideradas dissonantes à imparcialidade do julgador e ao sistema acusatório, razão pela qual questiona-se a constitucionalidade de tais dispositivos legais.

O objetivo precípua do presente trabalho é a demonstração de que o posicionamento imparcial do julgador é necessário para a efetivação da estrutura acusatória do processo penal, razão pela qual o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos inseridos no Código de Processo Penal, que atribuem poderes instrutórios ao magistrado e o afastam de seu dever de imparcialidade, faz-se imprescindível, frente a incompatibilidade com os preceitos garantistas constitucionais e com o sistema processual adotado pela Constituição Federal.

O presente artigo científico foi desenvolvido por intermédio do método dedutivo, com revisão bibliográfica acerca do tema, como obras doutrinárias e artigos científicos de autores renomados, como Aury Lopes Júnior, que delinea o conceito de imparcialidade, estabelece a distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva e tece críticas ao Código de Processo Penal vigente e aos poderes instrutórios que esse atribui ao julgador. Acerca da imparcialidade e a correlação com o sistema acusatório, Ruiz Ritter dispõe acerca da valorização do posicionamento imparcial jurisdicional para efetivação da estrutura acusatória. Além disso, foi procedida a análise

do ordenamento jurídico relativo ao tema, estabelecendo-se a correlação entre os dispositivos constantes no Código de Processo Penal, que rememoram o sistema inquisitório, uma vez que atribuem ao julgador poderes investigativos e instrutórios, e a Constituição Federal, restando demonstrada a incompatibilidade dos primeiros com os preceitos garantistas estabelecidos pela última.

2 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL

O dever de imparcialidade atribuído ao julgador no processo penal vem subsumido nos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, os quais asseguram a todo cidadão o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. O princípio da imparcialidade não é previsto expressamente no texto constitucional, porém é positivado, de forma implícita, nos direitos e garantias constitucionais supracitadas.

Badaró (2018, p. 1) dispõe que a imparcialidade jurisdicional é elemento fundante do devido processo legal, posto que não pode ser considerado devido o processo conduzido por juiz parcial, sendo a imparcialidade, portanto, *conditio sine qua non* dos magistrados.

Além disso, a adoção do princípio da imparcialidade do julgador pelo ordenamento jurídico brasileiro decorre de regramentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, p. 6), que garante, em seu artigo 10, a imparcialidade jurisdicional, nos seguintes termos: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

No mesmo sentido, o artigo 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica reconhece o dever de imparcialidade que recai sob o magistrado, o qual assevera que:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Pelo exposto, verifica-se que a imparcialidade jurisdicional é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro como corolário dos direitos fundamentais delineados pela Constituição Federal, como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, assim como pelos regramentos internacionais incorporados ao texto constitucional brasileiro, nos quais o instituto é expressamente previsto.

Acerca do conceito de imparcialidade no processo penal, Aury Lopes Júnior (2019, p.

96/97) dispõe que se trata de uma construção no direito processual que visa a criação de um terceiro afastado e alheio às demais partes processuais. A imparcialidade, segundo o autor, não se assemelha à neutralidade, a qual não é atingível, uma vez que o juiz encontra-se inserido na sociedade e é influenciado pelo meio. O afastamento estrutural imposto pela imparcialidade determina que o magistrado não influa na esfera das demais partes, sendo vedada a iniciativa acusatória e probatória pelo último.

Nesse sentido, constata-se que a imparcialidade do magistrado no processo penal consiste no posicionamento equidistante da figura detentora do poder jurisdicional às partes, não havendo que se falar em neutralidade em sua atuação, mas em equanimidade de tratamento entre as figuras processuais, não cabendo ao julgador as funções de acusar e de provar os fatos a serem julgados.

Corroborando com o exposto, Gomes Filho (2013, p. 32) disserta que a imparcialidade é um valor observado no contexto processual e do qual decorre o dever de condução equidistante dos autos pelo julgador, em especial na prolação das decisões, sendo necessária a adoção de postura desinteressada, ou seja, de total alheamento acerca dos interesses das partes.

Atinente a classificação da imparcialidade, há que se estabelecer distinções acerca dos aspectos subjetivos e objetivos do instituto. Acerca da imparcialidade subjetiva, o doutrinador Aury Lopes Júnior (2019, p. 99-106) delinea que trata-se da inexistência de julgamentos pré-concebidos em relação ao caso em análise e o autor do delito, o que levaria a uma prévia formação da decisão jurisdicional. No tocante à imparcialidade objetiva, o supracitado autor refere-se a postura adotada pelos magistrados na condução do processo, a qual deve ser pautada pela equidistância.

Ruiz Ritter (2017, p. 81) dispõe acerca da divisão do instituto da imparcialidade em objetiva e subjetiva, nos termos do trecho abaixo transcrito:

“Quer dizer que enquanto a imparcialidade subjetiva é examinada (por mais complexo que isso seja) no íntimo da convicção do magistrado, para evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurando ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada, a imparcialidade objetiva é analisada por meio da postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra”.

Com base no disposto, constata-se que a imparcialidade do julgador pode ser dividida em dois aspectos: objetivo e subjetivo. A imparcialidade no aspecto objetivo consiste na adoção de postura equidistante pelo juiz com relação às partes e no distanciamento desse à produção dos elementos probatórios. Quanto ao aspecto subjetivo da imparcialidade, verifica-se que as opiniões pré-concebidas do julgador acerca do fato analisado ou dos sujeitos envolvidos não podem contaminar o exercício jurisdicional de sua função pública.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos possui jurisprudência sedimentada no sentido aqui defendido, estabelecendo a distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva, sendo o

primeiro aspecto relativo as garantias oferecidas ao juiz para que não subsistam dúvidas acerca de sua imparcialidade e o último referente ao seu posicionamento frente a um caso concreto².

Pelo exposto, a imparcialidade é classificada em subjetiva e objetiva, sendo a primeira relativa a opinião íntima do magistrado a respeito do caso a ser analisado e a última referente a adoção de medidas pelo julgador no transcurso do processo destinadas a conferir a aparência de imparcialidade acerca de sua atuação.

Não obstante, observa-se que a implementação efetiva do princípio da imparcialidade jurisdicional encontra dificuldades no sistema processual penal brasileiro, em especial no seu aspecto objetivo. O Código de Processo Penal ainda possui dispositivos embasados na lógica inquisitorial. Dentre os preceitos legais supramencionados, destaca-se o artigo 156, o qual atribui poderes de instrução ao magistrado, possibilitando a assunção do julgador à função acusatória, qual seja a de produzir provas, em total dissonância ao dever de imparcialidade do julgador (ALVES; SANTOS, 2014, p. 72).

Aury Lopes Júnior (2019, p. 112) dispõe que a imparcialidade é comprometida pela adoção de posicionamento ativo pelo julgador na instrução processual ou quando lhe é atribuído prerrogativas de iniciativa probatória. O doutrinador cita dispositivos do Código Processual Penal incompatíveis com o princípio da imparcialidade do julgador, dentre eles o supracitado artigo 156, o qual “funda um sistema inquisitório e fere de morte a imparcialidade judicial”. Além do dispositivo supracitado, o autor destaca também o artigo 310, do CPP, que possibilita ao magistrado a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva; o artigo 209, do CPP, o qual traz a prerrogativa ao julgador de ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes; e o artigo 385, do CPP, que dispõe sobre a possibilidade de o magistrado condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição.

Corroborando com o exposto, Badaró (2018, p. 1) afirma que há atos processuais, como a aplicação de medidas cautelares, que, em virtude da similitude entre os temas tratados com a sentença final e da necessidade de uma análise pormenorizada dos elementos probatórios, comprometem a imparcialidade objetiva do julgador, pois exigem um pré-julgamento elevado acerca do fato delitivo e das provas, situação que o vincula psicologicamente e resulta na prolação de sentença final no mesmo sentido do *decisum* anterior.

Por conseguinte, constata-se que a imparcialidade jurisdicional encontra dificuldades em sua efetivação em virtude dos resquícios inquisitórios constantes no Código de Processo Penal,

2 (...) Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito (TEDH, Caso Piersack vs. Bélgica, sentença de 01.10.1982). (tradução livre).

consubstanciados em artigos que atribuem ao julgador funções instrutórias, destoantes da posição processual estabelecida a esse pelo sistema acusatório. Com isso, resta relativizada a garantia processual penal destinada ao acusado, atinente ao julgamento da lide criminal por um julgador imparcial e equidistante.

Giacomolli (2015, p. 149) destaca que o Processo Penal brasileiro atual contém marcas deixadas pelo sistema inquisitório, dentre elas a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Para tanto, o Código de Processo Penal, em diversos dispositivos, autoriza o magistrado atuar de ofício, a fim de instruir os autos com elementos probatórios que expressem a suposta verdade substancial acerca dos fatos apurados.

Contudo, a busca pela verdade real ou substancial consiste em elemento intimamente ligado ao processo inquisitório, não cabendo ao julgador a constatação da suposta verdade real processual. Com isso, ressalta-se que é dever do magistrado a demonstração, vinculada ao conjunto probatório produzido pelas partes, de sua convicção sobre a (in)ocorrência dos fatos. Frente à dúvida acerca dos elementos fáticos e probatórios analisados, resta ao juiz a prolação de decreto absolutório, corroborando com o princípio do *in dubio pro reo*, sendo essa, portanto, a essência e o valor da verdade processual (a qual deve ser buscada pelo ente jurisdicional), em compatibilização ao princípio da imparcialidade (RITTER, 2017, p. 101).

Pelo exposto, conclui-se que a efetivação do dever de imparcialidade atribuído ao julgador encontra óbices no ordenamento processual penal, posto que esse resguarda ao magistrado poderes instrutórios incompatíveis com a adoção de postura equânime e desinteressada, ou seja, o afasta da posição de terceiro imparcial e o insere em função ativa e manifestamente vinculativa. Com isso, resta relativizado o dever de imparcialidade que recai sobre o juiz e, de forma reflexa, compromete a adoção do sistema acusatório, conforme restará demonstrado no capítulo seguinte.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A CORRELAÇÃO COM A IMPARCIALIDADE JURISDICIONAL

A adoção do sistema acusatório pelo processo penal não encontra-se expressamente prevista pela Constituição Federal, mas a sua consagração decorre dos dispositivos atinentes às garantias e direitos fundamentais constantes na legislação constitucional (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 51). Não obstante, o Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a qual incluiu o artigo 3º-A no regramento processual penal, consolidou, de forma expressa, a adoção da estrutura acusatória, conforme vê-se: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. No entanto, o dispositivo retro mencionado encontra-se suspenso

por decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, nº 6.300/DF e nº 6.305/DF (BRASIL, 2020).

Pelo exposto, o ordenamento jurídico pátrio adotou como sistema processual penal o acusatório, o qual, segundo Ritter, é observado frente à presença de determinados pressupostos, quais sejam: a) separação das funções de acusação e de julgamento; b) acusação realizada pelo Ministério Público; c) impossibilidade de acusação de ofício pelo julgador; d) produção probatória livres pelas partes processuais; e) possibilidade de ampla defesa; f) debates públicos e orais pelas partes; g) juiz como titular do poder decisório; h) prevalência do interesse particular sob o interesse coletivo (RITTER, 2017, p. 60).

Dentre as características elencadas pelo autor para a configuração do sistema acusatório, observa-se a imprescindibilidade da imparcialidade do magistrado para a efetiva aplicação da estrutura processual proposta. Nesse sentido, o supracitado autor ressalta que a delimitação do núcleo e princípio informador do sistema processual deve atentar-se ao binômio sistema processual/imparcialidade, sendo a última amplamente assegurada no sistema acusatório e mitigada no sistema inquisitório (RITTER, 2017, p. 58). Para tanto, há a fragmentação das funções acusatórias e julgadoras; a proibição de acusação *ex officio* pelo juiz e a competência privativa do magistrado para o julgamento da lide.

Coutinho (1998, p. 165/166) estabelece as principais distinções entre os princípios inquisitivo e dispositivo, os quais vinculam-se à conceituação dos sistemas processuais, quais sejam o sistema inquisitório e acusatório, respectivamente. Atinente ao sistema inquisitório, o autor assevera que esse possui como principal característica a concentração dos poderes nas mãos da figura do julgador, o qual possui a gestão da prova. Acerca do sistema acusatório, o doutrinador dispõe que a gestão da prova é disposta às partes, cabendo ao juiz, por intermédio das provas trazidas aos autos, julgar conforme o direito aplicado no caso concreto. Nessa hipótese, o juiz encontra-se em posição passiva, distanciado da colheita da prova.

Com base no exposto, o sistema processual acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pressupõe o alheamento do julgador à instrução probatória, cabendo ao último a análise dos elementos probatórios carreados aos autos pelas partes e a consequente prolação de decisão fundada em tais elementos. Nesse cenário, constata-se que é imprescindível a adesão à imparcialidade jurisdicional, visto que corolário ao posicionamento de terceiro alheio aos interesses das partes.

Nesse sentido, conclui-se que o posicionamento imparcial do julgador atende aos preceitos fundantes do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o acusatório. Tal sistema visa fornecer os meios necessários para a efetivação do Estado Democrático

de Direito e consiste na separação das funções processuais, dando origem à tríade processual: acusação, defesa e o juiz, terceiro imparcial. O sistema acusatório posiciona o julgador como figura central do processo penal, o qual deve ser figura distinta aos interesses das partes, localizando-se no intermédio dessas (RODRIGUES; RODRIGUES, 2020, p. 9-10).

Com base no disposto, conclui-se que a imparcialidade do julgador é requisito indispensável para a implementação efetiva do sistema acusatório, configurando-se como princípio supremo do processo (RITTER, 2017, p. 70), devendo ser a figura do magistrado equidistante e independente a qualquer das partes e dissociada da formação dos elementos probatórios atinentes ao fato a ele exposto.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a parcialidade do juiz Sérgio Moro no Habeas Corpus nº 164.493 – PR, de Relatoria do Ministro Edson Fachin. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, dispôs acerca da correlação entre a imparcialidade e o sistema acusatório, afirmando que a primeira é observada quando há a efetivação da estrutura processual acusatória, posto que essa impõe a separação das funções de acusação, julgamento e defesa e, com isso, tem como corolário a implementação da imparcialidade do juiz, sendo essa flexibilizada no sistema inquisitivo. Nesse ínterim, o Ministro Julgador concluiu que: “O modelo acusatório é um sistema de garantia da imparcialidade do julgador e de uma decisão justa” (STF, 2021)³.

Pelo exposto, a imparcialidade do julgador no processo penal é corolário à adoção do sistema processual acusatório, não sendo possível a dissociação dos institutos. Consequentemente, constata-se que, para a manutenção da separação das funções estabelecidas pela estrutura acusatória e para adoção de posicionamento jurisdicional imparcial e equidistante, a iniciativa probatória deve

3 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PARCIALIDADE JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DA SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO SUPERVENIENTE DO MIN. EDSON FACHIN, NOS AUTOS DO HABEAS CORPUS 193.726-DF, QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR COMO PEDRA DE TOQUE DO DIREITO PROCESSUAL PENAL. ANTECEDENTES DA BIOGRAFIA DE UM JUIZ ACUSADOR. DESNECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS DIÁLOGOS OBTIDOS NA OPERAÇÃO SPOOFING. ELEMENTOS PROBATÓRIOS POTENCIALMENTE ILÍCITOS. EXISTÊNCIA DE 7 (SETE) FATOS QUE DENOTAM A PERDA DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO DESDE A ÉPOCA DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ART. 101 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM EM HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA ANULAR TODOS OS ATOS DECISÓRIOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (TRIPLEX DO GUARUJÁ), INCLUINDO OS ATOS PRATICADOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. (...) 3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colômbia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000). (HC nº 164493, Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 23/03/2021; Data de Publicação: 04/06/2021.

ser exclusiva às partes, mantendo-se o julgador, portanto, afastado das atividades investigatórias e instrutórias (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 204).

O voto supracitado, em análise a postura adotada pelo julgador apontado como parcial, asseverou que: “Assim, ao assumir a tarefa de investigar e se colocar na condição de agente de segurança pública ou de combate à corrupção, inclusive em termos ideológicos, o juiz foge de sua posição legitimamente demarcada no campo processual penal. [...]” (STF, 2021).

Pelo exposto, verifica-se que o magistrado deve se ater à função processual a ele atribuída pelo sistema acusatório, qual seja a de terceiro equidistante e imparcial, não podendo se filiar a qualquer das partes para a produção dos elementos probatórios necessários ao julgamento da lide, sob pena de subversão da estrutura processual adotada pela Constituição Federal e de afronta à imparcialidade jurisdicional.

Nesse íterim, verifica-se a incompatibilidade entre os poderes instrutórios atribuídos aos julgadores pelo Código de Processo Penal, o sistema acusatório e a imparcialidade jurisdicional, posto que a equidistância necessária à atuação do julgador exige seu afastamento da fase probatória, não sendo possível a manutenção dos poderes supracitados no processo penal vigente⁴.

Com base no trecho transcrito, constata-se que a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado não atende aos preceitos fundantes do sistema acusatório e, reflexamente, afronta o dever de imparcialidade jurisdicional. Por essa razão, há que se concluir que os dispositivos legais constantes no Código de Processo Penal, que atribuem poderes instrutórios ao juiz, contrariam a Constituição Federal, a qual consagrou o sistema processual acusatório, e portanto, são considerados inconstitucionais (ALVES; SANTOS, 2014, p. 72).

Nesse sentido, Netto, Fogaça e Garcel (2020, p. 15) afirmam que a manutenção do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal no regramento jurídico, o qual garante poderes instrutórios e inquisitórios ao juiz, é incompatível com o sistema acusatório concretizado pela Lei nº 13.964/2019, que inseriu o artigo 3º-A no CPP e consolidou expressamente a adoção à estrutura acusatória, visto que essa exige a ausência de iniciativa probatória pelos magistrados.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede do julgamento do Habeas Corpus nº 590.039 – GO, alterou o entendimento da Corte Superior relativo à conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, asseverando que, após as modificações procedidas pela Lei nº 13.964/2019, não há a possibilidade de o magistrado converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em preventiva, sendo imprescindível a presença de requerimento pelas partes. O julgado ressaltou que o novel regramento

4 Nesse sentido, Lopes Júnior assevera que: “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos “prejuízos” que o julgador faz” (2019, p. 213).

supracitado visou a efetivação do sistema penal acusatório, sendo imprescindível a adequação do entendimento jurisprudencial ao ordenamento vigente.

Com base no julgado, o Pacote Anticrime objetivou a efetiva implementação do sistema acusatório no processo penal brasileiro e, conseqüentemente, realizou alterações no texto legal, as quais afastaram determinadas prerrogativas anteriormente atribuídas aos julgadores, como a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício. As mudanças procedidas pela nova Lei não alcançaram todos os preceitos legais que conferem poderes instrutórios aos magistrados, porém esses se mostram incompatíveis com o sistema processual expressamente adotado pelo Código de Processo Penal, razão pela qual os dispositivos incompatíveis com tal previsão devem ser considerados tacitamente revogados.

Por conseguinte, conclui-se que o sistema acusatório pressupõe a adoção de posicionamento imparcial pelo julgador, em seus aspectos objetivo e subjetivo, visto que atribui ao magistrado a função de terceiro equidistante e alheio aos interesses das partes, incumbido de analisar as provas constantes nos autos trazidas pelas demais partes processuais, qual seja a acusação e defesa, e proferir decisão devidamente motivada. Não obstante, o Código de Processo Penal ainda prevê determinadas prerrogativas inquisitórias aos juízes, as quais permitem a atuação ativa desse na instrução probatória, como a produção de provas *ex officio*. Tal atribuição fere o dever de imparcialidade, especialmente em seu aspecto objetivo, pois o juiz desloca-se de sua função de terceiro alheio e desinteressado e adentra a esfera de atuação das partes, vinculando-se aos seus interesses e adotando posicionamento incompatível à sua função processual. Reflexamente, a efetivação do sistema acusatório resta prejudicada, devido a confusão entre as figuras processuais e a adoção de práticas inquisitórias, as quais vinculam o julgador a funções contrárias ao alheamento necessário para a análise imparcial da lide.

Com isso, verifica-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que conferem ao julgador prerrogativas na fase de instrução processual é imprescindível à efetivação do sistema acusatório e a implementação do princípio da imparcialidade jurisdicional, posto que a tríade processual estabelecida pela estrutura processual acusatória posiciona o magistrado como terceiro imparcial, afastado dos interesses das partes, recaindo sob ele a função de analisar os elementos probatórios produzidos pelas partes (acusação e defesa) e julgar a lide com base em tais elementos, sem que esse se filie a qualquer das partes para a produção de provas, garantindo, assim, a observância aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, quais sejam o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto, verifica-se que o dever de imparcialidade jurisdicional, consistente na adoção de posicionamento equidistante e desinteressado pelo julgador na condução do processo penal, é corolário à implementação do sistema acusatório no ordenamento jurídico vigente, posto que a separação das funções processuais entre o juiz – ao qual cabe a condução do processo de forma alheia aos interesses das partes – e o representante do Ministério Público – o qual assume o papel acusatório – é requisito obrigatório na estrutura adotada pelo processo penal. Para tanto, é imprescindível que o magistrado adote posicionamento imparcial, a fim de resguardar a imparcialidade objetiva necessária à persecução penal, não sendo possível a prática de atos instrutórios.

Não obstante, subsistem dispositivos no Código de Processo Penal que garantem aos julgadores prerrogativas dissonantes à estrutura acusatória, como a possibilidade de produção de provas *ex officio*, assim como a possibilidade de prolação de decreto condenatório frente a manifestação do órgão acusatório pela absolvição do acusado. Tais preceitos legais não guardam correlação com o dever de imparcialidade do julgador, visto que esse, no exercício dos poderes instrutórios a ele assegurados, afasta-se do posicionamento equidistante e desinteressado necessário para a condução do processo penal e assume posicionamento ativo e vinculado aos interesses de uma das partes processuais, em regra da acusação.

Nesse íterim, ante o rompimento da imparcialidade jurisdicional, a eficácia do sistema acusatório resta comprometida, pois há a confusão dentre as atribuições processuais que recaem sobre o julgador, o Ministério Público e a defesa, em manifesta concentração das figuras do julgador e do Ministério Público como parte una contra a parte ré. O julgador afasta-se de sua posição de terceiro imparcial e alheio aos interesses das partes e passa a atuar de forma interessada ao resultado da lide penal, aderindo papel processual com características inquisidoras. A parte ré, que as normas constitucionais visou proteger, dada a vulnerabilidade de sua figura frente ao poder punitivo estatal, é posta em situação de extrema hipossuficiência, visto que a parte julgadora, a qual caberia apenas a análise dos elementos probatórios carreados aos autos, assume papel parcial e ativo na instrução processual, restando relativizada a imparcialidade e, de forma reflexa, a estrutura acusatória do processo penal.

Com base no disposto, conclui-se que os dispositivos constantes no Código de Processo Penal que atribuem aos julgadores poderes instrutórios são incompatíveis com o dever de imparcialidade e com o sistema acusatório, ambos assegurados pela Constituição Federal, conforme depreende-se dos direitos e garantias fundamentais. Em razão da incompatibilidade retro mencionada, há que se reconhecer a inconstitucionalidade de tais preceitos com viés inquisitório, ante a afronta aos direitos tutelados pelo regramento constitucional. Neste diapasão, com o

reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos constantes no Código de Processo Penal, é possível observar a efetivação do sistema acusatório e a implementação do princípio da imparcialidade jurisdicional, os quais são corolários aos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Robson Cosme de Jesus; SANTOS, Paula Rainna Nascimento. Jurisdição Penal: Busca da verdade, imparcialidade e livre convencimento motivado. In: **Ideias e Inovação**. Aracaju. v. 2, n. 1, p. 65-76, jul. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/ideiaseinovacao/article/view/1183>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298, Distrito Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. REGRA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169 DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO.

IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO CPP. ALTERAÇÃO REGRA ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

PENAL. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO,

JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP. RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS (...). Relator: FUX, Luiz. Data de julgamento: 22/01/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 164.493, Paraná. Relator: FACHIN, Edson. Data de Julgamento: 23/03/2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC164493VotoGM.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 590.039 – Goiás. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO (...). Relator: DANTAS, Ribeiro. Data de Julgamento: 22/10/2020; Data de Publicação: 29/10/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20590039>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Código de Processo Penal**. In: Diário Oficial da União, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Decreto nº 678**. In: Diário Oficial da União, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 01 abr. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198**. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>>. Acesso em: 10 set. 2020.

GARÇEL A., FOGAÇA, A., & NETTO, J. L. (2020, setembro 10). Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. **Revista Da Faculdade De Direito Da FMP**, 15(1), 8-20. Recuperado de <https://www.revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170>

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: < <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/8>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [e-book].

_____. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUES, Alexandra da Fonseca; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. O papel do magistrado no processo penal segundo a doutrina de John Rawls. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, e32422, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32422>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TEDH, **Caso Piersack vs. Bélgica**, Sentença de 01.10.1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165173>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AS PROVAS DIGITAIS, SEUS MEIOS DE OBTENÇÃO E A DECISÃO SOBRE A INVALIDADE DAS PROVAS POR “PRINTS” DE TELA DO STJ.

Jaqueline da Silva PAULICHI¹
Valeria Galdino CARDIN²

RESUMO

Esta pesquisa versará sobre as provas judiciais e os meios para tal no Código de Processo Civil e nas Leis que tratam do tema. As redes sociais vêm ganhando muito espaço na sociedade, se demonstrando como o local em que as pessoas realizam suas transações comerciais, discussões, emissão de opiniões, além de trocarem mensagens instantaneamente. Com o processo digitalizado é possível apresentar as cópias de conversas por meio do “*print screen*” das páginas da *internet*, realizando a autenticação via ata notarial ou alguns dos aplicativos disponíveis na *internet*. No entanto, em junho de 2021 o STJ se manifestou sobre a inadmissibilidade das provas juntadas aos autos que consistam em “*prints*” de tela, em decorrência da possibilidade de alteração unilateral das informações contidas. Assim, recomenda-se que seja utilizada a possibilidade prevista no Marco Civil da *Internet*, realizando-se o pedido de acesso aos dados telemáticos. Ocorre que em várias oportunidades as empresas detentoras dessas informações se recusaram a fornecer tais dados. Assim, o propósito do trabalho é visualizar uma saída para tais atos. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa em doutrinas, artigos científicos e jurisprudências que tratam do tema ora proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito digital. Direito civil. Provas. Marco Civil da *Internet*. Inteligência artificial.

ABSTRACT

The concepts of judicial evidence and the means to do so in the Code of Civil Procedure and the Marco Civil da *Internet* will be presented in this work. Social networks have been gaining a lot of space in society, showing themselves as the place where people carry out their business transactions, discussions, issuing opinions, in addition to exchanging messages instantly. With the digitized process, it is possible to present copies of conversations through the “*print screen*” of the *internet* pages, performing authentication via notarial act or some of the applications available on the *internet*. However, in June 2021 the STJ ruled on the inadmissibility of the evidence attached to the records consisting of screen “*prints*”, due to the possibility of unilaterally changing the information contained. Thus, it is recommended that the possibility provided for in the Marco Civil da *Internet* be used, making the request for access to telematic data. It happens that on several occasions the companies holding this information refused to provide such data. Thus, the purpose of the work is to visualize a way out of such acts. The hypothetical-deductive method is used, through research in doctrines, scientific articles and jurisprudence that deal with the topic proposed herein.

KEY-WORDS: Digital law. Civil right. Evidences. Civil Law of the *Internet*. Artificial intelligence.

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias já estão presentes no mundo jurídico, em que advogados, escritórios

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Bolsista- Prosup. Mestre em Ciências Jurídicas. Advogada. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. *E-mail* j.paulichi@hotmail.com.

2 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Cesumar; Pesquisadora e Bolsista Produtividade ICETI; Advogada no Paraná; *e-mail*: valeria@galdino.adv.br.

de advocacia e até mesmo os tribunais de justiça utilizam de “*softwares*”, programas e demais formas de Inteligência artificial como meio de agilizar os trabalhos do dia a dia.

Por exemplo, os celulares “*smartphones*” que possuem aplicativo próprio para a digitalização de documentos, os quais podem ser inseridos, posteriormente, nos sistemas de processos virtuais. Vê-se que a tecnologia vem auxiliando a justiça há tempos, como o processo digital, peticionamento eletrônico e a digitalização de processos físicos. No entanto, após a pandemia da Covid-19, com os decretos determinando o isolamento social e a necessidade de servidores da justiça e advogados trabalharem remotamente, o uso da tecnologia na justiça aumentou e como exemplo cite-se as audiências realizadas remotamente, o uso de aplicativos para intimações de advogados e partes, dentre outras inovações.

Nesta pesquisa serão apresentados alguns conceitos acerca das provas no processo e a admissão de provas digitais. Atualmente o CPC e as Leis esparsas que tratam do tema admitem vários meios de prova para se comprovar o fato ou ato. O Marco Civil da *Internet* prevê a possibilidade de requerimento para se ter acesso aos dados telemáticos, como exemplo, o acesso às conversas do *Facebook* ou *Whatsapp* de usuário.

A inteligência artificial já permite que os sistemas de *internet* tenham acesso ao IP do usuário, o horário de início e o fim de sua conexão, os anúncios que acessa, e quanto tempo passa em cada página da *internet*, além de analisar todo seu comportamento como consumidor nesses *sites*.

Dessa maneira, será que o poder judiciário está realmente preparado para aceitar as provas produzidas digitalmente? Será que todas essas provas serão admitidas em juízo, já que o magistrado é o destinatário das provas? Mesmo com os aplicativos que auxiliam na captação e armazenamento da prova ou ainda a ata notarial, será que isso é suficiente para comprovar o fato ou o ato?

Existem aplicativos que auxiliam na captação e armazenamento de provas; o Marco civil da *internet* prevê possibilidades de se requerer ao juízo o acesso aos dados telemáticos dos usuários, o CPC prevê a possibilidade de ata notarial e da produção antecipada de provas, sendo utilizados na elaboração de provas digitais. No entanto, o poder judiciário já demonstrou que essas provas são frágeis e assim questiona-se qual seria a melhor forma de se comprovar um ato ilícito, seja penal ou civil, em que as provas estão armazenadas em redes sociais?

O objetivo da presente pesquisa será analisar a produção de provas no processo e o uso da inteligência artificial para se efetivar a realização desses, apresentando quais os meios de provas admitidos pelo Código de Processo Civil e o Marco Civil da *Internet*. Apresentar os principais conceitos relacionados ao tema, e por fim, verificar o tratamento do tema pelo poder judiciário, levantando hipóteses e analisando algumas jurisprudências. Em investigações criminais, o uso dos

dados digitais pode auxiliar na comprovação de crimes como o de divulgação de pornografia infantil na *internet*, previsto no art. 241-A da Lei 8.069/1990. Dessa forma, os meios de provas digitais crescem consideravelmente.

O trabalho se divide em cinco capítulos, em que se discute acerca dos meios de provas admitidos no Código de Processo Civil, realizando logo após a análise dos principais conceitos utilizados neste trabalho, previsto no Marco Civil da *Internet*. Logo após, a pesquisa demonstrará aspectos das provas virtuais e seu uso no país, através de *sites* e *softwares*, seguindo para o capítulo conclusivo.

Será utilizado o método hipotético-dedutivo nesta pesquisa, partindo da análise do Código de Processo Civil, da doutrina especializada sobre o tema proposto, até chegar na análise da jurisprudência, em que será demonstrada a pertinência do uso das provas advindas das redes sociais no processo. A revisão bibliográfica contém análises das Leis que tratam sobre o tema, como o Código de Processo Civil, o Marco Civil da *Internet* e a Lei do Processo Eletrônico

2. DOS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS

O direito a produção de provas é direito fundamental e decorre do princípio do contraditório (art. 5º inc. LV). Nesse sentido, esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais que já foram incorporados ao direito brasileiro como: A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. (DIDDIER, 2018) As manifestações decorrentes da liberdade de expressão nas redes sociais e *sites* podem ser utilizadas como provas em processos.

As provas possuem extrema relevância para a decisão justa no processo, tanto na justiça cível, quanto na trabalhista e penal. Logo, a prova é resultado da análise realizada pelo magistrado.

Marcelo Ribeiro define prova nos seguintes termos:

[...] o resultado de um procedimento retórico, previsto antecipadamente no ordenamento com amparo nos mandamentos constitucionais, e que sob as premissas da racionalidade, equipara contrafaticamente as partes da relação jurídica processual, a fim de que possam validar suas pretensões hermenêuticas. (2019, p.271)

Dessa forma, o direito fundamental às provas possui conteúdo complexo, compondo-se nas situações jurídicas do acesso à adequada oportunidade de requerer provas, o direito de produzir provas, o direito de participar de sua produção, o direito de se manifestar sobre a prova produzida, e o direito ao exame pelo julgador da prova produzida. (DIDDIER, 2018, p.51)

A produção das provas no processo deve auxiliar o magistrado na elaboração da Sentença de forma justa.

Pietro Calamandrei ensina o seguinte:

À ciência jurídica também corresponde sugerir os métodos para conseguir que o direito se transforme, de abstrato em uma realidade concreta. Por isso, em uma interpretação finalista do direito processual, o processo deve servir para conseguir que a sentença seja justa, ou, ao menos, para conseguir que sentença seja menos injusta ou que a sentença injusta seja cada vez mais rara. (1952, p.13)

Não há como se afirmar que um fato é verdadeiro ou falso no sistema processual civil, pois o que se busca é a valoração da prova, que deve ser o mais próximo do real. Assim, no processo não existe meio para se buscar a verdade, eis que a verdade real é inatingível, pois está além da justiça; o que se busca é o mais próximo da verdade. Nesse sentido, Diddier afirma que “o processo constitui um método de investigação de problemas mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos”. (DIDDIER, 2018, p.59)

O fato *probando* necessita ser controvertido, relevante e determinado, e por este motivo que são utilizadas as provas previstas no CPC. O fato incontroverso não necessita de prova conforme prescreve o artigo 374 do CPC, assim como os fatos intuitivos ou evidentes.

As provas possuem uma finalidade, um objeto e um destinatário e devem ser obtidas mediante os meios e métodos determinados. O destinatário da prova no processo é o juiz, pois é ele que deve se convencer da verdade dos fatos para dar uma solução adequada ao litígio, e os meios legais de prova são aqueles previstos nos arts. 369 a 484 do Código de Processo Civil, além dos outros meios de provas admitidos desde que sejam moralmente legítimos.

O Código de Processo Civil consagra o princípio da atipicidade dos meios de provas no qual não só os meios previstos no Código Civil ou CPC podem ser utilizados para se comprovar um ato ou fato, mas também outras formas, desde que não sejam ilícitas. Note-se que a Constituição Federal trata desse tema ao dispor acerca da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º inc. LVI). (ARAUJO JÚNIOR, 2021)

O enunciado 636 do Fórum Permanente de Processualistas civis já prevê o seguinte: “As conversas registradas por aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais podem ser admitidas no processo como prova, independentemente de ata notarial.”

Como exemplo de provas lícitas e moralmente legítimas tem-se o caso da prova consistente em gravação de conversa telefônica que é realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, conforme decisão colacionada abaixo:

É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação” (STF, AI 560.223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, jul. 12.04.2011, *DJe* 29.04.2011). (STF, 2011)

A distribuição das provas será feita de modo estático, no qual o ônus de provar será de quem alega. No entanto, o Código de Processo Civil trouxe a possibilidade do Magistrado realizar a distribuição das provas de modo dinâmico, em que o ônus será redistribuído para aquele que possuir

os meios para produzir a prova. Como exemplo tem-se a inversão do ônus da prova quando o consumidor comprovar que é vulnerável ou hipossuficiente, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor.

Para a distribuição dinâmica do ônus da prova deve haver previsão legal, como ocorre no CDC por exemplo (inc. VIII do art.8º). Outro meio de distribuição dinâmica da prova é no caso da impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em cumprir o seu ônus, ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Essa desincumbência do encargo pela parte por ser impossível ou excessivamente difícil é porque a inversão tem sentido se a outra parte tiver melhores condições de obter um meio de prova, ou seja, não se admite a mera alegação, pois, caso assim fosse, haveria injustiças. (DIDIER, 2018, p. 61)

Atrelada a distribuição das provas, o legislador também deixou expresso no texto do Código de Processo Civil (parágrafo único do art. 384) a possibilidade de reconhecer informações decorrentes de dispositivos móveis, em áudio ou vídeo, por meio da ata notarial. Paulo Ferreira e Felipe Rodrigues entendem que a ata notarial é "o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou o seu estado". (FERREIRA, RODRIGUES, 2010. p.518)

Ressalte-se que a ata notarial apenas constata algo, mas não atribui veracidade ao ato constatado, pois apenas descreve os fatos ocorridos e constatados pelo tabelião. (THEODORO JR., 2020) Assim, a ata notarial demonstra ser o como meio eficaz de se comprovar a existência de algum ato ou fato, principalmente pelas redes sociais, já que as pessoas se utilizam dessa forma de comunicação de forma desmedida e se sujeitam à autoexposição, facilitando, assim, a obtenção de provas.

3. CONCEITOS ATRELADOS À PRODUÇÃO DE PROVAS DIGITAIS

Alguns conceitos básicos relacionados às provas digitais devem ser esclarecidos para a compreensão deste trabalho. O Marco Civil da *Internet* traz a conceituação de inúmeros elementos que serão analisados a seguir. No art. 5º, inc. III tem-se o conceito de “protocolo de *internet*” ou, endereço IP, nos seguintes termos: “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais”. (BRASIL, Lei n. 12.965/2014.) O IP é atribuído a cada pessoa conectada à *internet*, sendo um número que se renova a cada nova conexão do usuário, assim, o endereço se torna único e rastreável, possibilitando encontrar a pessoa que estava conectada quando necessário. Esse número de IP é distribuído pela *Assigned Numbers Authority* (IANA), que é uma organização mundial que supervisiona e atribui os endereços IP.

(TAVARES, 2021)

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares conceitua o IP nos seguintes termos: “sistema global de redes de computadores conectados a partir de protocolos de comunicação padronizados que utilizam tais endereços como “caminhos” ou “rotas” de interconectividade” (TAVARES, 2021). Apesar do endereço IP possibilitar a identificação do usuário, é possível que este se utilize de outros meios que possa dificultar a sua individualização. É o que ocorre com locais que se utilizam de *internet* Wi-Fi para fornecer aos seus usuários, como bares, restaurantes e lojas. Caso uma pessoa realizar algum crime cibernético, a análise da autoria será muito mais difícil.

O administrador de sistema autônomo será a “pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País” (inc. IV do art. 5º). Os provedores de conexão à *internet* são empresas que habilitam os usuários ao acesso à *internet*, por meio de serviço pago. O art. 5º, inc. V do Marco Civil da *internet* os define como: “habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela *internet*, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”. (BRASIL, Lei n. 12.965/2014.)

O “terminal” é termo utilizado pelo legislador para se referir ao computador, *smartphone*, *tablet*, ou qualquer outro aparelho que tenha acesso à *internet*. (BRANT, 2014, p.146) Importante lembrar que o art. 13 há previsão de que o administrador de sistema autônomo deve manter os registros de conexão sob sigilo, pelo prazo de um ano, em ambiente controlado e de segurança, não podendo ser transferido a terceiros.

O registro de conexão é “o conjunto de informações referente à data e hora de início e término de uma conexão à *internet*, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para envio e recebimento de pacotes de dados” (inc. VI do art. 5º). Esses dados captados pelo registro de conexão são chamados de “logs”. O provedor de conexão à *internet* é obrigado a manter esses dados, sob pena de advertência, multa, suspensão ou proibição do exercício de suas atividades, conforme previsão do art. 12 da Lei. Ressalte-se que os provedores de acesso à *internet* não podem armazenar dados como o acesso aos *sites* e redes sociais pelo usuário, e assim seu armazenamento é limitado aos dados de conexão, conforme art. 14. (BRASIL, Lei n. 12.965/2014.)

Apesar dos provedores de *internet* não possuírem direito ao armazenamento da navegação do usuário em decorrência da proteção à privacidade, outros *sites* possuem essa aptidão, e que por meio de inteligência artificial e algoritmos, realizam o cruzamento de dados do usuário, gerando a sua identidade digital, que é o caso dos provedores de aplicação.

As aplicações de *internet* são “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de

uma determinada aplicação de *internet* a partir de um determinado endereço IP” (art. 5º, Inc. VII). (BRASIL, Lei n. 12.965/2014.) Nesta hipótese, vê-se que não há exigência de horário de início e fim e da conexão.

Os provedores de aplicação são conceituados no Marco Civil da *Internet* como a “pessoa jurídica que exerça a atividade forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos” e que irá fornecer diversas funcionalidades que podem ser acessadas pela *internet*, seja pelo computador ou celular. Esses provedores de aplicações devem manter os registros de acesso aos aplicativos da *internet*, respeito a privacidade do usuário, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 meses, conforme prevê o art. 15 da respectiva Lei. João Paulo L.G. Tavares explica acerca dos provedores de aplicações nos seguintes termos:

[...] se alguém acessa o seu *e-mail* particular mantido pelo provedor Google (Gmail) em um determinado dia, num determinado horário, esse provedor possui a obrigação de guardar os dados desse acesso (endereço IP, data, horário e dados cadastrais) por pelo menos 6 (seis) meses. Igualmente, se alguém publica algo na rede social Twitter, os dados relativos a essa publicação devem permanecer guardados. (TAVARES, 2021)

Cássio Augusto Barros Brant explica que as aplicações de *internet* são “tudo aquilo que não for correspondente à conexão” (2014,p.147) para facilitar a compreensão do termo. O usuário fornece seu consentimento para que o provedor da aplicação realize o armazenamento desses dados, assim o provedor de aplicação não poderá armazenar outros dados sem a anuência do sujeito. Os provedores de aplicações ofertam diversas funcionalidades aos usuários, como o acesso ao *e-mail*, Leitura de artigos e colunas em *sites* especializados, compartilhamento de imagens e textos, dentre outros.

A Criptografia de ponta a ponta, também conhecida como “*end-to-end encryption*” ou “E2EE”, é uma tecnologia de segurança que atua durante a troca de mensagens para proteger os dados dos usuários. Assim, o conteúdo só pode ser acessado pelo remetente e pelo destinatário. (COUTINHO, 2021) Esta é a tecnologia presente no *Whatsapp* e no *Telegram*, o que dificulta a obtenção de dados temáticos pelo poder judiciário.

Assim, esses são alguns dos termos utilizados nesta pesquisa, além daqueles adotados pela Lei 12.965 de 2014 (Marco Civil da *Internet*) para conceituar algumas práticas e serviços no âmbito da *internet*, e para separar as responsabilidades de cada setor, como o endereço IP, o terminal, o provedor de *internet*, os provedores de aplicações, dentre outros.

4. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA SE CONSTITUIR A PROVA

A inteligência artificial auxilia o ser humano a realizar as tarefas mais corriqueiras do dia-a-dia, desde o despertador que apita pela manhã ao aplicativo do banco que faz pagamentos *online* e

empréstimos. Ao mesmo tempo, as redes sociais proporcionam ao homem moderno a facilidade de intercambiar suas relações sociais, no qual as pessoas preferem se comunicar via textos, mensagens, e gravações curtas de áudios. Fotos são facilmente manipuladas com aplicativos gratuitos, fáceis e intuitivos, seja para fazer piadas entre seus usuários, seja para aplicar golpes, ameaças.

Os Tribunais de Justiça e os escritórios de advocacia estão se adaptando às novas realidades da sociedade na *internet*, se utilizando das ferramentas dispostas para auxiliar do dia-a-dia. (EFERBAUM, LIMA, 2020)

Russel e Norvig explicam sobre a inteligência artificial e seus diversos usos, além de elencar os variados campos de estudo e do conhecimento, como na área da educação, jogos, até dirigir um veículo ou ainda diagnosticar doenças. (2003, p.04)

O Marco Civil da *Internet* prevê a hipótese de requisição judicial de registros, conforme art. 22. Assim, é possível requerer ao juiz que determine ao responsável pelos dados o “fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de *internet*”. (BRASIL, Lei n. 12.965/2014)

O requerimento deve conter os requisitos previstos em Lei para que seja aceito, como os indícios do ilícito, a justificativa da utilidade dos registros e o período ao qual se referem os registros. Esse requerimento pode ser realizado com a finalidade de quebra de dados informáticos ou telemáticos que estão armazenados, como a obtenção de endereço IP de um usuário, ou ainda se obter o acesso às conversas armazenadas em aplicativos.

Outra possibilidade é a realização de requerimento para interceptação do fluxo de dados. O acesso ao conteúdo de conversas ou documentos que estão arquivados em aplicativos, nuvens na *internet*, ou dados de localização, dentre outros semelhantes, o requerimento será por via judicial, dependendo de autorização para o acesso a tais informações. (TAVARES, 2021) Assim, para fins de demonstrar se tal ato foi realizado, e se não houve alteração em *prints* de tela realizados unilateralmente, é possível que o Magistrado solicite os dados ao provedor, conforme previsão da Lei 12.965/2014 (art.10). (BRASIL, Lei n. 12.965/2014)

Essa solicitação de provas não pode esperar o tramite normal do processo eis que o prazo para que os responsáveis armazenem tais informações é de seis meses para os provedores de aplicações e de um ano para os provedores de *internet*. Assim, o requerimento deve ser realizado em sede de produção antecipada de provas.

O Marco Civil da *Internet*, Lei nº.12.965 de 2014 prevê a proteção aos registros, dados pessoais e comunicações privadas. A Lei estabelece que os dados pessoais e semelhantes devem ser preservados em razão da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas envolvidas. Assim, o provedor responsável pelo armazenamento destes dados só poderá ser obrigado a

disponibilizar os dados que possam identificar a pessoa que realiza o ato ilícito por ordem judicial (art.10 e §1º). (BRASIL, Lei n. 12.965/2014)

Dessa maneira, pode-se afirmar que a “*internet* funciona como um sistema que reconhece e registra processos”, (GONÇALVES, 2017, p.96) assim ela possui os dados dos usuários que realizam transações, que navegam em *sites* diversos, que utilizam as redes sociais, o que gera o risco a privacidade, a intimidade, imagem e honra dos usuários. É por esse motivo que se faz necessário proteger os dados que são compartilhados entre usuários e *sites* e sistemas informatizados. Assim, os procedimentos de armazenamento de registros de conexão e semelhantes são relevantes para proteção dos direitos da personalidade. (GONÇALVES, 2017, p.96)

Os dados só podem ser repassados por meio de decisão judicial, e até mesmo a ordem judicial deverá respeitar os preceitos do art. 7º do Marco Civil da *Internet*, que prevê a inviolabilidade da intimidade e vida privada, o sigilo ao fluxo de suas comunicações pela *internet*, e o sigilo de comunicações privadas armazenadas.

O procedimento para a interceptação de dados deverá ser realizado com decisão fundamentada e por tempo determinado. Questiona-se a destinação dos dados que foram interceptados, se estes devem ser mantidos ou não nos provedores. (GONÇALVES, 2017, p.96) Assim, em processo judicial onde se discuta a veracidade das informações demonstradas nos autos, como a cópia da página de um *site*, ou ainda o *print screen* de tela de um celular, pode ser verificado por meio da solicitação das informações aos provedores, através de determinação judicial.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul realizou procedimento semelhante para apurar a veracidade de informação apresentada em investigação de conduta de servidor público oficiando empresa de telefonia móvel. No caso em comento, verificou-se estar-se diante de prova fabricada, que pode ser constatada através dos dados obtidos por meio da companhia telefônica. (MARTINS, 2019)

É possível que o provedor do *site* tenha informações sobre quem acessou a sua página, data, horário, e qual usuário realizou o print de telas ou que faça *download* de vídeos. No REsp 1.738.651, um casal usuário de *site* adulto publicou vídeos íntimos de livre e espontânea vontade. Ocorre que algum usuário do *site* fez o *print screen* das telas e divulgou tais imagens em redes sociais. Assim, o casal prejudicado ingressou com ação de produção antecipada de provas, solicitando que o *site* demonstrasse quem foram os usuários que acessaram a página, por meio da divulgação de seu IP. (STJ, 2020)

Transcreve-se abaixo trecho do voto da Min. Nancy Andrighi:

Não há fundamento para, na hipótese em julgamento, afastar a utilidade na obtenção dos

IPs requeridos. Veja-se que as fotos do casal foram indevidamente espalhadas por meio de aplicativo de mensagens instantâneas após algum indivíduo acessar seu perfil na rede social, fazer uma cópia da tela (*print screen*) e encaminhar para pessoas que não participavam da rede social. (STJ, 2020)

No caso comentado acima o IP – *internet protocol*- possui grande importância, pois permite a identificação do usuário possibilitando a busca o sujeito que cometeu o ato ilícito. Esse código está relacionado a conexão do usuário, que irá receber um número único e identificável durante o seu tempo de conexão. Por meio do IP é possível então identificar o endereço da conexão a um *site*.

Os aplicativos que permitem a manipulação de fotos e vídeos são também utilizados para causar danos a terceiros. Como exemplo, tem-se a *deep fake*, em que um usuário que possui conhecimentos básicos de computação e algoritmos troca o rosto de fotos e vídeos de filmes pornográficos, colocando o rosto de pessoas famosas ou ainda pessoas de seu círculo social, realizando assim o “*revenge porn*”. (CANCELIER, 2019) Essa alteração de imagens é feita facilmente, o que dificulta o juízo de valor do magistrado quanto a apuração da veracidade das provas levadas aos autos.

Assim, recomenda-se que, em caso de dúvidas, quanto a imagens, *prints* de tela do celular, *site* ou redes sociais e vídeos anexados seja realizada a impugnação da prova, solicitando ao provedor dados que possam confirmar as informações trazidas. Do mesmo modo, alterações podem ser feitas em vídeos e similares, para alterar a verdade dos fatos.

As provas virtuais auxiliam o advogado no peticionamento e na comprovação dos fatos alegados. Atualmente, as provas virtuais mais utilizadas são as planilhas em formato excel ou programa semelhante, bem como o *print screen* de telas de redes sociais, *sites* e softwares como meio de se demonstrar informações, relatórios com dados de IP (*internet protocol*) que podem identificar o usuário e, por fim, a transcrição de áudio e vídeo em atas notariais. Para serem inseridas nos sistemas de processos virtuais, todas essas provas necessitam de sua transformação em formato PDF.

Ocorre que nem sempre será possível transformá-la em PDF, como o caso de vídeos e áudios, a não ser que se utilizem da ata notarial prevista no art. 384, parágrafo único, do CPC. Outro risco é a manipulação dos dados inseridos nos processos virtuais, como a alteração de datas e valores, assinaturas, dentre outras, eis que as provas virtuais são elaboradas de modo unilateral. O parágrafo único do art. 384 do CPC prevê a possibilidade de conferir autenticidade de informações obtidas por meios eletrônicos pela ata notarial.

O art. 411 do Código de Processo Civil considera autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio de

certificação, reconhecendo inclusive os meios eletrônicos, e quando não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Assim, percebe-se que o CPC já traz meios que auxiliam no reconhecimento das provas obtidas por meios virtuais no processo.

A Lei do Processo Eletrônico, Lei nº. 11.419 de 2006, traz algumas disposições sobre os documentos produzidos eletronicamente. O art. 11 da referida Lei prevê que os documentos produzidos por meios eletrônicos e juntados aos processos com garantia de origem por seu signatário são considerados originais para os efeitos do processo virtual. Os documentos que foram digitalizados possuem a mesma força probatória que os documentos originais, salvo se houver alegação motivada e fundamentada de que o documento foi alterado. Esta alegação é denominada de arguição de falsidade do documento. (art. 11 Lei nº. 11.419/2006)

Ocorre que os documentos originais que foram digitalizados devem ser preservados até o trânsito em julgado da sentença ou ainda até o prazo final para ação rescisória. Já os documentos cuja digitalização seja inviável, ou por ilegibilidade, devem ser apresentados ao cartório ou secretaria em dez dias contados da juntada da petição eletrônica que comunica essa impossibilidade (art. 11 Lei nº. 11.419/2006).

Desse modo, os documentos originais, mesmo após a digitalização e juntada aos autos, devem ser preservados, para o caso de requisição pelo Magistrado ou suscitação de dúvida pelas partes. Essa possibilidade de apresentação dos documentos originais em cartório é relevante, eis que os documentos digitalizados, apesar de possuírem presunção (relativa) de veracidade, são facilmente manipulados por programas de computador.

As informações veiculadas nas redes sociais podem ser utilizadas como provas no processo, dependendo das presunções de veracidade e do juízo de valor do magistrado. Paulo Osternak Amaral ensina que as provas, com ou sem assinatura digital, serão inseridas processo e incorporam o conjunto probatório, que posteriormente será analisado pelo juiz. (AMARAL, 2015, p.188)

Em vários casos, pode ser aplicada a teoria da aparência, como se dá nas hipóteses em que, embora a pessoa alegue não possuir condições financeiras, ostenta recursos econômicos virtualmente. Assim, as matérias veiculadas na mídia, como jornais, *blogs* e *sites* locais, páginas na *internet* e redes sociais podem comprovar os recursos financeiros daquele que se intitula proprietário de empresa, mas que tenta se eximir de suas obrigações.³

A teoria da aparência aplicada a presunção de que a parte possui recursos econômicos é de grande relevância, pois dificulta o acobertamento da verdade com base nos acontecimentos reais do

3 BRASIL. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Registro: 2020.0000957070. Apelação Cível nº 1008064-45.2018.8.26.0068 -Voto nº 38842. Disponível em: << <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>> Acesso em: 27 Nov.2020

sujeito.

As provas obtidas por meios eletrônicos podem ser objeto de impugnação pela outra parte em caso de dúvidas quanto ao documento inserido nos autos. No entanto, o STJ já se manifestou pelo reconhecimento de comprovante de pagamento de tributos extraído da *internet*, sem a necessidade de se comprovar com o documento físico, eis que traria ônus excessivo a parte, em que foi considerado válido o documento extraído pela *internet*, no qual transcreve-se o seguinte trecho: “[...] para comprovação do preparo, deve ser considerado o uso de meios eletrônicos já incorporados ao cotidiano dos brasileiros, reputando-se válido o comprovante extraído da *internet* [...].”⁴

Em junho de 2021 o STJ se manifestou sobre a inadmissibilidade e ilicitude das provas decorrentes de “*print screen*” de conversas do aplicativo *Whatsapp*, eis que, caso houvesse a exclusão de frases da conversa de modo unilateral, não haveria como se pautar apenas no espelhamento da tela para se obter a prova do crime. Na decisão foi proferido o seguinte:

Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.”⁵ EDcl no AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021)

Dessa maneira, verifica-se que as provas apresentadas em documento PDF nem sempre terão a valoração que se imagina, ante as possibilidades de alteração de suas informações. Até mesmo a ata notarial ou outros serviços disponibilizados na *internet* que faça a mesma função,

4 BRASIL. STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Recurso Especial 249.395AgRg no AREsp 249.395/SC, 3.ª T., j. 12.11.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 25.02.2014

5 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA REDISSCUSSÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não se verifica contradição quanto ao argumento de que nem mesmo o acórdão proferido pelo Tribunal de origem afirma a existência de um grupo de Whats App, porquanto tal informação consta expressamente no decisum. 2. Não existe omissão quanto à tese de impossibilidade de utilização das referidas conversas como prova processual, sendo justamente essa a pretensão acolhida no acórdão de agravo regimental, ao considerar as mensagens obtidas por meio do print screen da tela da ferramenta *Whatsapp* Web como prova ilícita, determinando-se o desentranhamento dos autos, o que demonstra ausência de interesse recursal. 3. Não há contradição quanto ao alcance do reconhecimento da nulidade da prova, na premissa de ser impossível que esta Corte declarasse quais provas foram contaminadas, tarefa que competiria ao Juízo de primeiro grau, haja vista que esta Corte Superior manifestou-se, com base no julgamento do RHC 79.848, no sentido de que não há ilegalidade quanto à manutenção das demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes, razão pela qual foram mantidas. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021)

apenas atestam que houve o fato e que está representado em alguma mídia digital, porém não confere veracidade à essas informações apresentadas. Assim, é uma prova frágil e que pode ser impugnada facilmente.

Neste sentido, defende-se que deve haver o acesso facilitado ao poder judiciário para a obtenção dessas provas, respeitando à privacidade do usuário. A Criptografia de ponta-a-ponta demonstra a necessidade do Poder Judiciário se adequar às novas tecnologias, eis que a *internet* facilita inúmeras trocas de mensagens e conteúdo, mas também cria obstáculos quanto ao acesso ao autor do dano quando são realizados ilícitos pela *internet*.

5 CONCLUSÃO

O processo civil atual admite a inserção de provas no processo retiradas de páginas de redes sociais, por meio de espelhamento da tela, ou o *print screen*, ou ainda por meio da elaboração de uma ata notarial. Assim, inúmeras alegações podem ser comprovadas através da demonstração de conversas, mensagens e fotos.

As provas obtidas por meio das redes sociais são úteis à justiça, pois demonstram aspectos íntimos do sujeito, como os locais que frequenta, os amigos íntimos que possui, as viagens que realiza etc. Por outro lado, as imagens, vídeos e demais informações obtidas pela *internet* podem ser facilmente manipuladas com os aplicativos que mudam o rosto em fotos e vídeos, manipulação de informações na impressão da tela, alterações de áudios, e conversas de redes sociais.

Nesses casos, a impugnação às provas juntadas é o meio eficaz para suscitar a dúvida, podendo o magistrado ordenar que o provedor de *internet* forneça os dados para se confirmar tal fato, conforme previsão do Marco Civil da *Internet*.

No decorrer deste trabalho verificou-se que em alguns casos a prova juntada aos autos se tratava da transformação em documento PDF, e que o STJ já se manifestou quanto a inadmissibilidade da prova que demonstrava a cópia de conversas pela rede social *whatsapp*, o que dificulta a comprovação das alegações no decorrer no processo.

Em outros casos, verificou-se que há possibilidade de impugnação das provas juntadas quando houver receio de manipulação ou distorção da verdade dos fatos. Assim, é possível concluir que nem mesmo a ata notarial pode ser elemento capaz de conferir segurança ao magistrado para que decida o caso concreto. Nesse sentido, seria necessário criar outro mecanismo de acesso direto pelo poder judiciário aos dados armazenados nos provedores de aplicações e provedores de *internet*.

A decisão do STJ de 2021 em que entende pela invalidade da prova obtida pelo espelhamento da tela (ou *print screen*) demonstra a insegurança jurídica quanto aos recursos digitais disponíveis atualmente. As conversas na rede social podem demonstrar que houve o dano

possivelmente alegado pela parte, no entanto, para a sua comprovação existe maior dificuldade. Ressalte-se que algumas redes sociais estão se utilizando da tecnologia de criptografia de ponta-a-ponta, possibilitando o acesso às conversas apenas para as partes da troca de mensagens, o que dificulta a obtenção destes dados pela justiça.

A ordem judicial que determina o fornecimento dos dados telemáticos nem sempre são acatadas. Ocorre que as principais empresas na área como o Conglomerado do *Facebook* (que é proprietário do *Whatsapp* e *Instagram*), o *Google*, a *Amazon*, o *E-bay*, o *Tripadvisor*, o *Yahoo*, entre outros, são as maiores empresas do ramo, e que são alvo das discussões sobre o acesso aos dados telemáticos dos usuários. Note-se que essas empresas se negam a fornecer tais dados sob a argumentação de que respeitam a privacidade de seus clientes.

Com relação à produção das provas no processo, verifica-se que tais empresas se utilizam da tecnologia para otimizar a experiência do usuário com análise de seu perfil virtual, o que por si só já seria uma violação ao seu direito à privacidade. Mas por outro lado, essas mesmas empresas não fornecem acesso ao poder judiciário quando solicitadas com a mesma alegação.

Assim, o poder judiciário deve se adequar às novas tecnologias, criando mecanismos para que tenha acesso à essas informações digitais sempre que se tornar necessário, para que não fique dependente de uma empresa privada e suas diversas alegações para que não forneça as provas solicitadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternark. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Atlas, 2021.

BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: Comentários sobre a Lei 12.965/2014*. D'PLÁCIDO. Belo Horizonte: 2014.

BRASIL, Lei n. 12.965/2014. Marco civil da *internet*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/Lei/112965.htm Acesso em: 18 jun.2021.

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Registro: 2020.0000957070. Apelação Cível nº 1008064-45.2018.8.26.0068 -Voto nº 38842. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> Acesso em: 27 nov.2020

BRASIL. STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 249.395. AgRg no REsp 249.395/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 25/02/2014.

BRASIL. STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCESSO REsp 1.738.651-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020.

BRASIL. STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021

BRASIL. STF -SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 560.223 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, jul. 12.04.2011, DJe 29.04.2011

CALAMANDREI, Piero. P. Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal Argentina, 1952, p. 13. In: GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

CANCELIER, Mariela. Google cria base de Dados com 3 mil deepfakes para ajudar a combatê-los. Mundo Conectado. 25.set.2019. Disponível em <<
<https://mundoconectado.com.br/noticias/v/10589/google-cria-base-de-dados-com-3-mil-deepfakes-para-ajudar-a-combate-los>>> Acesso em: 02 abr.2021

COUTINHO, Mariana. O que é Criptografia de ponta a ponta. Tech Tudo. Disponível em:
<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/06/o-que-e-criptografia-de-ponta-a-ponta-entenda-o-recurso-de-privacidade.ghml> Acesso em: 21 jun.2021

DIDDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. JusPodiVm. São Paulo:2018.

FEFERBAUM, Marina; LIMA, Stephane H. B.. FORMAÇÃO JURÍDICA E NOVAS TECNOLOGIAS: RELATO DE UMA APRENDIZAGEM EXPERIENCIAL EM DIREITO. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), Fortaleza, v. 18, n. 28, p. 145-162, maio 2020. ISSN 2447-6641. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2740/1103>>. Acesso em: 29 maio 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v18i28.p145-162.2020>.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata Notarial - Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Marco civil da *internet* comentado. São Paulo. Atlas: 2017.

MARTINS, Jomar. FALSIDADE IDEOLÓGICA: TJ-RS vai julgar promotora acusada de falsificar print de tela de celular. Conjur.28 de abril de 2019, 14h47. Disponível em <<
<https://www.conjur.com.br/2019-abr-28/promotora-julgada-falsificar-print-tela-celular>>> Acesso em: 24 nov.2020

RIBEIRO, Marcelo. Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach. 2a ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães Tavares. O REGIME JURÍDICO DAS PROVAS DIGITAIS NO DIREITO BRASILEIRO. Revista de Processo. vol. 316/2021. p. 373 - 387. Jun.2021 Disponível em https://www.academia.edu/49074878/O_regime_jur%C3%ADico_das_provas_digitais_no_direito_brasileiro Acesso em: 16.jun.2021

THEODORO JR., Humberto. Código de processo civil anotado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS NO PACTO ANTENUPCIAL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES IMPOSTOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Daniela Braga PAIANO¹
Marina Neves BALAN²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar quais são os limites à autonomia privada impostos pelo ordenamento jurídico aos negócios jurídicos processuais presentes no pacto antenupcial. A relevância do presente estudo está no fato de que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais atípicos. Deste modo, faz-se necessário que o ordenamento jurídico brasileiro verse sobre quais cláusulas deste negócio jurídico são válidas e eficazes e quais não podem ser surtir efeitos. Através da pesquisa qualitativa de fontes primárias e secundárias, restou demonstrado que aos negócios jurídicos processuais celebrados no pacto antenupcial também são aplicadas as restrições impostas pelo legislador e pelos doutrinadores. Além disso, restou demonstrada importância do princípio da autonomia privada no direito de família e, mais precisamente, na celebração do pacto antenupcial.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada; Negócio jurídico processual; Pacto antenupcial;

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the limits to private autonomy imposed by the legal system on the procedural legal transactions present in the prenuptial agreement. The relevance of this study lies in the fact that the 2015 Code of Civil Procedure brought the possibility of carrying out atypical procedural legal transactions. Thus, it is necessary that the Brazilian legal system deals with which clauses of this legal transaction are valid and effective and which cannot be effective. Through the qualitative research of primary and secondary sources, it was shown that the legislator and legal scholars also subject to restrictions impose the procedural legal transactions entered into in the prenuptial agreement. In addition, the importance of the principle of private autonomy in family law and, more precisely, in the celebration of the prenuptial agreement was demonstrated.

KEYWORDS: Private autonomy; Procedural legal business; prenuptial agreement;

INTRODUÇÃO

A celebração de negócios jurídicos processuais estava presente na esfera jurídica desde antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, o desenvolvimento da sociedade como um todo induziu o ordenamento jurídico a criar uma nova categoria deste instrumento, os negócios jurídicos processuais atípicos. Assim, com a concessão de autonomia privada aos indivíduos para versarem sobre negócios processuais que não estão expressamente elencados na legislação, promoveu a necessidade de se impor algumas condições limitadoras para a

1 Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela USP, docente de graduação e do Programa em Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, danielapaiano@hotmail.com

2 Discente do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. marinaneves.balan@uel.br. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Fundação Araucária. Participante do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares”

vontade das partes.

Paralelamente a isso, o legislador também criou uma modalidade de negócio jurídico chamada “pacto antenupcial”, ou seja, um instrumento governado pela vontade das partes celebrantes que concede aos futuros nubentes liberdade para dispor de questões patrimoniais e existenciais que devem reger o casamento após a sua celebração. Em decorrência da natureza jurídica de tal instrumento, reconheceu-se também a possibilidade de criação de cláusulas que versem sobre os procedimentos do processo no pacto antenupcial, ou seja, a celebração do negócio jurídico processual em seu conteúdo.

Desse modo, em um primeiro momento e através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho busca delimitar as principais características do pacto antenupcial e do negócio jurídico processual. Além disso, o estudo pretende realizar pesquisa acerca dos limites à autonomia privada no negócio jurídico processual, bem como estabelecer quais são as condições limitadoras impostas às cláusulas processuais no pacto antenupcial. Por fim, busca-se demonstrar a diferença entre os limites referentes aos direitos materiais e questões processuais tanto nos negócios jurídicos processuais quanto nos pactos antenupciais.

1 DO PACTO ANTENUPCIAL E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Para que seja realizado estudo sobre os limites do negócio jurídico processual no pacto antenupcial, é necessário primeiro se fazer uma análise a respeito do pacto antenupcial e das suas principais características. Sabe-se, portanto, que este é um instrumento facultativo e está disposto nos artigos 1.653 ao 1.657 do Código Civil de 2002. Em decorrência da facultatividade da celebração do pacto, caso os nubentes optem por não realizar as diretivas conjugais, eles serão direcionados diretamente ao regime de comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1.640 do supracitado código.

Flavio Tartuce explica que o pacto antenupcial é constituído de quatro características que ele considera as principais do instituto, são elas: o pessoalismo, o formalismo, o nominalismo e a legalidade. O autor explica que a primeira característica, o pessoalismo, diz respeito ao fato de que o pacto pode ser celebrado apenas entre as partes nubentes, ou seja, não é permitido que terceiros também assinem o referido negócio jurídico. Tartuce também aponta que as três características subsequentes listadas dizem respeito aos requisitos formais exigidos pela lei para o pacto antenupcial, tendo em vista que a sua forma está prevista no Código Civil de 2002 e que seus requisitos também se encontram no dispositivo legal (2019, p. 252).

Sabe-se que este instrumento é visto por muitos como um dispositivo de caráter patrimonial e, de fato, um dos principais objetivos do pacto antenupcial é a estipulação do regime

de bens que passará a vigor com a celebração do casamento. Em decorrência disso, é necessário que o pacto antenupcial seja celebrado antes mesmo de se contrair as núpcias. Neste sentido explica Maria Berenice Dias: “Antes do casamento, durante o processo de habilitação (CC 1.525 a 1.532), podem os noivos, livremente, estipular o que quiserem sobre o regime de bens (CC 1.640 parágrafo único)” (2021, p. 694).

A autora supracitada ainda explica que, apesar do caráter patrimonial, o pacto antenupcial pode versar sobre questões existenciais referentes à vida conjunta dos nubentes (2021, p. 694).

É possível observar, portanto, que o pacto antenupcial é um instrumento primordial para o direito de família e para a sociedade. Contudo, apesar da sua importância e do seu papel como instrumento de autonomia privada dos indivíduos, este é um instituto pouco conhecido pela maioria dos nubentes e pouco utilizado por aqueles que o conhecem. João Pedro de Oliveira de Biazzi explica que o casamento ainda é uma instituição muito popular entre os casais, contudo o número de pactos antenupciais que são celebrados é ínfimo quando comparado ao número de casais que contraem núpcias (2016, p. 230). Gustavo Tepedino explica que a impopularidade do pacto antenupcial se dá principalmente em ambientes tradicionais e que adotam a religião católica (2015, p. 475).

Entre os operadores do direito, existe muita discussão acerca da natureza jurídica do pacto antenupcial. Alguns doutrinadores qualificam este instrumento como um contrato e outros como negócio jurídico. Flávio Tartuce defende que este instituto possui natureza contratual, tendo em vista que o interesse patrimonial é predominante no pacto antenupcial (2019, p. 252). Já João Pedro de Oliveira de Biazzi explica que o pacto antenupcial é negócio jurídico, contudo o autor encontra dificuldades para enquadrar este instrumento nas categorias de contrato ou na de negócio jurídico de direito de família (2016, p. 240). Nas palavras do autor:

Resta saber, entretanto, se o pacto antenupcial é um negócio destinado a dar vestimenta jurídica a uma relação econômica, um contrato, ou é um negócio que, embora detenha feições patrimoniais, destina-se à satisfação de um interesse familiar, um negócio jurídico de direito de família (2016, p. 244).

Apesar das dificuldades, o autor supracitado conclui em seus estudos que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de direito de família. Biazzi explica que, mesmo que verse sobre os efeitos que incidirão sob os bens dos nubentes (adquiridos ou não da constância do casamento), o pacto antenupcial visa acima de tudo proteger a família (p. 245).

Em sua obra, Maria Berenice Dias não se detém ao assunto, contudo defende que o pacto antenupcial é um contrato conjugal (2021, p. 694). Já Gustavo Tepedino explica que os contratos possuem muitos limites impostos pelo ordenamento jurídico e, portanto, não abarcam o pacto antenupcial. O autor ainda explica que, por versarem tanto sobre aspectos patrimoniais quanto

existenciais do casamento, o referido instrumento pode ser considerado um negócio jurídico híbrido (2015, p. 478).

Superadas as discussões acerca da natureza jurídica do pacto antenupcial, faz-se necessário que o presente trabalho se atente às suas formalidades. O Código Civil de 2002 determina em seus dispositivos que os nubentes tomem diversas providências para que o referido instituto seja considerado válido para surtir seus efeitos (PINHEIRO, 2021, p. 360). A exemplo disso, a redação do artigo 1.653 do Código Civil assim determina: “Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento” (BRASIL, 2002).

Em razão do artigo supracitado, Amanda Duarte Pinheiro explica que o pacto antenupcial deve ser “lavrado em cartório de notas, através de escritura pública” (2021, p. 360). Além disso a autora explica que, antes do casamento, o pacto não surte efeitos, tendo em vista que a eficácia deste instrumento permanece suspensa enquanto não contraídas as núpcias (2021, p. 361). Maria Berenice Dias complementa explicando que o efeito suspensivo atinge apenas os dispositivos que versem sobre questões patrimoniais. Desse modo, os seus efeitos existenciais são produzidos independentemente da celebração do casamento. Nas palavras da autora:

O pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia que vem depois, com o casamento. A ineficácia cinge-se apenas aos efeitos de ordem patrimonial do casamento, não afetando outras declarações de vontade contidas no negócio jurídico, como o reconhecimento de um filho. (2021, p. 694)

Ocorre, contudo, que existem situações em que o pacto antenupcial é realizado, mas o casamento não é celebrado. Nestas situações, questiona-se a possibilidade de conversão do referido pacto em contrato de convivência caso a relação passe a constituir união estável. Flávio Tartuce afirma em sua obra a possibilidade de aproveitamento do instrumento em razão do princípio da conservação do negócio jurídico. Desse modo, o princípio respalda a eficácia do pacto antenupcial para que a função social deste instrumento instituído pelo direito seja exercida (2019, p. 253).

Em consonância ao posicionamento de Tartuce, o Enunciado nº 22 da I Jornada de Direito Civil institui que: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Além disso, Amanda Duarte Pinheiro explica que o pacto antenupcial pode ser alterado pelo casal a qualquer momento, desde que as alterações sejam feitas antes da celebração do casamento. A autora ainda afirma que, nos casos de alteração do documento após a instituição da relação matrimonial, não é possível que os nubentes alterem seus dispositivos de forma extrajudicial, desse modo é necessário que se instaure processo para que o magistrado analise as alterações requeridas (2021, p. 361). Neste sentido o artigo 1.639, § 2º assim determina:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (BRASIL, 2002).

Desse modo, é possível observar que o legislador exige que o pedido de alteração do pacto antenupcial seja não apenas por via judicial, mas também que o requerimento seja amplamente fundamentado. Assim, os nubentes devem expor cuidadosamente os motivos pelos quais estão requerendo a modificação do pacto.

Outro dispositivo do Código Civil de 2002 que impõe formalidades aos seus celebrantes é o artigo 1.657. Neste artigo, o legislador dispõe que, para que o pacto antenupcial produza efeitos perante terceiros, é necessário que o oficial registre o dispositivo em livro especial no Cartório de Registro de Imóveis de domicílio dos cônjuges (BRASIL, 2002). Em razão disso, é possível concluir que o pacto antenupcial não poderá produzir seus efeitos perante terceiros caso não observe os requisitos do artigo acima citado.

Outro tema discutido entre os doutrinadores é a ação para anular o pacto por vício de vontade. Assim, considerando que o pacto antenupcial é um negócio jurídico e que este tem o elemento volitivo como sua principal característica, aquele instituto também está sujeito às medidas de combate dos vícios relacionados à vontade. Dessa forma explica Francisco Amaral:

Elemento fundamental do negócio jurídico é a vontade, que, manifestando-se corretamente por meio de sua declaração, produz o nascimento, a modificação ou a extinção das relações jurídicas.

Para ser juridicamente eficaz, a vontade tem de ser livre e incondicionada no seu nascimento e correta na sua expressão. Podem ocorrer, todavia defeitos no seu processo formativo, no caso de o agente ter falsa noção das pessoas, dos objetos ou dos demais elementos do ato que pratica, ou defeitos na sua declaração, se houver divergência entre o que o agente quer e o que efetivamente declara (2014, p. 533).

Para os casos de negócio jurídico em que é possível se observar a presença de vícios de vontade, o ordenamento jurídico brasileiro concede ferramentas para se rescindir o negócio celebrado. Maria Berenice Dias explica que é possível que, nos casos acima citados por Amaral, se ajuíze ação para anular o pacto por vício de vontade. Contudo, a autora salienta que o prazo decadencial da ação é de 4 anos (2021, p. 695).

Resta, contudo, saber o momento que dará início à contagem do supracitado prazo. Em julgamento de Agravo de Instrumento, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou que o referido prazo decadencial deve ser contado a partir da data em que foi celebrado o pacto antenupcial³. Desse modo, o magistrado deixa claro que o início da contagem do

3 AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE ANULAR PACTO ANTENUPCIAL. DECADÊNCIA. A pretensão de anular pacto antenupcial, mediante alegação de vício de consentimento, versa sobre anulabilidade, e tem prazo decadencial expressamente previsto em lei, que é de quatro anos, contados da data

prazo não ocorre com o início da vida matrimonial, isto porque a realização do casamento pode nem acontecer, mas sim da formalização do negócio.

Por fim, questão que também merece atenção no presente trabalho diz respeito aos casos em que o pacto antenupcial é celebrado por menores. Maria Berenice Dias explica que não há óbice para a celebração do referido pacto entre menores de idade (2021, p. 699), contudo o Código Civil de 2002, em seu artigo nº 1.654, determina que nos casos em que houver pacto antenupcial celebrado por menor, a sua eficácia fica vinculada à aprovação de seu representante legal exceto nos casos que se tratarem de regime obrigatório da separação de bens (BRASIL, 2002).

Como é possível observar, o pacto antenupcial é instrumento criado pelo direito que concede ao casal autonomia privada para dispor de questões patrimoniais e existenciais que permearão a sua vida matrimonial. Conforme exposto, a liberdade concedida aos indivíduos é mitigada através de dispositivos legais que determinam a adoção de certos procedimentos para a celebração do pacto. Ocorre, contudo, que a moderação da autonomia privada não se encerra nas questões relativas às exigências formais mas, conforme será exposto nos próximos pontos, também limitará o conteúdo das cláusulas de tal instituto.

2 A AUTONOMIA PRIVADA NAS CLÁUSULAS ANTENUPCIAIS

Conforme exposto no ponto anterior do presente trabalho, o pacto antenupcial é um negócio jurídico. Sendo assim, é necessário que se faça algumas observações à respeito dos efeitos desencadeados pela natureza jurídica do referido pacto. Sabe-se que os negócios jurídicos são espaços de liberdade concedidos pelo ordenamento jurídico para que os indivíduos pactuem sobre diversas questões como melhor lhes aprouver. À essa liberdade dá-se o nome de autonomia privada. Carlos Alberto da Mota assim discorre sobre a relação entre negócio jurídico e autonomia privada:

O negócio jurídico é uma manifestação do *princípio da autonomia privada* ou da *autonomia da vontade*, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autoregulação dos seus interesses, de auto governo da sua *esfera jurídica* ⁽⁹⁹⁾. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas (2005, p. 102).

Ocorre, contudo, que esse espaço de liberdade individual nos negócios jurídicos não é absoluto. Desse modo, o próprio ordenamento jurídico impõe algumas regras que limitam as disposições negociais. É possível perceber que essa mitigação da autonomia deve-se ao fato de que

em que celebrado o negócio. No caso, entre a celebração do pacto antenupcial e do casamento, e a dedução do pedido de anulação em juízo, transcorreram-se mais de 09 anos. De modo que é inafastável o reconhecimento de que efetivamente operou-se a decadência. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento, Nº 70082776055, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 31-10-2019)

existem inúmeras diferenças entre os sujeitos na sociedade, diferenças que envolvem tanto questões subjetivas quanto questões palpáveis. Neste sentido, Pietro Perlingieri explica que “[...] o poder da autonomia, nas suas heterogêneas manifestações é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.” (2002, p. 277).

Além dos fatores que envolvem questões individuais, existem fatores que envolvem a sociedade como um todo e que impelem o Estado e o ordenamento jurídico a impor limitações na celebração de negócios jurídicos. Assim explica Francisco Amaral Neto: “[...] os valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem uma presença cada vez maior do Estado atuante no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito” (2014, p. 224).

Realizadas as disposições iniciais sobre a autonomia privada e suas limitações como um todo no ordenamento jurídico, faz-se necessário expor como tal assunto é inserido no direito de família e, mais precisamente, no pacto antenupcial.

A autonomia privada se manifesta no direito de família principalmente mediante o artigo nº 1.513 do Código Civil de 2002 que determina o seguinte: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002). Dessa forma, é possível afirmar que aplica-se também ao direito de família o princípio da autonomia privada, contudo sem se deixar de lado as mitigações feitas pelo Estado supracitadas.

Logicamente e tendo em vista que o pacto antenupcial é negócio jurídico e é abrangido pelo direito de família, existem algumas restrições feitas expressamente pelo ordenamento jurídico que abarcam suas características. O primeiro exemplo está disposto no artigo 1.655 do Código Civil de 2002 que dispõe que: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Desse modo, o legislador deixa expresso que o conteúdo de negócios jurídicos, e por extensão o pacto antenupcial, não podem contradizer norma absoluta.

Ocorre, contudo, que o termo “disposição absoluta de lei” possui sentido impreciso, de modo que o supracitado artigo provoca certa hesitação. Em decorrência disso, Flávio Tartuce explica que a palavra “lei” presente no dispositivo refere-se à norma de ordem pública e, conseqüentemente, promove o reconhecimento da função social do pacto antenupcial (2019, p. 257).

Ao Estado é concedida permissão para interferir na autonomia privada dos indivíduos quando o negócio jurídico versar sobre questões que envolvem vulnerabilidades entre os celebrantes. Andressa Silmara e Vivian Chaves explicam que a autonomia privada possui especial espaço no direito de família, de forma que ao Estado é dada a permissão para intervir apenas em

situações de vulnerabilidade entre indivíduos e em casos de conflito de liberdades individuais (2021, p. 387). Flávio Tartuce exemplifica diversas situações que revestem o negócio jurídico de nulidade caso estejam presentes nas cláusulas do pacto antenupcial, são elas:

[...] a) previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, inc. I, do CC; b) cláusula que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido, pois a mulher é incompetente para tanto, afastando a isonomia constitucional; c) cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, infringindo a absoluta regra do art. 1.707 do CC; d) cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda dos filhos, para o caso de divórcio do casal; e) cláusula que imponha multa para caso de infidelidade, sendo certo que as perdas e os danos não podem ser fixados previamente em casos tais, pois a eventual responsabilidade que surge do fim do vínculo tem natureza extracontratual, envolvendo questões de ordem pública; f) cláusula que afaste o regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses descritas pelo art. 1.641 do CC; e g) cláusula que exclui expressamente o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, afastando as regras da sucessão legítima e trazendo a renúncia prévia à herança, havendo claro pacto sucessório, em infringência ao art. 426 do Código Civil (2021, sp).

Posto isto, é possível perceber que o ordenamento jurídico, com o intuito de promover a função social do pacto antenupcial, restringe a autonomia privada dos celebrantes impondo limitações que dizem respeito ao direito material posto em questão no referido negócio jurídico.

Ocorre, contudo, que hoje é possível a realização de negócios jurídicos processuais no pacto antenupcial, ou seja, permite-se que no conteúdo deste instituto as partes pactuem questões referentes ao processo. Desse modo, nos próximos pontos do presente trabalho se abordará os limites impostos pelo ordenamento jurídico nas cláusulas que abordam questões processuais do pacto antenupcial.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PACTO ANTENUPCIAL

Esclarecidos quais são os limites impostos às questões de direito material do pacto antenupcial, é necessário fazer algumas observações sobre a possibilidade de realização do negócio jurídico processual no conteúdo do pacto antenupcial e suas limitações.

Daniela Braga Paiano, Adenir Theodoro Junior e Ana Luiza Mendes Mendonça (2021, p. 176) reforçam o entendimento de que os pactos antenupciais podem versar também sobre questões processuais e explicam que o Código de Processo Civil de 2015 criou uma nova modalidade de negócio jurídico processual passível de inclusão no pacto antenupcial, os negócios processuais atípicos. Importante ressaltar que a posição dos autores acima citados está em consonância com do Enunciado nº 492 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis que assim determina: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais”.

Desse modo, é possível observar que diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 instituem negócios jurídicos processuais, estes são chamados de típicos. Ocorre, contudo, que

existem os negócios jurídicos processuais atípicos, ou seja, aqueles que não estão expressamente previstos na lei. É em razão desta modalidade de negócio e da possibilidade da sua incidência nos pactos antenupciais que se faz necessário o estudo da mitigação da autonomia privada nestes instrumentos.

3.1 Conceito e origem dos negócios jurídicos processuais

Para que se entenda melhor quais são os limites do pacto antenupcial com negócio jurídico processual em suas cláusulas, é necessário primeiro que se faça um breve estudo sobre os negócios jurídicos processuais e suas principais características. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira explica que os negócios jurídicos processuais são uma categoria de negócios jurídicos e que as suas características estão vinculadas às mudanças que ocorrem gradualmente na sociedade (2011, p. 109).

Desse modo, é possível perceber que esta modalidade de negócio jurídico surgiu em razão de uma necessidade social e as suas disposições vão depender dos interesses dos indivíduos. Em complemento a isto, o autor supracitado explica que a autonomia privada não é aplicada somente ao âmbito do direito civil, mas também no âmbito processual (2011, p. 109).

Assim, o negócio jurídico processual é conceituado por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira como um ato de caráter negocial que produz efeitos exclusivamente processuais (2011, p. 124). Os negócios jurídicos processuais, então, não são voltados ao direito material, mas sim aos procedimentos do processo. Alexandre Freitas Câmara complementa o conceito deste instituto afirmando que os negócios jurídicos processuais são atos processuais dispositivos (2017, p. 115).

Importante ressaltar que o negócio jurídico processual não dispõe do processo como um todo, mas apenas de seus procedimentos. No entanto, mesmo havendo esta diferenciação, é possível afirmar que as disposições que se referem ao procedimento afetarão o processo como um todo. Considerando isso, indispensável, então, diferenciar o processo dos seus procedimentos. Nas palavras de Daniela Braga Paiano, Adenir Theodoro Junior e Ana Luiza Mendes Mendonça:

[...] processo é figura complexa, voltada para o resultado almejado, que é a satisfação das pretensões perante a atuação jurisdicional, podendo envolver um ou mais procedimentos. Por sua vez, procedimento é o modo pelo qual os atos processuais se relacionam com o objetivo de promover o processo, como a fixação de regras sobre prazos, formalidades, permitindo que o processo se desenvolva para atingir o seu objetivo. (2021, p. 169)

Percebe-se, portanto, que os negócios jurídicos processuais vão dispor de procedimentos que, por sua vez, fazem parte do processo como um todo. Resta, então, saber em que momento os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados. Alexandre Freitas Câmara explica que tal instrumento pode ser realizado tanto antes do marco inicial do processo quanto no curso do autos

judiciais (2017, p. 116). Faz-se, entretanto, a ressalva de que nos casos de realização de negócios jurídicos processuais no pacto antenupcial, o momento de sua consumação é sempre anterior ao processo, tendo em vista que o referido pacto é instrumento jurídico pré-processual.

Importante ressaltar também que no direito romano já haviam figuras ancestrais do negócio jurídico processual. Já no direito brasileiro, antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 já havia a figura do negócio jurídico processual (NOGUEIRA, 2011, p. 124-125). Assim sendo, é possível perceber que esta modalidade de negócio jurídico não é inovação do Código de Processo Civil de 2015.

Daniel Amorim explica que a inovação trazida pelo referido código refere-se quanto à generalidade do seu artigo nº 190 (2018, p. 389). Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma que: “O CPC traz, em seu art. 190, uma cláusula geral de negócios processuais. Trata-se da genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais.” (2017, p. 115-116). Percebe-se, portanto, que o código supracitado dá às partes maior liberdade para dispor de certos procedimentos no processo.

Em consonância a esta linha de pensamento, Daniela Braga Paiano, Adenir Theodoro Junior e Ana Luiza Mendes Mendonça defendem que antes mesmo da promulgação do Código de Processo Penal de 2015 já existia a figura dos negócios jurídicos processuais, contudo o atual código trouxe como inovação os negócios jurídicos processuais atípicos (2021, p. 169). Em razão disso, mais uma vez percebe-se a necessidade de se analisar as limitações impostas pelo ordenamento jurídico.

3.2 Requisitos e limites do negócio jurídico processual

No que se refere aos negócios jurídicos processuais, o Código de Processo Civil dispõe expressamente sobre algumas modalidades deste instituto, contudo as diretrizes destes negócios, principalmente na sua modalidade atípica, são majoritariamente construídas por meio de enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Contudo, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira não deixa de salientar que esta categoria de negócios jurídicos é cerceada por normas cogentes (p. 144).

Além disso, é importante frisar que o pacto antenupcial também se sujeita às restrições jurídicas que serão expostas no presente ponto, tendo em vista que em seu conteúdo podem surgir o chamados negócios jurídicos processuais.

O Enunciado nº 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis determina que: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara

explica que o negócio jurídico processual é nulo nos casos em que não estejam presentes os requisitos de validade do negócio jurídico (2017, p. 117). Desse modo, é possível observar que, para que o negócio jurídico processual produza todos os seus efeitos, é necessário se observar os diversos requisitos de validade, assim como nos negócios jurídicos em geral.

Além disso, o autor supracitado explica que ao mesmo tempo em que o artigo 190 do Código de Processo Civil possui certa amplitude, ele limita os negócios jurídicos processuais à autocomposição (2017, p. 116). Assim dispõe o referido artigo:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (BRASIL, 2015).

Destarte, é possível se observar que o ordenamento jurídico optou por restringir as disposições particulares àqueles direitos que admitem a autocomposição. Além disso, Daniel Amorim explica que os negócios jurídicos processuais não dependem de homologação judicial, contudo o autor faz a ressalva de que o juiz deve estar atento aos casos concretos (2018, p. 393-394). Assim, ao observar que o referido instituto não possui um ou alguns dos requisitos de validade ou fira qualquer outra determinação, o magistrado poderá decretar que o referido negócio não produza os seus efeitos.

Existem, também, algumas discussões que envolvem o tipo de capacidade que deve ser requerida no negócio jurídico processual. Para Daniel Amorim, existem duas correntes doutrinárias que discutem o assunto: a primeira defende que a capacidade requerida é a capacidade material, ou seja, mesmo sendo o indivíduo representado ou assistido ele não poderá fazer parte do negócio jurídico processual; a segunda corrente defende que a capacidade requerida para a realização do negócio é a capacidade processual (2018, p. 394).

Alexandre Freitas Câmara adota a primeira corrente doutrinária, ou seja, o autor defende que as partes devem ter capacidade material para disporem de seus direitos processuais nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 (2017, p. 116). Além disso, o autor explica que o Ministério Público (nos processos em que atuar como parte) e a Fazenda Pública também são considerados entes capazes para celebrar este tipo de negócio jurídico (2017, p. 116).

Além dos requisitos já citados no presente trabalho, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira explica que existem três modalidades de limites para o negócio jurídico processual (2011, p. 145-146). O primeiro limite refere-se à disponibilidade do direito material em juízo, este limite está disposto no artigo 190 do atual Código de Processo Civil e não é considerado relevante para o autor supracitado (2011, p. 146). Já o segundo limite refere-se ao equilíbrio existente entre as partes celebrantes. Por fim, o terceiro limite diz respeito à observância das normas processuais

fundamentais (2011, p. 145-146).

No que diz respeito à igualdade entre as partes no negócio jurídico processual, Daniel Amorim faz uma crítica ao princípio da isonomia. Assim afirma o autor:

Por outro lado, tenho séria resistência na decretação de nulidade do negócio jurídico processual se ambas as partes o ratificarem de forma expressa no processo. Nesse caso, até mesmo uma eventual hipossuficiência do aderente não poderá ser considerada, porque no processo a parte aderente não é obrigada a aceitar a vontade da parte contrária (2018, p. 397).

Com o devido respeito ao autor supracitado, acredita-se na importância do princípio da isonomia com relação às partes processuais, tendo em vista que nem sempre a parte hipossuficiente disporá de livre escolha no negócio celebrado. Em outras palavras, é possível que, em alguns casos, a parte aderente do negócio seja compelida a concordar com termos lesivos.

Além disso, o Enunciado nº 18 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis determina que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Desse modo, presume-se vulnerabilidade daquele que não dispuser de pessoa qualificada para esclarecer todos os termos a serem dispostos no referido negócio. Observando-se o enunciado, é possível perceber que a referida diretriz tem o objetivo de garantir, também, a igualdade entre as partes através da garantia de acesso à informação.

Por fim, Alexandre Freitas Câmara explica que os negócio jurídico processual possui efeito vinculativo que inclui os sucessores daqueles que celebrarem o negócio (2017, p.118). Desse modo, resta claro que os negócios jurídicos processuais típicos e atípicos são revestidos de uma autonomia privada mitigada pelo ordenamento jurídico que também atinge as cláusulas que dispõem sobre o processo no conteúdo do pacto antenupcial.

CONCLUSÃO

O pacto antenupcial e o negócio jurídico processual são negócios jurídicos pouco utilizados pela sociedade como instrumento para contribuir com a desobstrução da máquina judiciária. Infelizmente, a sociedade pouco conhece os benefícios oriundos destes instrumentos de expressão de vontade das partes celebrantes. Ocorre, contudo, que a liberdade concedida pelo ordenamento jurídico às partes não é absoluta.

Conforme demonstrado no presente trabalho, o pacto antenupcial é negócio jurídico. Em decorrência disso, este instrumento criado pelo Direito tem como principal elemento a vontade do casal. Sendo assim, através da expressão de suas vontades, os nubentes abordam questões patrimoniais, existenciais e, até mesmo, processuais no dispositivo.

Às cláusulas que dispõem de questões processuais no pacto antenupcial se dá o nome de

negócio jurídico processual. Esta modalidade de negócio jurídico ainda é classificada em duas categorias, os típicos e os atípicos. O presente estudo preocupou-se com o exercício da autonomia privada e seus limites nos negócios jurídicos processuais atípicos presentes no pacto antenupcial.

Desse modo, foram listadas algumas limitações processuais impostas pelo ordenamento jurídico que atingem o negócio jurídico processual e o pacto antenupcial. Como exemplo de mitigação da autonomia privada, cita-se a subsunção das cláusulas negociais às normas cogentes e de ordem pública ou a exigência de igualdade entre as partes celebrantes do negócio.

Assim sendo, o presente trabalho demonstrou que o legislador criou dispositivos que limitam tanto o direito material quanto as disposições processuais nos negócios jurídicos. Além disso, restou demonstrado que as restrições elaboradas pelo legislador e por doutrinadores abarcam igualmente o negócio processual e o pacto antenupcial em razão da sua natureza jurídica ser idêntica, ou seja, ambos serem negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 229-264, dez. 2016. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0229_0264.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

Enunciados do Fórum Permanente do Processualistas Civis – FPPC. **Diário Processual**. 2020. Disponível em: <https://www.fppc.com.br/>. Acesso em: 28 set. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

PAIANO, Daniela Braga; THEODORO JUNIOR, Adenir; MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. Da atuação do estado juiz no negócio jurídico processual nas ações de família. In: EISAQUI, Daniel Dela Coleta; TERENCE, Gabriel Vieira (org.). **Poder judiciário e estado de direito**: limites e possibilidades para uma jurisdição democrática. Londrina: Thoth, 2021. Cap. 7. p. 161-183.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Amanda Duarte. A autonomia privada e a intervenção estatal nos pactos antenupciais e

nos contratos de convivência: breves comentários. In: SALLES, Priscila (org.). **Temas atuais em famílias e sucessões**: volume i. Belo Horizonte: Oab Minas Gerais, 2021. p. 359-379.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RIOS, Andressa Silmara Alves Carvalho; BOTINHA, Vívian Chaves. Pacto antenupcial e a indenização por descumprimento do dever de fidelidade no âmbito conjugal. In: SALLES, Priscila (org.). **Temas atuais em famílias e sucessões**: volume i. Belo Horizonte: Oab Minas Gerais, 2021. p. 380-400.

TARTUCE, Flávio. **Autonomia privada e direito de família**: algumas reflexões. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1742/Autonomia+privada+e+Direito+de+Fam%C3%ADlia+-+Algumas+reflex%C3%B5es+atuais>. Acesso em: 28 set. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2015. p. 475-501.

PAPEL DA MEDIAÇÃO NA PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS EXCEPCIONAIS (PANDEMIA DA COVID-19)

Paula Elizabete Antonini JOVIANO
Eduardo Roberto dos Santos BELETATO¹

RESUMO

Este artigo desenvolveu uma análise da mediação nos casos de violência doméstica contra a mulher em tempos de Covid-19. Abordou-se os reflexos da cultura do litígio, como a burocratização da Justiça, e, especialmente no caso da violência contra a mulher, a necessidade de se criar um ambiente mais humanizado, pautado no diálogo e na comunicação não violenta.

Constatou-se que o Sistema Judiciário Brasileiro passou por um longo período de invisibilidade para diversas questões étnicas, sociais e de gênero, dificultando para que hoje exista uma tratativa especializada e justa para mulheres que sofrem violência doméstica, principalmente em relação às mulheres negras brasileiras.

Este artigo se desenvolveu através da pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrinas sobre o tema Acesso à Justiça e Mediação e de pesquisadoras que tratam de temas pertinentes ao desenvolvimento do trabalho, como Dra Rozane da Rosa Cachapuz docente da Universidade Estadual de Londrina, Dra Célia Regina Zapparolli Rodrigues de Freitas, docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Dra Carla Bertoncini, docente da Universidade Estadual do Norte Pioneiro, dentre outros pesquisadores que apontam reflexos da Pandemia no Direito de Família, especialmente em relação à proteção da mulher, muitos deles publicados no sítio virtual do Instituto Brasileiro de Direito de Família e revistas conceituadas que tratam da temática. Utilizou-se a bibliografia que trata da questão no âmbito do Direito Criminal, abordando a doutrina que versa sobre a Justiça Restaurativa como instrumento de emancipação da mulher que é vítima de violência doméstica e de reintegração do agressor na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Doméstica. Justiça. Judiciário.

ABSTRACT

This article developed an analysis of mediation in cases of domestic violence against women in the Covid-19 period. The reflections of the culture of litigation were addressed, such as the bureaucratization of Justice, and, especially in the case of violence against women, the need to create a more humanized environment, based on dialogue and non-violent communication.

It was found that the Brazilian Judiciary System has gone through a long period of invisibility for various ethnic, social and gender issues, making it difficult for today to have a specialized and fair treatment for women who suffer domestic violence, especially in relation to black Brazilian women. This article was developed through bibliographical research, using doctrines on the theme Access to Justice and Mediation and researchers who deal with themes relevant to the development of the work, such as Dr. Rozane da Rosa Cachapuz, professor at the State University of Londrina, Dr Célia Regina Zapprolli Rodrigues de Freitas, professor at the Pontifical Catholic University of São Paulo and Dr Carla Bertoncini, professor at the State University of North Pioneiro, among other

1 Advogado Autônomo. Coordenador do Lar dos Velhos Sociedade São Vicente de Paulo de Presidente Bernardes, Presidente do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (CMDCA). Membro da Comissão de Assistência Judiciária e Presidente da Comissão do Idoso da OAB/SP de Presidente Bernardes/SP. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela Anhanguera-Uniderp, Pós-Graduado em Direito de Família e Sucessões pela Anhanguera-Uniderp, Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2014), Graduado em Sistema de Informação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Londrina (2010).

researchers who point out reflexes of the Pandemic in Family Law, especially in relation to the protection of women, many of them published on the website of the Brazilian Institute of Family Law and reputable magazines dealing with the subject. The bibliography dealing with the issue in the scope of Criminal Law was used, approaching the doctrine that deals with Restorative Justice as an instrument for the emancipation of women who are victims of domestic violence and for the reintegration of the aggressor in society.

KEYWORDS: Domestic violence. Justice. Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

Em novembro de 2019, surgiram os primeiros casos do Covid 19 na China, na cidade de Wuhan. Este acontecimento marcou o início de uma nova forma de enxergar o cenário mundial, o risco de contaminação pelo coronavírus extrapolou os limites das fronteiras e se estendeu aos demais países do mundo, e, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou a pandemia.

No Brasil, foi imposto ao Sistema Único de Saúde o desafio de absorver a alta demanda para tratamento das pessoas infectadas, ocasionando a recomendação de órgãos internacionais para que os países praticassem isolamento social para evitar a propagação do vírus.

Esta medida demonstrou as fragilidades de diferentes setores da sociedade. Na economia, o desemprego atingiu o país, empresas fecharam, muitos contratos de trabalho foram suspensos, as dificuldades financeiras resultantes da crise sanitária logo escancararam a fragilidade social dos trabalhadores informais. As pessoas que permaneceram empregadas passaram a ter um novo modelo de trabalho, o “home office”, permanecendo dentro de casa.

Na seara da saúde mental, doenças psiquiátricas surgiram em meio às incertezas sobre o futuro, ocasionando depressão e ansiedade, houve aumento significativo na venda de bebidas alcoólicas, deflagrando o aumento de casos de alcoolismo. O adoecimento mental da população também sobrecarrega o convívio familiar, sabe-se que as decisões familiares são influenciadas por fatores emocionais, aumentando as situações de conflitos familiares, como por exemplo, a alta incidência de violência doméstica contra a mulher durante o isolamento social.

Neste contexto, restou ao Direito aprofundar-se nestas transformações sociais e diante da adequação do Poder Judiciário na busca de meios alternativos de resolução de conflitos familiares.

Constatou-se que a possibilidade de se garantir o acesso à justiça ainda na fase pré-processual poderia repercutir positivamente num cenário de exceção, como o da pandemia, trazendo menos morosidade e burocracia à resolução dos conflitos.

Em relação à atuação do poder judiciário nos casos de violência doméstica, nota-se que embora estejamos vivenciando atualmente a construção de uma Justiça mais atuante em relação a diversos grupos sociais historicamente excluídos, ainda há muito para se evoluir. Constata-se um

longo histórico de invisibilidade das questões de gênero, etnia e classe social por parte do Sistema de Justiça Brasileiro, que tenta se adaptar a uma nova visão, mas é falho muitas vezes na proteção da mulher vítima de violência doméstica.

Enquanto o poder judiciário se reinventa para compreender a complexidade do problema da violência doméstica contra a mulher, a prática da mediação nos conflitos advindos da relação familiar adequa-se à realidade da família, pois possibilita o diálogo entre as partes, o acesso das partes à uma resposta da ordem jurídica através da comunicação não violenta, oportunizando um tratamento mais humanizado para aquela situação levantada.

Tocante à mediação envolvendo conflitos familiares, destaca-se a figura do mediador, que é escolhido ou aceito entre as partes que irá reger o diálogo com equidistância, e deve utilizar técnicas específicas, como a escuta ativa e a comunicação não agressiva.

A atuação do mediador deve ter a compreensão de que nos casos de violência doméstica, o agressor é membro da família do ofendido, e muitas vezes a ocorrência do comportamento violento pode ocorrer de maneira continuada, portanto, exige-se que todas as medidas possíveis sejam tomadas para que haja a proteção da mulher e que aquela situação de violência não seja agravada, garantindo que o agressor não volte a ter um comportamento violento.

2. MEDIAÇÃO E CONFLITOS FAMILIARES: ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS EXCEPCIONAIS

O direito de família é um ramo do direito em que há mudanças constantemente. A legislação não tem o alcance de acompanhar todas as situações que surgem na vida da família. Reiteradamente, o poder judiciário precisa julgar situações que ainda precisam ser muito discutidas pelos juristas. Infelizmente, perante esta realidade, a decisão judicial seguirá o conceito de quem julga naquela serventia em que a causa foi distribuída.

Como a lei não acompanha as mudanças por que passa uma família, acaba nas mãos da doutrina e da jurisprudência a responsabilidade de construir nova base de princípios definidores que atenda aos reclamos de uma sociedade sempre em evolução, e o Direito de Família apresenta-se como o instituto que vem a apresentar cada vez mais progresso (LIMA, 2020, p.10)

A vivência da mediação rompe com a cultura do litígio nos conflitos familiares, oportuniza a efetividade do acesso à justiça num ambiente não adversarial entre as partes. Diversos temas do Direito de Família passaram a ser solucionados de forma mais humanizada, protagonizando o diálogo como estímulo para compreender a corresponsabilidade na resolução do conflito vivido.

Como já mencionado, o mediador busca melhorar o diálogo entre as partes. Para isso, usa técnicas específicas como a escuta ativa para identificar a posição das partes, interesses e sentimentos do casal envolvido num conflito. Neste sentido, o mediador ajuda as partes a compreenderem melhor a situação em que estão envolvidos, proporcionando a conscientização, a autonomia e a flexibilização de suas condutas. (CANEZIN; CACHAPUZ, 2017, p. 286).

Ao questionar a efetividade social do direito de família, considera-se que o acesso à justiça transcende o acesso ao processo.

A apreciação do acesso ao processo esteve presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em art. 8, que transcreve que *“todos os seres humanos têm direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”*.

Contextualizando à Constituição Federal Brasileira de 1988, o acesso ao processo está consagrado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, seu artigo 5º, inc. XXXV, que transcreve:

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL,1988)

Entretanto, quando se analisa a questão da efetividade da razoável duração do processo, contata-se que o acesso ao processo não garante o efetivo acesso à justiça. Assim como é previsto o acesso do indivíduo à apreciação do judiciário, também há previsão legal que determina a razoável duração do processo judicial, de acordo com o Art. 5º, inc. LXXVIII, segundo o qual *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Ainda que não haja como mensurar o que será considerado como tempo razoável à resolução da *lide*, com os desdobramentos atuais em relação à longa duração das ações judiciais, sabe-se que o efetivo acesso à Justiça é um desafio que se impõe ao Direito.

O Estado ao conceder acesso amplo e irrestrito à justiça não estava preparado para maior número de demandas nos tribunais. Assim, insatisfações e reclamações no tocante à lentidão nas resoluções dos litígios, mostraram a ingerência e a desorganização do Poder Judiciário Brasileiro a dar resposta ao cidadão e a promover a paz social (SUTER; CACHAPUZ, 2016, p. 59).

A demora das demandas apresentadas ao judiciário demonstra que além da normatização não alcançar todos os anseios da sociedade, a máquina judiciária não possui condições de aferir celeridade às demandas judicializadas. Resultante da burocratização do poder judiciário, impõe-se ao Direito o desenvolvimento de meios consensuais de resolução de conflitos, apresentando uma possível solução para a litigância desenfreada que sobrecarrega o Sistema Judiciário.

É de amplo conhecimento a urgência na implementação eficaz de novos métodos de tratamento dos conflitos, exigências estas trazidas pelo novo CPC como resposta à morosidade e ao descontentamento com o sistema judiciário brasileiro por grande parte da sociedade, sendo crescente o interesse pela abordagem sistêmica do direito, vez que a tradicional forma de tratar os conflitos já não é vista como a mais eficiente, pois busca apenas solucionar o conflito aparente, deixando os ocultos e quase sempre verdadeiros sem uma resolução, abrindo caminho para que novas demandas ocorram, ou seja, a utilização de tais métodos deseja não apenas resolver o conflito e sim tem como desejo maior o restabelecimento da comunicação entre as partes e a pacificação efetiva de toda a relação. (FERREIRA; SOUZA, 2018, p. 169)

Contextualizando esta necessidade às transformações sociais impostas pela pandemia do COVID-19, e aprofundando-se na matéria do Direito de Família, pode-se compreender como a nova realidade vivenciada neste tempo excepcional interferiu nas relações familiares.

Para Bianchini, “nesse momento de quarentena, famílias passam o dia todo no mesmo ambiente, em uma convivência forçada que pode exacerbar tensões” reforçando a característica emocional das relações familiares, que devem ser tratadas com ética e humanidade (BIANQUINI, 2020).

Diante da insuficiência do Poder Judiciário como única alternativa para solucionar os conflitos de família e promover a proteção de vulneráveis, o Direito de Família já desenvolvia maneiras de sanar a problemática da lentidão e burocratização de demandas nos Tribunais, e especialmente nesta matéria que trata de relações familiares, foi estimulada uma abordagem mais humanizada.

[...] a mediação aplicada nos conflitos familiares possui uma temática que vai além da resolução de litígios, alcança um conteúdo participativo e transformador, afinal, faz com que as partes se envolvam, responsabilizando-as e empoderando-as na tratativa de seus conflitos, de forma a assegurar a democracia pela participação do indivíduo nas suas decisões, permitindo a efetividade do acesso à justiça, fazendo com que as partes possam fazer valer a relação jurídica negocial entre elas, alcançando-se, assim a paz social. (CACHAPUZ; EUGENIO; GABELIN, 2020, p. 255)

Desta forma, a experiência da desjudicialização de conflitos na atualidade surge como uma tentativa de adequação a tempos de exceção, como vivencia-se na atualidade face à COVID-19.

Os casos de violência contra mulher, por exemplo, são tratados nas serventias judiciais e extrajudiciais em busca da emancipação da mulher da situação de violência, rompendo com o sistema tradicional de judicialização de conflitos familiares, aderindo à cultura de pacificação, tratando as relações familiares com mais humanidade, fomentando o diálogo.

Decorre daí a importância da mediação nos casos que envolvem a violência doméstica contra a mulher, posto que visa entreabrir e facilitar o diálogo entre as partes, fazendo frente aos conflitos sociais e às violências estruturais que permeiam a relação (CANEZIN; CACHAPUZ, 2017, p. 308).

A prevalência do diálogo assistido por um mediador tem demonstrado que a prática da mediação tem potencial engajamento na preservação do bom relacionamento entre membros de uma

família, sendo “*definida como técnica que induz pessoas interessadas na resolução de um conflito a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”. (BACELLAR, 2011)

Para atender a finalidade de modernização da Justiça, de acordo com o art. 8º da Resolução 125/2010, os Tribunais criaram os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania:

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (BRASIL, 2010)

Estas unidades do poder judiciário estrearam no cenário jurídico com a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984) e foi aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995).

A efetividade destes meios alternativos ensejou o aprimoramento destas unidades e consequente adequação com os demais ramos do Direito e hoje têm a responsabilidade pela gestão e realização de sessões e audiências de conciliação e mediação.

3. MEDIAÇÃO PENAL: JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Com a prática do isolamento social face a pandemia do Covid-19, as famílias brasileiras passaram a lidar com o desafio da convivência constante. Infelizmente, este fenômeno se relacionou com o aumento dos casos de violência doméstica contra a mulher.

Foram 1.848 homicídios dolosos nos primeiros seis meses de 2019, índice que subiu para 1.890 em 2020. Os feminicídios saltaram de 622 para 631. Os dados de violência sexual também impressionam: uma pessoa foi estuprada a cada oito minutos no Brasil em 2019, sendo que 87% das vítimas eram mulheres e mais da metade tinham menos de 13 anos. (IBDFAM, 2020)

Aprofundando-se no Direito Penal, especificamente nos casos enquadrados na Lei 11.340/06, se a análise do caso concreto pelo juiz (a) e técnicos especializados compreenderem a viabilidade da justiça restaurativa como melhor e mais benéfica alternativa para a vítima, e esta sinalizar que está de acordo com a resolução do conflito de forma mais humanizada, é possível que haja um acordo entre as partes para que se promova a resolução do conflito através de práticas restaurativas:

[...]as práticas restaurativas poderão ser realizadas diante do consentimento de ambas as partes do conflito – principalmente a vítima - e desde que não surja nenhuma tentativa de auferir vantagem no decurso do processo penal. O modelo não exclui em hipótese alguma a continuidade do processo penal e a pena cabível ao fato típico. Sabermos identificar a diferença entre a justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa é de elevada importância e se há alguma possibilidade de conexão entre as mesmas ou se são totalmente independentes entre si. (ZACARIAS; SILVA, 2020, p.292)

Na prática, a mulher que sofre violência abandona seu papel de mera notificadora do crime pela agressão sofrida, para ser ouvida de forma contundente, promovendo sua emancipação daquela situação de violência, evitando que esta seja vitimizada perante o Sistema Judiciário:

Verifica-se no sistema penal brasileiro a secundariedade da vítima, à medida em que ocorre a reprodução da subjugação da ofendida na esfera processual, quando a atuação da vontade da mulher e seus sentimentos não exercem influência nos procedimentos processuais, indicando o desinteresse do Estado com a reconstrução da autoestima da vítima. (ZACARIAS; SILVA, 2020, p.296)

O desenvolvimento da Justiça Penal na lógica padronizada retributiva nos crimes de violência contra a mulher é focado na pena do indivíduo e não na resolução humanizada do conflito, afastando a figura da mulher como interlocutora, vitimando-a e distanciando-a do processo e de seus desdobramentos.

[...] a aplicação tão somente da lógica padronizada do sistema retributivo nos processos do âmbito da Lei Maria da Penha distancia a vítima do processo e seus desdobramentos; conseqüentemente, esse mecanismo empregado torna-se uma reprodução opressora das estruturas sociais e também do Estado, que afeta e retira a sensação de autonomia da vítima mulher. Então, inescusável a discussão da aplicabilidade das práticas restaurativas nos casos possíveis de aplicação, para a promoção da igualdade de gênero, emancipação feminina e conseqüentemente o rompimento do ciclo reprodutivo da violência doméstica e familiar, bem como promover a reinserção da cidadania e da dignidade humana rompida pelo ciclo da violência. (ZACARIAS; SILVA, 2020, p.308)

Neste aspecto, pode-se considerar uma prática restaurativa a mediação no crime de violência doméstica contra a mulher. Tem-se a figura do mediador, o facilitador do entendimento entre as partes que é escolhido ou aceito e irá reger o diálogo com equidistância, utilizando técnicas específicas, como a escuta ativa e a comunicação não agressiva.

O objetivo do mediador não é o acordo, pois, um mero acordo não atende à complexidade das relações familiares. A atuação dele deve estar pautada na pacificação, porém, sem deixar de reconhecer a especificidade da relação entre a mulher e o agressor:

O objetivo da mediação não é necessariamente a obtenção de um acordo, mas gerar a transformação no padrão de comunicação entre os mediandos, para a construção da funcionalidade relacional. A mediação pode levar ao acordo, proporcionando opções e soluções mutuamente satisfatórias construídas pelos próprios mediandos. Isso não faz com que seja o acordo o objetivo da mediação. Nessa hipótese não se deve perder de vista a totalidade do conflito que não se resume apenas às disputas pontuais. (ZAPPAROLLI, 2013, p. 191).

Neste aspecto, o acordo entre as partes será sempre uma alternativa, nunca será uma imposição à vítima de violência doméstica. O mediador tem a difícil tarefa de compreender a complexidade das relações familiares em conflitos extremos, e deve agir no sentido de evitar o agravamento da situação de violência

Analisando a relação entre vítima e agressor, pode-se constatar que através da mediação nos casos de violência doméstica contra a mulher, além de todos os benefícios propiciados para a

vítima que sofre violência doméstica, a prática restaurativa contribui para integração do ofensor na sociedade.

Desta forma, o resultado do processo de construção da melhor solução para o conflito não se restringe à resolução da *lide*, mas possui uma função mais ampla, à medida que se prioriza a ideia de ressocialização do agressor e a reconciliação entre as partes, abandonando a concepção da punição como resposta do Estado às partes.

Este processo incentiva o empoderamento dos envolvidos no conflito, contrapondo-se ao ideal do atual sistema punitivo. A Justiça restaurativa estimula o reconhecimento das partes, respeitando a dignidade destas pessoas que são afetadas diretamente pelo conflito e merecem ser ouvidas.

Com os valores restaurativos, tanto vítima quanto ofensor possuem um tratamento enquanto indivíduos que compõem fins em si mesmos, e não meros objetos. Possuem suas dignidades preservadas ao serem tratados de maneira pessoal, tendo suas histórias resgatadas, ouvidas e transformadas. A vítima, também, possui um papel de destaque, não sendo apenas ouvida como mera informante de fatos, mas, sim, tendo seus sentimentos e traumas considerados, tratados, tendo inclusive voz ativa para conversar com o ofensor e tentar compreender a origem do conflito. (BERTONCINI; CORRALES, 2018, p. 66.)

Por fim, deve-se buscar soluções práticas para que mulher tenha a melhor resposta da ordem jurídica, facilitando o seu acesso à Justiça sob a ótica de um ambiente não adversarial, humanizado, permitindo que a triste realidade da violência doméstica contra a mulher tenha uma resolutiva mais justa, acessível e democrática.

4. ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Notou-se que na pandemia as partes envolvidas em processos de família passaram a ter maior conhecimento acerca da Mediação e da Conciliação. A nova realidade impôs aos Tribunais uma inovação: as serventias se capacitaram e oportunizaram o atendimento virtual à população. Assim, as audiências de conciliação ocorreram através de sessões de videoconferência:

Pensando de maneira ágil, célere e eficaz, os Tribunais de Justiça em todo o país, buscaram alternativas de atendimento ao público e capacitação dos servidores de maneira virtual, uma vez que, esse novo método de trabalho iria chegar mais cedo ou mais tarde. (COSTA, 2021, p.1)

Porém, questiona-se se as minorias têm acompanhado as inovações tecnológicas das serventias judiciais. Sabe-se que grupos mais vulneráveis não tem acesso a instrumentos informatizados, estaria o poder judiciário conectado à realidade da mulher que sofre violência? Qual a extensão do acesso à Justiça no atual Sistema Judiciário? O poder judiciário sabe identificar a realidade de pessoas que são analfabetas digitais? Como incluir estas pessoas perante o avanço de

instrumentos tecnológicos na operacionalização da justiça?

Estas questões devem ser suscitadas pelos juristas, pois, ainda que a tecnologia auxilie em muitos procedimentos no judiciário, como a realização de audiências por videoconferência, e tal prática facilite o desenvolvimento do processo judicial, deve-se compreender que o acesso a instrumentos tecnológicos ainda não se estende a boa parte da população brasileira.

Tocante à inclusão digital como instrumento de acesso à justiça, nota-se que o poder judiciário deve se atentar à existência de analfabetos digitais entre os grupos vulneráveis que já possuem dificuldades perante o atual Sistema Judiciário. A ideia deve ser centrada em facilitar o acesso à Justiça, mas, a visão do poder judiciário não pode excluir pessoas que não possuem conhecimento para operacionalizar instrumentos tecnológicos:

[...]as transformações tecnológicas devem contribuir para uma agenda inclusiva de acesso à justiça, de facilitação e conhecimento de direitos, de acesso a informações e estratégias viáveis de composição de conflitos, e que a aceleração das mudanças promovidas pela pandemia no espectro da Justiça, não permita que se deixem de fora mais e mais cidadãos que já possuem dificuldades e que não precisam que essas sejam ainda mais agravadas. (SIQUEIRA; LARA; LIMA, 2020, p. 38)

Considerando o passado de invisibilidade para as questões de gênero e etnia no poder judiciário, inclusive em relação à violência doméstica contra a mulher, percebe-se que os conflitos que versam sobre gênero dificilmente recebem a tratativa mais adequada à sua especificidade, trazendo a figura da mulher negra como quem mais sofre violações de seus direitos humanos, seja no seio familiar, na vida pública e de forma institucionalizada.

Para exemplificar as incidências do racismo contra mulheres no Brasil, inicia-se problematizando a violência traduzida em dados: o Atlas da Violência (2019), organizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aponta a desigualdade racial tendo em vista dados de homicídios de mulheres. Ao tempo em que taxa de homicídios de mulheres não negras aumentou 4,5% entre 2007 e 2017, a porcentagem de crescimento para mulheres negras foi de 29,9%, no mesmo período. Alertou-se também que 66% de todas as mulheres assassinadas no Brasil em 2017 são negras, e conclui serem esses resultados decorrentes dos problemas que este país possui em universalizar suas políticas públicas. (BERTOCINI; CALDONAZZO; MATTOS, 2020, p 22)

Ainda que a Justiça brasileira esteja evoluindo e reconhecendo a necessidade de atuação em favor de grupos historicamente excluídos e vulnerabilizados, percebe-se que ainda vivemos uma fase de construção de visibilidade e de enfrentamento das injustiças sociais em relação a estes grupos por parte do poder judiciário.

Outro critério que pode ser avaliado para aferir o envolvimento do poder judiciário com as situações de violência doméstica é a vinculação do registro de casos apreciados. Considerando que atualmente o índice de violência contra a mulher no Brasil é significativamente expressivo, sendo que o país está colocado em quinto lugar no ranking mundial dentre os países que tem a maior taxa de feminicídio, questiona-se perante a gravidade desta triste estatística, em que momento o poder

judiciário se movimentou na finalidade de identificar este problema e mensurar com que intensidade esse fenômeno ocorre.

A preocupação do Estado em registrar dados que possibilitem a identificação violência doméstica e familiar por meio de seus sistemas de notificações é recente, o que dificulta a análise sobre o aumento ou diminuição real desta violência na sociedade, considerando o marco da lei Maria da Penha. Todavia, como apontado acima, mesmo com a ausência de um parâmetro referencial concreto para a comparação dos dados relacionados ao aumento e a diminuição real da violência, pode-se realizar uma análise importante em conjunto com outras fontes, como as mudanças trazidas pela Lei Maria da Penha e os novos mecanismos e organismos de assistência e proteção às mulheres. (LORENZETTI; SÁ; SILVA., 2020, p. 1)

Outra situação que denota preocupação é a situação das mulheres vulneráveis socialmente que não possuem condições de ter um advogado particular, dependem da Defensoria Pública, e em tempos de pandemia restaram prejudicadas as solicitações de ordens de restrições, dificultando o acesso à Justiça da mulher que sofre com a violência doméstica.

Os impactos do Covid-19 no Direito de Família serão sentidos por muito tempo, e em meu entender o segmento social mais atingido será o das mulheres com menor poder aquisitivo. São elas que estão mais sujeitas à violência doméstica, que dependem mais do serviço da Defensoria Pública em casos de família e que têm na pensão alimentícia um apoio indispensável para sobrevivência dos filhos. (FILHO,2020)

Nesta perspectiva, na prática, o Estado muitas vezes não identifica a realidade social da mulher que sofre violência, e também enfrenta a escassez normativa. A legislação que trata do Direito de Família não consegue acompanhar as evoluções sociais que restauraram os perfis das famílias brasileiras. A jurisprudência e a doutrina tratam de diversas questões que surgem inovando o cenário jurídico nas relações familiares, porém, as expectativas as pessoas têm em relação ao poder judiciário nem sempre está atrelado à isonomia que a lei confere de maneira abstrata, pois fica a critério do julgador aplicar a interpretação que extrai dos julgados e da doutrina.

Além disso, administrativamente, a proteção social destas mulheres deveria ser garantida pelo Estado, mas, durante a pandemia, foi submetida à disponibilidade das Delegacias, que operaram de forma mínima em sistema de emergência.

O atendimento de determinados tipos de casos ficou prejudicado, principalmente em localidades em que não existem Delegacias Especializadas, como Delegacias da Mulher, dificultando o acesso das mulheres que sofrem violência doméstica a medidas protetivas de urgência.

Logo, é imprescindível para a mudança desta realidade que o desenvolvimento de meios alternativos de resolução de conflitos seja disciplinado de uma forma que garanta a acessibilidade destas mulheres à ordem jurídica e promova um ambiente de compreensão das desigualdades sociais e da realidade vivida pela mulher perante a cultura patriarcal da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. **O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução de conflitos**. In: PELUSO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. (Coord.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BERTONCINI, CARLA ; CALDONAZZO, TAYANA ROBERTA MUNIZ ; MATTOS, F. Fernanda Caroline Alves Mattos C. A. . **Teoria do Empoderamento como meio de superação às barreiras interseccionais entre gênero, raça e classe**. 2020.v6i1.6700, v. 6, p. 19-35, 2020.
- BERTONCINI, Carla; CORRALES, Eluane de Lima. **O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da justiça restaurativa a partir do pensamento de Immanuel Kant**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.36, p.59-69, set./dez.2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR36-04.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- BIANQUINI, Heloisa. **Combate a violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito**. Revista Consultor Jurídico, 04 de abril de 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2002.
- _____. **LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340**, de 7 de Agosto de 2006
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em :<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021
- CALDONAZZO, T. R. M.. **Violência doméstica contra a mulher: a desconstrução da masculinidade hegemônica**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2021. v. 1.
- CANEZIN, Thays Cristina Carvalho. CANEZIN, Claudete Carvalho. CACHAPUZ, Rosane da Rosa. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 1, p.286-309, abr. 2017. DOI: 10.5433/28649-130466-1X.2017v12n1p286.ISSN: 1980-511X.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. EUGENIO, Alexia Domene. GARBERLINI, Heloísa Honesko Medeiros. **Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias**. Londrina: Editora Thoth, 2020.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação e mediação**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 18 maio 2016.
- COSTA, Manuella Maria Varejão. IBDFAM, 2021. **O Acesso à Justiça e o Direito de Família face a COVID-19**.Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1628/O+Acesso+>

%C3%A0+Justi%C3%A7a+e+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia+face+a+COVID-19>. Acesso em: 18/07/2021

FILHO, Mario Solimene. **Cinco impactos do Coronavírus no Direito de Família que necessitam de soluções urgentes**. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/81241/cinco-impactos-do-coronavirus-no-direito-de-familia-que-necessitam-de-solucoes-urgentes>>>. Acesso em: 18/07/2021

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Políticas públicas e violência baseada no gênero durante a pandemia da Covid-19: ações presentes, ausentes e recomendadas**. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: << https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35884>>. Acesso em 10 de fev de 2021.

LIMA, João Batista Guimarães de. **Direito de Família hodierno e os seus reflexos nas relações conjugais**. Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões. Ed. 41°. Belo Horizonte: n. 41, 2020.

LORENZETTI, Caroline Schneider. SÁ, Julia Caroline Selzler Passos de. SILVA, Maria Mariana do Nascimento. **Pandemia escancara o feminicídio e a subnotificação no Brasil e no mundo**. Disponível em: << <https://www.ufsm.br/midias/experimental/integra/2021/01/22/pandemia-escancara-o-feminicidio-e-a-subnotificacao-no-brasil-e-no-mundo/>>>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. **Qual a classe, a cor e o gênero da justiça? Reflexões sobre as (im)possibilidades de combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres negras pelo Poder Judiciário brasileiro**. Mediações – Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 21, n. 1, p. 103-123, jul/dez. 2016. ISSN: 2176-6665. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/24677>. Acesso em: 31 jan. 2021. Doi: 10.5433/2176-6665.2016v21n1p103.

TARTUCI, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Forence Ltda, 2018.

SILVA, Amanda Sallet de Almeida e; BASTOS, Bruna; SILVA, Isabela Pradebon. **O que a aplicação de tecnologias pelo poder judiciário durante a pandemia revela sobre a inclusão digital – ou a falta dela – no Brasil**. CEPEDI: Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet. Disponível em: <<https://cepedi.org/2021/07/17/o-que-a-aplicacao-de-tecnologias-pelo-poder-judiciario-durante-a-pandemia-revela-sobre-a-inclusao-digital-ou-a-falta-dela-no-brasil/>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

SILVA, P. C. M.. **Pelo direito a uma vida livre de violência**. In: II Simpósio NUMAPE - Lei Maria da Penha: Direito a paz e cidadania da mulher, 2018, Londrina. Anais do II Simpósio NUMAPE - Lei Maria da Penha: Direito a paz e cidadania da mulher. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2018. v. 0001. p. 67-68.

SILVA, Priscila Cristina Miranda da. **Pelo direito das mulheres a uma vida livre de violência: a influência dos direitos humanos na legislação brasileira**. In: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. (Org.). Ciências jurídicas: Fundamentação, participação e efetividade. 1ed.Ponta Grossa: Atena Editora, 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. LIMA, Henriqueta Fernanda. **Acesso à Justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos Direitos da Personalidade**. Revista da

Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n. 38, dez. 2020

ZACARIAS, Fabiana. SILVA, Mirelly de Almeida. **A Justiça Restaurativa como ferramenta na construção da cidadania de gênero.** Ribeirão Preto: Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 8, n. 2, p. 287-312, jul./dez. 2020.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **A experiência pacificadora da mediação.** In: MUSZKAT, Malvina. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência.* São Paulo: Summus Editorial, 2013. p. 149-189.

PROCESSO COLETIVO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO

Thadeu Augimeri de Goes LIMA¹

RESUMO

O artigo analisa o microsistema especializado existente em nosso ordenamento jurídico que pode ser denominado *microsistema processual coletivo sancionador anticorrupção*, composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e pela Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e dirigido à tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas, mediante a aplicação de sanções punitivas e ressarcitórias, taxativamente cominadas, aos autores, partícipes ou beneficiários de condutas ilícitas tipificadas extrapenalmente e violadoras de ditos bens jurídicos. Situa o patrimônio público e a moralidade e a probidade administrativas no quadro dos interesses supraindividuais e trata dos principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e da Lei de Improbidade Empresarial (LIE) ou Lei Anticorrupção (LAC), enfocando ainda como elas podem ser coordenadas sistematicamente através do método do diálogo das fontes. Ao final, traz as principais conclusões obtidas no estudo. A investigação se valeu principalmente da pesquisa bibliográfica e a fontes informáticas (*internet*), da pesquisa de textos normativos vigentes e projetados e da pesquisa jurisprudencial. A abordagem privilegia os métodos dialético, comparativo e sistemático.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo. Corrupção. Improbidade administrativa. Improbidade empresarial. Diálogo das fontes.

ABSTRACT

The article analyzes the specialized microsystem existing in our legal system that can be denominated *anti-corruption repressive class actions*, composed of the Administrative Improbability Act (Law 8,429/1992) and the Business Improbability Act or Anti-Corruption Act (Law 12,846/2013) and directed to the protection of public patrimony and administrative morality and probity, through the application of punitive and compensatory sanctions, exactly predicted, to the authors, participants or beneficiaries of illegal behaviors typified in non-criminal way that violate those legal goods. It places public patrimony and administrative morality and probity among the trans-individual interests and deals with the main aspects of the Administrative Improbability Act (AIA) and the Business Improbability Act (BIA) or Anti-Corruption Act (ACA), also focusing on how they can be systematically coordinated through the method of dialogue of fonts. In the end, it brings the main conclusions reached in the study. The investigation was mainly based on bibliographical and on computer sources (*internet*) research, on current and projected normative texts research and on jurisprudential research. The approach privileges the dialectical, the comparative and the systematic methods.

KEYWORDS: Class actions. Corruption. Administrative improbity. Business improbity. Dialogue of fonts.

INTRODUÇÃO

A corrupção, o tráfico de influência, o descaso com o patrimônio público e a sua utilização

1 Pós-doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisador/autor e professor convidado da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (ESMPPR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

para o benefício de particulares, em detrimento de toda a comunidade que é o seu verdadeiro *dominus*, são problemas que afligem a sociedade brasileira já desde o período colonial.

O paulatino incremento da transparência, a profusão de apurações levadas a cabo pelos órgãos estatais e a diuturna cobertura da imprensa têm, nos últimos tempos, revelado ao conhecimento geral muitos, e por vezes intrincados, esquemas de desvios de verbas públicas e de trocas ilícitas de favores entre os setores público e privado, cujas quantificações pecuniárias atingem somas astronômicas e implicam, em consequência, a escassez de recursos para a prestação de serviços públicos de qualidade e para a execução das políticas públicas constitucional e legalmente determinadas ao Estado brasileiro, notadamente em prol de direitos fundamentais sociais, de caráter prestacional.

Não é exagerada, portanto, a sentida preocupação social com o aprimoramento dos mecanismos legais de controle e de repressão existentes e a elaboração de outros novos, de modo a favorecer a proteção do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas e a justa e exemplar punição dos envolvidos na dilapidação da *res publica* e no aviltamento dos vetores normativo-axiológicos da sua boa administração.

Nessa perspectiva, o processo coletivo é chamado a desempenhar importante papel, ingressando no arsenal de instrumentos legais voltados a combater as ações e omissões ilícitas contra tais bens jurídicos.

E, de modo colateral e conexo ao microsistema processual coletivo brasileiro, delineado nuclearmente pela conjugação da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) com o Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), merece destaque o hoje existente setor que pode ser referido como *microsistema processual coletivo sancionador anticorrupção*, composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e pela Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e dirigido à tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas, mediante a aplicação de sanções punitivas e ressarcitórias, taxativamente cominadas, aos autores, partícipes ou beneficiários de condutas ilícitas tipificadas extrapenalmente e violadoras de ditos bens jurídicos.

O objetivo do artigo é apresentar esse microsistema e examinar seus principais aspectos, como opera e como deve se dar a coordenação dos diplomas legais que o integram.

O trabalho inicia situando o patrimônio público e a moralidade e a probidade administrativas no quadro dos interesses supraindividuais. Na sequência, trata dos principais aspectos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e da Lei de Improbidade Empresarial (LIE) ou Lei Anticorrupção (LAC), prosseguindo com o enfoque de como elas podem ser coordenadas sistematicamente através do método do diálogo das fontes. Ao final, traz as principais conclusões

obtidas.

A investigação se valeu principalmente da pesquisa bibliográfica e a fontes informáticas (*internet*), da pesquisa de textos normativos vigentes e projetados e da pesquisa jurisprudencial, ao passo que a abordagem privilegia os métodos dialético, comparativo e sistemático.

O método dialético é utilizado na análise dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais encontrados no estudo do tema, de modo a contrapô-los e extrair sínteses superadoras de possíveis contradições. O método comparativo é empregado especialmente para destacar as diferenças verificadas entre os regimes da LIA e da LIE ou LAC e o do microssistema processual coletivo estatuído pela LACP e pelo Título III do CDC. Finalmente, o método sistemático é usado para coordenar entre si a LIA e a LIE ou LAC, a fim de configurarem um verdadeiro microssistema.

1. O PATRIMÔNIO PÚBLICO E A MORALIDADE E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVAS NO QUADRO DOS INTERESSES SUPRAINDIVIDUAIS

A expressão *interesses supraindividuais* indica os interesses de vários sujeitos acerca de objetos que ostentam dimensão não passível de apropriação e de gozo exclusivos (CAPONI, 2008, p. 1211), ou, em outros termos, “relações factuais estabelecidas entre conjuntos (mais ou menos vastos) de pessoas portadoras de necessidades compartilhadas e situações valiosas ou bens (materiais ou imateriais) úteis a satisfazê-las e insuscetíveis de apropriação e fruição individualizadas” (LIMA, 2020, p. 31).

Como *gênero*, os interesses supraindividuais comportam *três espécies*, que se diferenciam por uma escala decrescente de fluidez e dispersão dos seus sujeitos respectivos: os interesses gerais, os interesses difusos e os interesses coletivos (COSTA, 2015, p. 31-32).

Os interesses gerais são interesses de toda a sociedade civil, que dizem respeito a todas as pessoas, e não somente a uma determinada coletividade ou um agrupamento restrito. São eles os mais dispersos e fluidos das três espécies aventadas e abstraem da satisfação direta de algum interesse individual quando da sua efetivação. Seja com a proteção de fato de uma só pessoa ou de um grupo de pessoas, tratando-se de uma necessidade/utilidade da sociedade civil, o interesse geral será também satisfeito (COSTA, 2015, p. 33).

Salienta-se que o interesse geral constitui o substrato material do chamado *interesse público primário*, assumindo esta configuração a partir do momento em que a tarefa de persegui-lo resta formal e conscientemente encampada pela organização jurídico-política da sociedade. Vale dizer, a qualificação de determinado interesse geral “natural” como um interesse público primário não decorre automaticamente de sua importância ou de suas características intrínsecas – embora certamente as leve em conta –, dependendo de uma decisão valorativa do corpo social no exercício

do seu poder jurídico-político (LIMA, 2020, p. 32).

Os interesses difusos, ao seu turno, ostentam como traços identitários a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração contingencial. A indeterminação dos sujeitos deriva, em boa parte, da inexistência de um vínculo aglomerativo prévio entre as pessoas interessadas, as quais se agregam ocasionalmente em razão de circunstâncias episódicas, como os fatos de habitarem uma mesma região, de consumirem um mesmo tipo de produto, de compartilharem alguns valores éticos ou religiosos ou de serem afetadas pelo mesmo evento, de origem humana ou natural. A indivisibilidade do objeto significa a impossibilidade de sua partição útil em frações ou cotas individualizáveis. A intensa conflituosidade concerne à inviabilidade ou grande dificuldade prática de atendimento integral e simultâneo de dois ou mais interesses igualmente relevantes e concorrentes de grupos que exurgem, no contexto concreto, como antagônicos – a exemplo dos interesses na preservação ambiental e no desenvolvimento econômico –, os quais, por isso, exigem mediações e ponderações quanto à respectiva prevalência. Por fim, a duração contingencial decorre da própria dinamicidade da vida em sociedade e da irrefreável tendência desses interesses de aparecerem, desaparecerem e se transformarem no tempo e no espaço com considerável velocidade, impondo a adoção de soluções rápidas e abertas a mutações (MANCUSO, 1994, p. 73-85; LIMA, 2020, p. 32).

Já os interesses coletivos se notabilizam pela preexistência de um liame organizativo perceptível e duradouro entre os sujeitos, via de regra oriundo do pertencimento a um grupo, a uma classe ou a uma categoria de pessoas que se destaca no universo social em vista de alguma qualidade diferencial reconhecida aos seus membros ou da natureza das atividades por eles desenvolvidas. Tais pessoas, determináveis em virtude da afiliação que as marca, perseguem conjuntamente um objetivo comum e indivisível, que aproveita a todos os integrantes do grupo, da classe ou da categoria. Eis por que é habitual se referir ao seu caráter *corporativo* (VIGORITI, 1979, p. 39; DE VITA, 1999, p. 18-19; COSTA, 2015, p. 21; LIMA, 2020, p. 33).

O patrimônio público e a moralidade e a probidade administrativas constituem inegáveis objetos de interesses supraindividuais, pois envolvem situações valiosas e bens materiais e imateriais que concernem a um vasto contingente de sujeitos e são insuscetíveis de apropriação e de gozo exclusivos. Não obstante, o exato enquadramento doutrinário deles como objetos de interesses gerais/públicos ou de interesses difusos é questão controvertida na doutrina. Com efeito, há quem visualize tais bens jurídicos como objetos de interesses gerais/públicos (COSTA, 2015, p. 40-41, 47) e quem prefira concebê-los como objetos de interesses difusos (ALMEIDA, 2003, p. 452, 457).

Todavia, para fins de tutela jurisdicional, não resta qualquer dúvida de que os patrimônios público e social – interpretados de maneira ampla, abrangendo seus aspectos materiais e imateriais

(o erário, entendido como o conjunto de bens, dinheiros e créditos públicos) e normativo-axiológicos (os princípios e valores regentes da Administração Pública e os atributos que refletem a sua honra objetiva e boa visão perante os administrados) e, portanto, a moralidade e a probidade administrativas – podem ser protegidos através dos meios disponibilizados pelo microsistema processual coletivo composto pela LACP e pelo Título III do CDC, notadamente a ação civil pública ou coletiva, *ex vi* do art. 129, inc. III, da Constituição Federal de 1988 e do art. 1º, inc. VIII, da LACP, inserido pela Lei 13.004/2014.

De fato, no interior do desenho institucional da República Federativa do Brasil, parcela significativa das atividades de prevenção e de sancionamento da corrupção foi conferida ao Poder Judiciário, que, na atualidade, é uma das principais instâncias de discussão e fiscalização da ética pública e, por conseguinte, de tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas (COSTA, 2015, p. 10).

Outrossim, embora também não haja consenso doutrinário e se trate de conceitos que, no mais das vezes, acabam por se interpenetrar, entendemos que, a partir de critérios fornecidos pelo direito positivo brasileiro (*v.g.*, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa e o art. 2º da Lei 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo em nível federal), é possível distinguir a moralidade administrativa da probidade administrativa. Assim, a moralidade administrativa tem um *conteúdo prevalentemente finalístico*, sintetizado no dever de perseguir a satisfação dos interesses da comunidade política, para a consecução do bem comum. De outro lado, a probidade administrativa diz respeito às *características do modo de agir* da Administração Pública, que deve espelhar a legalidade, o zelo, o comedimento, a economia, a honestidade e a lealdade no trato da coisa pública. Em resumo, a moralidade administrativa se traduz em um *dever de fim*, ao passo que a probidade administrativa se traduz em um *dever de meios*. Ambas, contudo, são vetores normativo-axiológicos da boa administração, porque dotadas de imperatividade e consagradoras de exigências valorativas ético-sociais.

Como já adiantado, para além do microsistema processual coletivo (LACP + Título III do CDC), e de modo colateral e conexo a ele, a proteção do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas hoje também é viabilizada por um setor do ordenamento jurídico que pode ser referido como *microsistema processual coletivo sancionador anticorrupção*, integrado pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e pela Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), o qual se distingue como *modus* de aplicação de sanções punitivas e ressarcitórias, taxativamente cominadas, aos autores, partícipes ou beneficiários de condutas ilícitas tipificadas extrapenalmente e violadoras daqueles bens jurídicos.

Passemos ao exame dos principais aspectos dos diplomas legais em comento.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/1992): PRINCIPAIS ASPECTOS

A Lei 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), mostrou-se fundamental no controle jurisdicional das condutas dos agentes públicos no Brasil, de todos os Poderes e entes da Federação e de variados escalões, tendo vindo regular o disposto no art. 37, § 4º, da CF/1988. Ela trouxe regras materiais e processuais em matéria de improbidade administrativa, descreveu os atos ímprobos, distribuindo-os em três categorias, previu seus sujeitos ativos e passivos e fixou as respectivas sanções e seus prazos prescricionais, assim como instituiu regras referentes à investigação e ao processo judicial de persecução desses ilícitos, entre outras disposições (ALMEIDA, 2003, p. 451; BERTONCINI, 2007, p. 24).

O rol de atos de improbidade foi depois estendido pelas Leis 11.107/2005, 13.019/2014, 13.146/2015 e 13.650/2018, bem como pela Lei Complementar 157/2016, passando a contemplar, além dos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), dos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) – existentes desde a edição da LIA –, os atos ímprobos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A).²

De início, cumpre deixar claro que o art. 37, § 4º, da CF/1988 afasta, expressa e completamente, qualquer conotação penal que se pretenda atribuir aos atos de improbidade administrativa. Ao empregar a locução “sem prejuízo da ação penal cabível”, o dispositivo demonstra que as suas cominações não são substitutivas das penas previstas para os crimes funcionais e contra a Administração Pública, mas concorrentes com elas. Quer-se dizer que ele remete à legislação infraconstitucional matéria não penal (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 46-47). Ou seja, trata-se de atos ilícitos submetidos à *cumulação sancionatória*, não incidindo o *ne bis in idem* em sua vertente material, por explícito comando constitucional.³

2 Tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei 2.505/2021 (BRASIL, 2021) – originado na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 10.887/2018 –, que pretende alterar significativamente a LIA. Dentre as muitas modificações propostas, convém aqui destacar a revogação do art. 10-A – cujo conteúdo passa para o novel inc. XXII do art. 10 – e de alguns incisos dos arts. 10 (inc. XXI) e 11 (incs. I, II, IX e X), a inclusão de novas figuras ímprobos no art. 11 (incs. XI e XII) e a promoção de alterações redacionais nos arts. 9º, 10 e 11.

3 É lição corrente que a garantia do *ne bis in idem* guarda dois conteúdos, um *material* e outro *processual*. Sob o ponto de vista material, o *ne bis in idem* se relaciona com o direito substancial e significa a impossibilidade ao Estado de punir uma mesma pessoa (natural ou jurídica) mais de uma vez pela mesma conduta, na mesma esfera de responsabilização e com supedâneo no mesmo fundamento jurídico. Sinteticamente, constitui um *escudo* contra a exacerbação do *jus puniendi* em geral. Sob o aspecto processual, o *ne bis in idem* significa a impossibilidade de submeter alguém a nova persecução criminal a respeito de fato que já haja sido ou seja objeto de imputação em outra investigação ou ação penal, tendo sido expressamente acolhido no art. 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, introduzida no sistema jurídico pátrio por meio do Decreto Federal 678/1992 (cf. LIMA, 2020, p. 61-64).

A LIA alcança, além dos agentes públicos (art. 2º)⁴, as pessoas naturais ou jurídicas (art. 3º)⁵ que concorram para o ato de improbidade administrativa ou dele se beneficiem. É indispensável, para a caracterização de conduta punível sob a égide do diploma, a ação ou omissão de agente público que se enquadre em um dos tipos legais, cometida por ele em proveito próprio ou alheio, de sorte que, faltando este sujeito, simplesmente não há improbidade administrativa. A conduta de particular concorrente ou beneficiário, portanto, é sempre *adesiva* a uma conduta principal do agente público (ROSA; MARTINS JÚNIOR, 2014, n. 5).⁶

Os atos de improbidade administrativa exigem ainda a culpa *lato sensu* do agente e do concorrente ou beneficiário, sendo portanto *ilícitos de responsabilidade subjetiva*. Conforme a categoria tratada, poderão se perfazer tanto com o dolo quanto com a culpa *stricto sensu* (art. 10), ou apenas com o dolo (arts. 9º, 10-A e 11).⁷

Ademais, há que se ressaltar que as sanções para os atos de improbidade administrativa, mencionadas no citado art. 37, § 4º, da CF/1988 e pormenorizadas no art. 12 da LIA, não são puramente civis, dado que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão dos direitos políticos atingem as esferas administrativa e política. Por isso, alude-se ao conjunto dessas penalidades civis, políticas e administrativas como *responsabilidade civil político-administrativa* (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 47).

A verificação judicial do ato de improbidade administrativa – nos aspectos da sua existência empírica, da sua autoria e do concurso e/ou benefício nele, do elemento subjetivo do(s)

4 O PL 2.505/2021 intenta modificar a redação do *caput* e acrescentar um parágrafo único ao art. 2º da LIA, nos seguintes termos: “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.”

5 O PL 2.505/2021 intenta modificar a redação do *caput* e acrescentar dois parágrafos ao art. 3º da LIA, nos seguintes termos: “Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. § 1º. Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação. § 2º. As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.”

6 O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de pessoa jurídica que tenha concorrido para o ato de improbidade administrativa praticado por agente público, ou dele se beneficiado, figurar no polo passivo da respectiva demanda de responsabilização, independentemente da presença também dos seus sócios ou diretores. Outrossim, no caso de condenação, aplicam-se-lhe as sanções compatíveis com a sua natureza, que são as de perda de bens ou valores, de obrigação de ressarcir o dano, de multa civil e de proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos. Nesse sentido, v. REsp 970.393/CE, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21.06.2012, p. DJe de 29.06.2012; e REsp 1.172.177/MT, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.08.2010, p. DJe de 27.04.2011.

7 O PL 2.505/2021 pretende extinguir os atos de improbidade administrativa culposos, tornando todos exclusivamente dolosos, cf. as redações propostas para o arts. 1º, §§ 1º a 3º, 9º, *caput*, 10, *caput*, e 11, *caput*, da LIA.

envolvido(s) e do enquadramento legal da conduta – e a aplicação e dosimetria das sanções respectivas compõem o objeto litigioso da chamada *ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa* – ou simplesmente *ação de improbidade administrativa*, como é conhecida na praxe forense –, dando azo, no caso de procedência da pretensão deduzida, a uma sentença com cargas eficáciais declaratória – reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa –, condenatória – imposição das sanções de perda de bens ou valores, de obrigação de ressarcir o dano e de multa civil – e constitutiva positiva – imposição das sanções de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos – e/ou negativa – imposição da sanção de perda da função pública (cf., em parte, ALMEIDA, 2003, p. 456).

O art. 17, *caput*, preconiza que o rito processual a ser observado é o ordinário, o qual atualmente corresponde ao *procedimento comum* previsto nos arts. 318 e seguintes do vigente CPC. Contudo, os §§ 6º a 10 do mesmo art. 17 – inseridos pela Medida Provisória 2.225-45/2001 e mantidos desde então – estabelecem algumas modificações no esquema procedimental em tela, sobressaindo uma destacada fase preliminar de defesa, criada de maneira a proporcionar juízo de delibação, em cognição não exauriente, sobre a possibilidade de procedência da demanda.⁸

Diferentemente do regime do art. 5º, *caput*, da LACP e do art. 82, *caput*, do CDC, os legitimados ativos para a ação em comento, de forma concorrente e disjuntiva, são só o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, conforme o art. 17, *caput*, da LIA.⁹ O *Parquet*, caso não proponha a demanda, deverá intervir no processo como *custos juris*, sob pena de nulidade, nos moldes do art. 17, § 4º. Quando a ação for ajuizada pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada será intimada para intervir no processo e disporá de três alternativas, tal qual prevê o art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), aplicável *ex vi* do art. 17, § 3º, da LIA: poderá permanecer inerte, sem se manifestar; poderá assumir a defesa do ato impugnado; ou poderá se habilitar como assistente litisconsorcial do autor (ALMEIDA, 2003, p. 453).¹⁰

No vértice oposto, legitimados passivos hão que ser o agente público responsável pelo ato de improbidade e os eventuais concorrentes e/ou favorecidos, assim como o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou enriquecer ilicitamente, somente quanto ao ressarcimento ao erário e até o limite do valor da herança (art. 8º da LIA).¹¹

8 V. STJ, REsp 1.666.454/RJ, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.06.2017, p. DJe de 30.06.2017. O PL 2.505/2021 pretende extinguir essa fase preliminar de defesa e determinar a adoção do rito comum, com algumas especificidades procedimentais, cf. a redação proposta para o art. 17 da LIA.

9 O PL 2.505/2021 intenta tornar exclusiva do Ministério Público a legitimidade para o ajuizamento da ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, cf. a redação proposta para o art. 17, *caput*, da LIA.

10 O PL 2.505/2021 pretende manter a necessidade de intimação da pessoa jurídica interessada para, querendo, intervir no processo, cf. a redação proposta para o art. 17, § 14, da LIA.

11 O PL 2.505/2021 intenta acrescentar um art. 8º-A na LIA, com a seguinte redação: “Art. 8º-A. A responsabilidade

Também de forma diversa do regime processual coletivo geral, não se aplica aqui a chamada coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, disciplinada no art. 103 do CDC.¹²

Acerca da *formação* da coisa julgada material nas ações civis públicas ou coletivas, esta pode ser sumariada no seguinte esquema:

1) Em caso de *procedência* do pedido formulado em demanda coletiva ajuizada para tutelar interesses difusos ou coletivos, a coisa julgada material coletiva *sempre se forma* (art. 103, incs. I e II, do CDC).

2) Em caso de *improcedência* do pedido formulado em demanda coletiva ajuizada para tutelar interesses difusos ou coletivos, e desde que tenham havido o *esgotamento da produção probatória possível* e a *cognição plena e exauriente*, a coisa julgada material coletiva *sempre se forma* (art. 103, incs. I e II, do CDC).

3) Em caso de *improcedência* do pedido formulado em demanda coletiva ajuizada para tutelar interesses difusos ou coletivos, e desde que tenha ocorrido a rejeição da pretensão deduzida em razão de *insuficiência probatória*, a coisa julgada material coletiva *não se forma*. Destarte, o mesmo legitimado, ou qualquer outro, pode repropor demanda idêntica – isto é, em face do(s) mesmo(s) réu(s), com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido –, fundado em *prova nova* (art. 103, incs. I e II, do CDC).

4) Em caso de *procedência* ou *improcedência* – ainda que motivada por *insuficiência probatória* – do pedido formulado em demanda coletiva ajuizada para tutelar interesses individuais homogêneos, a coisa julgada material coletiva *sempre se forma* (art. 103, inc. III e § 2º, do CDC).

Como explica José Manoel de Arruda Alvim Netto (1997, n. 1 e 1.1), a coisa julgada material é uma constante no sistema comum dos processos individuais, independentemente do resultado da demanda. É-lhe, em princípio, estranha a ocorrência de coisa julgada *segundo o evento ou o resultado do julgamento*, ao passo que no microssistema processual coletivo a coisa julgada material pode se formar *secundum eventum litis*. Significa que, no caso de improcedência do pedido em ação coletiva voltada à tutela de interesses difusos ou coletivos, a grandeza do bem jurídico supraindividual somente justifica que advenha a coisa julgada material quando ficar claro ao juiz

sucessória de que trata o art. 8º desta Lei aplica-se também na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária. Parágrafo único. Nas hipóteses de fusão e de incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e de fatos ocorridos antes da data da fusão ou da incorporação, exceto no caso de simulação ou de evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.”

12 O art. 16 da LACP, na redação conferida pela Lei 9.494/1997, que também disciplinava a coisa julgada nos processos coletivos e restringia sua eficácia subjetiva aos limites da competência territorial do órgão jurisdicional prolator da sentença na ação civil pública, teve a inconstitucionalidade reconhecida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.101.937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 07.04.2021, p. 14.06.2021 (Tema de Repercussão Geral 1075). Portanto, atualmente rege a matéria o art. 103 do CDC, o qual, inclusive, apresenta disciplina mais completa do que a do art. 16 da LACP, e sem o óbice que ele trazia.

que toda a produção probatória foi realizada e que, apesar disso, inexistiu a lesão ou ameaça. Em tal hipótese de improcedência com esgotamento probatório, haverá coisa julgada material *exclusivamente* no plano da ação coletiva, ou seja, ela não interferirá nas ações individuais. Já na ação coletiva voltada à tutela de interesses individuais homogêneos, não se cogita da insuficiência de provas para a não formação da coisa julgada material; e a improcedência também não repercutirá sobre as esferas jurídicas individuais dos prejudicados, salvo para aquele que tiver intervindo como assistente litisconsorcial na demanda coletiva, conforme o art. 94, c/c o art. 103, § 2º, do CDC.

Ademais, Camilo Zufelato (2011, p. 275-276) bem anota que o modelo legislativo brasileiro de julgado *secundum eventum* é dotado de um traço peculiar. No âmbito dos interesses difusos e coletivos, a formação da coisa julgada material ocorrerá de acordo com o resultado do processo, combinado com a suficiência ou não de elementos probatórios, ao passo que a sua projeção do plano coletivo para o individual ocorrerá somente segundo o resultado, sempre que julgado procedente o pedido. Já no âmbito dos interesses individuais homogêneos, a formação da coisa julgada material não dependerá do resultado do processo, ou seja, ela se formará sempre, mas será estendida para os lesados individuais somente quando o resultado lhes for favorável. Quer-se dizer que, para os interesses difusos e coletivos, o resultado do processo – procedência ou improcedência do pedido – não é o único critério determinante da formação ou não da coisa julgada material, pois a imutabilidade quanto ao resultado improcedência fica vinculada à suficiência ou não do material probatório.

Logo, a formação da coisa julgada material nas ações civis públicas ou coletivas voltadas à proteção de interesses difusos e coletivos se dá, mais tecnicamente, *secundum eventum litis vel probationis*, ao passo que nas ações coletivas voltadas à proteção de interesses individuais homogêneos ela opera *pro et contra* (ZUFELATO, 2011, p. 275-277; MANCUSO, 2012, p. 315 ss; COSTA, 2015, p. 249-250).

As ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa se distinguem das ações civis públicas ou coletivas por seu caráter eminentemente sancionatório-repressivo. Por isso, nelas se alteram os valores em jogo no que se refere à ponderação sobre a formação da coisa julgada material de acordo com o resultado do julgamento e das provas. Não se trata mais de contrapor direitos metaindividuais apenas à segurança jurídica, o que justifica o afastamento da coisa julgada material nos casos de improcedência por falta de provas. Nas ações de improbidade administrativa, o que se contrapõe ao interesse metaindividual de tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas são, além da segurança jurídica, alguns direitos fundamentais e políticos do réu (COSTA, 2015, p. 258-260).

A equação passa a ser outra, porquanto se digladiam duas espécies de interesses –

supraindividuais contra individuais indisponíveis – que possuem em comum o alto grau de relevância que lhes é reconhecido pelo ordenamento jurídico. Resulta que, neste âmbito, não se legitima a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, sob pena de deixar o indivíduo à mercê da possibilidade de reiteração de demandas contra a sua esfera de liberdades, medida injustificável dentro da noção de Estado Democrático de Direito e da consectária limitação do poder estatal (COSTA, 2015, p. 260).

Finalmente, o art. 17, § 1º, da LIA, em sua redação original, expressamente vedava a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa, o que, em princípio, implicaria a inadmissibilidade, em inquérito civil instaurado para apurar atos ímprobos, de compromisso de ajustamento de conduta que tivesse por objeto as sanções cominadas no art. 12.¹³ Nada impediria, porém, a sua tomada de forma preventiva, estipulando obrigações voltadas a evitar a prática da improbidade (ALMEIDA, 2003, p. 456).

Registre-se que, não obstante a proibição do art. 17, § 1º, da LIA, em sua redação original, o art. 1º, § 2º, da Resolução CNMP 179, de 26 de julho de 2017, dispôs ser cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas situações configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com o ato praticado, refletindo tendência doutrinária no sentido da admissão das soluções consensuais nesse contexto, até mesmo como negócios jurídicos processuais atípicos e na senda do instituto da colaboração premiada na esfera penal (DIDIER JÚNIOR; BOMFIM, 2017; BERTONCINI, 2018).

O art. 17, § 1º, da LIA foi alterado pela Lei 13.964/2019 e passou a prever o *acordo de não persecução cível* como instrumento de resolução consensual de controvérsias decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa.

3. A LEI DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL OU LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.843/2013): PRINCIPAIS ASPECTOS

Prosseguindo no desenvolvimento de ferramentas preventivas e repressivas da corrupção administrativa, sobreveio a Lei 12.843/2013, que ficou conhecida como Lei de Improbidade Empresarial (LIE) ou Lei Anticorrupção (LAC), cujo escopo principal é a responsabilização de entes coletivos pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

13 O art. 17, § 1º, da LIA teve sua eficácia temporariamente suspensa pela Medida Provisória 703, de 18.12.2015, cujo art. 1º modificava a Lei 12.846/2013, de modo a introduzir disciplina bastante minuciosa para o acordo de leniência, possibilitando-o até no que tange a atos de improbidade administrativa, e cujo art. 2º, inc. I, expressamente revogava aquele dispositivo. A MP 703 teve escoado o seu prazo de vigência sem ser convertida em lei e a redação original do art. 17, § 1º, da LIA, assim, voltou a vigorar plenamente, até a sua modificação por força da Lei 13.964/2019.

Ela estabelece a *responsabilidade objetiva* daqueles entes, nas esferas administrativa e civil, pelas condutas cometidas em seu interesse ou benefício, mesmo que não exclusivo, conforme os arts. 1º, *caput*, e 2º (BARROS, 2014; SANTIN, 2014).

Trata-se, portanto, de responsabilidade que prescinde da culpa *lato sensu*, bastando à sua configuração a existência de um ato ilícito – entre os tipificados extrapenalmente na lei – atribuível ao ente coletivo e apto a lhe trazer proveito, de uma lesão a interesse material ou imaterial da Administração Pública nacional ou estrangeira e do nexo de causalidade entre ambos.¹⁴

O diploma, em princípio, visa as pessoas jurídicas, na linha do que enuncia o art. 1º, *caput*. Todavia, o parágrafo único do dispositivo, além de especificar quais são elas, estende o alcance também às sociedades de fato ou irregulares, aludindo à desnecessidade de personificação jurídica ou de constituição idônea perante as leis nacionais para a incidência de suas normas.

Há que se notar, ainda, que não é somente o ente coletivo ao qual se imputa o ato ilícito que se sujeita às consequências sancionatórias. No seu art. 4º, a lei disciplina situações de *responsabilidade solidária* e de *responsabilidade por sucessão*.

A responsabilidade solidária é tratada no § 2º do art. 4º, o qual estabelece que as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pelos ilícitos de que cuida o texto normativo, restringindo-se tal responsabilidade, contudo, às obrigações de pagamento de multa e de reparação integral do dano causado.

Por sua vez, após o *caput* do art. 4º esclarecer que a responsabilidade da pessoa jurídica imputada subsiste nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, o § 1º preconiza que, havendo fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita ao pagamento da multa e à reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções cominadas e decorrentes de fatos anteriores à fusão ou incorporação, salvo nos casos de simulação ou de evidente intuito fraudatório, desde que devidamente comprovados.

Finalmente, nos termos do art. 3º, *caput* e § 1º, a responsabilização do ente coletivo independe da responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores ou de pessoa natural autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, não a excluindo de qualquer modo. Contudo, e nos moldes do § 2º, a responsabilidade destas pessoas é *subjetiva*, impondo a indagação da presença de dolo ou culpa em suas condutas.¹⁵

14 O art. 28 do texto normativo dispensa tutela à Administração Pública estrangeira em face de atos praticados por pessoas jurídicas brasileiras e estatui regra de extraterritorialidade.

15 Vale frisar que o termo *culpabilidade*, no § 2º do art. 3º, aparece de forma inapropriada, uma vez que se trata de conceito estritamente jurídico-penal e o diploma legal em comento estipula apenas responsabilidades de índoles administrativa e civil.

Os atos lesivos à Administração Pública estão tipificados no art. 5º do texto legal e dizem respeito à atuação ilícita, direta ou indireta, do ente coletivo e de seus dirigentes ou colaboradores – como corrupção ativa, financiamento e subvenção ilegais, uso de interposta pessoa, ajuste, fraude ou frustração de licitação e contrato e suas alterações, inclusive por criação fraudulenta de sociedade, e oposição de óbices à investigação e à fiscalização pelos órgãos públicos –, que ataca o patrimônio público, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil – destacando-se as Convenções de Paris (Decreto 3.678/2000) e de Mérida (Decreto 5.687/2006), que concernem ao combate à corrupção de agentes públicos (SANTIN, 2014).

As sanções cominadas a esses atos lesivos se distribuem em dois grupos, um independente do outro, *ex vi* do art. 18: as sanções de cunho administrativo, imponíveis por meio de processo da mesma natureza e previstas no art. 6º, e as sanções de cunho puramente civil ou misto (administrativo-civil), imponíveis por meio de processo jurisdicional e previstas no art. 19.

Assim, a responsabilidade do ente coletivo, mesmo objetiva, poderá receber apuração pela via administrativa ou pela judicial, dependendo da natureza da sanção a ser aplicada. Ainda, ambas as vias são concorrentes, o que significa que, diante de fato único, é possível a deflagração de dois processos de feições diferentes (FABRETTI, 2014, n. 4.3).¹⁶ Vê-se aí mais uma hipótese de *cumulação sancionatória* legalmente admitida, que não implica violação do *ne bis in idem* em sua dimensão material.

Em coerência com o objetivo deste artigo, olvidaremos a responsabilização administrativa, a fim de focar os principais aspectos da responsabilização judicial, que se dá por intermédio do processo coletivo.

Com efeito, o art. 21, *caput*, da Lei Anticorrupção determina que a demanda visando à responsabilização judicial de ente coletivo – e, eventualmente, de pessoas naturais – por ato ilícito lesivo à Administração Pública siga o “rito” previsto na Lei 7.347/1985.

Ocorre que o diploma remetido não traça nenhum esquema procedimental próprio, o que só pode levar à conclusão de que a correta inteligência do dispositivo é no sentido da opção legal pelo instrumento ação civil pública para o arbitramento judicial da responsabilidade.

Duas observações merecem ser feitas neste ponto.

A primeira delas é que, eventualmente, a ação civil pública poderá veicular pedido de imposição das sanções administrativas previstas no art. 6º, desde que constatada a omissão das

16 O art. 25 do texto normativo, no *caput*, fixa em cinco anos o prazo prescricional das pretensões sancionatórias, contado da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, bem como estabelece, no parágrafo único, que, na esfera administrativa ou judicial, o decurso do lapso extintivo será interrompido com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

autoridades incumbidas de promover a responsabilização administrativa. É o que dispõe o art. 20. Neste caso, tais autoridades deverão que ser responsabilizadas pela sua omissão, como preceitua o art. 27.

A segunda observação é que a falta de previsão específica da reparação do dano como sanção não impede a sua aplicação, pois é implícita e harmônica com a própria *mens legis* de reprovar os atos lesivos contra a Administração Pública, tratando-se de tradicional obrigação do autor de ato ilícito causador de prejuízo (SANTIN, 2014).

Aliás, o art. 21, par. ún., parece inclusive dispensar pedido expresso de condenação à obrigação de reparar o dano, tornando-a decorrência automática da sentença de procedência na ação civil pública. Trata-se de uma hipótese de ampliação *ope legis* do objeto do processo.

Assim, a verificação judicial do ato ilícito lesivo contra a Administração Pública – nos aspectos da sua existência empírica, da sua autoria e do concurso e/ou benefício nele, do elemento subjetivo do(s) envolvido(s), quando se cuidar de pessoas naturais, e do enquadramento legal da conduta – e a aplicação e dosimetria das sanções respectivas e da reparação do dano compõem o objeto litigioso da ação civil pública em tela, dando azo, no caso de procedência da pretensão deduzida, a uma sentença com cargas eficaciais declaratória – reconhecimento da prática do ato ilícito –, condenatória – imposição das sanções de multa, de publicação extraordinária de decisão condenatória e de perdimento de bens, direitos ou valores e da obrigação de ressarcir o dano – e constitutiva positiva – imposição das sanções de suspensão ou interdição parcial de atividades e de proibição de receber benefícios públicos – e/ou negativa – imposição da sanção de dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Como dito linhas atrás, à míngua de um esquema procedimental próprio na LACP, o rito processual a ser observado é o *procedimento comum* previsto nos arts. 318 e seguintes do vigente CPC.

O rol de legitimados ativos para o exercício da ação civil pública em comento é mais restrito do que o estabelecido no regime geral do microsistema processual coletivo. Destarte, de acordo com o art. 19, *caput*, detêm a pertinência subjetiva ativa para a propositura da demanda, de forma concorrente e disjuntiva, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vítimas dos atos lesivos – postulando por meio das suas respectivas advocacias públicas ou seus órgãos de representação judicial ou equivalentes –, assim como o Ministério Público.

Aqui também devem ser feitas duas observações.

A primeira delas é que, conquanto ausente uma disposição expressa, mas por interpretação sistemática dos arts. 9º e 16, § 10, da Lei de Improbidade Empresarial, c/c o art. 4, n. 2, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

Comerciais Internacionais (Convenção de Paris), introduzida no ordenamento pátrio pelo Decreto Federal 3.678/2000¹⁷, compete à União ajuizar a ação civil pública quando a Administração Pública estrangeira for a ofendida pela conduta ilícita. Não obstante à primeira vista se possa pensar em um caso de *substituição processual*, preferimos compreender essa legitimação da União como *ordinária funcional*, porquanto se destina ao cumprimento de uma *função* sua, assumida desde compromissos no plano internacional.

A segunda observação é que, conforme o já citado art. 20 da LIE, apenas o Ministério Público tem legitimidade ativa para pleitear a imposição das sanções administrativas previstas no art. 6º, quando constatada a omissão das autoridades incumbidas de promover a responsabilização administrativa.

No vértice oposto, são legitimados passivos para figurar no processo todos os entes coletivos e pessoas naturais que, por responsabilidade própria, solidária ou por sucessão, podem receber as consequências jurídicas dos atos ilícitos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

No que tange à formação da coisa julgada material, entendemos plenamente possível na demanda em apreço o uso da técnica da imutabilidade do comando jurisdicional *secundum eventum litis vel probationis*, nos moldes do regime geral do microsistema processual coletivo. A uma, porque a Lei Anticorrupção mesma determina a aplicação da LACP para o escopo da responsabilização judicial, sem traçar qualquer ressalva; logo, há que incidir o art. 21 da última, que invoca a aplicação do Título III do CDC e, por conseguinte, do art. 103 deste. A duas, porque as sanções cominadas aos atos ilícitos são dotadas de caráter eminentemente patrimonial e não acarretam restrição de direitos fundamentais. Até as punições mais gravosas, como a suspensão ou interdição parcial de atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber benefícios públicos, não interferem nas liberdades associativa e de empresa, pois estas, por expressas disposições constitucionais (arts. 5º, incs. XVII, XIX e XXIII, e 173, parágrafo único, da CF/1988), pressupõem o seu exercício dentro da licitude.

A Lei de Improbidade Empresarial institui mecanismo especial de autocomposição de conflitos atinentes à prática de ato ilícito lesivo contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, qual seja, o *acordo de leniência*, disciplinado nos seus arts. 16 e 17.

O pacto pode ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou ente público ofendido ou pela Controladoria-Geral da União (CGU), conforme o caso, com ente coletivo que colabore efetivamente com a investigação e o processo na identificação de envolvidos e na obtenção

17 “Artigo 4. [...] 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.”

célere de informações, desde que se trate do primeiro interessado a se manifestar, admita o cometimento do ato, cesse completamente o envolvimento na infração e coopere plena e permanentemente na apuração. Como contraprestação ao ente coletivo colaborador, a avença pode prever a dispensa da sanção administrativa de publicação da condenação, a exclusão da sanção civil-administrativa de proibição de recebimento de incentivo ou benefício da Administração e a redução do valor da multa administrativa em até dois terços. A possibilidade de celebração deste acordo já existia na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para as infrações contra a ordem econômica, sendo a sua atribuição mantida inalterada, por força do art. 29 (SANTIN, 2014).

Novamente, duas observações precisam ser feitas.

A primeira delas diz respeito à possibilidade do Ministério Público celebrar acordo de leniência, uma vez que o art. 16 da Lei Anticorrupção não lhe faz alusão expressa. Parece-nos mais correto o entendimento em sentido positivo, a partir da exegese sistemática do texto normativo e em consonância com o papel do *Parquet* na tutela do patrimônio público e social (art. 129, inc. III, da CF/1988). Ademais, aponta-se que essa iniciativa deve se sujeitar a temperamentos, como as necessárias ciência, participação e anuência do ente interessado quanto à celebração e as cláusulas da avença (ZOCKUN, 2016; FERRARI, 2017, n. 2.2).

A segunda observação é que, como mecanismo especial, o acordo de leniência tem primazia e afasta a aplicação do compromisso de ajustamento de conduta relativamente aos atos lesivos já perpetrados (*lex specialis derogat legi generali*). Nada impede, porém, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta de forma preventiva, estipulando obrigações voltadas a evitar o cometimento dos ilícitos.

4. O DIÁLOGO DAS FONTES E A COORDENAÇÃO DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO SANCIONADOR ANTICORRUPÇÃO

Do exposto nas páginas anteriores, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro busca coibir a *corrupção administrativa* – aqui concebida em sentido amplo, como a predagem do patrimônio público e o menoscabo da moralidade e da probidade administrativas para beneficiar interesses privados –, ora enfatizando e sancionando as condutas do *agente público corrupto* (LIA), ora enfatizando e sancionando as condutas do *particular corruptor* (LIE).

Como vimos, as pessoas jurídicas já podiam ser responsabilizadas por ato de improbidade administrativa, sempre que atuassem em concurso com agente público ou fossem beneficiadas pelo ilícito. Agora, mesmo que não haja ato ímprobo de agente público, o ente coletivo pode ser sancionado por sua própria atuação (SANTIN, 2014).

Resta saber, portanto, como coordenar sistematicamente esses dois regimes, ante a disposição do art. 30, inc. I, da LIE, segundo a qual a imposição de suas sanções se dá sem prejuízo da incidência da LIA.¹⁸

Parece-nos que o método do *diálogo das fontes*, especialmente na forma do *diálogo de complementaridade e subsidiariedade*, é capaz de orientar a melhor lógica para a aplicação dos diplomas, evitando tanto um possível e indesejado *bis in idem* na punição quanto a exegese que se inclina pela derrogação de um texto normativo pelo outro.¹⁹

A expressão *diálogo das fontes* foi consagrada por Erik Jayme em seu Curso Geral de Haia de 1995, referindo-se à atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das variadas fontes normativas vigentes, com campos de incidência convergentes, porém não mais iguais. Trata-se de uma expressão retórica e semiótica, pois dá imediata conta de sua finalidade de impor *duas lógicas*, de fazer incidir harmonicamente e ao mesmo tempo duas (ou mais) leis. Em síntese, privilegia a denominada *coerência derivada ou restaurada*, que, em um momento posterior aos períodos da descodificação, do enaltecimento da tópica e da microrrecodificação, busca eficiência não só hierárquica, mas funcional, do sistema plural e complexo do Direito contemporâneo (MARQUES, 2013, p. 122-123).

Trata-se de um método de interpretação sistemática fundado na coordenação de diferentes fontes normativas, sobremaneira útil ao aplicador quando se depara com a multiplicidade de leis em vigor regulando um determinado tema (MARQUES, 2012, p. 21-22, 30-31; MIRAGEM, 2012, p. 74-75).

São essencialmente três os tipos de diálogo possíveis entre as fontes normativas: a) o *diálogo sistemático de coerência*, mediante o qual uma lei pode servir de base conceitual para outra, mormente se uma delas tem natureza geral e a outra tem natureza especial, ou se uma é a lei central do sistema – por exemplo, um Código – e a outra se trata de um microsistema específico; b) o *diálogo de complementaridade e subsidiariedade*, mediante o qual uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de incidência, isto é, tanto suas regras quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, evitando uma apressada conclusão pela revogação total ou parcial; e c) o *diálogo das influências recíprocas sistemáticas* ou *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, mediante o qual as conquistas

18 Ressalte-se que, de acordo com o novo § 2º que o PL 2.505/2021 intenta acrescentar ao art. 3º da LIA, as sanções desta lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à Administração Pública de que trata a LIE. Nesta hipótese, portanto, *de lege ferenda*, prevaleceriam as disposições da LIE sobre as da LIA, afastando-se a solução que, *de lege lata*, a seguir preconizamos no texto.

19 A propósito, entende Sebastião Botto de Barros Tojal (2014, n. 2) que, a partir do advento da Lei 12.846/2013, as pessoas jurídicas não respondem mais por improbidade administrativa, mas tão somente pelas condutas nela previstas, ficando os atos tipificados na LIA restritos às pessoas naturais, as quais terão suas ações ou omissões analisadas sob o aspecto subjetivo, enquanto as pessoas jurídicas apenas sob o enfoque objetivo.

positivas em sede de aplicação de uma lei, por obra da interpretação jurisprudencial, são transpostas para a outra, significando uma direta influência da lei especial sobre a lei geral ou desta sobre aquela (MARQUES, 2013, p. 128).

O critério fundamental para a aplicação do diálogo de complementaridade e subsidiariedade no microssistema processual coletivo sancionador anticorrupção há que ser a *presença ou não de agente público nacional (de nível federal, estadual, distrital ou municipal) envolvido no fato* ou, dito de outro modo, a existência ou não de um ato de improbidade administrativa. É ele que deve determinar a incidência das disposições da LIA ou da LIE.

Assim, havendo ato de improbidade administrativa (arts. 9º, 10, 10-A e 11 da LIA), necessariamente praticado por agente público nacional (art. 2º da LIA), o *extraneus* – pessoa natural ou jurídica – que para ele concorre ou que dele se beneficia (art. 3º da LIA) responde juntamente com o *intraneus* pelo ato ímprobo, sob a égide da Lei 8.429/1992. Trata-se de responsabilidade subjetiva, exigindo a presença de culpa *lato sensu* nas condutas de ambos.

De outro lado, havendo ato ilícito lesivo contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 5º da LIE), praticado por ente coletivo no interesse ou benefício próprio (arts. 1º, 2º e 4º da LIE) e sem o envolvimento de agente público nacional, aquele responde sob a égide da Lei 12.846/2013. Trata-se de responsabilidade objetiva, nos campos administrativo e civil, dispensando a culpa *lato sensu* na atuação.

Por fim, também se admite a responsabilização, sob a égide da Lei de Improbidade Empresarial, de pessoa natural particular que tenha agido na qualidade de dirigente ou administrador do ente coletivo, concorrido para o ato lesivo contra a Administração Pública nacional ou estrangeira ou dele se beneficiado (art. 3º da LIE). Neste caso, a responsabilidade é subjetiva, impondo a constatação da culpa *lato sensu* na conduta.

Desse modo se resolve, por exemplo, a aparente cumulação entre a sanção de proibição temporária de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos prevista no art. 19, inc. IV, da LIE e a sanção de proibição temporária de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios cominada no art. 12 da LIA. Com efeito, se um ente coletivo fornece a um agente público nacional vantagem econômica indevida, ele concorre para o ato de improbidade administrativa, estando ambos submetidos às sanções do art. 12, inc. I, da LIA. Para se aplicar a Lei Anticorrupção, é preciso que se afaste a responsabilidade do agente público nacional e a caracterização da conduta como ato de improbidade administrativa (ROSA; MARTINS JÚNIOR, 2014, n. 5).

5. CONCLUSÃO

A corrupção administrativa, tomada no sentido amplo de predagem do patrimônio público e de menoscabo da moralidade e da probidade administrativas para beneficiar interesses privados, é problema que remonta ao período colonial e continua até hoje afligindo a sociedade brasileira.

Por isso, justifica-se a sentida preocupação social com a criação e o aprimoramento dos mecanismos preventivos e repressivos da dilapidação da *res publica* e do aviltamento dos vetores normativo-axiológicos da sua boa administração.

Nesse contexto, destaca-se que o Poder Judiciário se revelou um importantíssimo *locus* para a fiscalização e o sancionamento da ética pública e o processo coletivo se mostrou um imprescindível instrumento voltado a tanto, até porque o patrimônio público e a moralidade e a probidade administrativas são inegáveis objetos de interesses supraindividuais.

De modo colateral e conexo ao microssistema processual coletivo delineado pela conjugação da LACP e do Título III do CDC, apresenta-se hoje no ordenamento jurídico brasileiro um verdadeiro microssistema processual coletivo sancionador anticorrupção composto pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e pela Lei de Improbidade Empresarial ou Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

A LIA enfatiza e sanciona as condutas do agente público corrupto, sem olvidar eventuais pessoas naturais ou jurídicas concorrentes, partícipes ou beneficiárias do ato de improbidade administrativa, ao passo que a LIE enfatiza e sanciona as condutas do particular corruptor, notadamente de entes coletivos, mas também sem olvidar eventuais pessoas naturais concorrentes, partícipes ou beneficiárias das condutas ilegais. Ambos os diplomas trazem regras de cunho processual, disciplinando a persecução da improbidade administrativa e da improbidade empresarial.

Enquanto os ilícitos tipificados na LIA são todos de responsabilidade subjetiva, exigindo a verificação da culpa *lato sensu*, os previstos na LIE são ordinariamente de responsabilidade objetiva, no que tange aos entes coletivos, somente indagando sobre a culpa *lato sensu* quando se trate de imputá-los a pessoas naturais concorrentes, partícipes ou beneficiárias.

Finalmente, o método do diálogo das fontes, especialmente na forma do diálogo de complementaridade e subsidiariedade, é capaz de orientar a melhor lógica para a coordenação sistemática dos textos normativos em tela, pois evita tanto um possível e indesejado *bis in idem* na punição quanto a exegese que conclui pela derrogação de um pelo outro. E o critério fundamental para a sua aplicação no microssistema processual coletivo sancionador anticorrupção, a fim de determinar a incidência das disposições da LIA ou da LIE, há que ser a presença ou não de agente público nacional (de nível federal, estadual, distrital ou municipal) envolvido no fato, vale dizer, a existência ou não de um ato de improbidade administrativa.

Havendo ato de improbidade administrativa, necessariamente praticado por agente público nacional, o *extraneus* – pessoa natural ou jurídica – que para ele concorre ou que dele se beneficia responde juntamente com o *intraneus* pelo ato ímprobo, sob a égide da LIA. Por outro lado, havendo ato ilícito lesivo contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, praticado por ente coletivo no interesse ou benefício próprio e sem o envolvimento de agente público nacional, aquele responde sob a égide da LIE.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 88, p. 31-57, out./dez. 1997.

BARROS, Zanon de Paula. Questões atinentes à chamada Lei Anticorrupção. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, p. 257-265, mar./abr. 2014.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERTONCINI, Mateus. Crise da jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa?. **Sequência**, Florianópolis, v. 79, p. 63-88, ago. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei 2.505/2021**. 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CAPONI, Remo. Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuale di tutela. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano LXIII (segunda série), v. 5, p. 1205-1225, set./out. 2008.

COSTA, Susana Henriques da. **O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: ação de improbidade administrativa; ação civil pública; ação popular. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DE VITA, Alberto. **I reati a soggetto passivo indeterminato**: oggetto dell'offesa e tutela processuale. Napoli: Jovene, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, p. 25-35, set. 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- FERRARI, Eduardo Reale. O acordo de leniência como forma de garantia da preservação da empresa. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 4 (digital), abr./jun. 2017.
- LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Persecução penal e interesses supraindividuais**: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. IV. p. 122-138.
- MIRAGEM, Bruno. “Eppur si muove”: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109.
- ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, p. 295-310, set. 2014.
- SANTIN, Valter Foletto. Panorama da Lei 12.846/2013 em improbidade empresarial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/valter-santin-lei-pune-improbidade-empresarial-varios-aspectos>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do art. 30 da lei 12.846/2013. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, p. 281-294, set. 2014.
- VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.
- ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. **Direito do Estado**, Salvador, v. 142, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPÍTULO IV
VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO
CONTEMPORÂNEO

BEBÊ MEDICAMENTO: SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E BIOÉTCICOS NA SEARA BRASILEIRA

Silvana Farias BELARMINO
Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHA¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma pesquisa sobre técnicas de reprodução humana assistida, enfatizando uma delas em especial, que vem a denominar-se “bebê medicamento”. A técnica do bebê medicamento é o nome mais conhecido da técnica de diagnóstico genético pré-implantacional, procedimento onde ocorrem pesquisas de gametas humanos, seleção de embriões, para que assim sejam livres de falhas genéticas e ao mesmo tempo biologicamente compatíveis com outro membro da família. Após o nascimento do bebê, o mesmo será utilizado como doador de órgãos e tecidos, para outro membro da família. Em regra, o membro da família é um irmão ou irmã geneticamente doente que já passou por vários procedimentos médicos e precisa de um doador compatível e saudável. Pretende-se questionar as consequências do procedimento na criança que nasce, suas condições físicas e psíquicas, os limites éticos, principalmente por envolver temas e questões polêmicas como a eugenia, transplantes, manipulação de embriões e, também, a possibilidade de cura para irmãos portadores de algum tipo de doença grave. Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo com abordagem teórica, optando-se pela revisão bibliográfica e análise legislativa.

PALAVRAS CHAVE: bebê medicamento; reprodução humana assistida; diagnóstico genético pré-implantacional.

ABSTRACT

This article aims to conduct research on assisted human reproduction techniques, emphasizing one of them in particular, which comes to be called “baby medicine”. The baby medication technique is the most well-known name of the pre-implantation genetic diagnosis technique, a procedure where human gamete research takes place, embryo selection, so that they are thus free of genetic flaws and at the same time biologically compatible with another family member . After the baby is born, it will be used as an organ and tissue donor for another family member. As a rule, the family member is a genetically ill brother or sister who has undergone several medical procedures and needs a compatible and healthy donor. It is intended to question the consequences of the procedure on the child who is born, their physical and psychological conditions, ethical limits, mainly because it involves controversial themes and issues such as eugenics, transplants, embryo manipulation and, also, the possibility of healing for siblings with carriers some kind of serious illness. For that, we used the hypothetical deductive method with a theoretical approach, opting for bibliographic review and legislative analysis.

1 Doutoranda em Direito na área de concentração: Teorias da Justiça (justiça e exclusão); linha de pesquisa: direito e vulnerabilidades - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista CAPES/PROSUP. Doutoranda em Cotutela - Universidad Pública de Navarra - UPNA. Mestra em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2018). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2015). Pesquisadora no Programa Iniciação Científica (2011-2015). Pesquisadora em Biodireito, Bioética e Biotecnologia em relação aos Direitos Fundamentais. Bolsista CAPES/PROSUP durante o programa de Mestrado (2016/2018). Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2012/2013 - Intercâmbio na Universidade de Granada (Espanha). Professora da graduação do curso de Direito na FAEF - Faculdade de Ensino Superior. Foi professora no curso de Administração na Faculdade de Ensino Superior do Interior Paulista - FAIP (2019). Foi professora do Curso Preparatório para OAB no Instituto Maximize Educação (Tupã-SP). Advogada.

KEYWORDS: baby medicine; assisted human reproduction; preimplantation genetic diagnosis

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia de reprodução assistida apresenta cada vez mais sua importância na vida das pessoas que tem problema de infertilidade ou uma orientação sexual que não permite a reprodução humana de forma natural. Os tratamentos e procedimentos clínicos possibilitam com que pessoas que procuram esse tratamento realizem o projeto da parentalidade, direito esse garantido pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, os avanços na tecnologia reprodutiva têm gradualmente se tornado o assunto de discussões morais e legais, especialmente em relação há a possibilidade de manipulação genética de embriões e sua seleção.

A técnica que permite a seleção genética do embrião é conhecida como diagnóstico genético pré-implantacional, procedimento esse que permite a análise das condições do embrião, acompanhando seu desenvolvimento, para que o mesmo seja geneticamente saudável, possibilitando assim compatibilidade da carga genética com irmãos que em alguns casos veem a necessitar de algum tipo de transplante de célula-tronco ou órgãos.

Com a produção desse embrião em laboratório geneticamente modificado tornou-se possível a utilização da técnica chamada bebê medicamento, conhecido nos Estados Unidos como “Savior Sibling” (em tradução “irmão salvador”), aquele que nasce com particularidades genéticas escolhidas com o propósito de curar um irmão acometido com patologia grave.

A ausência de compatibilidade genética faz com que os pais, sem outra opção para salvar o filho, optam por ter um novo filho através da reprodução in vitro, utilizando o procedimento do diagnóstico genético pré-implantacional, para que assim o bebê venha ao mundo saudável sem nenhuma patologia genética e ao mesmo tempo compatível com o irmão que necessita de algum tipo de transplante. Assunto esse que vem causando discussões, no que concerne o direito e autonomia dos pais no planejamento familiar, à parentalidade responsável, à dignidade da pessoa humana, direito da personalidade e sua autonomia individual e o melhor interesse da criança.

Embora no Brasil o primeiro bebê medicamento tenha sido registrado em 2012, o procedimento gera muitas discussões éticas e jurídicas, pois até o momento a única disposição sobre o assunto é a Resolução no Conselho Federal de Medicina, que permite a utilização da técnica de reprodução humana assistida, para seleção de embriões para fins terapêuticos com único objetivo que é de salvar uma vida doente, que tem como única opção de cura o transplante de células tronco ou de órgãos.

A garantia Constitucional do planejamento familiar é muito discutida na questão de conceder aos pais autonomia na decisão de sua composição, aliada ao princípio do feto e da

solidariedade familiar, quando permite a escolha aumentar a família com intuito de salvar um filho doente, principalmente em alguns aspectos, pois o procedimento envolve instrumentalização da criança como meio e não fim em si mesmo.

A discussão não envolve apenas a vida da criança doente que será salva, mas principalmente a vida do bebê que foi gerado com um único objetivo, o de salvar a vida do irmão. Envolvendo a seguinte questão: quais serão os limites ético-jurídicos que os pais devem respeitar na busca pela cura de um filho doente?

Um pai diante de um filho portador de uma doença grave possivelmente incurável passa a viver uma constante angústia em busca de um tratamento para uma possível cura, mobilizando emocionalmente toda a família, principalmente quando o tratamento depende de um doador compatível para um possível transplante.

Nesse contexto, este artigo tem como objetivo analisar a discussão em torno do bebê medicamento, no que tange a dignidade da pessoa humana, direito da personalidade e principalmente no que diz respeito aos efeitos físicos e psíquicos do procedimento e suas limitações éticas, buscando o melhor interesse da criança.

Dessa forma, é necessário explorar temas polêmicos como eugenia, o transplante de órgãos e tecidos de menor fragilidade, em situações que confronta aos fatos as técnicas de reprodução humanas assistidas discutidas. Em alguns casos a única chance de salvar um ente querido gravemente doente em perigo de morte.

O trabalho justifica-se pela relevância atual do progresso e desenvolvimento científico, bioético e do biodireito, além de pertinência e contribuição social na seara acadêmica, jurídica, filosófica e também biomédica.

O presente trabalho valeu-se do método hipotético-dedutivo, com abordagem teórica, optando-se pela revisão bibliográfica e legislativa.

Assim, sendo passa-se à análise da bioética e do biodireito como premissa base para a apreciação do bebê medicamento e seus reflexos éticos-jurídicos.

2. BIOÉTICA E BIODIREITO

A evolução da ciência, da tecnologia e costumes tornou o estudo da biotecnologia e do biodireito uma necessidade, já que diversos experimentos deixaram o reino da ficção científica e contribuíram para o surgimento da realidade social, trazendo riscos e benefícios para todos.

O estudo traz questões importantes relacionadas à vida e às relações sociais, como a biotecnologia que se refere à aplicação de processos biológicos destinados à produção de materiais e novas substâncias para aplicações industriais, terapêuticas e farmacológicas.

Entretanto, a evolução de pesquisas científicas realizadas em grandes centros mundiais, com atenções voltadas para pesquisa do material genético – DNA, possibilitando a criação de organismos geneticamente modificados, OGMs, garantido assim a transferência de genes de espécie para outra. Em muitos casos houve uma evolução real na criação de medicamentos, hormônios etc (MALUF, 2015, p. 3).

A bioética é um estudo transdisciplinar que abrange a biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que examina as condições necessárias para administração responsável da vida humana, animal e ambiental. Portanto considera-se questões onde o consenso moral, como a fertilização *in vitro*, aborto, clonagem, eutanásia, transgênicos e pesquisas com células-troncos, uma responsabilidade moral dos cientistas em suas pesquisas e aplicações (MALUF, 2015, p. 6).

Já o biodireito pode ser descrito como um novo ramo da ciência jurídica, resultante do encontro da bioética e do biodireito, sendo uma área do Direito Público relacionada à bioética que estuda a relação jurídica entre o direito e o processo tecnológico relacionado à medicina e a biotecnologia, características relacionadas ao corpo e a dignidade da pessoa humana (MALUF, 2015, p. 16).

Portanto, a bioética e o biodireito, embora comportam campos distintos de estudo, devem atuar conjuntamente, agindo sob o princípio da dignidade da pessoa humana como uma linha de costura, com enfoque no aspecto ético e moral, protegendo legalmente às diversas tecnologias e problemas científicos que possam surgir na sociedade. Desta forma, objetivando demonstrar a importância da temática, passa trazer à baila o princípio da dignidade humana.

3. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Cada pessoa humana tem seu valor a partir de suas raízes que a definem com um ser com atributos e valores interiores de cada ser humano, no qual ele oferece proteção contra qualquer ato de tratamento discriminatório de qualquer pessoa.

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado pela Carta Magna de nosso País, pois o mencionado princípio é um dos alicerces da República Federativa do Brasil, sendo um dos principais direitos, do ser humano. Além disso, é considerado um princípio fundamental em vários sistemas jurídicos, sendo assim um princípio de valor e indica necessidade de implementação em novos cenários apresentado (BRASIL, 1988).

Dessa forma, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, a base da discussão e o papel central é ser humano no ordenamento jurídico vigente, princípio este que está relacionado ao conceito específico do homem, não a capacidade jurídica, mas ele mesmo constitui todo o assunto. Os elementos constituintes são, portanto de grande significado (OLIVEIRA; SILVA;

SANTOS, 2015).

A utilização das técnicas de inseminação *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI), estão interligados o conceito de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, mesmo que essas tecnologias ajudem a promover a sobrevivência da vida humana, assim como seria o caso do bebê medicamento, seu direito só seria respeitado se o mesmo tivesse a liberdade de escolha (NOJIRI; GIANANTE, 2016).

Entretanto, a maioria dos casos, os doadores são recém-nascidos, sendo impossível obter seu consentimento, e a única solução possível seria o bom senso dos genitores, mas nem sempre isso é possível visto que, o bebê-medicamento foi concebido com objetivo de salvar o irmão, e a única preocupação dos pais são com o filho doente (OLIVEIRA; SILVA; SANTOS, 2015).

Por outro lado, existem aqueles que entendem que, a seleção genética e, sua concepção para fins terapêuticos cabe à biomedicina junto com a bioética, harmonizar o desenvolvimento da técnica e a dignidade da pessoa humana, os direitos dos mais vulneráveis e os avanços da medicina (OLIVEIRA; SILVA; SANTOS, 2015).

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana deverá sempre ser observada, pois a mesma representa a honra, qualidade moral, autoridade, consciência do próprio valor, nobreza, qualidade do que é grande, nesse sentido justifica-se a importância de sua discussão o presente contexto, visto que a atual sociedade almeja que o ser humano seja respeitado em seus direitos e valores (REIS, 2012, p. 21-22).

Portanto, levando em consideração o presente contexto e a possibilidade da compatibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana com a evolução medicina e a possibilidade da utilização da técnica do bebê medicamento, o princípio do direito da personalidade deve ser abordado.

4. DO PRINCÍPIO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito da personalidade deve ser respeitado e as pessoas devem ser consideradas como fim de si mesmas, isso não é apenas uma subjetividade, mas a estrutura do valor moral.

Segundo Diniz (2005, p.121), a personalidade baseia-se no conjunto de características próprias da pessoa. A personalidade não é um direito, sendo assim, seria um equívoco afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que sustenta os direitos e deveres que, dela emanam é objeto de direito, é o primeiro bem que pertence a pessoa, sendo primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para se adaptar e sobreviver às condições ambientais em que se encontra, servindo-lhe de critério para confrontar, ordenar e adquirir outros bens.

Existem aqueles que são contra a concepção de uma criança com o único objetivo que é de

salvar o irmão, pois acreditam que o bebê medicamento será tratado como um objeto de cura, não como uma pessoa.

Com efeito, existe outro ponto que merece atenção para reflexão, a integridade física e psíquica do bebê medicamento, tendo em vista que os procedimentos médicos são altamente invasivos, principalmente quando há necessidade da remoção da medula óssea, sangue e órgãos para encontrar a cura do irmão mais velho (OLIVEIRA; SILVA; SANTOS, 2015).

Importante salientar que, não é apenas o cordão umbilical que pode curar o irmão doente, a nova criança torna-se uma espécie de banco de órgãos e tecidos totalmente disponível. Para evitar que isso aconteça e que o princípio da dignidade da pessoa humana se ferido, a tutela jurisdicional da família, da vida e da integridade, deverá ser preservada de maneira mais ampla possível (OLIVEIRA; BARBAS, 2017, p. 61).

O debate em questão é se a técnica do bebê medicamento pode provocar danos físicos ou psicológicos aos agentes envolvidos, e a falta de consentimento fere o direito da personalidade o bebê medicamento.

Sendo assim, considerando o direito da personalidade, e a autonomia do planejamento familiar, cada ser humano tem o direito de existir como seu próprio objetivo, tendo seu próprio valor moral, pois, a personalidade é composta por particularidades próprias de cada ser humano.

5. DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar é um direito assegurado a todos seres humanos, proporcionando o direito das pessoas procriarem ou não, isto é, o direito de não ter filhos ou o direito de concretizar a parentalidade que deve ser realizado com o fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

Com as evoluções das famílias, o Direito espera encontrar soluções adequadas para os problemas que surgiram nos novos tipos de concepção familiar. Marcados por grandes mudanças e inovações familiares, a liberação sexual, as mudanças das condutas e dos padrões sociais, com objetivo de manter a harmonia familiar e seus valores são necessárias, um tratamento jurídico mais condizente a realidade social, atendendo às necessidades dos filhos e o diálogo entre cônjuges e companheiros (DINIZ, 2017, p. 32).

Com base nessas adequações as novas concepções familiares e a autonomia no planejamento familiar garantida pela Constituição Federal em seu artigo 226 § 7º onde a mesma diz que os princípios da dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável devem ser respeitados. Sendo um direito humano de conceber filhos.

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar

recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, 1988).

O artigo 9º da Lei 9.263/1996 regulamenta o planejamento familiar, a possibilidade das técnicas de reprodução humana assistida ser utilizada, ao mesmo tempo no Código civil em seu artigo 1565, § 2º expressa que:

Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (BRASIL, 1996).
Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (BRASIL, 2002).

No entanto, as técnicas de reprodução humana assistida proporcionam as pessoas que tem problema de infertilidade, casais do mesmo sexo e até mesmo aos solteiros, a construir laços de parentalidade.

A reprodução humana assistida inclui uma série de tecnologias para promover a fertilização humana, a começar pela manipulação de gametas e embriões, e tem como principal objetivo combater a infertilidade e garantir o nascimento de uma vida humana (MALUF, 2015, p. 195).

No Brasil, existem inúmeros projetos de lei sobre a da reprodução assistida, mas até a presente data nenhuma lei foi aprovada para regulamentar sua utilização. Uma exceção é a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.168/2017, que usa de normas éticas e administrativas para o profissional da área da saúde (BRASIL, 2017).

A resolução do CFM nº 2.168/2017, permite que pessoas sem problemas reprodutivos diagnosticados façam uso das técnicas disponíveis de reprodução humana assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos embrionários. Assim, o paciente tem a oportunidade de planejar a ampliação da família, levando em consideração, por exemplo, projetos de trabalho ou estudos. Pessoas que podem se tornar inférteis devido ao tratamento ou desenvolvimento de doenças também serão beneficiados (BRASIL, 2017).

No entanto, o planejamento familiar é direito do ser humano brasileiro, mas as utilizações das técnicas de reprodução humana assistida e o diagnóstico genético pré-implantacional, deve ser utilizado por casais portadores de doenças geneticamente graves, não podendo ser utilizado por um simples capricho para escolhas de características do filho (AMARO; SILVA, 2019).

Portanto, o direito ao planejamento familiar deve estar necessariamente vinculado à dignidade da pessoa humana em relação a criança doadora, devendo ser abordado o princípio da parentalidade responsável.

6. DO PRINCÍPIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

Trazer um filho ao mundo é uma das missões mais nobres e sublimes. Além do direito de constituir família ser reconhecido pela Constituição Federal, o mesmo respeita o princípio de igualdade entre homens e mulheres de realizar o sonho de adquirir laços sanguíneos através da parentalidade.

A parentalidade é um vínculo que une duas ou mais pessoas como resultado de uma descender da outra ou ambos descenderem de um pai comum (VENOZA, 2017, p.241).

O princípio da parentalidade responsável, nada mais é que a responsabilidade da família em zelar pelos direitos das crianças, adolescentes e jovens a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalismo, cultura e dignidade com absoluta prioridade, respeitando, a liberdade e convivência famílias e comunitária, além de protegê-los de todas as formas de negligência, discriminação, exploração e violência (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o direito ao planejamento familiar pode ser exercido livremente por todos desde que estejam cientes da responsabilidade que deverá ter a partir da concepção da criança, sobretudo, deverá sempre respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, aqueles que decidem aumentar da família por meio da reprodução humana assistida e da manipulação genética têm os mesmos deveres e obrigação pelo bebê que vir a nascer, perdurando por toda a vida, vinculando todas as situações jurídicas relativas à família (AMARO; SILVA, 2019).

A responsabilidade da parentalidade é reforçada no Estatuto da Criança e do Adolescente que protegendo seus direitos essenciais em seus artigos 3º e 4º, onde estabelecem que as crianças e os adolescentes desfrutem de todos os direitos fundamentais, sem que sejam prejudicados, sendo protegidas pela lei, gozando de todas as oportunidades de desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade.

Devendo a família e a sociedade em geral assegurar com absoluta prioridade garantir os direitos fundamentais relacionados à vida das crianças, como saúde, alimentação, cultura, lazer, convivência harmônica em família, e outros.

No obstante, a Constituição Federal estabelece que o princípio da dignidade da pessoa humana como limite do planejamento familiar, transforma não só a estrutura da família, que privilegia os laços afetivos, mas também a execução do seu planejamento que deve ser relacionado à ideia de responsabilidade e uma nova perspectiva de coesão do grupo familiar e bem-estar, de todos (BRASIL, 1988).

Portanto, todo cidadão, independente do estado civil ou orientação sexual, tem direito de programar, livremente seu projeto parental, ou seja, de escolher o número de filhos, de utilizar técnicas de reprodução humana assistida para aumentar a família, mesmo que o objetivo seja de

salvar um filho já nascido que esteja doente. Desde que esta decisão seja responsável nos termos de proteção dos direitos da criança, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

7. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As técnicas de reprodução humana assistida surgiram com o objetivo de regulamentar o acesso à parentalidade de casais inférteis. Assim, nota-se que o desejo de reprodução ilustra novas modalidades familiares, que por sua vez, percebe-se uma nova face com o passar do tempo, assumindo novas formas até então consideradas inconcebidas.

A reprodução humana assistida, conhecida como RHA, é a interferência no processo de reprodução natural, tendo como finalidade proporcionar às pessoas com problema de infertilidade e esterilidade, a realizar o desejo do projeto da parentalidade (MALUF, 2015, p. 193).

Dessa forma, com evolução da medicina muitas pessoas que tem como realização pessoal construir família e laços sanguíneos, pode realizar o sonho, através dos métodos de reprodução humana assistida.

Com a consolidação do desenvolvimento tecnológico da reprodução humana assistida tornou-se possível à realização do sagrado direito do planejamento familiar, expandindo os limites de fertilidade masculina e feminina proporcionando a casais afetados pela infertilidade, os solteiros e os casais do mesmo sexo, concluir o projeto de obter o vínculo da parentalidade, projeto esse que não seria possível realizar através do procedimento natural (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018, p.171).

A técnica de reprodução humana assistida envolve a junção de tecnologias no processo de reprodução humana natural, sendo adequada para cada pessoa o tratamento ideal. Os principais procedimentos de reprodução humana artificial são: a Inseminação intrauterina (IIU); Injeção Intracitoplasmática de espermatozoide (ICIS); a transferência de Embrião congelado (TEC) e a Fertilização In Vitro (FIV) (SOUZA; ALVES, 2016, p. 26).

Para que fique mais claro, observa-se um breve conceito das principais técnicas aplicadas, conforme a opção apresentada pelo paciente, ou o problema detectado:

A inseminação intrauterina é indicada para caso de incompatibilidade do muco cervical, deficiência seminal leve, alteração na ovulação ou na concentração espermática, sendo seu procedimento o mais simples de ser realizado, pois consiste na introdução mecânica de espermatozoides com auxílio de um cateter no interior do canal genital feminino (MALUF, 2015, p.198-199).

A injeção intracitoplasmática de espermatozoide é indicada para mulheres com óvulos fracos, em que 10% a 20% dos óvulos da doadora são transferidos para o óvulo da paciente, para

produzir embriões de melhor qualidade e maior força de implantação. A técnica consiste por meio de um aparelho desenvolvido especialmente para que ocorra uma injeção com microagulhas de um espermatozoide para que seja injetado diretamente no citoplasma de um ovócito maduro (MALUF, 2015, p. 199-200).

Uma das mais recentes técnicas é a transferência de embriões congelados que vem ganhando espaço cada vez mais devido sua taxa de sucesso. Indicado principalmente para casais inférteis que não podem ter filhos biológicos (SOUZA; ALVES, 2016, p. 33).

Já a fertilização *in vitro*, a famosa FIV, é a técnica de reprodução humana assistida que visa obter embriões de boa qualidade. Procedimento esse realizado em laboratório onde ocorre a manipulação dos espermatozoides e óvulos, onde não há infertilidade masculina; onde há a necessidade que a mulher tenha pelo menos uma trompa saudável. A FIV pode ser utilizada em todas as causas que não houve respostas nos tratamentos de fertilização (MALUF, 2015, p.199).

O presente artigo abordará com maior ênfase a técnica da fertilização *in vitro*, onde a mesma possibilita a seleção de embriões saudáveis e com maior chance de compatibilidade genética com irmão ou irmã que necessita de tratamento, como: transfusões de sangue, transplantes de órgãos e/ou células troncos. Essa seleção embrionária é possível através de um procedimento chamado diagnóstico genético pré-implantacional.

O procedimento de diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI), como é conhecido, é uma técnica que possibilita a análise e manipulação dos embriões antes da implantação no útero, para que sejam implantados somente embriões saudáveis e compatíveis geneticamente com irmão doente, evitando assim o nascimento de outro bebê com genes de patologia genética, que vem a ser adquiridas pelos pais (MALUF, 2015, p. 203-204).

Para que a produção do bebê salvador aconteça, é necessária a realização de micromanipulação genética do embrião, onde o genoma é analisado, antes de serem gerados, os embriões são selecionados geneticamente, possibilitando o nascimento de uma criança saudável, sem alterações cromossômicas ou adulteração relacionada a doenças hereditárias. Um segundo diagnóstico da mesma natureza é realizado para detectar a tipagem do HLA (Antígenos Leucocitário Humanos) do embrião para determinar se os irmãos serão compatíveis e se as células-tronco do cordão umbilical geradas poderão ser colhidas e usadas para curar a criança doente (BRASIL, 2015).

Muitas vezes a utilização da técnica do bebê medicamento é mais segura em casos da não localização de um doador compatível, tendo em vista que só ocorrerá a concepção de embriões, saudáveis e compatíveis com irmão doente (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018, p.170 - 171).

Com todos os benefícios que o bebê medicamento pode trazer a técnica de diagnóstico genético pré-implantacional, é recomendada somente em casos extremos, para que a mesma não se confunda com a verdadeira eugenia, pois os embriões implantados serão somente os embriões saudáveis e compatíveis com irmão doente (FERRAZ, 2016, p.52).

A eugenia é ciência que lida com todos os fatos que melhoram às características genéticas de uma raça, inclusive aqueles que desenvolvem a forma aprimorada. O que influenciou na evolução da seleção natural, principalmente nas técnicas de reprodução humana assistida (CONT, 2008, p.201).

Por esse motivo a utilização da técnica do bebê medicamento causa grandes discussões, tendo em vista os rumos que a biotecnologia vem tomando, pois há micromanipulação genética do embrião, podendo ser considerado um procedimento eugênico (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018, p.176).

No entanto, a manipulação embrionária do bebê medicamento tem como objetivo evitar que o mesmo nasça com uma doença genética herdada do grupo familiar, sendo justificado seu procedimento, pois o intuito é evitar sofrimento através de tratamentos médicos intermináveis, as crianças portadoras de doenças genéticas, podendo também proporcionar a cura do irmão já nascido através do transplante de células-troncos (CARDIN, CAZELATTO & GUIMARÃES, 2018, p.176).

Dessa forma, a técnica de reprodução humana assistida possibilitou aos pais que sofrem em ter um filho doente que tem como única alternativa de cura um transplante, e que, têm dificuldades de encontrar alguém geneticamente compatível para ser doador, salvar a vida do filho já nascido através da técnica do bebê medicamento.

8. BEBÊ MEDICAMENTO

A maioria dos bebês não são planejados pelos seus pais, grande parte deles são coincidências, fruto de uma “noite de amor”. O bebê medicamento não é uma coincidência, mas sim um bebê planejado, projetado em um laboratório, que nasce por uma única razão em particular, salvar vida do irmão doente.

Muitas vezes a busca por um doador compatível é frustrada, não restando alternativa aos pais que tem um filho doente, a não ser a de aumentar a família, e, como muitas vezes o método natural aumenta muito as chances de ter outro filho geneticamente doente, a única alternativa desses pais é reprodução artificial (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018, p. 174).

Os avanços da medicina nos proporcionam fatos surpreendentes a cada dia, um desses fatos é possibilidade da produção de uma criança cem por cento saudável e totalmente compatível com irmão doente, através da técnica de diagnóstico pré-implantacional, onde ocorre a manipulação

genética do embrião (CALDATTO; BUENO, 2017).

Concebido para salvar a vida de um irmão doente, o bebê medicamento, também conhecido como irmão salvador, pode salvar a vida de seu irmão, logo após o seu nascimento, através da coleta do sangue umbilical.

A utilização da técnica para gerar um filho com objetivo de salvar a vida de outro já nascido não é recente. O procedimento é realizado no todo mundo desde 1990. O primeiro bebê medicamento que teve mais ênfase na mídia nasceu na Europa, mais precisamente na França no ano de 2004 (BASSETTE, 2012).

No Brasil, o primeiro bebê medicamento bem-sucedido foi Maria Clara que nasceu em fevereiro de 2012, com o objetivo de salvar a vida de sua irmã Maria Vitória de cinco anos que sofria desde seus primeiros meses de vida com transfusões sanguíneas regulares, por ser portadora da doença *talassemia major*, doença crônica do sangue, que deixava seus glóbulos vermelhos fracos causando-a anemia (BASSETTE 2012).

A ideia de gerar um bebê para servir como medicamento para um filho doente que não tem mais alternativa de cura, trouxe esperança às famílias, que lutam a procura de um doador compatível, e não veem outra alternativa a não ser em aumentar a família (OLIVEIRA; SILVA; SANTOS, 2015).

A Constituição Federal brasileira em seu artigo 226 § 7º garante aos pais a liberdade de decidir seu planejamento familiar, os mesmos podem decidir quando ter outro filho e aumentar a família. Mas, a mesma Constituição enfatiza que os pais coloquem os filhos a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Entretanto, é de responsabilidade dos pais, proteger os filhos de todas as formas, preservando por sua integridade física e psíquica.

9. A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

As questões relativas aos danos à integridade física e psíquica do bebê medicamento são, sem dúvidas, um dos pontos centrais dos problemas que estamos analisando. Os riscos físicos decorrentes do procedimento de interferência embrionária, somados aos riscos psicológicos decorrentes das circunstâncias da concepção, descobrir que foi trazido ao mundo como fonte de reserva para outra pessoa pode ser devastador.

A proteção da saúde física e mental na Ordem Nacional pode ser vista como uma manifestação da dignidade humana. Os artigos 13.º, 14.º e 15.º da “Lei Civil” estipulam claramente a proteção da integridade física, que não só protege os direitos dos cidadãos. O corpo e sua inviolabilidade (DINIZ, 2010).

Para salvar a vida de um filho doente, os pais podem escolher fazer uso das técnicas de reprodução humana assistida, para salvar o filho, no entanto essa escolha não vem sem efeitos colaterais, como todos envolvidos no processo ficam sujeitos a muitos problemas físicos e psíquicos (OLIVEIRA; BARBAS, 2017, p. 59).

Diante disso, os danos físicos psíquicos decorrentes da utilização da técnica do bebê medicamento envolvem todos os entes: a mãe, o bebê gerado para salvar a vida do irmão, e o irmão receptor.

A mãe é exposta desde a concepção, pois, a taxa de complicações durante a gravidez é bem maior, exige acompanhamento médico constante, existe alto risco de pré-eclâmpsia, abortos espontâneos, gravidezes múltiplas, devido a um grande número de embriões que são implantados para aumentar a probabilidade de sucesso da gravidez, existem diversos danos, físicos e psíquicos, que podem ser causados à criança que está sendo gerada (OLIVEIRA; BARBAS, 2017, p.59).

Como as técnicas de transfusão de sangue ou transplante são muito invasivas, também trazem riscos físicos e psicológicos. Estudos têm mostrado que, além de maiores incentivos para cura de certas doenças, crianças concebidas por meio de tecnologia de reprodução assistida têm maior probabilidade de morrer ao nascer (NOJIRI; GIANANTE, 2016).

Além disso, a manipulação dos embriões para garantir que estejam livres de doenças ao nascer, não visa os seus interesses, mas a sua adaptabilidade ao irmão doente que já existe. Isso significa que, no final das contas, a proteção dos benefícios é apenas para o irmão doente, não para aqueles que arcam com os riscos do uso dessas tecnologias (FREIRE JÚNIOR; BATISTA, 2017).

Porém, algumas pessoas afirmam que a criança não sentirá dor após o nascimento, pois o processo de retirada das células-tronco do cordão umbilical não é invasivo e, portanto, não causará danos à criança (OLIVEIRA, SILVA, SANTOS, 2015).

Porém, no caso de transfusão de sangue ou transplante, além do risco de transplante sistêmico, existem outros problemas relacionados à integridade corporal do doador de células-tronco, como dor, fadiga e o risco de transplante de medula óssea.

Em relação ao aspecto psicológico, duas coisas devem ser lembradas, a primeira pergunta diz respeito ao momento em que a criança descobre que foi gerada apenas para ajudar o irmão a sobreviver e não como um ente inserido em um projeto familiar.

No que tange a criança doente, a sensação de culpa, e eterno dever de gratidão e dívida que ela sentirá para com o irmão doador, são as principais implicações psicológicas a esse ser, decorrente do possível sentimento de culpa por ter submetido seu irmão a servir como seu medicamento (OLIVEIRA; BARBAS, 2017, p. 62).

Dessa forma, as técnicas de reprodução humana assistida e do bebê medicamento,

precisam ser realizadas com cautela e responsabilidade, sempre respeitando a integridade psicológica, física e o melhor interesse das futuras crianças que vem a nascer.

10. DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O Princípio do Melhor Interesse da Criança está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*, o qual consagrou o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também protege seus principais interesses em seus artigos 4º, *caput*, e 5º.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (BRASIL 1990).

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990).

Diante do contexto, a vontade da criança deve ser respeitada, e quando a criança é um bebê medicamento, por mais que ele veio ao mundo com objetivo de salvar o irmão, os pais devem ser coerentes para que os mesmos não sejam tratados com negligência, que os procedimentos realizados para salvar o irmão preservem seus direitos, como, a vida, saúde, integridade física, não sendo tratadas com violência, crueldade e principalmente opressão.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho evidencia que as técnicas de reprodução humana assistida não são utilizadas apenas por casais com problemas de infertilidade, muito embora tenham surgido com este propósito. As técnicas de reprodução humana assistida são utilizadas no procedimento da produção de uma criança com objetivo de salvar um irmão acometido por alguma doença grave, conhecido popularmente como bebê medicamento, aquele que vem ao mundo para salvar outrem.

O procedimento torna-se possível por meio do procedimento de diagnóstico genético pré-implantacional, onde ocorre a seleção de embriões geneticamente modificados livres de anomalias

genéticas e totalmente compatível com irmão doente.

O contexto levanta várias questões, que foram examinadas, uma delas diz respeito a função do ser humano em diversos sistemas jurídicos, representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que interfere diretamente em outros direitos fundamentais, como a liberdade, a igualdade, dentre outros, inspirando diversos interesses pessoais, como a integridade física e mental, planejamento familiar, direito da personalidade e o melhor interesse da criança.

A questão em foco, entretanto, é o bebê medicamento, os procedimentos que o mesmo é submetido para aliviar a dor e o sofrimento da outra criança, isto é, até que ponto se pode conceber um filho apenas com intuito de salvar a vida de outro filho doente.

Muitas vezes a utilização da técnica do bebê medicamento é a única garantia de cura do irmão que está doente, pois, as chances de salvar vida desse irmão são maiores, que, qualquer outra pessoa.

Mesmo assim, a técnica é pouco utilizada na seara brasileira devido a problemas éticos, como a chamada “instrumentalização do bebê”, pois, existem debates que essas crianças serão geradas, criadas, e utilizadas apenas para o propósito de salvar vida.

Outrossim, existe a ausência de legislação que regulamenta tal procedimento, baseando-se apenas na Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que permite a utilização de técnicas de reprodução humana assistida para seleção de embriões apenas para fins terapêuticos.

Portanto, o bom senso dos pais é de fundamental e indispensável, pois, os mesmos devem atentar-se que o novo filho necessita de cuidado e atenção e, se necessário, tratamento psicológico ao longo da vida.

Assim sendo, o objetivo do presente artigo foi atingido, tendo em vista que foi possível demonstrar que a prática do bebê medicamento é válida e benéfica para família que tem um ente querido doente, tendo como única alternativa de cura o transplante de célula tronco, mas, somente se o nascimento dessa criança não se destinar apenas para salvar a vida á do irmão, e, o procedimento não violar seus Direito fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARO, Mylene Mafrinato dos Reis; SILVA, Stela Cavalcanti. **Da coisificação do embrião à luz da parentalidade responsável**, XI EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica – Anais Eletrônico – 2019. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/3564>> Acesso em: 21 set.2021.

BASSTTE, Fernanda. **Nasce no brasil o 1º bebê medicamento selecionado geneticamente para salvar a irmã**, 2012. Disponível em:<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado-geneticamente-par-a-curar-irma,835877>> Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05. set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 05. set. 2021.

BRASIL. **Resolução CFM n. 2.168/2.017**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3>. Acesso em: 22 set. 2021.

CALDATTO, Melissa Pezzi; BUENO, José Geraldo Romanello. **Planejamento familiar e dignidade da pessoa humana**: savior sibling (nascidos para salvar) existem limites para salvar a vida de um filho? – XII Jornada de Iniciação Científica e VII mostra de Iniciação Tecnológica – 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/527-3533-1-PB.pdf>> Acesso em: 12 set. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Do diagnóstico pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 35, jun. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22458>> Acesso em: 02 set. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. **Do bebê-medicamento sob o enfoque do biodireito e da bioética**, Universidade FUMEC – Meritum – Belo Horizonte – v.13 – n.1 – p. 169-195 – Jan/Jun. 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5878>> Acesso em: 02 set. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5: Direito de Família. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE JUNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. Bebê medicamento: aspectos jurídicos e éticos. **Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde**, v.7 –n. 2 – Abr/Jun – 2017. Disponível em: <http://www.faculdedofuturo.edu.br/revista1/index.php/remas/article/view/138>> Acesso em: 03 set. 2021.

GIANSANTE, Ana Letícia Valadão; NOJIRI, Sérgio. Como o filme uma prova de amor lida com a questão do “irmão salvador” (e o que podemos aprender com ele). **Revista de Direito, arte e Literatura**, Curitiba, v. 2 - n. 2 – p.17-32 – Jun/Dez – 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/1329>> Acesso em: 02 set. 2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freiras Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Ana Flávia Saraiva de; SILVA, Natalia Albino da; SANTOS, Beatriz Carlos dos. **O bebê medicamento no sistema jurídico brasileiro**, 2015. Acesso em: <<https://jus.com.br/artigos/43217/o-bebe-medicamento-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

OLIVEIRA, Leonardo Vasconcelos Guaurino; BARBAS, Stela Marcos de Almeida. A eugenia fraternal: uma releitura do instituto do bebê medicamento. Dissertação de Mestrado – 2017. **Universidade Autónoma de Lisboa**. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/3990>> Acesso em: 10 set. 2021.

REIS, Clayton. **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana**. A dignidade do nascituro. Curitiba: Juruá. 1. ed., 2012.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Família. 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017. v. 5.

CRIME E CASTIGO NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA: QUEM SÃO OS ORDINÁRIOS E EXTRAORDINÁRIOS DO BRASIL?

Karine CORDAZZO¹
Pietro de Jesús Lora ALARCÓN²

RESUMO

Através de uma perspectiva crítica e com o pano de fundo no romance “Crime e Castigo” de Dostoiévski, o trabalho objetiva tornar evidente a racionalidade e vigor contemporâneos do pensamento de Raskólnikov, protagonista da trama, no contexto da crise pandêmica no Brasil. O personagem considera uma sociedade na qual as pessoas são classificadas em ordinárias e extraordinárias, uma relação dicotômica gerenciada pela perversa lógica da acumulação do capital que possibilita licenciar práticas repressoras. Nas sociedades periféricas, a pandemia contribuiu a desmascarar os abismos sociais já existentes e a tendência à eliminação e descarte dos não-cidadãos, enquanto os sujeitos extraordinários encampam a mística da superioridade e são adeptos da metáfora higiênica que está presente neste ideal superior.

PALAVRAS-CHAVE: Crime e castigo; Dicotomia social; Pandemia.

ABSTRACT

Through a critical perspective and with the background of Dostoevsky's novel “Crime and Punishment”, the work aims to make evident the contemporary rationality of Raskolnikov's thought, protagonist of the plot, in the context of the pandemic crisis in Brazil. The character considers a society in which people are classified as ordinary and extraordinary, a dichotomous relationship managed by the perverse logic of capital accumulation that makes it possible to license repressive practices. In peripheral societies, the pandemic has contributed to unmasking existing social abysses and the tendency to eliminate and discard non-citizens, while extraordinary subjects embrace the mystique of superiority and adhere to the hygienic metaphor that is present in this superior ideal.

KEYWORDS: Crime and Punishment; Social dichotomy; Pandemic.

INTRODUÇÃO

A obra “Crime e Castigo”, de Fiódor Dostoiévski, constitui a moldura de análise da nossa proposta de trabalho. O romance do escritor russo torna evidentes alguns labirintos angustiantes dos aspectos psicológicos dos seres humanos, além de sinalizar pelo personagem principal, Rodion Românovitch Raskólnikov, tendências e características peculiares que se afiguram passíveis de exame na contemporaneidade pandêmica.

Com efeito, desde os devaneios que levaram Raskólnikov a cometer seu ato, até a comprovação na prática da inutilidade de sua teoria essencialista, se observa no autor uma linha expositiva e de raciocínio susceptível de interpretação, no intuito de compreender como a realidade distópica de exclusão social experimentada no Brasil de 2021 parece ser retratada em um romance escrito na Rússia em 1866, bem como para oferecer visões críticas que permitam sinalizar saídas

1 Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. E-mail: karine.cordazzo@hotmail.com

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: plalarcon@uol.com.br.

aos graves problemas no campo da efetividade dos direitos.

Destarte, nossa hipótese sustenta, no quadro das dificuldades da sociedade brasileira agravadas pela crise sanitária, que a lógica da atuação governamental geral, mas com ênfase na órbita federal, originou uma indesejável classificação dos atores sociais em ordinários e extraordinários, alguns merecedores de viver e outros abandonadas à sua sorte.

O primeiro tópico do texto traça uma breve sinopse da obra. A intenção é facilitar o entendimento do contexto explorado e possibilitar a inter-relação com os desafios atuais ocasionados pela crise a escala global; logo, em segundo plano, levantamos o debate sobre a artificial superioridade de interesses, frequentemente argumentada, sutil ou abertamente, para obter vantagens expressivas nos campos dos direitos. A visão contribui a desconstruir a falácia de que desigualdades são normais como preservadoras das diferenças, sejam elas naturais ou culturais.

Na sequência trazemos à tona as nuances envolvidas na relação entre a liberdade de circulação do capital e a falta de liberdade das pessoas mais vulneráveis da estrutura social. Enfatizamos de que maneira no processo civilizatório do país todo um conjunto de práticas sociais e institucionais, assim como o chamado mito da cordialidade, expuseram o retro da legitimidade das diferenças e inibiram a crítica a uma estrutura desenhada de maneira quase selvagem.

Finalmente, no terceiro e último tópico e com tais sinalizações sugerimos alguns caminhos que mostram as interações entre a higienização social e a ação política dirigida ao menosprezo pela vida de um conjunto de atores. É aqui que a anunciada semelhança do romance com o Brasil ganha em evidência, porque a partir de dados oficiais e exemplos reais é possível demonstrar o escancaramento das desigualdades sociais em tempos de pandemia, emergindo a classificação que do literário se torna vivo e cruelmente real.

Na pesquisa a metodologia tem suporte na análise bibliográfica, necessária se tratando de obra universalmente conhecida, agregando o exame documental. Com elas busca-se extrair as contradições existentes no Brasil de modernidade tardia, em particular as relações de dominação entre os seres humanos numa das épocas mais conturbadas e difíceis. Em reflexo, desenvolvemos e mantemos a perspectiva do materialismo histórico, ligando a política, o Direito e as instituições, observadas e reflexionadas como componentes de uma estrutura social que funciona sob o signo do mercado. Isso evita uma atomização de conceitos e facilita manter uma visão crítica, que em nosso juízo resulta imprescindível para uma síntese, fundada na obra literária, da face oculta entre a reprodução do capital e as dicotomias presentes na contemporaneidade pandêmica.

1. REVISITANDO CRIME E CASTIGO

1.1. Rodion Raskólnikov

Fiódor Dostoiévski publica “Crime e Castigo” em 1866, em tempos nos quais permeava na Rússia uma postura acrítica, personificada na presença dos denominados radicais niilistas, um grupo notadamente revolucionário que “[...] by the late 1870s, a nihilist was anyone associated with clandestine political groups advocating terrorism and assassination”³.

É conhecido que o escritor concebe a obra enquanto estava recluso na prisão da cidade de Omsk, localizada na região ocidental da Sibéria, condenado a realizar trabalhos forçados por participar de atividades subversivas.

A trama se inicia com a apresentação do jovem protagonista, Rodion Raskólnikov, que apesar de carecer de recursos econômicos manifesta uma singular inteligência. O personagem ao longo da obra pensa consigo mesmo, convertendo-se os monólogos em recursos decisivos para a compreensão das suas opções, vaguezas, audácias e sentimentos. A pobreza afeta sua estabilidade psíquica e emocional, mantendo-o irritadiço, tenso, angustiado e absorto, a ponto de abandonar seus estudos e atividades essenciais. Para a própria subsistência, o jovem empenha os poucos objetos pessoais que ainda possuam algum valor, enquanto esquece de si e experimenta a vergonha e o autodesprezo.

Ainda no primeiro capítulo da obra aparece em cena Aliona Ivânovna, a senhora já entrada em anos, pequena e descarnada, “de olhos penetrantes e maus”, da qual se socorre Raskólnikov para efetuar uma penhora. O contato entre os personagens será a chave para o início de um processo detalhado por Dostoiévsky. Desde a conversa com a usuraria, até sua saída a caminho de uma taberna, o autor retrata a perturbação de Raskólnikov, que discute consigo mesmo sobre sua intenção de realizar um ato que envolva à credora e seu dinheiro.

Submerso em sombrias e controversas ideias, o estudante permanece recluso durante dias na sua pequena habitação e perambula sozinho pelas ruas. A transformação do seu pensamento fica em destaque, amadurecendo o plano a ser executado. Raskólnikov sabe da imoralidade desse tipo de propósitos, no entanto, tem a convicção de que neste caso não deveriam sobrevir colapsos dessa natureza, que augurassem cometer deslizes. São eles o que ocasionam que, ao final, os criminosos terminassem descobertos. Na verdade, não se estaria a cometer nenhum crime ao matar à agiota. Pelo contrário, é justo que ela morra por ser tão perversa com todas as pessoas a sua volta.

Com tal intenção, armado com um pequeno machado e sob pretexto de novamente realizar um empenho, encaminhou-se ao apartamento de Aliona Ivânovna e instantes depois de ser recepcionado à porta pela usurária desferiu três golpes na cabeça da distraída anfitriã. Ato seguido, encontrando as chaves para o cofre e segurando o cordão da bolsinha de moedas que ela trazia em seu pescoço, Raskólnikov se dirigiu à habitação contígua disposto a vasculhar o baú. Enquanto

3 Disponível em: <<https://iep.utm.edu/nihilism/>>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

executava seus passos, barulhos na sala na qual repousava o cadáver o interromperam e assaltaram sua aparente tranquilidade. Confuso e angustiado, temendo estar delirante, aguardou ouvir outros barulhos suspeitos antes de desatar a correr com o instrumento do crime na mão. A figura da irmã da vítima, prostrada perante o corpo e em estado de choque, não o fez parar suas ações. No havia retorno possível a esta altura. Sua ocasional vítima nem sequer conseguiu emitir um grito de auxílio, mesmo ao ver o Raskólnikov pronto para dar um golpe na sua cabeça.

O estudante saiu do apartamento se esgueirando e evitando o grupo de pessoas que suspeitaram que algo estranho devia ter acontecido. Num esforço por recuperar sua normalidade, ergueu seu corpo e dirigiu-se a seu quarto, apesar de estar completamente exausto físico e mentalmente.

Nessa descrição, para os fins do presente trabalho, que nem de longe concorreria com a grandeza narrativa e envolvente de Dostoiévski, consuma-se o crime e logo “[...] o castigo se põe em marcha” (2016, p. 11). O enredo nos conduzirá pela trilha do estado psicológico de Raskólnikov, suas aflições e desesperos, a pena e a culpa. A certa altura da trama, o autor anuncia o estado de fraqueza e a doença agravada do personagem. A negativa evolução de suas faculdades mentais que provocam as oscilações e dúvidas quanto a persistir em sustentar que não havia cometido o crime ou se entregar às autoridades.

Naturalmente, toda esta complexidade dramática vai acompanhada de um equilíbrio literário que garante o interesse de qualquer leitor, que inevitavelmente é cativado pelo paroxismo e a subjetividade de Raskólnikov, tornando-se refém da genialidade do autor.

1.2. Raskólnikov, Razumíkhin e Porfiri Petróvitch.

Uma das questões a serem destacadas na obra é a importante exposição do conceito de crime revelada na discussão entre alguns personagens. O primeiro deles é o estudante Razumíkhin, amigo de Raskólnikov,

Razumíkhin era um dos seus antigos colegas universitários. Note-se que, estudando na universidade, Raskólnikov quase não tinha amigos, permanecia longe de todos, não visitava ninguém e recebia visitas de má vontade. Aliás, todos lhe tinham virado logo as costas. Ele não participava nem das reuniões, nem das conversas, nem das diversões, nem dos outros eventos estudantis. Esmerava-se em estudar, não se poupava e era respeitado por isso, contudo ninguém gostava dele. Raskólnikov era muito pobre e, de certo modo, assoberbado e intratável, como se ocultasse alguma coisa dentro de si. Havia quem achasse que olhava de cima para todos os companheiros, como se os excedesse, feito crianças, em desenvolvimento, em conhecimentos e convicções, e tomasse todos os interesses e convicções deles por algo inferior. Quanto a Razumíkhin, aproximou-se dele não se sabe por que motivo, quer dizer, passou a trata-lo, sem serem amigos, de modo mas aberto e sincero. Aliás, não se podia tratar Razumíkhin de outro modo. Era um rapaz excepcionalmente alegre e sociável, bondoso até a ingenuidade. Sob essa aparência simplória escondiam-se, aliás, a profundidade e o brio. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 81).

Razumíkhin, elabora o conceito de crime extraindo-o do pensamento socialista. Argumenta se tratar de um protesto contra a anormalidade da ordem social. Sem embargo, é de se ressaltar que ao mesmo tempo se preocupa por uma razoável complementação dessa ideia inicial, quando expõe que nessa visão não se considera a natureza do indivíduo, que para ele estaria longe de poder ser contemplada por inteiro pela lógica (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 322-323).

O segundo personagem, Porfíri Petróvitch, a quem os dois amigos fazem uma visita, traz à baila um artigo escrito pelo próprio Raskólnikov em seus tempos de faculdade e que teria sido recentemente publicado. O artigo analisa o estado psicológico do criminoso ao longo do processo do crime, afirmando que o ato de cometer a conduta delituosa estaria sempre acompanhado de uma doença (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 325-326). Em que pese a relevância dessa singularidade, o que mais chamou sua atenção foi a alusão ao fato de existirem aqueles que, para Raskólnikov, estariam dotados do direito e da capacidade de cometerem toda a espécie de atos desonestos e de crimes, como se para eles a lei não existisse.

A centralidade desse raciocínio consiste em que os seres humanos podem ser classificados em ordinários e extraordinários. “As pessoas ordinárias devem obedecer à lei e não têm o direito de infringi-la, exatamente por serem ordinárias”. Já “as pessoas extraordinárias têm o direito de perpetrar quaisquer crimes e de infringir a lei de toda maneira, pelo próprio fato de serem extraordinárias. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 326).

Destarte, para Raskólnikov as pessoas extraordinárias teriam o direito natural, ou seja, não oficial, “[...] de permitir que sua consciência passasse por cima de certos obstáculos, e unicamente naquele caso em que a realização de sua ideia (por vezes, salvadora para toda a humanidade, quem sabe) viesse a exigí-lo” (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 327). Além do mais, cita o exemplo de que se fosse necessário, os grandes intelectuais, como Newton ou Kepler, teriam não apenas o direito, mas a obrigação de eliminar vidas se isso fosse o preço a se pagar para que suas descobertas fossem um legado a toda a humanidade. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 326)

Nessa linha de pensamento, o personagem insiste na tese de que todos os legisladores ou constituidores da humanidade foram criminosos. Ou seja, ao criarem uma lei nova estariam automaticamente infringindo a lei antiga. Com isso, tais figuras não se importariam com o derramamento de sangue, mesmo que fosse de alguns inocentes. Para Raskólnikov “a maioria desses benfeitores e constituidores da humanidade é composta de facínoras mais sanguinários. [...]”, e “[...] todas aquelas pessoas que, mesmo sem serem grandes, saiam um pouco dos eixos, quer dizer, sejam minimamente capazes de fazer algo novo, hão de ser criminosas por natureza”. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 327-328)

Em seguida, Porfíri Petróvitch levanta questionamentos acerca de como se diferenciariam

esses indivíduos extraordinários dos ordinários, uma vez que poderia acontecer de, por engano, algum indivíduo julgar-se pertencente a qualquer das categorias e começar a aniquilar os obstáculos. Em resposta Raskólnikov assinala que apenas seria possível que esse engano acontecesse com os indivíduos ordinários, ao verem-se como avançados. Porém, isso não seria um grande problema porque, afinal, poderiam ser castigados para recordá-los o seu devido lugar; e tal punição não necessariamente seria acionada, pois, os indivíduos ordinários por si mesmos se martirizam, flagelam, e até mesmo se autopunem. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 330-331)

Superada a discussão sobre a ideia essencial, Raskólnikov entende não ter cometido um crime, pelo contrário, decidiu matar a velha com “[...] a possível justiça, respeitando medidas e pesos, e toda a aritmética”, e finaliza ao afirmar: “[...] escolhi o mais inútil de todos os piolhos”. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 346-347)

A afirmação será retomada no final da obra, quando Raskólnikov confessa que sua maior aspiração não era tanto o roubo do dinheiro, mas saber se a vítima “era um piolho, igual a todos, ou um homem” (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 520-521), conseqüentemente, se realmente teria o seu direito de matar.

Observemos a seguir que lições podem ser extraídas desta visão que através de personagem tão intrigante e singular nos apresenta a pena de Dostoiévsky na obra imortal.

2. A DICOTÔMICA IDEIA ESSENCIAL: INDIVÍDUOS ORDINÁRIOS VERSUS EXTRAORDINÁRIOS

2.1. As vítimas no mesmo cenário

Há mais de 150 anos da publicação de “Crime e Castigo”, sem embargo, acreditamos que Dostoiévski se surpreenderia observando como o pensamento essencialista de seu personagem principal se encontra presente na realidade.

Essa perpetuidade do argumento de Raskólnikov nos tempos contemporâneos – em especial no Brasil –, em cujo fulcro repousa que a sociedade pode ser classificada em indivíduos extraordinários ou ordinários, sugere uma prevalência e um entroncamento com processos de dominação, colonialismo e patriarcalismo sistêmico, que é recorrentemente escamoteada pelo insuflado discurso de uma realidade democrática, multiétnica e igualitária.

Deve-se ressaltar que muito embora se projete uma retórica progressista incluyente, que aparentemente prestigia as diferenças e condena as discriminações, o mundo contemporâneo está inserido em uma distopia de exclusão cada vez mais acirrada e latente. Daí a necessidade de continuar a debater as bases que sustentam as discriminações negativas.

Para começo de conversa é preciso entender que no plano colocado por Dostoiévski os

personagens de Raskólnikov e Alena fazem parte de um mesmo cenário de abandono social, ainda que o primeiro procure com suas razões classificatórias justificar seu crime. Os argumentos do primeiro – os direitos de alguns seres humanos em detrimento dos outros e, em seguida, que a atividade de usura é corrosiva e praticada em desfavor das camadas mais empobrecidas da população – não parecem ser suficientes para evitar o choque diante da forma como se executam os atos que culminam com o assassinato da Alena simplesmente porque práticas contrárias a moral, ou até, aos direitos fundamentais, não justificam o uso da força ou da violência senão em situações extremas e de evidente polarização.

Porém, a nosso juízo, o mais determinante na análise é que em tais condições tempo-espaciais o discurso que invisibiliza o fato de todos serem vitimizados pelo sistema oferece um conservadorismo profundamente reacionário no seio dessas camadas, que enxergam naquele que acompanha sua vida e suas dificuldades o concorrente imediato, que deve ser superado ou eliminado para poder dar um passo de saída ou, pelo menos, obter uma rota de fuga a seus problemas.

Cientificamente aceitar essa visão como esclarecedora corresponderia a uma capitulação a analisar horizontes muito mais amplos, nos quais se distinguem as causas reais desses mecanismos de condenação entre iguais dos quais vive e se reproduz o sistema. Não é possível proclamar ou compactuar com as premissas míticas sobre as desigualdades e as discriminações, tampouco com as teorias que legitimam ou banalizam construtos sociais em detrimento da dignidade. Nos aguardam razões poderosas a serem descobertas que exigem uma transformação em sentido emancipatório.

2.2. Interrogações sobre a classificação de Raskólnikov

Um das respostas às calamidades e desgraças das desigualdades é oferecida pelo essencialismo cultural. Em tal sentido, e conforme assevera Jock Young (2002, p. 163), esta corrente de pensamento “[...] permite que as pessoas acreditem na sua superioridade inerente e sejam ao mesmo tempo capazes de demonizar o outro, como essencialmente depravado, estúpido ou criminoso”.

Veja-se que, por essa via, conceber e efetivar uma estrutura social em escalas é condição básica para a demonização do outro. No campo cotidiano das interações “a demonização é importante porque permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos ‘outros’, em geral percebidos como situados na ‘margem’ da sociedade [...]”. (YOUNG, 2002, p. 165) A pretensa superioridade de alguns enaltece a falácia de que haveria a preservação das diferenças, sejam elas naturais ou culturais, do qual resulta um sistema racional agressivo e dominante, ainda que sutil na sua projeção ao conjunto da sociedade.

Esta explicação pode muito bem ser conectada com as formas de compreensão de Michel Foucault em torno aos sistemas de dominação construídos no Ocidente, que nas suas palavras pressupõem uma extrema racionalidade. Com efeito,

[...] Y me parece que en la historia de Occidente es importante que se hayan inventado sistemas de dominación de extrema racionalidad. Tuvo que transcurrir mucho tiempo para llegar a eso, y más tiempo aún para descubrir lo que había detrás. Se advierte toda una serie de finalidades, técnicas, métodos: la disciplina reina en la escuela, el ejército, la fábrica. Estas técnicas de dominación son de una racionalidad extrema. Sin hablar de la colonización: con su modo de dominación sangrienta, es una técnica de madurez reflexiva, absolutamente deseada, consciente y racional. El poder de la razón es un poder sangriento. (FOUCAULT, 2012, p. 60)

Inegável que dentro de um processo de normalização do autoritarismo e da pobreza, toda a insatisfação com aquilo que ocorre ao redor torna as opções de vida desesperadoras e permanentemente insuficientes para dar resposta às necessidades mais básicas da vida. A consciência entorpecida pela falta de explicações sugere uma resposta que se focaliza no outro, que pode possuir algo mais dentro de um emaranhado de pequenas circunstâncias, troca de favores, quebra de acordos e uma inesgotável procura de fórmulas de sobrevivência.

É ali onde se concentra uma relação entre a obra e a realidade contemporânea operada em escalas de desigualdades e demonização de sujeitos, os sem-nada que se tornam inimigos. Os satanizados pela hegemonia de um discurso que dá primazia a certos sujeitos que não possuem nenhum ou tem pouco valor: “E quanto é que vale, naquela balança geral, a vida de uma velhota tísica, boba e malvada? Não vale mais que a vida de um piolho ou uma barata; nem isso vale, pois a velhota é nociva. [...] – Por certo, ela não merece viver – notou o oficial – [...]” (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 99).

Inclusive declara o personagem principal, Raskólnikov: “Delito? Mas que delito? [...] O delito é ter matado um piolho vil e maligno, aquela velha usurária de que ninguém precisava e que sugava o sangue dos pobres, tanto assim que quarenta pecados seriam perdoados a quem a matasse?”. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 641-642)

Como explica Eugenio Raúl Zaffaroni (2012, p. 381), “a base é sempre a discriminação no sentido de hierarquização dos seres humanos enquanto tais [...]”, permite-se, de tal forma, “que eles sejam considerados subhumanos ou menos humanos, e permite que a eles sejam atribuídos os piores crimes, construindo um eles de malvados e daninhos que devem ser eliminados [...]”.

Trata-se, em verdade do mundo cingido entre o ser e o não ser, isto é, entre quem “existe e é” e o barbarizado e desumanizado, que vive à margem. Claramente o primeiro é resultado do sucesso civilizatório, branco, consciente da sua hegemonia e reafirma diuturnamente seus valores enquanto sua retórica pode apresentar outros com tranquilidade.

Atente-se à conjugação entre dominação, vida e liberdade. O discurso em favor dos valores

pode encobrir a circunstância e a relação. Ou como diz Harvey, a liberdade de uns encobre a realidade de dominação de outros e isso “parece dar licença para uma série de práticas repressoras” (HARVEY, 2017, 209). No fundo, “[...] a manutenção das classes sociais e sua função, dialeticamente necessária, visando à acumulação de capital por parte de uma delas, é o valor fundamental”. (CASTRO, 2005, p. 56)

David Harvey aprofunda esse antagonismo entre liberdade e dominação, afirmando que ambas “situam-se nos extremos de uma contradição que adota formas muito sutis, cheias de nuances, para não dizer disfarces (a dominação pode se mascarar de consentimento, ou se estabelecer por persuasão e manipulação ideológica)” (HARVEY, 2017, 210), concluindo com fundadas razões que “as liberdades do capital residem claramente [...] na falta de liberdade dos outros”. (HARVEY, 2017, 214).

Retornando ao sul da América, Roberto Bergalli e Juan Bustos explicam com meridiana clareza que a sujeição de uns a outros decorre da divisão oriunda do modelo produtivo em curso. A relação dicotômica nela se sustenta interferindo no exercício das liberdades, com clara expansão na inefetividade dos direitos sociais e, ainda que pareça em princípio ilógico, se projeta ao cenário de pensamento.

Así surgen la clase de los que no son poseedores de su trabajo, que trabajan para otros, y la de los dueños de esos medios de producción. La interrelación entre ellas se produce, pues, a través del modo de producción y una queda necesariamente sometida a la otra, lo que origina una lucha entre ambas: una por mantener su dominación, la otra para lograr su liberación. Esta forma de interrelación de dominación origina también una superestructura de dominación: hay una ideología y una institucionalidad de dominación. Pero también a la superestructura se traslada la lucha de clases, esto es, también al nivel de las ideas aquélla tiene lugar, aun cuando evidentemente el camino sea más fácil para la clase dominante, pues se trata de la defensa ideológica del sistema existente. (BERGALLI; BUSTOS, 1983, p. 44)

No Brasil, assim como nos demais países de capitalismo tardio, a dicotomia distópica da exclusão reside na estrutura de classes sociais. A contradição precisa ser compreendida como um fenômeno sociocultural e não apenas a partir de seu aspecto econômico, conforme leciona Jessé Souza (2019, p. 94), concentrando-se e transmitindo-se os roles de dominantes e dominados pelo sangue, constituída na “marca mais perfeita do privilégio injusto desde tempos imemoriais”. (SOUZA, 2019, p. 101)

Essa reprodução da desigualdade em todas as suas formas, diz Souza (2009, p. 91), “pressupõe o sistemático desconhecimento/encobrimento, produzido e reproduzido simbolicamente, de suas causas efetivas”, especialmente num Brasil percebido como o país da unidade e da homogeneidade, da índole pacífica. Essa imagem do chamado DNA simbólico do Brasil moderno, trata-se, em verdade, de “um conjunto de ideias que legitimam práticas sociais e institucionais de toda espécie que se destinam, em última instância, a retirar qualquer legitimidade do diferente e da

diferença, do crítico e da crítica”. (SOUZA, 2009, p. 38). Destarte, a identidade nacional construiu-se a partir do mito da cordialidade e os problemas sociais, ainda que gritantes, foram e são solapados pelo “amor entre as raças, pelo calor humano, pela simpatia e claro, a aversão a toda forma de explicitação de conflito e de crítica”. (SOUZA, 2009, p. 39)

Bem por isso cumpre retirar esse véu da neutralidade compreendendo as práticas instituídas historicamente e reproduzidas no cenário atual de contradições da sociedade brasileira. Tal perspectiva é essencial para entender como o Brasil detém um atraso histórico no investimento e promoção do bem-estar da população e, via reflexa, como “a miséria de grande parte do povo brasileiro é a contrapartida do hiperconsumo praticado por uma pequena minoria em termos relativos” (FURTADO, 1999, p. 34).

É nessa ordem de ideias que se deve fazer alusão às classes sociais que formaram o Brasil moderno – ou de modernidade tardia –, denominadas por Jessé Souza de “a ralé dos novos escravos” Nas suas palavras:

Assim, entre as classes sociais que formaram o Brasil moderno, foi a “ralé de novos escravos” – que soma ainda hoje em dia mais de um terço da população, agora de todas as cores de pele, mas herdando o desprezo social de todos que era devotado ao escravo negro – o elemento mais importante para singularizar o Brasil. Essa classe vai construir um acordo nunca explicitado entre nós. Na base desse acordo está a existência dos “sub-humanos” em relação aos quais todas as classes podem se diferenciar positivamente. O Brasil passou de um mercado de trabalho escravocrata para um formalmente livre, mas manteve todas as virtualidades do escravismo na nova situação. (SOUZA, 2019, p. 108)

Trata-se de “uma classe reduzida ao corpo, que representa o que há de mais baixo na escala valorativa do Ocidente. Por conta disso, essa classe, do mesmo modo que os escravos, é desumanizada e animalizada”, será a classe não só de que todas as outras vão procurar de distinguir e se afastar, mas, também, aquela cujo trabalho farto e barato vão procurar explorar. (SOUZA, 2019, p. 109)

No Brasil de modernidade tardia, a maior herança da escravidão é justamente a ausência de culpa no exercer diuturno da violência, material ou simbólica, contra aqueles considerados “sub-humanos, escravos e indignos de serem tratados e reconhecidos como humanos [...]. Uma herança que foi tornada invisível e, portanto, nunca conscientizada”. (SOUZA, 2019, p. 112)

Essa invisibilidade e ausência de consciência ocorre pela própria negação do dano e da realidade. Há uma resistência de várias camadas sociais, que negam o presente e reprimem o passado, pensando sobretudo em um futuro distópico e manipulado. O exercício de alienação se torna efetivo e o direcionamento comportamental uma arma dos detentores do poder, normalizando a violação de direitos humanos, a eliminação do outro daninho, inimigo. Como diz Harvey, “seguras de suas liberdades, resistem a qualquer restrição de suas ações, afirmam que estão sendo reduzidas à condição de escravos do totalitarismo socialista e fazem campanha constante pela extensão de suas

próprias liberdades particulares em detrimento da liberdade dos outros”. (HARVEY, 2017, 212)

No dia a dia da inconsciência “[...] os dominados acabam contribuindo para a dominação da qual são vítimas, pois seu corpo (através de seus gestos) aceita, espontaneamente e por antecipação, os limites (de classe) impostos”. (SOUZA, 2009, p. 264-265). Pós-modernidade não é sinónimo necessário de rebeldia ou inconformismo, senão da reprodução histórica da dominação, substituindo o Estado pelo capital.

Os extraordinários, no contexto pós-moderno em crise, continuam a propor soluções parciais, tabuas de salvação que maquiam contradições enquanto os “outros” ordinários, precisam se conformar com a realidade que lhes é dada pronta e acabada ou, inclusive, com as doses homeopáticas de assistencialismos benevolentes dos governos.

Costas Douzinas (2009, p. 379) é cirúrgico ao afirmar:

Existem tantos pesadelos e visões de horror pós-modernos, mas eles todos são espantados pelo ideal de um novo grupo unido e homogêneo, um novo Poder Singular geneticamente modificado que irá mobilizar e juntar os fragmentos de novo sob uma razão inovadora imanente, uma estrutura profunda ou um princípio metafísico. Solicita-se à tribo, ao grupo, aos crentes, a uma nação reembalada que substituam o Estado e a sociedade e que reafirmem a autoridade por uma falsa tradição.

Razão assiste a Bauman, quando adverte que ninguém tem a ganhar com a suspensão da condição de humanidade comum, com a dicotomia entre aqueles indivíduos ordinários e extraordinários, ou seja, entre o “nós” e o “eles”, porque “[...] a universalidade da humanidade não se opõe ao pluralismo das formas de vida humana; mas o teste de uma verdadeira humanidade universal é sua capacidade de dar espaço ao pluralismo e permitir que o pluralismo sirva à causa da humanidade [...]”. (BAUMAN, 2003, p. 126)

Ser aprovados no teste, talvez seja esta a melhor das aspirações na nossa época.

3. O BRASIL NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA: DA MAIS SUTIL A MAIS SELVAGEM FORMA DE DOMINAÇÃO

“Liberdade e poder, mas o poder é essencial! O poder sobre qualquer ser tremendo e sobre todo o formigueiro!... Eis o objetivo!”, diz Raskólnikov. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 413)

O personagem parece predizer a insistente procura – por sinal, uma autêntica neurose civilizatória contemporânea - pelo poder através da acumulação de capital, e como adverte Zaffaroni (2012, p. 396), “a riqueza torna-se um fim em si mesmo e o instinto de morte triunfa”. A crueza da fórmula precisa naturalizar as desigualdades e normalizar extermínios, ponto de confluência entre a realidade distópica e a higienização das diferenças. Por essa via:

A metáfora higiênica está presente neste ideal superior ao qual o massacrador apela. Não é nada estranho que o criminoso leve a pretensão de limpeza e homogeneidade ao extremo de eliminar tudo o que considera deformado, anormal, decadente, perigoso para o futuro, fora

das regras. Assim é frequente que se empregue uma moral oficial superior, que afirme a necessidade de defender a família, a estirpe, a saúde das gerações futuras e outros valores – alguns dos quais ninguém colocaria, em abstrato, em dúvida -, mas que em um contexto discursivo são manipulados como simples elementos de reforço da hierarquização social. (ZAFFARONI, 2012, p. 387)

Veja-se que estas considerações do autor argentino parecem retratar o Brasil. Com efeito, as ideias de higienização e de limpeza social tem-se tornado cada vez mais recorrentes e aplicáveis à ralé, aos pobres tratados como descartáveis, enterrados em covas comuns, como indigentes.

Onde estão os “ordinários” e os “extraordinários” no Brasil?

A recusa a ser generalistas demais, mas também a responsabilidade com o tratamento do tema, de forma a ir constatando os fatores que permitem correlacionar a obra de Dostoiévski com a realidade nacional possibilita abrir alguns tópicos clarificadores. Em tal sentido, vejamos:

a) Carolina de Jesus, uma testemunha da indiferença moral

Nada parece ser equivocado, até porque foge de ser uma exposição simplória e dedutiva e resulta ser um testemunho, na obra de Carolina Maria de Jesus, “Quarto de Despejo: diário de uma favelada”, quando ao trazer o cotidiano cruel de muitos e muitas expõe nas circunstâncias dramáticas da morte a condição de dignidade que é lastimada: “Não trazia documentos. Foi sepultado como um Zé qualquer. Ninguém procurou saber seu nome. Marginal não tem nome”. (JESUS, 2001, p. 36).

Em outro trecho, a autora manifesta: “Cheguei à conclusão que quem não tem de ir pro céu, não adianta olhar para cima. É igual a nós que não gostamos da favela, mas somos obrigados a residir na favela”. (JESUS, 2001, p. 38). A catadora de papel na favela do Canindé em São Paulo, reflexiona: “...Eu classifico São Paulo assim: O Palácio, é a sala de visita. A Prefeitura é a sala de jantar e a cidade é o jardim. E a favela é o quintal onde jogam os lixos”. (JESUS, 2001, p. 28). Logo, lamenta: “Oh! São Paulo rainha que ostenta vaidosa a tua coroa de ouro que são os arranha-céus. Que veste viludo e seda e calça meias de algodão que é a favela”. (JESUS, 2001, p. 37) e denuncia: “O guarda civil é branco. E há certos brancos que transformam preto em bode expiatório. Quem sabe se guarda civil ignora que já foi extinta a escravidão e ainda estamos no regime da chibata?”. (JESUS, 2001, p. 96)

Nessa realidade na qual sucumbem os direitos de Carolina, há certamente pouco espaço para dizer que a estrutura classista, racista, desigual, é consequência direta de um sistema de mercado hipervalorizado em detrimento do Estado Social e de Direito, que nega a responsabilidade do perpetuador do massacre.

Insistimos nessa ideia de impunidade invisível porque é comum que os “extraordinários”

defendam a necessidade das suas ações, ainda que ocasionem severos danos contra aqueles que consideram “ordinários”. Uma certa indiferença moral tem sido notada por autores como Stanley Cohen em “States of Denial” (2001) e pelo próprio Zaffaroni, que adverte como “[...] a indiferença moral nos acostumou a naturalizar – considerar como natural ou inevitável”. (ZAFFARONI, 2012, p. 237)

b) Uma sensação de impunidade e um falso tratamento da insanidade

Estes elementos, tomados em seu conjunto, permitem correlacionar o Brasil de 2021 com o palco no qual transcorrem as desventuras de Raskólnikov em 1866. Em ambos os universos é possível encontrar indivíduos que se consideram supostamente extraordinários – o “nós” –, inclusive, tais indivíduos encapam com tamanha força a mística da superioridade, que para eles não haveria a necessidade de respeitar os direitos de ninguém, e mais, lhes seria assegurado a possibilidade cometer os mais odiosos crimes, se isso fosse de encontro com sua consciência. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 332)

[...] se tal pessoa precisar, guiada por sua ideia, passar por cima de um cadáver ou de um charco de sangue, então dentro de si, no seu amago, ela pode, a meu ver, permitir-se passar por cima desse charco de sangue – dependendo, aliás, da própria ideia e das proporções dela [...]. Só nesse sentido é que falo, no meu artigo, do direito de tais pessoas cometerem crimes. [...] a massa quase nunca reconhece o direito dessas pessoas, executa-as por enforcamento (em maior ou menor grau) e assim cumpre, com toda a justiça, a sua função conservadora, de modo que, no entanto, as gerações posteriores da mesma massa colocam os executados num pedestal e veneram-nos (em maior ou menor grau também). A primeira categoria sempre é dona do presente, e a segunda, a dona do futuro. A primeira resguarda o mundo e aumenta-o quantitativamente; a segunda faz o mundo progredir e levanta-o ao objetivo. Ambas as categorias têm o igualíssimo direito de existir. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 329)

A pretensa superioridade moral somente sustentada pela desigualdade, torna aos indivíduos extraordinários imunes ou merecedores de punições simbólicas. Na obra é possível notar que durante as investigações o personagem principal Raskólnikov “não se assemelhava a um assassino, ladrão e facínora ordinário” porque “o crime dele era bem diferente. [...]” (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 660). Sem contar, é claro, que viria a calhar a possibilidade de aplicação da teoria de insanidade temporária, cujo fito reforçaria a impunidade.

[...] mas logo deduziram disso que o crime propriamente dito não podia ter ocorrido de outra forma senão devido a certa insanidade temporária, em razão, por assim dizer, de certa monomania mórbida relacionada a assassinio e roubo, sem objetivos posteriores nem cálculos interesseiros. Aí veio bem a calhar a novíssima teoria de insanidade temporária, que está em voga e que os juristas têm procurado aplicar, em nossos tempos, a certos criminosos. (DOSTOIÉVSKI, 2016, p. 660)

No caso brasileiro a insanidade temporária do autor russo encontra eco não na parte biológica, mas nas frequentes manifestações de doença da nossa democracia, que por definição

produzem toda sorte de compadrios, relações de família, projeções fraudulentas oriundas de relações de sangue, dentro de um círculo vicioso de condutas antijurídicas, agressoras dos valores republicanos, especialmente da prestação de contas.

c) Os “outros”: os homens negros e as mulheres negras

No que diz respeito à realidade do Brasil de modernidade tardia, que “não se deve esquecer, produz diferença, exclusão e marginalização” (GIDDENS, 2002, p. 13), é possível notar sobretudo a dicotômica entre indivíduos ordinários e extraordinários quando os índices lamentáveis de vítimas de violência recaem em homens negros e mulheres negras.

A gravidade do assunto é atestada pelo Atlas da violência 2020 (IPEA), que analisou dados dos mais de 628 mil homicídios ocorridos no Brasil entre 2008 e 2018. Observou-se que o padrão de vitimização em razão da raça/cor “indica superioridade dos homicídios entre os homens e mulheres negros (pretos e pardos), em relação a homens e mulheres não negros, chegando a ser 74,0% superior para homens negros e 64,4% para as mulheres negras”. (IPEA, 2002, p. 68)

Já no ano de 2019, sob o ângulo das vítimas de violência letal no Brasil, a diferença entre negros e brancos é sem precedentes, 74,4% dos negros em 2019 eram as vítimas em contraposição aos 24,3% que eram brancos (FBSP, 2020, p. 12). Ainda, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública traçou o perfil das vítimas de intervenções policiais, e sem maiores surpresas, “no que tange à raça/cor, 79,1% das vítimas de intervenções policiais que resultaram em morte eram pretas e pardas”. (FBSP, 2020, p. 90)

Além das mortes excluídas e a violência letal contra homens e mulheres negros e negras, o Brasil vive também um atraso histórico em termos de desenvolvimento humano. Dados de 2019 indicam que Brasil caiu cinco posições no ranking mundial do IDH – o Índice de Desenvolvimento Humano, que sintetiza a expectativa de vida, escolaridade e concentração de renda.

Atualmente o país se encontra na 84^o posição sendo o principal motivo para a queda, segundo o relatório anual da ONU, a estagnação dos níveis de educação no país. (MAZZA, et.al., 2021). A esse fator se adiciona a perversidade de que “no Brasil, o 1% mais rico da população detém 28% da renda do país, uma proporção assustadoramente alta”. (MAZZA, et.al., 2021)

d) Colateralidade de circunstâncias: o tema dos serviços públicos

O padecimento recrudescer instalado em função de circunstâncias colaterais. Veja-se inicialmente o exemplo da crise da água no estado do Rio de Janeiro, ainda no começo de 2020, na qual:

O necropoder, nesse caso, atua por meio do racismo ambiental que determina quem vai ter

esgoto tratado e água encanada e quem vai estar exposto a rejeitos tóxicos ou aos efeitos diretos de indústrias poluidoras. E é por isso que temos Belford Roxo (4,52%), Nova Iguaçu (0,15%) e São João de Meriti (0%), três cidades da Baixada Fluminense, no ranking dos 10 piores municípios por esgoto tratado no Brasil, e não Copacabana, Ipanema e Leblon. Falamos de racismo porque o CEP também tem cor. (GONÇALVES, 2020)

Nas favelas o cenário parece ser um pouco mais devastador, em que “os encanamentos improvisados se misturam e não se sabe onde passa cano de água ou de esgoto” (GONÇALVES, 2020).

O Complexo da Maré, por exemplo, não é atendido pela vizinha ETE Alegria, uma das maiores estações de tratamento da América Latina, por causa de um impasse no governo. Aliás, a Maré não recebe nenhum dos itens previstos pela Lei Nacional de Saneamento Básico. Em outra comunidade da zona norte, Manguinhos, os dejetos dos moradores são despejados nos mesmos rios em que as crianças nadam – uma imagem que se repete em outros lugares pobres da cidade. (GONÇALVES, 2020)

Veja-se de tal sorte, que tais problemas sanitários não residem unicamente no estado do Rio de Janeiro, pelo contrário, acometem o Brasil como um todo. Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), referente ao ano de 2018, mais de 16% da população brasileira não tem acesso à água tratada, e apenas 46% dos esgotos gerados nos país são tratados.

No contexto global, complementa Boaventura de Sousa Santos (2020):

Segundo a ONU Habitat, 1,6 bilhão de pessoas não têm habitação adequada, e 25% da população mundial vive em bairros informais sem infraestrutura nem saneamento básico, sem acesso a serviços públicos, com escassez de água e de eletricidade. [...] Em resumo, habitam a cidade sem direito à cidade, já que, vivendo em espaços desurbanizados, não têm acesso às condições urbanas pressupostas pelo direito à cidade.

Além da necropolítica permeada pela torneira e pelo esgoto, destaca-se a crise de energia elétrica no estado do Amapá em 3 de novembro de 2020, na qual treze das dezesseis cidades do estado ficaram no escuro. Fortes chuvas culminaram na explosão seguida de incêndio que comprometeu os três transformadores da mais importante das subestações do estado, que fica em Macapá, na qual “quase 90% da população (cerca de 765 mil pessoas) foi afetada. Após 2 blecautes totais e 22 dias de fornecimento em rodízio, energia foi restabelecida no estado”. (G1, 2020)

Com aponta Ferraz Jr. (2020), uma das razões para que o apagão tenha se prolongado, diz respeito ao “Amapá ser um dos Estados do Brasil situados na extremidade do País, literalmente no fim da linha do Sistema Interligado Nacional (SIN) e, por conta disso, só ter uma linha de transmissão que atende o Estado”. Como contraponto, “o Estado de São Paulo que, por ser o mais rico e o maior consumidor de energia do País, tem um sistema de transformadores reserva que pode atender às regiões do Estado com maior rapidez em caso de apagão”.

Tudo isso expõe a fragilidade do sistema energético, mas que atinge coincidentemente apenas as localidades marginais do país, a exemplo do estado de Amapá. Certamente os estados

mais ricos da federação não submeteriam seus extraordinários cidadãos – frise-se, das classes mais elevadas, afinal, a periferia vive diuturnamente uma crise sistêmica – à falta de abastecimento de energia, de água, de serviços de telefonia e internet, etc.

Como bem assevera Gilberto Bercovici (2004, p. 59) a ideia é “[...] a execução uniforme e adequada de serviços públicos equivalentes em toda a Federação, de acordo com os princípios da solidariedade e da igualação das condições sociais de vida”. Sobretudo porque a própria Constituição Federal de 1988, nos artigos 3º, III, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e artigo 170, VII, que enumera os princípios constitucionais da ordem econômica, “considera imprescindível a redução das desigualdades regionais e sociais”. (BERCOVICI, 2004, p. 63)

e) A pandemia

E como se não houvesse já exemplos suficientes para demonstrar o abismo entre os indivíduos ordinários e os extraordinários e sua engenhosa maneira de realizar o projeto de extermínio a conta-gotas dos mais vulneráveis, a pandemia do Covid-19 colocou lentes de aumento sobre as desigualdades sociais no Brasil, afinal como bem descreveu Boaventura de Sousa Santos (2020), “sabemos que a pandemia não é cega e tem alvos privilegiados [...]”.

Em números, a situação global de casos confirmados pelo Covid-19 é de 232.636.622, contabilizadas 4.762.089 mortes. Já no Brasil constam 21.366.395 casos confirmados com 594.653 mortes, ressaltando que estes dados se referem ao período de 3 de janeiro de 2020 a 29 de setembro de 2021 (WHO, 2021). Quanto a esta triste realidade, aponta Alysson Leandro Mascaro (2020) que “não se pode limitar a pandemia do coronavírus às chaves de explicação biológicas ou da natureza. Trata-se de uma crise eminentemente social e histórica”.

De tal sorte, ao jogar luzes ao contexto histórico e social, a pandemia possibilitou que fossem visualizados os “invisíveis”, pessoas ordinárias até então desconhecidas e que passaram a constar nos bancos de dados oficiais do governo brasileiro somente por terem se cadastrado para o recebimento do auxílio emergencial - criado por meio da Lei nº 13.982 de 2 de abril de 2020 e regulamentado por meio do Decreto nº 10.316 de 7 de abril de 2020.

Os invisíveis que foram descobertos em tempos pandêmicos: “38,1 milhões. [...] São pessoas que não tinham carteira assinada nem recebiam algum benefício social antes de terem direito ao auxílio” (MARCHESAN, et.al., 2020). Um desses indivíduos invisíveis é Maria Daniela, que em entrevista ao site UOL afirmou ser o auxílio emergencial o primeiro benefício do governo que recebeu na vida: “a gente se sente esquecido, não é? Não tem como a gente não ter desgosto de ver os governantes tratarem a gente assim. Veja a condição que vivemos, é uma vida difícil?”

(MARCHESAN, et.al., 2020). Ainda aponta que com o auxílio conseguir encher a geladeira, “foi algo maravilhoso poder comer carne, frango, e não só o peixe e sururu que pescamos”. (MARCHESAN, et.al., 2020)

De acordo também com pesquisa efetuada pelo Grupo de Pesquisa Alimento para a Justiça e divulgada na Folha de São Paulo, 44% deixaram de comer carne desde a chegada do novo coronavírus. (AZEVEDO, 2021)

Em uma casa de palafitas, à beira de um rio em Currealinho, no interior do Pará, Maria do Espírito Santo, 42, tem o peixe como base da sua alimentação. Pescado ali perto, é o único alimento com lugar garantido no prato de sua família. Com a pandemia, ela viu minguar as possibilidades do seu cardápio, já escasso. Do arroz, feijão e carne, ficou apenas o arroz — quando é possível comprá-lo. [...] Sua família precisa escolher qual refeição fazer. “Se eu almoçar, não janto, então, eu tenho que escolher”, diz. Seu cardápio só varia em período de safra de açaí, quando reserva uma parte dos frutos colhidos pelo marido, Ismael da Silva Oliveira, 31, para complementar a alimentação dos três filhos. No restante do ano, dependem do Bolsa Família. O benefício de R\$ 346 os mantém durante o mês. Mesmo antes da pandemia, este já era o valor que garantia a comida na mesa. A alta no preço dos alimentos, porém, dificultou ainda mais o acesso. A esperança era conseguir o auxílio emergencial, mas não foram contemplados. (AZEVEDO, 2021)

Essa narrativa é do Brasil de 2021, mas se assemelha em muito ao que descrevia Maria Carolina de Jesus, do Brasil de 1958:

[...] ...Para mim o mundo em vez de evoluir está retornando a primitividade. Quem não conhece a fome há de dizer: “Quem escreve isto é louco”. Mas quem passa fome há de dizer: Muito bem, Carolina. Os generos alimenticios deve ser ao alcance de todos. Como é horrível ver um filho comer e perguntar: “Tem mais?”. Esta palavra “tem mais” fica oscilando dentro do cerebro de uma mãe que olha as panela e não tem mais. (Jesus, 2001, p. 34)

Como bem lembra Boaventura de Sousa Santos “todos os seres humanos são iguais (afirma o capitalismo); mas, como há diferenças naturais entre eles, a igualdade entre inferiores não pode coincidir com a igualdade entre superiores [...]” (Santos, 2020). Assim, a pandemia do Covid-19 não apenas reforça, mas torna mais visível um problema anterior à crise, que é a desigualdade, a exclusão social e a falta de dignidade humana a muitos indivíduos ordinários.

Pôde-se ver também a aplicação seletiva das políticas de prevenção e contenção do vírus, afinal, a falácia da universalidade cai por terra quando se verifica a aderência ao darwinismo social, onde se propõe “garantir a sobrevivência dos corpos socialmente mais valorizados, os mais aptos e os mais necessários para a economia. Outras vezes limitam-se a esquecer ou negligenciar os corpos desvalorizados”. (Santos, 2020)

Enquanto os indivíduos ordinários estão sendo acumulados em pilhas de cadáveres, os indivíduos extraordinários adotam uma postura de indiferença para com a realidade da humanidade sofredora. Entre estes indivíduos, destaca-se a juíza Direito Ludmila Lins Grilo, da vara Criminal e da Infância e da Juventude de Unaí/MG, que além de “incentivar aglomerações na virada do ano com a hashtag #AglomeraBrasil [...] postou um vídeo ‘ensinando’ como burlar o uso da máscara”.

(MIGALHAS, 2021)

Também figuram como membros desta elite do atraso, os vários procuradores e promotores do Ministério Público de São Paulo que elaboraram um abaixo-assinado para serem incluídos nos grupos que teriam prioridade em receber a vacina contra o Covid-19. Ideia que foi barrada, sobretudo, pela repercussão negativa da infeliz proposta. (CONJUR, 2020).

Por fim, há de ser frisado sobre o expoente máximo desta política da morte, o próprio dirigente da república brasileira, Jair Messias Bolsonaro, cuja indiferença para com os indivíduos ordinários resulta atualmente nos quase seiscentos mil mortos.

No início dos primeiros casos, o Presidente da República minimizou os efeitos da pandemia ao classificá-la como mera “gripezinha”. Já no final de abril de 2020, quando o país havia atingido a marca de cinco mil mortos, em uma de suas *lives* afirmou: “E daí? Lamento, quer que eu faça o que? Eu sou Messias, mas não faço milagres”. Em janeiro de 2021, declarou a seus apoiadores em frente ao Palácio da Alvorada: “Chefe, o Brasil tá quebrado, chefe. Eu não consigo fazer nada. Eu queria mexer na tabela do Imposto de renda. Teve esse vírus, potencializado pela mídia que nós temos aí, essa mídia sem caráter”.

Em 14 de janeiro de 2021, Manaus, capital do estado do Amazonas, entrou em colapso com recorde de casos de Covid-19, inclusive houve falta de oxigênio para os pacientes infectados. Em 15 de janeiro de 2021, nas suas redes sociais, o Presidente da República afirmou que “todos os meios foram disponibilizados”, para atender a população daquela localidade – frise-se, uma medida de contenção tomada somente após o colapso. Interessante também apontar que em visita do então Ministro da Saúde à época, Eduardo Pazuello, à capital amazonense, o mesmo havia comentado sobre a escassez de oxigênio: “O que você vai fazer? Nada. Vai esperar chegar o oxigênio” (CARTA CAPITAL, 2021).

Nesse cenário arrepiante, destaca-se a instalação em 27 de abril de 2021 de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Senado Federal, com a finalidade de

Apurar, no prazo de 90 dias, as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados; e as possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinatura de contratos com empresas de fachada para prestação de serviços genéricos ou fictícios, entre outros ilícitos, se valendo para isso de recursos originados da União Federal, bem como outras ações ou omissões cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela Pandemia do Coronavírus “SARS-CoV-2”, limitado apenas quanto à fiscalização dos recursos da União repassados aos demais entes federados para as ações de prevenção e combate à Pandemia da Covid-19, e excluindo as matérias de competência constitucional atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios. (SENADO FEDERAL, 2021)

Boaventura de Sousa Santos (2020), aponta de forma acertada que “quando se torna

permanente, a crise transforma-se na causa que explica todo o resto”. A crise humanitária do Covid-19 acaba sendo indicador de que governos de extrema direita ou de direita neoliberais falharam gravemente, uma vez que trilham um caminho que vai de encontro apenas à recuperação da ordem econômica, induzindo a grande massa no sentido de que “se escutarmos o alerta dos epidemiologistas e reagirmos a ele tentando escapar de nossa realidade (implementando políticas de isolamento e *lockdown* etc.), acabaremos ensejando uma catástrofe ainda maior (pobreza, sofrimento) [...]”. (ŽIŽEK, 2020)

Sem contar é claro, que estes governos fascizantes compostos por indivíduos extraordinários:

Ocultaram informação, desprestigiaram a comunidade científica, minimizaram os efeitos potenciais da pandemia, utilizaram a crise humanitária para chicana política. Sob o pretexto de salvar a economia, correram riscos irresponsáveis, pelos quais, esperamos, serão responsabilizados. Deram a entender que uma dose de darwinismo social seria benéfica: a eliminação de partes das populações que já não interessam à economia, nem como mão de obra trabalhadora nem como fonte consumidora, ou seja, populações descartáveis, como se a economia pudesse prosperar sobre uma pilha de cadáveres. (Santos, 2020)

Veja-se, pois, que a ideia essencial de Raskólnikov não está tão alheia à realidade atual. De tal feita, é possível notar o abismo cada vez mais profundo entre os indivíduos ordinários, pobres, descartáveis, vítimas do vírus da indiferença e diletos protagonistas entre os números de mortos da pandemia de Covid-19, e do outro lado da margem, bem distantes, os indivíduos extraordinários, que pertencem a um grau mais elevado da escala humana, incentivadores da política da morte operada pelo darwinismo social, e que, inclusive, deteriam não apenas o direito, mas obrigação das mais perversas práticas, a fim de assegurar a intocabilidade de sua casta, ainda que o custo disso sejam milhares de mortos, como é o caso brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, desde tempos imemoriais é possível constatar como tem sido colocada em prática a teoria essencial de Raskólnikov, na obra “Crime e castigo”, na qual classifica os indivíduos em ordinários e extraordinários.

Nestes termos, o processo de dominação de uns sobre outros tem prevalecido apesar do insuflado discurso da realidade democrática, multiétnica e igualitária, como é sabido a realidade contemporânea em tempos pandêmicos tem se tornado a política da morte, instrumentalizada através de processos de higienização social das diferenças.

Esse modelo de gerenciamento da massa de indivíduos “ordinários”, que em grande parte é financiado pelo bem-sucedido sistema capitalista, põe de lado os direitos humanos dos mais vulneráveis e expõe a perversa lógica da acumulação. Sobretudo, em tempos pandêmicos pôde-se

colocar lentes de aumento e realmente ver o abismo existente entre os indivíduos ordinários, a escória da humanidade e os extraordinários, promotores do darwinismo social.

Com bem assinala Boaventura de Sousa Santos (2020), “apesar de onipresentes, todos estes seres invisíveis têm espaços específicos de acolhimento: o vírus, nos corpos; deus, nos templos; os mercados, nas bolsas de valores. Fora desses espaços, o ser humano é um ser sem-teto transcendental”.

Assim como na teoria essencial de Raskólnikov, é evidenciada a necessidade de passar por cima dos cadáveres se for preciso, de eliminar o outro daninho, ordinário, que já não interessa mais ao capitalismo selvagem. Tudo isso é incentivado, claro, pelos membros da elite do atraso, os indivíduos extraordinários notadamente instilados por líderes fascistas que encampam a ideia de recuperação da ordem econômica, mesmo que isto custe os direitos mais básicos quando não a vida de muitos dos indivíduos ordinários.

Posto isso, a realidade da contemporaneidade pandêmica precisa da articulação de uma “viragem epistemológica, cultural e ideológica que sustente as soluções políticas, econômicas e sociais” e que garanta “a continuidade da vida humana digna no planeta” (Santos, 2020). Esse empenho em salvar a humanidade de sua autodestruição perpassa sobretudo pelo vislumbre da unificação em torno das diferenças, afinal, a ideia essencial de Raskólnikov precisa ser superada.

O veredito de que é preciso fazer algo já foi anunciado: a pandemia do Covid-19 apontou para a fragilidade de todos os seres humanos enquanto tais. É preciso que o novo pacto civilizatório, multicultural e humano prestigie, sobretudo, os interesses dos principais personagens deste trágico capítulo da história da humanidade, os indivíduos ordinários. Serão os atuais alvos da política da morte, os destinados à Samarra do compromisso para com a ordem econômica, que hoje encamparão um novo caminho rumo à realização da condição humana, o castigo outrora posto em marcha, cederá em favor da vida digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, V. *Mais de 125 milhões de brasileiros sofreram insegurança alimentar na pandemia, revela estudo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/04/mais-de-125-milhoes-de-brasileiros-sofreram-inseguranca-alimentar-na-pandemia-revela-estudo.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

BAUMAN, Z. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BERCOVICI, G. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERGALLI, R.; BUSTOS, J. *El pensamiento criminológico: un análisis crítico*. Vol. I. Bogotá:

Editora Temis Libreria, 1983.

BRITO, A. J. G. *Direito e barbárie no (I) mundo moderno: a questão do Outro na civilização*. Dourados: Ed. UFGD, 2013.

CARTA CAPITAL. 'O que você vai fazer? Nada. Vai esperar chegar o oxigênio', disse Pazuello em Manaus há três dias. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/saude/o-que-voce-vai-fazer-nada-vai-esperar-chegar-o-oxigenio-disse-pazuello-em-manauas-ha-tres-dias/>>. Acesso em 13 de abril de 2021.

CASTRO, L. A. *Criminologia da libertação*. Col. Pensamento Criminológico: Vol. 10. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.

COHEN, S. *States of Denial: knowing about atrocities and suffering*. 1. ed. Polity Press, 2001.

CONJUR. *Membros do MP-SP tentam 'furar fila' da vacina de Covid, mas ideia é barrada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/pgj-nao-pedir-vacina-prioritaria-membros-mp-sp>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

DOUZINAS, C. *O fim dos direitos humanos*. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOSTOIÉVSKI, F. *Crime e castigo*. Tradução e notas Oleg Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2016.

FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

FERRAZ, Jr. *Apagão no Amapá expõe fragilidade no fornecimento de energia*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/apagao-no-amapa-expoe-fragilidade-no-fornecimento-de-energia/>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

FERRAZ, O. L. M.; COUTINHO, D. R.; MENDES, C. H. *Lei fura fila da vacina: Projeto que estimula vacinação privada divide o país entre quem tem direito e quem tem "mais direito"*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/lei-fura-fila-da-vacina/>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

FOUCAULT, M. *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

FURTADO, C. *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

G1. *Apagão no Amapá: veja a cronologia da crise de energia elétrica*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/2020/11/18/apagao-no-amapa-veja-a-cronologia-da-crise-de-energia-eletrica.ghtml>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

GIDDENS, A. *Modernidade e identidade*. Tradução Plínio Dentzan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

- GONÇALVES, J. *A crise da água no Rio de Janeiro é a necropolítica pela torneira*. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/01/21/a-crise-da-agua-no-rio-de-janeiro-e-a-necropolitica-pela-torneira/>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.
- HARVEY, D. *17 contradições e o fim do capitalismo* [recurso eletrônico]. Tradução Rogério Bettoni. Editora Boitempo, 2017.
- IPEA. *Atlas da Violência 2020*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2021.
- JESUS, C. M. *Quarto de despejo: diário de uma favelada*. 8. ed. 9ª reimpressão. São Paulo: Editora Ática, 2001.
- MARCHESAN, R.; et.al. *Quem são os “invisíveis”? 38 milhões de pobres sem carteira e nenhum auxílio social foram “descobertos” pelo governo na pandemia*. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/os-invisiveis-do-auxilio-emergencial/#cover>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.
- MASCARO, A. L. *Crise e pandemia* [recurso eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- MAZZA, L; et.al. *Puxando o IDH para baixo*. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/puxando-o-idh-para-baixo/>>. Acesso em 13 de abril de 2021.
- MIGALHAS. *Juíza que incentivou aglomeração agora ensina a burlar o uso da máscara*. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/338509/juiza-que-incentivou-aglomeracoes-agora-ensina-a-burlar-o-uso-de-mascara>>. Acesso em 13 de abril de 2021.
- HNDRP. *The next frontier: human development and the antropocene*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2021.
- PRATT, A. *Nihilism*. Disponível em: <<https://iep.utm.edu/nihilism/>>. Acesso em 13 de abril de 2021.
- SANTOS, B. S. *A cruel pedagogia do vírus* [recurso eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- SANTOS, B. S. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SENADO FEDERAL. *Comissão parlamentar de inquérito da pandemia*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>>. Acesso em 7 de julho de 2021.
- SOUZA, J. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.
- SOUZA, J. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- YOUNG, J. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- ZAFFARONI, E. R. *A palavra dos mortos: Conferências de criminologia cautelar*. Tradução Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel e Maria Gabriela Viana Peixoto. Col. Saberes Críticos. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ŽIŽEK, S. *Pandemia: covid-19 e a reinvenção do comunismo* [recurso eletrônico]. Tradução Artur

Renzo. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

WHO. *Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*. Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>.
Acesso em: 29 de setembro de 2021.

EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19: MEDIDAS ADOTADAS PELA UENP NO COMBATE À EXCLUSÃO DIGITAL

Tamires PETRIZZI¹
Victória Santos MARQUES²

RESUMO

O artigo objetiva analisar o direito à educação e o problema da exclusão digital a partir da pandemia Covid-19, vivenciada desde 2020 e que impediu que os alunos pudessem participar das aulas de forma presencial, sendo necessária a continuidade da aprendizagem em ambiente virtual, o que não é oportunizado a todos os estudantes, diante da falta de condições de acesso e uso às tecnologias de informação e comunicação. Para tanto, por meio do método dedutivo e de uma explanação documental, é feita uma análise da educação como direito social e fundamental no Estado Democrático de Direito, com o estudo da sua evolução histórica e efetivação a partir da Constituição Federal de 1988, bem como da inclusão digital como direito fundamental implícito, sendo analisados também o fenômeno da exclusão digital no Brasil, e que medidas vêm sendo adotadas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná para minimizar o problema durante a determinação de isolamento social. O que se percebeu foi que com o exercício do ensino na sua forma remota, deve ser garantida uma plena inclusão digital para que o direito à educação seja efetivado, algo que é ainda muito difícil de ser colocado em prática. A UENP, dentro das possibilidades, vem buscando exercer o seu papel social. A pesquisa tem como campos de estudo o Direito Constitucional, os Direitos Humanos e Fundamentais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Direito Digital.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; inclusão digital; ensino virtual; tecnologia; coronavírus.

ABSTRACT

The article aims to analyze the right to education and the problem of digital exclusion from the Covid-19 pandemic, experienced since 2020 and which prevented students from participating in classes in person, requiring the continuity of learning in a virtual environment, which isn't offered to all students given the lack of conditions for accessing and using information and communication technologies. Therefore, through the deductive method and the documentary explanation, an analysis of education is made as a social and fundamental right in the Democratic State of Law, with the study of its historical evolution and effectiveness from the Federal Constitution of 1988, as well as digital inclusion as an implicit fundamental right, the phenomenon of digital exclusion in Brazil, and what measures have been adopted by the State University of Northern Paraná to minimize the problem during the determination of social isolation. It was noticed that with the exercise of teaching in its remote form, a full digital inclusion must be ensured in order to the right

-
- 1 Graduada em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas INTERVEPES/UENP e do Núcleo de Pesquisa em Direito Penal e Criminologia NUPECRIM/UFRGS. Foi bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Extensão Universitária (PIBEX) e é bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), ambos sob orientação do Professor Doutor Renato Bernardi e financiados pela Fundação Araucária e pelo Governo do Estado do Paraná.
 - 2 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Tem experiência e realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. Já realizou estágio na 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, e no Cartório Eleitoral da mesma cidade.

to education becomes effective, something that is still very difficult to be put into practice. Within the possibilities, UENP has been seeking to exercise its social role. The research has as fields of study Constitutional Law, Human and Fundamental Rights, Digital Law and the Statute of Children and Adolescents.

KEYWORDS: fundamental rights; digital inclusion; virtual teaching; technology; coronavirus.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento da pandemia Covid-19, o mundo passou por grandes alterações. E isso se deu em diversos aspectos da vida: na área da saúde, na política, nas relações trabalhistas, na economia, na cultura, na tecnologia e na educação. Na verdade, a sociedade teve que aprender a se moldar conforme o avanço do Coronavírus. Por não ser possível o contato presencial, este cedeu espaço ao contato virtual. As tecnologias de informação e comunicação, que já estavam em ascensão, passaram a ser ainda mais utilizadas com a determinação de isolamento social.

No âmbito da educação isso não foi diferente. As aulas presenciais foram substituídas pelas aulas online. O caderno e caneta deram espaço aos tablets, notebooks e smartphones; a internet se tornou imprescindível para o acompanhamento das aulas. Essa mudança, contudo, trouxe consigo questões já há muito existentes e pouco debatidas: a exclusão digital se tornou mais visível do que nunca. Muitos alunos não puderam, nesses quase dois anos de pandemia, continuar estudando, por não possuírem meios de acesso às aulas.

O direito à educação ficou ainda mais defasado. Por esse motivo, houve a necessidade de se discutir as suas novas nuances, e quais as possíveis formas de combate à exclusão digital, principalmente na realidade em que estamos inseridos: a Universidade Estadual do Norte do Paraná. O que o presente artigo pretende, pois, é responder a seguinte pergunta: durante a pandemia, que medidas a UENP vem tomando na busca de minimizar os efeitos da exclusão digital e de concretizar o direito à educação?

Com relação à abordagem do tema, o artigo foi dividido em três partes. Para a compreensão da educação como direito fundamental e social, o primeiro capítulo tem como pontos principais a conceituação de Estado Democrático de Direito, bem como a definição dos direitos humanos, fundamentais e sociais, além da breve exposição da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Ainda, é feita uma sintetização do histórico do direito à educação no País, a sua efetivação na Constituição Federal de 1988 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Para tanto, a exposição de documentos e legislações específicos da educação no Brasil, tais como a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) foram imprescindíveis à pesquisa.

Na segunda parte do artigo é feita uma exposição sobre a inclusão digital entendida como direito fundamental implícito, sendo trazido o seu conceito e características. Como toda a necessidade de se discutir o direito à inclusão pressupõe, em contrapartida, a existência de uma exclusão, é também analisada, neste ponto, a própria exclusão digital, com enfoque no âmbito educacional, fazendo-se um paralelo do problema com a pandemia Covid-19, atualmente vivenciada.

Por sua vez, na terceira e última parte do artigo são indicadas as medidas adotadas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) frente à pandemia, a fim de minimizar os problemas da exclusão digital. Para isso, o capítulo foi construído com base em legislações que traçam uma trajetória da pandemia no Brasil e no Estado do Paraná, principalmente aquelas que dizem respeito à suspensão e substituição das aulas presenciais por aulas remotas, além da análise das medidas de segurança que foram adotadas pela UENP e seu Programa Institucional de Acessibilidade Tecnológica.

Finalmente, chega-se à conclusão de que o exercício da aprendizagem na forma online, com a realização de aulas virtuais em razão da pandemia, apenas irá alcançar todos os estudantes quando houver a efetivação do direito fundamental à inclusão digital. Enquanto a exclusão nas tecnologias de informação e comunicação permanecerem, o direito à educação previsto nos moldes constitucionais não será pleno. Por essa razão a UENP, enquanto universidade que busca melhorar a sociedade, vem tomando medidas na busca de reduzir as desigualdades digitais.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, através de uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leitura de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas, monografias, dissertações, e demais textos e materiais, incluída a análise das legislações pertinentes ao tema tratado. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90) e Direito Digital.

2 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DE UMA RETOMADA HISTÓRICA

Entende-se por Estado “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, 2018, p. 121). A ordem jurídica se refere à submissão do Estado ao sistema normativo, isto é, às leis. A finalidade do Estado, por sua vez, corresponde ao “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (JOÃO XXIII *apud* DALLARI, 2018, p. 111).

Preceitua o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, e que são seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Referido dispositivo também institui a democracia representativa, determinando que “todo poder emana do povo” (BRASIL, 1988, online).

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi instaurado no período de redemocratização, após o fim da Ditadura Militar (1964-1984). Portanto, a Carta de 1988, ao evidenciar a criação das leis pelo povo e para o povo, concretiza a finalidade do Estado com a observância à dignidade da pessoa humana.

Saliente-se, por oportuno, que são objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme o art. 3º da CF/88:

[...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988, online).

Esses objetivos fundamentais devem ser concretizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O órgão executivo é responsável pela chefia do Estado, do governo e dos atos de administração (LENZA, 2019, p. 750). O Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, legisla representando o povo, os Estados-Membros e o Distrito Federal (LENZA, 2019, p. 575). O Poder Judiciário, por sua vez, tem como incumbência a função jurisdicional, que corresponde a “atuar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos” (ALVIM, 2020, p. 68). O governo brasileiro resulta do exercício desses três poderes. O legislador, ao elaborar a Constituição de 1988, destinou o Título II aos direitos e garantias fundamentais – os principais responsáveis pela dignidade da pessoa humana – os quais devem ser objeto de concretização pelos órgãos executivo, legislativo e judiciário, na busca do bem comum enquanto finalidade do Estado.

Neste ponto, é importante ressaltar que embora os direitos fundamentais e os direitos humanos sejam utilizados constantemente como sinônimos, há uma diferença substancial entre eles: um está relacionado à ordem interna e outro à ordem internacional.

Essa diferenciação terminológica adveio do momento em que os direitos fundamentais (internos) começaram a ser replicados ao nível do direito internacional público, a partir da intensificação das relações internacionais e da vontade da sociedade internacional em proteger os direitos das pessoas numa instância superior de defesa contra os abusos cometidos por autoridades estatais, o que levou os direitos de índole interna (fundamentais) a deterem o novo status de direitos internacionalmente protegidos (direitos humanos) (MAZZUOLI, 2019, p. 24).

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), é o maior símbolo e marco histórico de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Logo em seu primeiro artigo, a DUDH declara que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, online). Na verdade, a DUDH foi responsável pela declaração de direitos sociais, políticos, civis, econômicos e culturais, tais como o direito à vida, à liberdade, à nacionalidade, ao matrimônio, ao trabalho, à instrução (educação), entre outros.

Foi nessa perspectiva que a Assembleia Constituinte de 1988 caminhou, visto que desde o processo de democratização no Brasil medidas importantes foram adotadas “em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2018, p. 408). Isso porque o país, ao longo da sua história, passou por períodos que suprimiram os direitos fundamentais e humanos e a dignidade da pessoa humana. Como se sabe, desde a chegada dos colonizadores portugueses ao território brasileiro, muitos grupos de pessoas tiveram seus direitos, identidade, cultura e existência silenciados: índios, negros, mulheres, a população LGBTQIA+, etc. foram sempre vulnerabilizados.

De acordo com Flávia Piovesan, “a Carta de 1988 é a primeira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais” (2018, p. 115). Quanto à matéria de ordem externa, é importante ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 fez com que os tratados e as convenções internacionais sobre os direitos humanos aprovados no Brasil equivalessem às emendas constitucionais (art. 5º, §3º, da CF/88). Quanto à ordem interna, como já mencionado, o Título II da Constituição elencou os direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, os direitos sociais integram os direitos e as garantias fundamentais, bem como os direitos humanos protegidos internacionalmente. É nesse sentido que o Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da CF/88 define, em seu art. 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988, online). Os direitos sociais, além de serem direitos fundamentais e direitos humanos, são também considerados direitos coletivos, já que são destinados a todos os indivíduos, sendo essenciais à vida em sociedade.

Neste ponto, é importante destacar não existir hierarquia entre normas constitucionais. Por isso, o fato de o texto constitucional ter iniciado o seu art. 6º com o direito à educação não significa que esse direito seja superior aos demais, uma vez que a saúde, por exemplo, também é essencial para a concretização da vida e existência dignas. Entretanto, como se sabe, a educação, enquanto instrução e conhecimento, é o ponto de partida para que seja efetivada uma vida digna. A educação,

contudo, nem sempre foi entendida como um direito fundamental, social e humano que deve ser efetivado em prol de todos os indivíduos.

No Brasil, as primeiras escolas reuniram os filhos dos índios e dos colonos. Entretanto, enquanto os filhos dos colonos aprendiam a ler e a escrever, os índios eram ensinados a serem “dóceis” para servirem de mão de obra nas aldeias (ARANHA, 2006, p. 230-231). A educação jesuíta, consistente no ler, escrever e contar baseados nos valores cristãos para converter e dominar (os índios), recebia apoio e doações da Coroa Portuguesa, o que demonstra os primeiros traços da educação elitista presentes já na época colonial.

Com a queda do império em 1889 e a ascensão do regime republicano, o Estado, principalmente no final do século XIX, esboçou “um modelo de escolarização baseado na escola seriada, com normas, procedimentos, métodos, instalações adequadas” que visava à ordem e à disciplina; ainda que houvesse tentativas de um ensino para todos, a educação era dualista. Enquanto os ricos davam continuidade aos estudos, o povo ficava restrito ao conhecimento básico (ensino primário) e profissional (ARANHA, 2006, p. 522-523), o que era sinônimo de mão de obra barata, por conta da baixa escolarização. Os ensinos secundário e superior, assim, eram destinados às classes mais altas da sociedade.

A educação da Primeira República evidencia, portanto, as raízes elitistas em que o país se construiu. Os ricos eram privilegiados, enquanto os pobres eram escravizados pelo sistema. Não é à toa que a educação para todos demorou a chegar (e talvez ainda nem tenha chegado). No meio do caminho sempre existiu uma pedra que desviava a fundamentalidade do direito à educação, muitas vezes usado como forma de domínio: quanto menos ensino, mais alienação. Foram muitos os movimentos, embates e reformas para que houvesse a transformação do ensino. A exemplo disso pode-se citar que por volta de 1920 “os escolanovistas queriam fixar seu Manifesto como um ‘divisor de águas’, reiterando a necessidade de o Estado assumir a responsabilidade da educação” (ARANHA, 2006, p. 533-534).

Um pouco mais adiante na história do Brasil, ultrapassada a Era Vargas, período em que “continuava alto o número de professores leigos” e “as escolas oficiais eram mais procuradas pelas camadas médias desejosas de ascensão social” (ARANHA, 2006, p. 539-540), o país retornou ao Estado de Direito. Com o processo de redemocratização do Brasil, foi publicada a Lei nº 4.024 de 1961, que fixava as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, um avanço para a época, mas que ainda apresentava desvantagens e refletia os interesses dos legisladores. Nesse sentido, Aranha (2006, p. 547) diz que “podemos observar como a legislação sempre reflete os interesses apenas das classes representadas no poder”.

Os antecedentes da Ditadura Militar apontam que “no início da década de 1960, o Brasil

atravessava um período de séria contradição entre a ideologia política e o modelo econômico” (ARANHA, 2006, p. 551). O golpe militar de 1964 refletiu não só na dignidade da pessoa humana com os lamentáveis casos de torturas e assassinatos por parte do governo, mas também na educação. Foi durante esse período em que os movimentos estudantis, mais do nunca, foram atacados. A União Nacional dos Estudantes (UNE) é uma das instituições que sofreu ataques durante o período, visto que foi posta fora da lei, apesar de resistir e continuar existindo de forma clandestina. O caos também foi instaurado nas escolas e nas universidades do Brasil: foram muitos os processos de demissão, aposentadoria e exílio aos professores que se manifestaram politicamente em sala de aula.

“No ano de 1978, os professores intensificaram a mobilização em diversos estados, a fim de recuperar as perdas salariais, que haviam atingido índices inéditos, o que agravava a pauperização da profissão” (ARANHA, 2006, p. 565). A luz no fim do túnel chegou com a década de 80 e a transição democrática no Brasil, já que “com a abertura política, os partidos extintos voltaram à legalidade, bem como os organismos de representação estudantil”, retornando o debate político também às salas de aula (ARANHA, 20006, p. 565).

Com isso, a Constituição Federal, promulgada em 1988, foi tida como o principal instrumento que buscava concretizar não só o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, o governo do povo e a democracia, mas também a educação como dever do Estado e direito de todos. Ela também buscava efetivar direitos como o ensino gratuito (público) e obrigatório, a distribuição dos recursos públicos às escolas e um plano nacional de educação, dispostos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 e na Base Nacional Comum Curricular.

Com relação à estrutura da Constituição de 1988, o Capítulo III, do Título VII, foi o responsável por tratar da educação, cultura e desporto. De acordo com o art. 205, “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988, online). No mesmo sentido, a DUDH, incorporada ao direito brasileiro, define em seu art. 26 que “todo ser humano tem direito à instrução” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, online).

A educação para todos, no Brasil, tem suas diretrizes em dispositivos próprios. A Lei nº 9.394, de 1996 (LDB) estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, a qual, em seu art. 1º, dispõe que a educação engloba os “processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (BRASIL, 1996, online). Isso

demonstra que a educação passou a ser encarada como ferramenta de desenvolvimento, seja acadêmico ou pessoal, além de instrumento de construção de uma sociedade melhor.

No mesmo sentido caminha a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), documento normativo do Ministério da Educação que segue os parâmetros da LDB de 1996 e define as aprendizagens nas fases educacionais, desde a educação infantil ao ensino médio. Nela são definidas diretrizes, competências, áreas do conhecimento e componentes curriculares. Assim como a LDB, a BNCC se aplica ao ensino público e privado. É a partir daí que a educação começa a pertencer a toda a sociedade, e a ser feita “para todos”.

Embora ainda existam muitas deficiências educacionais no Brasil, com muitos jovens sem acesso às escolas e universidades, diante da trajetória histórica da educação criada pela elite e para a elite, a Constituição Federal de 1988 é considerada um grande avanço educacional. Por meio do acesso à educação, o Estado Democrático de Direito, seus princípios, objetivos, finalidade social e os demais direitos fundamentais e sociais são efetivados. No entanto, para que seja instrumento de transformação e de consolidação do quanto idealizado constitucionalmente, a educação precisa ser inclusiva, tema que será abordado no próximo capítulo.

3 INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como dito, a partir da Constituição Federal de 1988 foi elencada uma série de direitos (estando neles compreendidos direitos individuais, sociais, culturais, jurídicos e políticos) que devem ser assegurados a todas as pessoas, de forma indistinta, por serem a elas inerentes: trata-se dos direitos fundamentais, conquistados gradativamente pelas lutas e movimentos históricos ocorridos ao longo dos séculos, que visam atender às necessidades mais básicas do ser humano (FLAIN, 2017, p. 54).

Por essa razão, referidos direitos são tidos como fundamentos do ordenamento jurídico, estando diretamente ligados à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). A própria Constituição Federal os coloca num alto grau de juridicidade, positivando-os como verdadeiras cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF/88), a fim de que sejam concretizados e de que lhes seja dada a devida eficácia. É o caso, como já estudado, do direito à educação.

Porém, mesmo estando positivados ao longo da Carta Constitucional, isso não significa que esses direitos se encontrem num rol taxativo: em razão da rápida evolução da sociedade, existem outros direitos fundamentais igualmente importantes os quais não se encontram de forma explícita na Lei Maior: são os direitos fundamentais implícitos (art. 5º, §2º, da CF/88).

Entre esses direitos que não estão expressos na Constituição, mas que são por ela

igualmente protegidos, pode-se citar o direito à inclusão digital, considerado como sendo um direito de terceira geração, oriundo dos avanços tecnológicos da sociedade (FLAIN, 2017, p. 56). Mas o que corresponde ao direito à inclusão digital?

Na verdade, a inclusão digital não é fácil de ser conceituada, tratando-se de algo “fluido, indeterminado, escorregadio” (GONÇALVES, 2011, p. 20), possuindo inúmeros significados. Na cultura norte-americana é conceituado como *digital divide*, que consiste na separação entre as pessoas que têm acesso às tecnologias daquelas que não possuem essas mesmas oportunidades (GONÇALVES, 2011, p. 27, grifo nosso).

O termo “digital divide” refere-se à diferença entre aqueles com acesso a computadores, à internet, à informação virtual daqueles que não possuem tal acesso. O digital divide tem sido discutido em relação ao rendimento de um grupo, a raça, a etnia, a idade, ao gênero e ao uso da linguagem entre as pessoas de uma comunidade ou país. Internacionalmente é geralmente usado para se referir a diferenças entre países que globalmente têm maior acesso às tecnologias de informação e comunicação (TIC) para países que tem menos acesso [...] O termo foi originalmente usado para se referir à desigualdade do acesso físico, como ter a posse de um computador ou ter uma conta de internet. Recentemente, entretanto, as pessoas começaram a incluir outros fatores que possibilitam o uso efetivo de novas tecnologias tais como habilidades, conhecimento e suporte social (WARSCHAUER, 2009, p. 1.551).

Ou seja, o termo *digital divide* corresponde ao acesso desigual às tecnologias existentes na sociedade. Para Gonçalves, todavia, essa conceituação não é completa, por não abranger integralmente o fenômeno da falta de acesso às tecnologias de informação e comunicação, ao desconsiderar fatores e práticas sociais, históricas, culturais e econômicas que são as responsáveis diretas pelas desigualdades e os desequilíbrios existentes no meio digital (2011, p. 28). Para o estudioso, pois:

A inclusão digital é uma apropriação do conceito de inclusão social, construído numa leitura, a partir dos anos de 1960 e 1970, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 [...] O discurso da inclusão social tornou-se vivo e atuante em todos os níveis e extratos das sociedades do mundo todo. O discurso da inclusão social foi apreendido e apropriado por negros, índios, pessoas com deficiência, mulheres, homossexuais etc., enfim, todos os excluídos por práticas sociais, históricas, econômicas e culturais. Foi dentro deste contexto de contestação a práticas excludentes estabelecidas que surgiu a apropriação do termo inclusão para designar a luta pelo acesso às TIC como meio de superação das desigualdades. A esta luta foi atribuído o nome de inclusão digital [...] A expressão “inclusão digital” dá uma percepção mais larga das práticas sociais, históricas, culturais e econômicas relativas à necessidade humana de se inserir nas possibilidades das tecnologias de informação e comunicação assim como a percepção dos obstáculos a serem vencidos (GONÇALVES, 2011, p. 30-31).

Mesmo não havendo um conceito uníssono no que diz respeito à inclusão digital, que possui uma vasta abrangência terminológica, fato é que se trata de um direito fundamental que possui íntima ligação com a própria dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), sendo, ainda, um direito que é tido como condição e meio de efetivação dos demais direitos fundamentais (FLAIN, 2017, p. 60).

Em outras palavras, a inclusão digital pode ser encarada como um direito-meio ou direito-garantia dos demais direitos fundamentais, que dela dependem profundamente (GONÇALVES, 2011, p. 76). Isso porque as tecnologias de informação e comunicação – que são abrangidas pelo direito à inclusão social – possibilitam aos indivíduos autodeterminação e colaboração para o próprio desenvolvimento humano, por satisfazerem às suas necessidades mais básicas (FLAIN, 2017, p. 60). Na verdade, essas tecnologias estabelecem novas fronteiras, embates, construções e soluções, sendo “prolongamentos dos seres humanos”. Por isso mesmo é que a inclusão digital não pode deixar de ser tutelada pelo ordenamento jurídico, devendo ser incorporada nas suas instituições e institutos (GONÇALVES, 2011, p. 55).

De fato, a inclusão digital é tida como “um valor que acrescenta ao ser humano potencialidades e maneiras de se realizar como tal, realçando e ativando outros direitos inerentes à sua condição, como a liberdade, a igualdade, a dignidade etc”. É um direito que não é imposto contra algo ou em face de alguém, possuindo um dinamismo que lhe é característico (GONÇALVES, 2011, p. 60). O seu exercício não prejudica o exercício dos demais direitos fundamentais: pelo contrário, faz com que se tornem ainda mais relevantes, dando-lhes efetividade. A inclusão digital está diretamente ligada à igualdade, à liberdade (GONÇALVES, 2011, p. 77), ao direito à informação, ao acesso ao conhecimento, sendo também meio de concretização da própria educação.

Há um consenso de que as tecnologias de informação e comunicação são imprescindíveis para as demandas da sociedade atual. Desde o mercado financeiro, totalmente informatizado, até os sistemas de contabilidade de pequenas empresas no interior do Brasil, todos estão dentro do mundo digital. Os governos também participam do uso destas tecnologias de informação e comunicação para melhorarem a prestação de serviços que fornecem aos seus cidadãos (GONÇALVES, 2011, p. 35).

Do exposto, verifica-se que encarar a inclusão social como um direito fundamental corresponde a “uma necessidade histórica, pois não há como ignorar que estes fenômenos tecnológicos afetam a forma do entendimento e da compreensão do ser humano” (GONÇALVES, 2011, p. 70).

O grande problema reside em como garantir esse direito fundamental – que frise-se, é imprescindível na sociedade de rede – uma vez que onde há a necessidade de uma inclusão existe também, em contrapartida, o reconhecimento implícito da existência de uma exclusão (GONÇALVES, 2011, p. 33). Ou seja, para se garantir a inclusão digital de forma plena, é preciso que seja combatida a exclusão digital.

Conceitualmente, a exclusão digital corresponde à falta de acesso às tecnologias digitais ofertadas, o que engloba desde a falta de acesso aos computadores, tablets, smartphones e internet, como também a incapacidade de fazer uso, de modo eficiente, dessas ferramentas de informação e

comunicação (GONÇALVES, 2013, p. 13).

No ambiente digital, pois, a exclusão não apenas diz respeito à falta de condições econômicas para se adquirir as novas tecnologias (apesar de tal fato influir diretamente nas estruturas excludentes), estando também incluída a barreira socio-cultural: a idade, a região em que se vive e a escolaridade são alguns dos muitos fatores que se interligam ao problema (GONÇALVES, 2011, p. 44), que atinge os mais diversos setores da sociedade.

O foco central do presente artigo, contudo, reside em tratar da exclusão digital no âmbito da educação, principalmente a partir da pandemia Covid-19, que determinou o isolamento social, impedindo o acesso físico dos estudantes às escolas e universidades. Neste ponto, como se sabe, nem todos os alunos possuem acesso a computadores, tablets e smartphones, e à internet de qualidade. Apesar de o acesso à internet ser considerado um direito universal pela ONU desde 2011, cabendo aos Estados a garantia desse direito, essa não é uma realidade brasileira (KRAUSE, 2020, online).

Em 2016, uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicou que 51% dos brasileiros ainda não estavam incluídos no mundo digital. Ou seja, mais da metade da população, em 2016, não tinha condições de fazer uso das tecnologias de informação e comunicação no seu processo de aprendizagem (KRAUSE, 2020, online).

Por sua vez, uma pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), entre agosto e dezembro de 2018, e divulgada em 2019, indicou que 58% dos domicílios no Brasil não possuem acesso a computadores e 33% não possuem internet. A pesquisa ainda indicou que nas áreas rurais nem mesmo as escolas têm acesso à rede de computadores: 43% delas comunicaram falta de infraestrutura para o sinal chegar aos locais mais remotos (VALADARES, 2020, online).

Para a parcela mais carente da sociedade essa exclusão digital é potencializada, uma vez que “insere novos obstáculos e barreiras complexas, que se antepõem ao virtual, e limitam as possibilidades do cidadão” (GONÇALVES, 2011, p. 41).

É importante destacar que na área da educação a exclusão digital está muito próxima das exclusões históricas, sociais e econômicas: trata-se da exclusão digital da pessoa pobre, com mínimas possibilidades. Disso se verifica que “a exclusão digital relacionada à educação é um problema social e não tecnológico” (GONÇALVES, 2011, p. 46).

Saliente-se que os grupos hiper marginalizados, na exclusão digital, refletem os espaços que ocupam na sociedade: a maioria dos negros, que vive nas favelas e periferias das grandes cidades, são atendidos de forma precária pelas empresas de telecomunicações, com acesso à internet de baixa qualidade. Pior ainda é a situação da mulher negra e pobre que, por geralmente ocupar empregos domésticos, tem baixo acesso à internet em comparação aos homens da mesma faixa

etária e condição social (GONÇALVES, 2011, p. 52).

Isso tudo ficou ainda mais visível com a pandemia Covid-19: apenas os alunos com uma infraestrutura minimamente digna tiveram a possibilidade de participar das aulas e atividades virtuais. De acordo com a UNICEF, em 2020, 154 milhões de estudantes ficaram sem aulas na América Latina e no Caribe, com risco de abandono escolar definitivo pelas classes mais pobres da sociedade, que em razão da pandemia ficaram ainda mais marginalizadas e desamparadas (VALADARES, 2020, online), sendo a exclusão digital um dos fatores determinantes para que tais alunos não pudessem participar das aulas em ambiente virtual.

Mesmo com o avanço das vacinações e as coisas voltando pouco ao pouco à “normalidade” anterior (em aspas, porque a normalidade em si que se vivenciava antes da pandemia era espantosa em praticamente todos os aspectos da vida, o que ficou ainda mais obscuro com o surgimento do Coronavírus), com a retomada das aulas presenciais, aqueles alunos que não tiveram condições de permanecer estudando em casa, por serem excluídos digitalmente, terão ainda mais dificuldade de retomar e alcançar os mesmos níveis de aprendizado daqueles que tiveram a oportunidade de continuar estudando no ambiente virtual.

No que diz respeito à exclusão digital e à educação, a situação brasileira é muito delicada, uma vez que não há iniciativas concretas do governo para sanar o problema, com a promoção das mesmas tecnologias de informação e comunicação a todos os estudantes de modo uniforme e equânime. Essa é apenas uma das muitas facetas que demonstram a grande instabilidade no âmbito educacional.

Conforme Warschauer *apud* Gonçalves, a tecnologia é o meio mais importante para o combate à exclusão, pois é apenas com o seu uso que as diferenças sociais poderão ser minimizadas (GONÇALVES, 2011, p. 28). É através da inclusão digital, como direito fundamental concretizado, que a sociedade poderá ser modificada (GONÇALVES, 2011, p. 60). Mas para tanto, muito deve ser feito.

Buscando diminuir os problemas da exclusão digital no ambiente de ensino, e a fim de efetivar em âmbito regional uma inclusão mínima, a Universidade Estadual do Norte do Paraná vem adotando medidas – tanto com seus alunos como também para a sociedade em geral – que passam a ser expostas a seguir.

4 MEDIDAS ADOTADAS PELA UENP PARA SANAR O PROBLEMA DA EXCLUSÃO DIGITAL DURANTE A PANDEMIA COVID-19

Pensando no Estado Democrático de Direito, no direito à educação como direito fundamental e social, bem como na inclusão social como direito implícito na Constituição Federal

de 1988, cabe ressaltar as medidas adotadas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) frente à pandemia.

Segundo o Portal G1, no dia 11 de março de 2020, Tedros Adhanom, diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou a pandemia Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2): eram 118 mil casos no mundo e pouco mais de 04 mil mortos. No Brasil, no dia 20 do referido mês, o Decreto Legislativo nº 6/2020 foi publicado no Diário Oficial da União determinando a “ocorrência do estado de calamidade pública” (BRASIL, 2020, online).

Contudo, antes mesmo da declaração de decreto da pandemia e de estado de calamidade pública, por se tratar de um vírus com rápida transmissão, medidas de segurança foram adotadas para conter o contágio. A exemplo disso, em fevereiro de 2020 o Brasil identificou a primeira pessoa contaminada pela doença, sendo que a Lei nº 13.979, datada do mesmo mês, já considerava o isolamento e a quarentena no seu art. 2º:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II- quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus [...] (BRASIL, 2020, online).

Com feito, embora a competência de cuidar da saúde seja comum (art. 23, inciso II, da CF/88), sendo competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre a proteção à saúde (art. 24, inciso XII, da CF/88), o cenário político conturbado e o atrito entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com os entes da federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) geraram o agravamento da pandemia no Brasil. O número de infectados pela Covid-19 e de mortes em decorrência de complicações causadas pela doença cresceu rapidamente. Com isso, as medidas de segurança foram intensificadas para conter a disseminação do vírus, como o isolamento e/ou distanciamento social, o que ressignificou as formas das interações e relações humanas.

Essas medidas afetaram direta e indiretamente os direitos sociais, isto é, a saúde, a educação, o trabalho, a alimentação e outros demais direitos previstos na Constituição Federal. O Estado, para mitigar os efeitos da pandemia no Brasil, implementou instrumentos para diminuir os impactos econômicos e sociais. A título exemplificativo, pode-se citar a Medida Provisória nº 1.045, de cunho econômico, que instituiu o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda para preservar e garantir os empregos, bem como reduzir os impactos decorrentes do coronavírus nas atividades laborais (BRASIL, 2021, online).

Assim como a economia, o direito à educação – objeto de pesquisa do presente artigo –

também foi fortemente afetado, visto que o ensino presencial foi substituído pelo remoto. No dia 17 de março de 2020, o ex-ministro da educação, Abraham Weintraub, assinou a Portaria nº 343 do Ministério da Educação (MEC), que autorizava a substituição “das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia” (BRASIL, 2020, online). A substituição, inicialmente, tinha prazo de 30 dias que poderiam (e foram) prorrogados de acordo com a duração e avanço dos casos de Covid-19 no Brasil e as determinações de medidas sanitárias do Ministério da Saúde e da OMS.

Desde março de 2020, foram muitas as resoluções, portarias, pareceres, decretos e demais legislações que abordavam as aulas remotas e a organização dos calendários escolares. Os Estados-membros adotaram a Portaria nº 343 do MEC e a educação infantil, o ensino fundamental, o médio e o superior seguiram as recomendações e a suspensão das atividades presenciais.

No Paraná, no dia 16 de março do ano passado, o Governador do Estado, Carlos Roberto Massa Junior, determinou, por meio do Decreto Estadual nº 4.230, as medidas para o enfrentamento da pandemia, sendo que entre elas, no art. 8º, estava a suspensão das aulas presenciais em escolas públicas e privadas, bem como em entidades conveniadas com o Estado do Paraná, em cursos técnicos e em universidades públicas e particulares (PARANÁ, 2020, online). Cabe destacar que o dispositivo supracitado passou por sete modificações e a redação que atualmente está em vigor é a que autoriza a retomada das aulas presenciais no Estado. Contudo, algumas escolas e universidades paranaenses optaram por manter as aulas em regime remoto, em caráter especial, como é o caso da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Neste ponto, a Resolução nº 003/2020 – CEPE/UENP, estabeleceu no “regime especial” a oferta de componentes curriculares obrigatórios dos cursos de graduação por meio de atividades não presenciais. Tal regime se caracteriza pela realização das atividades à distância, e inicialmente a determinação valia por nove semanas letivas. A Resolução explicava que

Art. 2º. Entende-se por atividades não presenciais aquelas utilizadas para a interação com o estudante por meio de orientações impressas, estudos dirigidos, quizzes, plataformas virtuais, correio eletrônico, redes sociais, chats, fóruns, diário eletrônico, videoaulas, audiochamadas, videochamadas, e outras assemelhadas, podendo ser desenvolvidas, no contexto da UENP, mediante: a) E-mail; b) Ava; c) SUAP; d) Ferramentas online; e) Outros.

Tendo em vista a implementação do regime especial na UENP, o Ato Executivo nº 008/2020 suspendeu por prazo indeterminado as atividades presenciais, mantendo, contudo, os calendários acadêmicos. No curso de bacharelado em Direito, por exemplo, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, *campus* de Jacarezinho, as aulas são, em sua maior parte, síncronas, por meio de plataformas como o Google Meet e o Zoom. Ainda, em complemento a essas aulas, atividades assíncronas estão sendo realizadas pelos alunos do curso. Diante da remodelação do ensino, alguns

estudantes encontraram dificuldades em acompanhar as aulas da graduação remotamente, por conta da falta de acesso às tecnologias de informação e comunicação.

A fim de mitigar os efeitos da exclusão digital – e de, dentro de suas incumbências, dar concretude ao direito fundamental implícito à inclusão digital – a UENP criou o Programa de Acessibilidade Tecnológica. Referido programa foi implementado pelo Edital nº 026/2020 GR, e é destinado aos estudantes da graduação e pós-graduação que não podem realizar as atividades pela “falta de equipamento próprio; equipamento próprio obsoleto, incompatível com os recursos tecnológicos necessários ao desenvolvimento das atividades; e, indisponibilidade de acesso à tecnologia da informação (internet)” (UENP, 2020, online).

De acordo com notícia divulgada em 30 de julho de 2020 no site oficial da UENP³, a instituição recebeu doação de 900 smartphones da Receita Federal de Curitiba para empréstimo aos estudantes. Recebeu, ainda, da Assembleia Legislativa do Paraná, a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para a compra dos pacotes de dados (internet).

Segundo o Edital, o Programa de Acessibilidade foi designado para três grupos prioritários: estudantes de primeira graduação observada a ordem de prioridade dos critérios, tal como ter CADúnico; estudantes de primeira graduação com renda familiar de até três salários mínimos; estudantes de segunda graduação ou de pós-graduação *stricto sensu*, observada também a ordem de prioridade.

Importante ressaltar que os critérios definidos revelam a preocupação da universidade em atender todos os estudantes sem acesso à internet de forma justa e de acordo com a realidade econômica dos graduandos e/ou pós-graduandos. No Edital, consta um formulário de inscrição com preenchimento de dados, bem como para comprovação das informações fornecidas. A iniciativa contemplou alunos dos *campi* de Jacarezinho, Bandeirantes e Cornélio Procópio, ou seja, todas as cidades do Estado do Paraná com *campus* da UENP.

De todo o exposto, verifica-se que por meio do Programa de Acessibilidade Institucional da UENP, a universidade buscou democratizar o acesso ao ensino superior, atendendo às demandas sociais e econômicas dos estudantes da instituição.

Como se sabe, uma das mais importantes funções das universidades públicas é atuar na produção de conhecimento científico, sendo que essa produção deve ser adequada à realidade daqueles que estão inseridos no meio acadêmico.

Diante da pandemia Covid-19 e dos reflexos dela oriundos, fazer com que a comunidade acadêmica tenha acesso à produção de conhecimento, com estudos voltados aos próprios impactos

3 A matéria na íntegra encontra-se disponível em: <https://uenp.edu.br/noticias/item/2769-uenp-divulga-inscricao-para-o-programa-institucional-de-acessibilidade-tecnologica>.

da situação de calamidade pública, é cumprir socialmente o dever do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se notou ao longo do presente artigo, o problema de pesquisa consistia em analisar que medidas a Universidade Estadual do Norte do Paraná adotou para mitigar os efeitos da exclusão digital frente aos efeitos da pandemia Covid-19 no Brasil. Para tanto, foi analisado o direito à educação como direito fundamental e social, bem como o direito à inclusão social como sendo um direito fundamental implícito, tendo sido demonstrado o que é e qual é a importância do Programa Institucional de Acessibilidade Tecnológica da UENP.

Na trajetória do direito à educação, foram destacados nesta pesquisa períodos históricos que revelaram um Estado que nem sempre foi democrático, o que importa dizer que a conquista do Estado Democrático de Direito é recente, por ser advinda da Constituição Federal de 1988, que foi promulgada após a Ditadura Militar. Desde o começo da história do Brasil, a figura do Estado esteve intrinsecamente associada aos detentores do poder, seja ele o Poder Legislativo, o Judiciário ou o Executivo. Os abismos sociais do país existem desde o período colonial e a vinda da Coroa Portuguesa ao território nacional.

Nesse sentido a educação, enquanto instrumento de transformação social, esteve sempre atrelada ao Estado, como uma ferramenta: enquanto o ensino jesuíta catequizava os índios, a aprendizagem da primeira república era básica e/ou primária para os menos favorecidos (a fim de que servissem de mão de obra). Na Ditadura Militar, como visto, a educação foi brutalmente reprimida, uma vez que ensinar era sinônimo de construção de pensamento crítico – e um povo crítico derruba governos opressores.

Após o período de repressão no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada para reafirmar a importância da democracia, sendo dela advinda a ideia de educação como um direito de todos e dever do Estado, o que é corroborado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, embora seja de todos e para todos, verifica-se que o exercício desse direito, na prática, não é tão efetivo, o que ficou ainda mais visível com a pandemia Covid-19, enfrentada a nível global e que aumentou ainda mais as desigualdades sociais.

De fato, o avanço do coronavírus e o surgimento das medidas de segurança e de isolamento/distanciamento social para a sua não propagação resignificaram a forma de ensinar. O contato entre professor e aluno acontece, agora, pela internet, de forma online. Tendo a educação assumido a forma remota, o papel da ciência jurídica é o de pensar naqueles que não tem acesso à internet e às tecnologias de informação e comunicação. Surge, então, a necessidade de se discutir a

inclusão digital, que deve ser entendida como um direito fundamental implícito.

Mas apenas estudar referido direito não muda a realidade: é preciso torná-lo efetivo. Para que haja inclusão digital, o Estado deve promover medidas e políticas públicas que concretizem esse direito implícito. Pensando nisso, a UENP, agindo em seu âmbito de atuação – ou seja, na comunidade interna da universidade – criou o Programa Institucional de Acessibilidade Tecnológica. Por meio da distribuição de equipamentos com chip de dados (internet), a instituição foi até os alunos que não puderam retornar às aulas em razão da falta de acesso às tecnologias.

A pandemia evidenciou a exclusão e a dificuldade de serem materializados direitos de todos e para todos. A educação e a inclusão digital, enquanto direitos fundamentais, apenas serão exercidos em sua plenitude quando não houver mais exclusão. O destaque às medidas adotadas pela UENP demonstra uma das formas pelas quais o Estado e as demais instituições públicas podem agir para fazer valer os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, 344 p.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação e da Pedagogia: Geral e Brasil**. – 3. ed. – São Paulo: Moderna, 2006, 685 p. (E-book)

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular**. Ministério da Educação. Disponível em

<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 16 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. – 33. ed. – São Paulo: 2016, 304 p.

- FLAIN, Valdirene Silveira. **A inclusão digital como direito fundamental passível de viabilizar a participação cidadã**. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12541/DIS_PPGDIREITO_2017_FLAIN_VALDIRENE.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 set. 2021.
- GONÇALVES, Marcelo Coelho. **Exclusão digital na era da inclusão digital**. 2013. 39 f. Monografia Científica – Curso de Especialização em Gestão Estratégica da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9E9EHC/1/monografia_exclusao_digital_na_era_da_inclusao_digital_ufmg.pdf. Acesso em: 29 set. 2021.
- GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>. Acesso em: 28 set. 2021.
- KRAUSE, Marcus Periks Barbosa. **Homeschooling em tempos de Covid-19: uma prática de inclusão ou exclusão?** Prática de “homeschooling”, por meio de métodos online, sendo indiscutível, a necessidade de adoção de medidas alternativas para minimizar os impactos da perda de aulas. 2020. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/homeschooling-em-tempos-de-Covid-19-uma-pratica-de-inclusao-ou-exclusao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2019, 1574 p.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, 595 p. (E-book)
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Portaria nº 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/media/aceso_informacao/pdf/PORTARIAN342DE17DEMARODE2020DelegacompetnciaaoSecretrioExecutivo.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.
- MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. **OMS declara pandemia de coronavírus**. Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2021.
- PARANÁ (Estado). **Decreto nº 4230, de 16 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus – COVID-19. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=232854&indice=1&totalRegistros=12&dt=21.2.2020.18.10.40.695>. Acesso em: 12 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. – 18. ed –São Paulo:Saraiva, 2018, 751 p.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. **ATO EXECUTIVO nº 008/2020 - GR-UENP**. Suspende atividades presenciais, e adota outras providências, enquanto perdurar a suspensão de atividades em virtude da pandemia do COVID-19. Disponível em: <https://uenp.edu.br/publicacoes-oficiais-uenp/link-doc-gabinete/atos-executivos/atos-executivos-2020/16024-ato-executivo-008-2020/file>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. **EDITAL Nº 026/2020 GR**. Estabelece normas e condições para participação no Programa Institucional de Acessibilidade Tecnológica da UENP. Disponível em: <https://uenp.edu.br/publicacoes-oficiais-uenp/link-doc-gabinete/gabinete-editais/gabinete-editais-2020/16538-edital-gabinete-026-2020-gr-normas-e-condicoes-para-participacao-no-programa-institucional-de-acessibilidade-tecnologica-da-uenp/file>. Acesso em: 10 set. 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. **RESOLUÇÃO Nº 003/2020 – CEPE/ UENP**. Estabelece Regime Especial para oferta de componentes curriculares obrigatórios dos cursos de graduação da UENP por meio de atividades não presenciais. Disponível em: <https://uenp.edu.br/doc-conselhos-uenp/cepe/cepe-resolucoes/cepe-resolucoes-2020/16250-resolucao-003-2020-cepe-uenp/file#:~:text=Art.,%C2%A71%C2%BA>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. **RESOLUÇÃO Nº 010/2021 – CEPE/ UENP**. Prorroga o Regime Especial para oferta das atividades acadêmicas dos cursos de graduação e pós-graduação Lato e Stricto Sensu da UENP por meio de atividades não presenciais e dá outras providências. Disponível em: <https://uenp.edu.br/doc-conselhos-uenp/cepe/cepe-resolucoes/cepe-resolucoes-2021/18755-resolucao-010-2021-cepe-uenp/file>. Acesso em: 15 set. 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ. **UENP lança Programa Institucional de Acessibilidade Tecnológica**. UENP. Disponível em: <https://uenp.edu.br/noticias/item/2769-uenp-divulga-inscricao-para-o-programa-institucional-de-acessibilidade-tecnologica>. Acesso em: 15 set. 2021.

VALADARES, Marcelo. **Coronavírus faz educação a distância esbarrar no desafio do acesso à internet e da inexperiência dos alunos**. Sem aulas, estabelecimentos de ensino têm adotado a educação a distância (EAD), com uso de computadores e atividades complementares, para dar continuidade à aprendizagem das crianças. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/03/23/coronavirus-faz-educacao-a-distancia-esbarrar-no-desafio-do-acesso-a-internet-e-da-inexperiencia-dos-alunos.ghtml>. Acesso em: 04 ago. 2020.

WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social: a exclusão digital em debate**. São Paulo: Senac, 2006. Tradução de: Carlos Szlak.

EQUILÍBRIO ECOLÓGICO E A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Késia Rocha Narciso dos Reis SCARSI¹

RESUMO

A preocupação jurídica com a relação homem-natureza atualmente é debatida com o intuito de visualizar de maneira integrativa os processos ecológicos para sobrevivência e continuidade de todas as formas de vida. A manutenção do equilíbrio ecológico é essencial para concretização desta premissa, e, conseqüentemente, para garantir a proteção à saúde. O objetivo do artigo é demonstrar a relação entre o equilíbrio ecológico e o direito à saúde, já que sem essa garantia, os demais direitos relacionados à pessoa humana são afetados. Para tanto, a pesquisa discute sobre a saúde enquanto direito da personalidade, a necessidade de um Estado de Direito Ecológico e a relação entre Equilíbrio Ecológico e Saúde. Adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e o método dedutivo para realização. As principais conclusões destacam que, cientificamente a natureza reage às ações humanas que interfiram nos processos ecológicos, colocando em risco o direito à saúde, que necessita do equilíbrio ecológico e de um Estado de Direito Ecológico para sua proteção e manutenção.

PALAVRAS-CHAVE: Equilíbrio Ecológico; Direito à Saúde; Direito Ecológico.

ABSTRACT

The legal concern with the man-nature relationship is currently debated in order to visualize in an integrative way the ecological processes for the survival and continuity of all forms of life. The ecological balance is essential to materialize this premise, and, consequently, to ensure the protection of health and its maintenance. The aim of the article is to demonstrate the relationship between ecological balance and the right to health, since without this guarantee, other rights related to the human person are affected. Therefore, the research discusses about health as a right of personality, the need for a State of Ecological Law and the relationship between Ecological Balance and Health. The technique of bibliographic research and the deductive method was adopted. The main conclusions highlight that, scientifically, nature reacts to human actions that interfere with ecological processes, putting at risk the right to health, which needs ecological balance and an Ecological Rule of Law for its protection and maintenance.

KEYWORDS: Ecological Balance; Right to Health; Ecological Law.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental em sua concepção preocupava-se com a prevenção e precaução pelos danos causados ao meio ambiente, entretanto, a legislação e o desenvolvimento da matéria mostraram-se insuficientes diante das respostas e desequilíbrios ecológicos resultantes da exploração humana na natureza.

1 Mestranda no programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. MBA em Gestão de Negócios - Universidade de São Paulo (USP)/ Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz". Possui especialização em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), especialização em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Tem experiência na área de Direito, pesquisadora, principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Ambiental. Advogada. Integrante do Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental (UFRJ). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária (2021).

A doutrina atual atestando a urgência para mudança de paradigma jurídico discute sobre a transição do direito ambiental para um direito ecológico, para que os valores da natureza sejam integrados e a natureza seja vista como um todo, como também, observando-se os fatores bióticos e abióticos que a compõem, para uma visualização mais ampliada.

O direito à vida é um direito humano fundamental, protegido pela Constituição e instrumentos internacionais, dele decorrem os demais direitos, entretanto, sem um ambiente de qualidade, protegido, pode-se afetar o direito à saúde, intrinsecamente ligado ao direito à vida. O resguardo do direito à saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado são essenciais para que o direito à vida seja garantido.

A questão ambiental possui multifacetadas, diante da crise ecológica que provoca diversos desequilíbrios, desastres, catástrofes e que precisa urgentemente ser mitigada para que os direitos sejam protegidos e garantidos para as presentes e futuras gerações, conforme dispõe a Constituição da República e normas internacionais.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a relação entre o equilíbrio ecológico e o direito à saúde, já que sem essa garantia, os demais direitos relativos à pessoa humana são afetados.

Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, materiais tais como: livros, artigos científicos, textos acadêmicos, jurisprudência, impressos ou online; como também o método dedutivo e procedimento histórico para realização.

A temática justifica-se pela premente necessidade de ater-se aos processos ecológicos, a interação homem-natureza, principalmente em se tratando de desequilíbrios decorrentes da interferência humana no meio ambiente e o consumo de animais, que podem provocar a proliferação de doenças, como por exemplo, a pandemia de COVID-19.

O primeiro tópico discorre sobre o direito à saúde enquanto direito da personalidade, considerando a leitura constitucional do direito à saúde e sua proteção, destacando-se os desdobramentos que envolvem a temática.

O segundo tópico trabalha a vertente do direito ecológico, demonstrando o pensamento da doutrina moderna ante aos direitos da natureza relacionando a temática com o papel do Estado diante das questões de saúde, pensando em todos os seres.

O terceiro tópico demonstra a relação entre o equilíbrio ecológico e a saúde, discutindo a evolução da matéria nas decisões judiciais considerando a responsabilidade do Estado em prol da proteção ecológica.

2 SAÚDE ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

As questões de saúde, antes de qualquer outro aspecto, estão intimamente relacionadas

com o direito à vida. Para José Affonso da Silva a vida passa por um processo que se inicia com a concepção, “transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade e deixa de ser vida para ser morte” (2001, p. 200), ou seja, entre concepção – morte, toda interferência nesse processo, conflita com a vida, e nessas fases, a saúde é fundamental para sua garantia e manutenção.

O direito a vida abrange todos os direitos humanos, abrange o estudo de todos os direitos fundamentais direta ou indiretamente vinculados a vida, para tanto, demonstrar-se-á que o enfoque entre a saúde e equilíbrio ecológico são essenciais para proteção da vida.

Diante disso, o direito à vida e a saúde, relaciona-se com os direitos da personalidade, e, com fundamento nos ensinamentos do professor Bittar (2015, p. 55, 57-58; 65) pode-se considerar:

4. Os Direitos da Pessoa: são sujeito de direitos; referem-se às questões dos direitos pessoais, a pessoa enquanto indivíduo permeada por diversas e distintas relações jurídicas;
5. A Dignidade Humana: tem caráter intrínseco/vital, pode ser: negativa/positiva, fundamento do Estado brasileiro, contemplando ainda um mínimo existencial ecológico, sem essa dimensão ecológica não seria possível assegurar a vida, a saúde, conforme doutrina do direito ecológico;
6. Os Direitos da Personalidade: são elementos individualizadores do ser, presentes no Direito Civil, no Direito Privado, e que visam a proteção Integral da pessoa;
7. Os Direitos Fundamentais: são positivados pelo Estado, na Constituição/ Ordenamento Jurídico, envolve os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, e os direitos civis e políticos;
8. Os Direitos Humanos: são esses direitos fundamentais citados, no plano internacional, no Direito Internacional.

Com previsão legal no título da Ordem Social, art. 196 da Constituição da República, ao se tratar do direito saúde, Urbano considera que “Os direitos fundamentais, assim, servirão, em sua grande maioria, para criar o ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa [...] sendo que o direito à saúde desempenhará uma relevante função na persecução desse escopo”, é preciso observar que:

[...] para fazer a análise do direito fundamental à saúde, é preciso antes de mais nada situá-lo em seu contexto jurídico, para que se possa a partir daí discorrer sobre suas características e a forma de torná-lo efetivo, principalmente, com base no entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal [...] A primeira análise que se deve fazer é quanto à função dos direitos fundamentais, que variam de acordo com sua estrutura.

[...]

Pela forma como encontram-se previstos na CR/88, os direitos fundamentais exigem que o Legislador atue para que eles atinjam sua eficácia plena. Não é por outra razão que, em contraposição com os direitos de defesa, afirma-se que estes têm eficácia maior do que os direitos a prestações. Isso porque a maioria dos direitos sociais não está prevista em normas

de eficácia plena, estão normalmente consagrados em normas abertas, que precisam de complemento legislativo. Portanto, os direitos de defesa possuem uma eficácia e uma efetividade maior, diante da desnecessidade de regulamentação legislativa. Apesar dessa diferença [...] o STF entende que, muito embora estejam previstos em enunciados abertos, dependentes de atuação do legislador, tais normas não podem ser ignoradas pelo Poder Público, sob pena de negar a eficácia normativa da Constituição e a força vinculante de seus preceitos. Assistir-se-ia, do contrário, a erosão da normatividade e da própria ideia de Constituição como instrumento que coloca limites e impõe deveres aos Poderes do Estado. De mais a mais, os direitos fundamentais a prestações, especialmente, as de cunho material, notabilizam-se por se submeterem às conjunturas econômicas (MENDES, 2010, p. 337). Sua realização, em maior ou menor grau, depende intrinsecamente da disponibilidade financeira do Estado, o que se costuma designar por expressão oriunda do Direito alemão: reserva do possível. De um lado está a escassez de recursos financeiros e de outro existe uma infinidade de necessidades dos indivíduos que precisam ser atendidas. Diante dessa equação, o Estado precisa escolher a forma em que aloca os recursos, ponderando os interesses envolvidos. O direito à saúde subsume-se a essa categoria de direitos fundamentais e, por essa razão, encontra-se submetido às contingências financeiras do Estado e à reserva do possível. Muito embora sua submissão a essa limitação, como será a seguir analisado, o STF decidiu que existem limites à alegação por parte do Estado da indisponibilidade financeira para sua concreção, sob pena de esvaziar o conteúdo desse importante direito, ligado intrinsecamente à pessoa humana, por ser também um direito da personalidade. (URBANO, 2010, p. 181-183).

A Constituição da República de 1988, nos princípios fundamentais, art. 1º, inciso III, traz o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro. Quanto aos direitos e garantias fundamentais e ainda dos direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º dispõe sobre a inviolabilidade da vida, e nos direitos sociais, no art. 6º dispõe sobre o direito à saúde enquanto direito social, no art. 196, destaca o que é saúde enquanto “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

E no art. 225 a CR/88, considerada uma das mais modernas em matéria ambiental, dispõe sobre o meio ambiente. E no Código Civil, temos então a proteção da vida no art. 2º e os direitos da personalidade nos arts. 11 e seguintes.

Para Urbano (2010, p. 1) “sob o prisma do Direito Privado, o direito à saúde, ao lado do direito à vida, assume o caráter de um dos mais importantes direitos de personalidade”, como também:

(...) a proteção do direito à saúde sob o ponto de vista do Direito Público, como direito fundamental social, servirá, a bem da verdade, para criar o ambiente propício para que a pessoa – considerada individualmente – desenvolva os demais atributos de sua personalidade.

O conceito de saúde passou por modificações, para a Organização Mundial da Saúde (OMS), por um tempo o conceito de saúde era considerado como um estado de completo bem-estar físico, mental, e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade (SEGRE, FERRAZ, 1997, 538).

Entretanto, ao longo do tempo, contempla ainda a questão psicológica, mental e emocional, espiritual, valores imateriais, e ecológico, pois, sem um ambiente saudável, visualiza-se que não é possível a manutenção da saúde, e tudo está interrelacionado, para proteção da vida. E para 2021, a organização tem como proposta pautar-se na construção de um mundo mais justo e saudável.

A saúde depende também da garantia alimentar enquanto direito da pessoa e seu desenvolvimento integral, a disposição de alimentos se encontra em situação de vulnerabilidade ao se considerar catástrofes ecológicas decorrentes dos problemas ambientais ao longo do tempo e que se agravam com as mudanças climáticas, diante disso visualiza-se que:

[...] o setor agroalimentar é responsável por quase um quarto das emissões de gases de efeito estufa globalmente, degrada os recursos naturais dos quais depende e polui o ar, a água e o solo. O equivalente a seis caminhões de lixo de alimentos adequados ao consumo é perdido ou desperdiçado a cada segundo. Nas cidades, menos de 2% dos nutrientes biológicos essenciais dos coprodutos dos alimentos e resíduos orgânicos (excluindo esterco) são compostados ou valorizados de outra forma. Possivelmente o que surpreende ainda mais é que mesmo quando aparentemente pessoas estão fazendo opções por alimentos saudáveis, a saúde delas ainda está sendo prejudicada pela maneira como produzimos alimentos e lidamos com seus subprodutos. Até 2050, cerca de 5 milhões de vidas – duas vezes o número atual causado pela obesidade – poderão ser perdidas anualmente como resultado dos processos atuais de produção de alimentos. Dentre os impactos prejudiciais desses métodos estão doenças causadas por poluição do ar e contaminação da água, consequências da exposição a pesticidas à saúde e aumento da resistência antimicrobiana. Algumas das principais causas são o uso excessivo de fertilizantes e antibióticos em animais e resíduos humanos não tratados [...]

As cidades podem ter um papel importante no desencadeamento de uma transição para um sistema alimentar fundamentalmente diferente em que vamos além de simplesmente reduzir resíduos de alimentos que podem ser evitados, eliminando o conceito de "resíduo" completamente. Sendo destino final da maior parte dos alimentos, as cidades podem garantir que coprodutos inevitáveis sejam usados em seu mais alto valor, transformando-os em novos produtos que vão desde fertilizantes orgânicos a biomateriais, medicamentos e bioenergia. Em vez de um destino final para os alimentos, as cidades podem se tornar centros de transformação de coprodutos alimentícios em uma gama de materiais valiosos, impulsionando novas fontes de receita em uma bioeconomia florescente. (FOUNDATION, 2019, p. 10; 12).

Diante disso, a garantia de saúde pressupõe diversas outras implementações pelo poder público, há que se considerar ainda a disposição de água, ar e alimentos de qualidade, e a proteção ecológica pelo Estado é essencial para efetivação desses direitos em prol da vida, para tanto, faz-se necessário romper com alguns conceitos e visualizar a vertente do direito ecológico, como também a adoção de medidas alternativas, como por exemplo, a economia circular, para auxiliar nos processos de diminuição de resíduos e reaproveitamento nos ciclos, inclusive para auxiliar a segurança alimentar.

3 ESTADO, SAÚDE E A ÓTICA DO DIREITO ECOLÓGICO

As problemáticas ecológicas pautaram e originaram vários movimentos ao se considerar a relação homem-natureza ao longo dos anos, a responsabilidade do Estado para proteção do

ambiente e da saúde, e abrangem as normas nacionais e internacionais para proteção e efetivação desses direitos, em especial, a declaração de Estocolmo de 1972, ao reconhecer o meio ambiente como direito humano no plano internacional; o relatório Brundtland – “Nosso Futuro Comum”, ao trazer o termo “desenvolvimento sustentável”; a declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento - ECO 92 que reconheceu esse termo e buscou ações para proteção ambiental, entre outros.

Com o surgimento do Direito Ambiental e com relação aos diversos marcos históricos das questões ambientais, discutia-se sobre a prevenção e precaução, com enfoque no dano, desconsiderando a natureza em seu aspecto amplo, na totalidade de suas necessidades e processos em prol do resguardo de direitos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 71).

Entretanto, atualmente os doutrinadores modernos consideram que é preciso um direito ecológico, assim, a natureza deve ser enxergada de maneira ampla, e para tanto, considerando os seus valores de maneira integrada, pois, é preciso considerar os fatores bióticos (relacionado as diversas formas de vida) e abióticos (fatores externos que contribuem para o equilíbrio no planeta), e para tanto, uma mutação do direito ambiental para um direito ecológico é imprescindível (LEITE, 2021; SARLET, FENSTERSEIFER, 2019).

A responsabilidade do Estado para proteção da saúde, necessita de uma visão ecologizada, pois, sem um ambiente saudável e de qualidade, automaticamente, não é possível assegurar a saúde, conseqüentemente o direito à vida é afetado e o resguardo a dignidade da pessoa humana não é garantido.

Diante disso, incumbe ao Estado por meio de seus agentes tomar medidas, instituir políticas públicas, promover estudos científicos para que sejam mitigadas as ameaças a esses direitos, é preciso um Estado de Direito Ecológico, já que, em um:

[...] cenário, em nada favorável à proteção da natureza e de desempoderamento daqueles que lutam pelos direitos humanos, ambientais e ecológicos, bem como de diminuição do poder dos Estados Nações, em especial dos que possuem menor poder econômico dentro do contexto global, assevera-se a urgência de postular pelo fortalecimento do Estado. (MELO, BAHIA, LEITE, 2020, p. 64).

A Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), trouxe a proteção a saúde e a cooperação dos Estados nos princípios 7 e 14:

Princípio 7: Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.

Princípio 14: Os Estados deveriam cooperar efetivamente para desestimular ou evitar o deslocamento e a transferência a outros Estados de quaisquer atividades e substâncias que

causem degradação ambiental grave ou se considerem nocivas à saúde humana.

Com a exploração dos recursos naturais, consumo de animais, mudanças drásticas no meio ambiente, decorrentes da forma de consumo, o direito não consegue regulamentar todas as facetas, como também precisa adotar mudanças interpretativas e de paradigmas de maneira criteriosa, voltadas para a um todo ecológico, já que os desequilíbrios ecológicos, provocam o surgimento de doenças, colocando em risco a saúde.

O entendimento de Canotilho (2001, p. 16) pauta-se ainda em alguns modelos para o Estado constitucional ecológico:

[...] não pode prescindir de um sistema de responsabilidade por danos ao ambiente suficientemente operatório. Deve reconhecer-se, porém, que estamos ainda longe desse sistema. Vale a pena passar os olhos pelos diferentes modelos emanados pelos diferentes ordens jurídicas nacionais. Propomos como eixo de análise três modelos correspondentes a outras tantas experiências:

Modelo I — O ambiente como bem autónomo e imputação da responsabilidade por danos ao ambiente por condutas ilícitas;

Modelo II — Tipicização de bens (tradicionalmente tutelados) e sistema de responsabilidade objectiva por todos os danos causados à saúde e integridade de pessoas e coisas que sejam consequência de emissões ambientalmente lesivas;

Modelo III — Ambiente como base de protecção sem tipicização de condutas danosas.

O direito, sociedade e o meio ambiente são interdependentes e os limites decorrentes das questões ambientais pela visão antropocêntrica e economicista precisam que os pensamentos sejam remodelados e as normas sejam reinterpretadas.

Algumas autoras consideram que para superar o clássico antropocentrismo faz-se necessário adotar primeiramente um “antropocentrismo responsável, com o dever de defender o meio ambiente, recuperar sua qualidade ambiental e de preservar o seu equilíbrio” (TEIXEIRA; TEIXEIRA, 2018, p. 46).

A constatação científica relacionada as reações diferentes da natureza frente aos desequilíbrios, junto a teoria dos direitos fundamentais para a proteção do meio ambiente incluídas as dimensões: liberal, social, histórico e cultural, de maneira inovadora a dimensão ecológica é identificada diante do conteúdo normativo presente na dignidade da pessoa humana, como núcleo de direito e garantia de um mínimo existencial, visando o bem-estar existencial ambiental/ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 200).

Segundo Bannwart e Souza, de maneira isolada o Estado ao desenvolver a política ambiental brasileira, não inseriu todas as vertentes que envolvem as problemáticas ecológicas, que excedem fronteiras e não se reduzem às limitações geográficas (2013).

Portanto, faz-se necessário aferir que o sistema estatal, necessita de transição para racionalização ante aos processos e limitações ecológicas, sem os quais não há possibilidade de proteção às garantias inerentes a pessoa humana.

Assim, é preciso destacar ainda, a abordagem constitucional do Direito Ambiental, essencial para entendimento e atuação diante de paradigmas inovadores em conformidade com o Estado de direito ecológico visando equilíbrio ecológico, sem o qual o direito à saúde não pode ser efetivado.

4 EQUILÍBRIO ECOLÓGICO E SAÚDE

O art. 225 da Constituição da República (BRASIL, 1988) destaca o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (que deve ser assegurado pelo Estado) e essencial a sadia qualidade de vida (e aqui a dignidade da pessoa humana em sua dimensão ecológica é mais uma vez nítida, sem ambiente sadio não é possível assegurar a manutenção da vida e da saúde).

E impõe-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-la para as presentes e futuras gerações, portanto, o art. 225, garante a proteção da vida futura, enquanto direito da personalidade, tanto humana, quanto qualquer outra forma de vida que contribua para manutenção dos processos ecológicos.

Assim, conforme previsto na CR/88, os processos ecológicos essenciais, compreendem os elementos bióticos, ou seja, todas as formas de vida, como também, compreendem os elementos abióticos, que são externos, mas cooperam para a manutenção e equilíbrio do ecossistema, tais como radiação, temperatura, pressão do solo, etc.

Tem-se falado da ecologização do direito, e que se reflete nas decisões, e a cada dia avança para garantia e proteção dos direitos da natureza, pode-se citar o REsp 657.664/RS (STJ) responsabilizando o “Estado do Rio Grande do Sul a adoção de medidas preventivas e fiscalizatórias, necessárias à interdição da Praia do Gasômetro, assim como a realização de obras no local, visando à proteção da saúde da população e do meio-ambiente”. Como segue a análise:

A hipótese em tela cuida de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre, visando à recuperação da Praia do Gasômetro, localizada às margens do Rio Guaíba, determinando a sua interdição, até o fim das obras de implementação de estações de tratamento de esgotos. Conforme bem delineado no acórdão vergastado, há dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, em níveis federal e estadual, que determinam a competência do Estado Gaúcho para a proteção da saúde pública dos cidadãos e do meio-ambiente, com a realização de atos de prevenção e fiscalização, a fim de evitar danos à coletividade. Nesse sentido, é patente a responsabilidade de tal ente público, no caso em comento, conforme dispõem os artigos 23, incisos II e VI, da Constituição Federal de 1988; 251, caput e § 1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; 10, § 3º, da Lei Federal nº 6.938/81; 1º e 2º da Lei Estadual nº 6.503/72 e 1º e 7º da Lei Estadual nº 7.488/81, respectivamente.

De tal modo, é possível visualizar que a interrelação entre o meio ambiente e saúde, são essenciais, e sua proteção pela Constituição e demais dispositivos apresentados, destacam a

responsabilidade do ente público para garantia de direitos.

A ADI 3540-1 medida cautelar do STF reconhece que o art. 225 envolve direitos fundamentais:

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

Na ADPF 101/DF do STF quanto à importação, pelo Brasil, de pneus usados e remoldados, que resultou em diversas decisões judiciais contrárias as portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), e referentes as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e demais decretos federais que de maneira explícita vedam a importação de pneus usados e remoldados; descumprimento de preceitos fundamentais previstos nos arts. 196 e 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), e haviam interesses empresariais em aparente contraposição a interesses coletivos consubstanciados no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, destaca-se:

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão,

Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matériaprima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.

O REsp 667.867/SP do STJ reforçou e pacificou o status de direitos humanos (no plano internacional) e dos direitos fundamentais (no plano constitucional), quanto ao direito a vida em um ambiente sadio e equilibrado, destaca-se da decisão do agravo:

2. O princípio da insignificância não possui substrato teórico apto a viabilizar a sua incidência na esfera da responsabilidade civil ambiental. Toda conduta de degradação ambiental lesiona o bem jurídico tutelado, pois a defesa de nossas biotas perpassa pela prevenção e preservação, logo, por mais que o dano seja ínfimo (baixa destruição da biota), a lesão à educação socioambiental afasta o requisito da mínima lesividade da conduta. 3. O bem ambiental é imensurável, não tem valor patrimonial, trata-se de um bem difuso, essencial à coletividade. Dessa forma, a violação da norma ambiental e do equilíbrio sistêmico não comporta a ideia de inexpressividade da conduta para aplicação do princípio da insignificância, pois o interesse protegido envolve toda a sociedade e, em nome do bem-estar desta, é que deve ser aplicada. 4. Em qualquer quantidade que seja derramamento de óleo é poluição, seja por inobservância dos padrões ambientais (inteligência do art. 3º, III, “e”, da Lei n. 6.938/1981, c/c o art. 17 da Lei n. 9.966/2000), seja por conclusão lógica dos princípios da solidariedade, dimensão ecológica da dignidade humana, prevenção, educação ambiental e preservação das gerações futuras. 5. Reconhecido o dano e o nexo causal caberia ao Tribunal a quo, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto, lastreado na razoabilidade e proporcionalidade, tangenciar a lesividade da conduta e arbitrar um valor justo as peculiaridades da causa. 6. Recurso especial provido para reconhecer a inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria de responsabilidade civil ambiental.

O REsp 1.797.175/SP do STJ em 2019, em decisão pioneira e inédita sobre o tema reconheceu a “dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, atribuindo dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza, avançando a matéria para um novo paradigma jurídico, em uma perspectiva biocêntrica”, destaca-se:

5. No que atine ao mérito de fato, em relação à guarda do animal silvestre, em que pese a

atuação do Ibama na adoção de providências tendentes a proteger a fauna brasileira, o princípio da razoabilidade deve estar sempre presente nas decisões judiciais, já que cada caso examinado demanda uma solução própria. Nessas condições, a reintegração da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora. Ademais, a constante indefinição da destinação final do animal viola nitidamente a dignidade da pessoa humana da recorrente, pois, apesar de permitir um convívio provisório, impõe o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não se sabe quando poderá ocorrer.

A Opinião consultiva 23/2017 (OEA, 2017) da Corte Interamericana, em seu parágrafo 62 reconheceu o direito a um meio ambiente equilibrado como direito autônomo, que não é exclusivo de humanos, visa a proteção dos componentes do meio ambiente como interesse jurídico em si mesmos:

62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos⁹⁹. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales¹⁰⁰ sino incluso en ordenamientos constitucionales¹⁰¹.

Diante disso, conforme destacou a Opinião Consultiva, a preocupação internacional com a proteção ambiental relacionada aos direitos humanos, está numa perspectiva indissociável, já que o direito ao meio ambiente não é exclusivo de proteção aos seres humanos ele protege todos os elementos da natureza pelo seu valor intrínseco, independentemente das consequências da sua degradação para os seres humanos, trata sobre o avanço, apoia o reconhecimento de direitos da natureza.

E nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, embora o sistema africano seja inovador ao trazer em sua carta a proteção ao meio ambiente. O sistema europeu que não possui expressamente essa proteção, tem vinculado as questões ambientais e de saúde a proteção ao direito a vida, por exemplo; é ainda, o sistema que mais possui casos relacionados a matéria ambiental. E o sistema interamericano, que também não possui expressamente a proteção ambiental, tem decidido em prol da vida e da saúde, principalmente em relação aos povos indígenas, considerando os valores materiais e imateriais (GUERRA; BRAGA, 2021).

Pensando na questão do especismo, a relação homem-natureza-animais, fez ainda com que surgissem desequilíbrios ecológicos e também as zoonoses, como na atual pandemia, que impactou e impacta vários direitos. E que levaria a vários outros debates, enfatizando o equilíbrio ecológico enquanto essencial para a manutenção da vida e da saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que a manutenção do equilíbrio ecológico é essencial para todas as formas de vida, e, conseqüentemente, garante a continuidade do direito à saúde, considerando a dimensão ecológica da dignidade humana e proteção à vida.

O Estado de Direito Ecológico precisa ampliar suas interpretações para garantia do direito à saúde por meio de evidências científicas, políticas públicas, mudança de paradigmas jurídicos e reinterpretação da norma.

A saúde enquanto direito da personalidade relaciona-se ao direito a vida e a integralidade do ser humano, e depende da qualidade ambiental, sem a qual, demais direitos intrínsecos são afetados.

A inter-relação entre equilíbrio ecológico e proteção do direito à saúde é essencial para garantia da vida humana e que depende da visão ampla da natureza enquanto sujeito de direito, para dar seqüência ao debate e promover o reconhecimento no plano internacional e nas decisões judiciais nacionais.

REFERÊNCIAS

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Política ambiental brasileira e sua regulação jurídica conforme os ditames da Ordem Econômica Constitucional.

Revista de Direito da Cidade. vol. 5, no. 2, 2013, p. 258. Gale Academic OneFile. Disponível em: <https://link.gale.com/apps/doc/A372451031/AONE?u=capes&sid=AONE&xid=f7ab0e9d>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Universitária, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Brasília, DF, Senado, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.sht. Acesso em: 04 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada.

Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. Ano IV, 2. 01. p. 9-16. 2001. Disponível em:

<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 04 jul. 2021.

DA SILVA, José Affonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1992. Disponível em:

https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

FOUNDATION, Ellen McArthur. Relatório: Cidades e Economia Circular dos Alimentos. (2019). Disponível em: <https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/pt/resources/reports-and-books>. Acesso em: 15 set. 2021.

GUERRA, Sidney; BRAGA, Fernanda, Figueira Tonetto (Org.). **Direito Internacional Ambiental: Interfaces entre o Meio Ambiente e os Direitos Humanos nos Sistemas Regionais de Proteção**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2021.

LEITE, J. R. M. et al. **Ecologização do Direito Ambiental Vigente: Rupturas Necessárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MELO, Melissa Ely; LEITE, José Rubens Morato. Org. **Delineamentos do direito ecológico: Estado, justiça, território e economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva OC-23/2017**, de 15 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia – Medio Ambiente y Derechos Humanos. Washington D.C., 2017b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública** 31 (5) (Out 1997) <https://doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/ztHNk9hRH3TJhh5fMgDFCFj/?lang=pt>. Acesso em: 04 jul. 2021.

STJ, REsp 1.797.175/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.03.2019. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2230272>. Acesso em: 15 set. 2021.

STJ, REsp 667.867/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17.10.2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/6017/6139>. Acesso em: 15 set. 2021.

STJ, REsp 657.664/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.06.2005. Disponível em: https://www.mpms.mp.br/portal/manual_ambiental/arquivos/juris/REsp%20657664.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

STF, ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 11.3.2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 15 set. 2021.

STF, ADI 3540 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>.

Acesso em: 15 set. 2021.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan; TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **Encíclica Laudato Si': o cuidado da casa comum, fonte material do Direito**

no Estado Socioambiental. In: Ética, direito socioambiental e democracia [recurso eletrônico] / org. Aloisio Ruscheinsky, Cleide Calgaro, Thadeu Weber. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2018. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-etica-direito.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. **Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde.**

Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198720/000901849.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 jul. 2021.

O MITO DA EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO NO CORPO CIVILIZATÓRIO CAPITALISTA: ANÁLISE A PARTIR DE BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS

Andressa Sechi MARRA¹
Zulmar Antônio FACHIN²

RESUMO

A proposta do presente artigo delineou-se partindo da teoria crítica que contrapôs a instauração do capitalismo como processo civilizatório, desconstruindo a visão dualista entre Estado e Sociedade Civil e impondo sua convergência ao mesmo fim: a lógica da acumulação à custa da instrumentalidade da vida. O método hipotético-dedutivo embasou o arranjo textual, e a metodologia fenomenológico-reflexiva tornou possível sua confecção. No curso da transição da idade moderna para a pós-modernidade, o homem assistiu a proposta de emancipação pelo trabalho tornar-se um mito que serve à manutenção da tirania da lógica da superabundância, e com isso, a ética da vida boa foi pervertida a serviço da padronização e mecanização da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo. Civilização. Poder. Trabalho. Mito da emancipação.

ABSTRACT

The proposal of the present article was based on the critical theory that opposed the establishment of capitalism as a civilizing process, deconstructing the dualist vision between State and Civil Society and imposing its convergence to the same end: the logic of accumulation at the expense of the instrumentality of life. The hypothetical-deductive method supported the textual arrangement, and the phenomenological-reflective methodology made it possible. In the course of the transition from modern age to postmodernity, man watched the proposal of emancipation through work become a myth that serves to maintain the tyranny of the logic of superabundance, and with that, the ethics of the good life was perverted to service of standardization and mechanization of life.

KEY WORDS: Capitalism. Civilization. Power. Job. Emancipation myth.

INTRODUÇÃO

O direito como um processo histórico assistiu ao longo das eras a eleição de valores a influenciar a conduta dos sujeitos, especialmente após a Idade Média e a evolução para as sociedades modernas e contemporâneas, quando o positivismo jurídico aproximou o conceito de segurança jurídica a uma profusão legislativa intensificada, com vistas a conferir segurança jurídica às relações.

É indissociável da evolução social o próprio conceito de direito como agente estabilizador do poder, uma vez que ao Estado do século XX foi delegada a responsabilidade de prestar ao cidadão o máximo de efetividade aos direitos individuais e garantias de uma vida digna.

O trabalho, como instrumento de suposta emancipação humana, com a incursão do sistema

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Unicesumar – Maringá/PR Bolsista Capes – Prosup 2020/2023. Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá - Unicesumar.

2 Pós-Doutor em Direito. Doutor. Docente e orientador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Unicesumar – Maringá/PR.

capitalista marcado pela mercantilização, acúmulo de bens materiais e a globalização foi sendo relegado à condição de captura do poder de liberdade e realização humanas, à medida em que o modelo de mercado passou a impor padrões sociais de conduta, ao passo que a mais valia do trabalho não sustenta o trabalhador em sua angústia crescente e amedrontada de não servir ao modelo capitalista de civilização e tornar-se reificado.

O presente trabalho teve por escopo apresentar o viés crítico partindo da ideia emancipatória da vida do homem moderno, infundido na sociedade que estabelece padronizações como modelo de vida, e àquele que não se adequar ao modelo automatizado de produção resta a profanação de um tempo castrador de liberdade.

Partindo do método hipotético-dedutivo, com o auxílio da metodologia fenomenológica e reflexiva, procurou-se demonstrar a utopia de emancipação pelo trabalho a partir do século XX, bem como a constante sensação de perdimento enfrentada pelas civilizações, comprometendo a própria razão de ser dos Estados de Direito que elegeram a dignidade humana como epicentro das atividades políticas, numa convergência de valores entre o Estado e a Sociedade Civil, munidos do objetivo comum de maximizar a produção e circulação de riquezas, mercantilizando o homem.

O primeiro capítulo estabelece a noção indissociável do capitalismo como modelo civilizatório, culminando com o abandono da visão dualista e pervertendo o conhecimento e a técnica como instrumentos de manutenção do poder imposto. O recorte espaço temporal é feito a partir da transição entre a Idade Moderna e a era pós-moderna, se não pela limitação de espaço, pela facilitação da compreensão crítica.

O segundo capítulo foi destinado ao estudo e contraposição entre as formas de manutenção do poder e da tirania advindas da implantação do capitalismo como modelo civilizatório, quando se verticalizou a visão do homem como produto vendável e mercantilizado.

Já o terceiro e último capítulo dedicou-se a reforçar a hipótese de pesquisa, partindo da premissa de desconstrução do modelo capitalista civilizatório e tirânico como possibilidade de emancipação do sujeito humano desfigurado em liberdade e dignidade, em posse e desejo pela própria construção do modelo de vida livre. O indivíduo internalizou sua condição de subproduto, retroalimentando o mito emancipatório pela incursão ilimitada e incontrolável ao modelo estabelecido sistemicamente.

I O CAPITALISMO ESTATAL E O ABANDONO DA VISÃO DUALISTA ESTADO X SOCIEDADE CIVIL

A construção da personalidade humana multifacetada a partir do século XX com todas as suas inovações e modificações levou a sociedade a modificar o próprio conceito de capitalismo,

bem como da forma e organização do Estado e da produção do poder e criação do direito. A tendência da construção de ideia capitalista, segundo Boaventura de Souza Santos na obra 'Pela Mão de Alice' (1999), caminha no sentido de reduzir as múltiplas dimensões da pessoa partindo de uma ideia repressiva, já que a compreensão da própria lógica implica imprevisão³ (Santos, 1999, p. 115).

Em relação à organização social estatal, a compreensão de Boaventura (1999, p. 116) caminha no sentido de que a fórmula crescente com o ímpeto de absorver a sociedade civil implicou o modelo super inflado do Estado. Significa dizer, a autoridade estatal tendeu a regular os movimentos e liberdades sociais, elegendo a democracia como regime vigiado, cujo intuito natural é justamente o controle das manifestações e a manutenção da autoridade.

Por limitações espaciais e por respeito ao recorte teórico, não será possível neste trabalho conjecturar exatamente sobre o complexo funcionamento do organismo estatal concebido para a execução das políticas públicas a partir daquilo que se reconhece como Nova República (1985/2016), sequer quanto à diversidade de sua base de financiamento, ou sobre o universo populacional.

Contudo, importa ressaltar que referida compreensão também implica a criação mitológica do Estado como um empreendedor falho. Quer-se dizer: à medida em que o ritmo das evoluções sociais aumenta, a reserva do possível (como justificativa da contenção do custo de manutenção das políticas públicas estatais); ou mesmo a incapacidade institucional frente às demandas da sociedade civil ou ainda, o excesso de burocracia dos processos faz o prejuízo da linearidade enquanto objeto essencial ao sucesso da política capitalista.

A crítica do autor relacionada à construção de um organismo insuportável diante das mazelas do século XX (e XXI) caminham no sentido de que a compreensão lógica-estrutural do Estado a partir do século XX se ampara na lógica estrutural e sociológica do século XIX, ou seja, os espaços teóricos inovadores do último século não foram conjecturados em lógica comparativa, mas enviesados a partir de um processo interativo que comportava generalizações, mas não mais. (Santos, 1999, p. 116).

Contudo, a generalização das teorias sociológicas tem demonstrado um desserviço à compreensão do processo estrutural pós século XX. O quadro conceitual que ampara a movimentação de um organismo social há de ser consentâneo com seu tempo e viés histórico, por isso é que o núcleo central da compreensão Estado x Sociedade Civil é depurado pela intersecção

3 Nas palavras do autor, há duas concepções de capitalismo que se anulam entre si. Para a primeira, originária de Wallerstein, implica que o capitalismo enquanto sistema negou sua própria ideologia, de forma que o apogeu do sistema conduziria à extinção do capitalismo. Já em relação à segunda concepção, de Hirschman, o capitalismo compõe essencialmente a ideia de repressão da multidimensionalidade, e por isso, teria cumprido com sua ideologia repressiva. (SANTOS, 1999, 7 ed., p. 115).

dos aspectos econômicos e políticos, além de erigir o direito como identificação do direito estatal.

Nesta ordem de ideias, o Estado Mínimo coaduna-se com o Estado Máximo à medida em que minimamente permite a realização do ideário da sociedade civil no exercício de suas liberdades à medida em que fornece condições para o seu exercício. A sociedade civil configura o reino das necessidades, naquilo Boaventura (1999, p. 120) denomina ‘*sistema de necessidades*’. A visão Hegeliana⁴, por seu turno, indicando duelismo entre Estado e Sociedade não se sustenta, à medida em que o mecanismo estatal busca a reprodução do capital em si mesmo, ou, as relações econômicas são notadamente relações marcadamente políticas em sua gênese, e jurídicas.

Em termos científicos, pode-se dizer que o século XIX não findou, e que o século XX sequer começou. Implica dizer, o progresso da ciência permite o questionamento da era fluida e de excessivo relativismo moral, no sentido de que a compreensão difusa e distanciada dos mecanismos de controle e estabilizações sociais possam provocar o próprio retrocesso moral.

A era do século XVII permitia que os clássicos como *Rousseau* perquirissem a relação entre ciência ou virtude, ou ainda, sobre as bases fundamentais sobre as quais se construía a coletividade. O objetivo era compreender até que medida a ciência corromperia os costumes, ou se os incentivaria e especializaria (Santos, 1998, p. 45).

Ocorre que a era moderna (com Copérnico, Galileu e Newton) fomentou a construção científica de parâmetros de transformação social jamais conhecidos. A ordem científica emergente provocou o decaimento da mística esotérica que permeava a compreensão do mundo, cuja ciência embebida por dados era dejetivo. A transformação, a cientificação e racionalização elegeram a humanidade como protagonista de todas as transformações sociais, e com isso, a perplexidade e ao assombro advieram como externalidades da nova era⁵.

Com isto se quer dizer que as novas abundâncias coletivas, multiplicada pela ascensão do

4 Hegel está, portanto, diante de duas importantes questões que nortearão suas reflexões políticas: de um lado a concepção política aristotélica da *polis* antiga que parece não mais condizer com os tempos modernos, e de outro, a concepção contratualista que fundamenta a vontade geral na vontade das particularidades. Nos *Princípios da Filosofia do Direito*, Hegel descreve a família, a sociedade civil e o Estado enquanto instituições de uma sociedade, cujos elementos apresentam desdobramentos da eticidade. No § 181 da obra supra, Hegel descreve a passagem da moralidade para a eticidade nos seguintes termos: “*De um modo natural, e essencialmente, de acordo com o princípio de personalidade, divide-se a família numa multiplicidade de famílias que em geral se comportam como pessoas concretas independentes e têm, por conseguinte, uma relação extrínseca entre si. [...] Assim, esta situação produzida pela reflexão apresenta primeiro a perda da moralidade objetiva ou, como esta enquanto essência é necessariamente aparência, constitui a região fenomênica dessa moralidade: a sociedade civil*” (Hegel, 1998, p. 166).

5 O modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global de racionalidade científica que admite variedade interna mas que se distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, de duas formas de conhecimento não-científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos). (SANTOS, 1998, p. 46, FAPESP).

reino das necessidades coletivas imbuíram a humanidade de uma perplexidade, eis que o desconhecimento sobre o futuro ou sobre a ordem póstuma realoca o protagonismo humano para a condição de vítima do seu próprio processo civilizatório encabeçado pela instrumentalização da razão.

A urgência social de fornecer respostas aos mais variados questionamentos, bem como à compreensão da gênese do assombro dificulta a trilha racional, uma vez que o homem também é marcado por tensões que contrapõem necessidades, desejos e dúvida. O corpo social, tatuado pela hegemonia do rigor científico que fomenta a política capitalista de mercado e de circulação de riqueza, também se embebeda de perplexidade, dúvida e medo. O descrédito da ciência, salvo melhor juízo, pode ser simplificado na perda do valor genuíno do conhecimento como virtude enquanto motor que sustenta a busca incessante do indivíduo social pela mais valia do saber.

Se ao homem é furtado o regozijo pela arte de apreender, a virtude que antecede sua ação é desmerecida, e numa relação de fomento e descrédito, perde valor a racionalidade instrumentalizada. No contraponto, não se pode única e superficialmente defender o empobrecimento do corpo social em virtude e estímulo antes de compreender a hegemonia do conhecimento, que favorece o acúmulo mercadológico e a redução das externalidades e imprevisões no corpo social.

Ora, se a ocidentalização é tatuada pela instrumentalidade da razão, é um esforço epistêmico o método que socorrerá a compreensão da utilidade da hegemonia científica e conseqüentemente, da própria sociedade complexa. Aqui, a natureza pode ser esboçada como a maior expressão da transição. Isso porque, deixa de servir ao desvendamento contemplativo para alimentar ativamente a cessão de recursos naturais (infinitos, nas primeiríssimas concepções do modelo antropocêntrico).

A arte da dominação dos recursos naturais e seu empossamento pela sociedade reflete justamente a transição hegemônica científica, que se lastreia com veemência na experiência rigorosamente ordenada⁶. É o redirecionamento do sentido do questionamento que favorece a evolução epistemológica, naquilo que Boaventura de Souza Santos (1998, p. 46) ilustra:

São igualmente diferentes e muito mais complexas as condições sociológicas e psicológicas do nosso perguntar. É muito diferente perguntar pela utilidade ou pela felicidade que o automóvel me pode proporcionar se a pergunta é feita quando ninguém na minha vizinhança tem automóvel, quando toda a gente tem exceto eu ou quando eu próprio tenho carro há mais de vinte anos.

6 O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente que via na sociedade em que começava a dominar o estágio final da evolução da humanidade. (SANTOS, 2001, p. 06/26).

O Estado desenvolvimentista capitalista assumiu enorme compromisso social interventivo da lógica de acúmulo material. O desenvolvimento das forças produtivas e a necessária divisão técnica do trabalho transformou a esfera estatal a serviço da politização da dominação pelo capital, que exige reposta imediata estatal frente aos conflitos sociais. Ou seja, tornou-se necessário a regulação política minimamente invasiva com vistas à garantia da participação cidadã e da própria manutenção do regime de atuação econômica capitalista do Estado.

Quer-se dizer: a doutrina do Estado mínimo com a eclosão das ondas de globalização capitalistas ressoou na necessidade de nova organização, consentânea com os novos objetivos da acumulação. Por isso se diz que o padrão de intervenção estatal se intensificou a partir da exigência dinâmica acumulativa, na contramão do engendramento liberal do final do século XIX.

Então, as distintas ondas de Estado do Bem-Estar Social serviram à tarefa de politização da economia e sociedade, conformando o viés crítico que contrapõe a ideia dualística de Estado x Sociedade Civil⁷.

II AS FORMAS DE PODER E O CAPITALISMO CIVILIZATÓRIO

A pretensão nestas linhas não se dirige ao esgotamento da crise de personalidade representada pela transição moderna, quanto menos ao estudo verticalizado do capitalismo como civilização, mas sim no contraponto e especialmente, no efeito de tensão criado a partir dos novos arranjos de poder pós-modernos.

Segundo Fábio Konder Comparato (2001, p. 25), há duas razões para a consciência coletiva planetária ter se dado conta apenas no século 21 da era cristã sobre a civilização capitalista: a primeira delas em razão da completude da civilização histórica ter sido compreendida apenas em tempos recentes; e a segunda, tem por justificativa o capitalismo ter sido apresentado apenas como modelo econômico até a segunda metade do século passado. Ou seja, fora do círculo intelectual marxista, o capitalismo não compunha a verdadeira civilização.

O fato é que a transição da Idade Média para o mundo moderno forneceu testemunhos de sua passagem. A maior delas talvez seja o surgimento de uma mentalidade voltada à circulação e organização das instituições, cuja principal busca passou a ser pelo lucro, sem olvidar do máximo exercício profissional possível.

Importa considerar como reforço argumentativo que a posse da terra no sentido de propriedade absoluta e a vinculação dos bens imóveis às vindouras operações mercantis também

7 A dinâmica global da concorrência monopolizada frente à ausência de autorregulação e à insuficiência da regulação pública no âmbito dos Estados nacionais aponta para a nova condição de estagnação secular. Enquanto a órbita financeira dificulta a desvalorização do velho formato do capital, as novas formas capitalistas sofrem barreira no interior da estrutura monopolista de competição dominada pelas grandes corporações transnacionais. (POCHMANN, 2017).

pode ser um dos marcos mais significativos do abandono da ideia de estamento⁸.

Ora, se o *espírito* (Weber, p. 63) material do capitalismo consiste na expressão consagrada por Marx (1998, v. 1) de transformar tudo em mercadoria, passou-se a assistir a uma desumanização da vida radical. Explica-se: Se os homens, os ofícios, os bens, o tempo e até os consumidores transformaram-se em métricas de produtividade, e se o capital como valor supremo passou a ordenar a conduta social e das instituições, o homem cujo legado fosse despido de posses e propriedades via-se aviltado, indigno, excluído.

Quando a desumanização da vida se torna o ápice do debate, é dizer sobre a ocorrência de um movimento centrífugo de exclusão da pessoa humana do centro universal da biosfera. Implica: ao passo que a biologia constatou a unicidade insuperável da pessoa humana com a descoberta do DNA, o sistema de reprodução capitalista civilizatório encontra na impessoalidade seu maior expoente.

Por isso é que a artificialização dos modos de vida e das instituições é cada vez mais comum. A desfiguração do humano e sua dignidade como vetor a orientar as condutas e atuações civilizatórias levou irremediavelmente ao desaparecimento da pessoalidade. A título de exemplo, cite-se a criação das sociedades anônimas como engenho mercantil capitalista, a ponto de pouco importar quem é o agente controlador das operações. (Comparato, 2011, p. 256).

Perquirir sobre determinado tema complexo impõe sua imediata contextualização, e mais por isso, a era de ruptura dos modelos modernos e a consequente crise de identidade do homem romperam com os paradigmas da modernidade, retrocedendo-se os ideais de virtude, ciência e necessidade, a ponto de quase pervertê-los. Embora não sem dificuldades, o cenário social em redefinição e o sombrio percurso em busca de valores cidadãos e de preservação da vida humana trouxeram novas angústias, implantando uma ética de sobrevivência social⁹ (Lima, 2008, Coimbra).

Contudo, em relação à análise do lugar da pessoa e das políticas sociais no contexto de transformação, a articulação econômica e política tem grande repercussão. Mais que isso, as condições vivenciadas pelo povo de um país dizem muito sobre a própria luta enquanto mecanismo de manutenção da força do trabalho.

Se no Brasil, exemplificadamente, o capitalismo concorrencial é reconhecido como a era em que a mecanização movida a energia não-humana impôs o monopólio e causou acirramento entre as classes sociais, a antítese da hegemonia consolidatória e as relações de força passaram a

8 A vinculação essencial da posse como estamento da nobreza era marca essencial da Idade Média, ou, do sistema jurídico medieval. (Comparato, 2011).

9 O modelo social de gestão que se impôs na modernidade, iniciado na década de 80, determina questões relevantes do nosso tempo como transformações ocorridas no último século e, incidem nas diversas áreas da vida em sociedade, solapando inclusive o mundo da ciência e da construção do conhecimento, que nesta altura adquire valor de mercadoria no cenário mundial. (Lima, 2008, item 14).

compor o tecido pós-moderno. Implica afirmar: assistiu-se ao rebaixamento do nível de vida das pessoas.

O fenômeno é reconhecidamente lembrado (Vieira, 1992, p. 23) como parte de um processo de acumulação capitalista que trouxe a necessidade de alargamento do mercado e expansão do consumo, a fim de que a rentabilidade do capital fosse mantida. Com isso, o Estado é erigido à condição de ente endossante dos reclames sociais da classe trabalhadora, muito embora o estreitamento aconteça na medida da conveniência pela manutenção do próprio mercado.

Anote-se a esta altura o liberalismo enquanto organização voltada à busca do interesse individual pelo sujeito, cujo interesse econômico direciona-se ao bem estar coletivo, ou, Estado mínimo. No entanto, se as movimentações livres e ilimitadas do mercado produzem a própria noção de bem comum, é natural que haja no seio das relações e de suas tensões o esvaimento das idiossincrasias humanas, sem olvidar dos discursos de reconhecimento dos direitos sociais que representam a própria evolução do Estado liberal para o Estado social.

A maior questão a se levantar no teor da discussão considera o poder econômico capitalista como agente constantemente ligado à capacidade de acumulação de riquezas e centralização do capital. Somado a isso, a dita centralização tende a promover a supressão da própria autonomia individual. (Comparato, 2011, p. 266).

A construção Weberiana (2017) da dominação não se sustenta com a mera subordinação do subordinado. Ou seja, o poder puramente e unicamente fundado na força não se sustenta, ele necessita da confiança dos súditos para sua própria manutenção e construção de legitimidade. A lógica de dominação e controle do poder volta ao passado quando necessita agregar valor ao poder *nu e prospecta* para o presente quando instrumentaliza a individualidade do homem para alimentar seu próprio engenho.

A investida do poder tem olhos postos ao futuro, numa estreita relação de credibilidade com o subordinado, a ponto de engendrar seu próprio mecanismo de aprovação social.

Segundo a tendência ideológica, a propaganda é a externalização da atmosfera controlada direcionada ao subordinado, como se fosse possível idealizar a legitimidade do sistema com base em seu poder criativo de construir legitimidade.

Boaventura de Souza Santos prossegue a crítica à utopia marxista em sua obra *Pela Mão de Alice* (p. 44/45), vez que estabelece que a confiança sem reservas na técnica de exploração da vida para atendimento justo e igualitário das necessidades sociais representou o auge do progresso da racionalização científica utópico. Inclusive, a realidade crescente e compartilhada da sociedade da abundância contrapõe o exercício radical da própria cidadania.

Vale dizer, as contradições produzem uma à outra. Se tudo é transformado em mercadoria,

a própria natureza, matriz das condições de produção, também sofre a dessubjetivação¹⁰. E por isso, a mera repolitização não seria uma saída possível. Para o autor (p. 46), é necessário implantar uma hermenêutica de suspeição, a fim de que a consciência da opressão seja perspectivada distante das ideologias utópicas amparadas unicamente na salvação política.

III EMANCIPAÇÃO: MITO OU REALIDADE?

“O que transformou o mundo não foi a utopia. Foi a necessidade.”
(José Saramago)

A teoria crítica da modernidade é conceituada a partir da possibilidade de emancipação social imanente ao seu objeto. Ou seja, o diagnóstico sobre as possibilidades e obstáculos à emancipação considera o objeto em si, distanciado de qualquer ideia de transcendência.

Embora por sua composição naturalmente heterogênea, perspectiva-se sobre a possibilidade de diagnosticar no próprio Estado de Direito as resistências teóricas e históricas que impuseram ao indivíduo (ser social) a autonomia de (re)construir o paradigma de emancipação, contrapondo-se o pensamento produtivista marxista. Ou melhor, as lutas políticas de classes conhecidas já nas primeiras décadas do século XX fundaram-se em um modelo de ação amparado pelo trabalho. (Melo, 2011, p. 249).

À medida em que os diagnósticos sociais sofreram consideráveis mudanças, necessário também elevar o questionamento sobre a direção da própria tese que aponta o indivíduo como ser prospectivo. Se Marx retirava da própria ideologia capitalista as condições para a construção do diagnóstico de seu tempo, o capitalismo evoluído do século XX não cumpre com a promessa de transformação social embasada no intercâmbio de mercadorias, uma vez que o funcionamento da civilização do capital impõe ao sujeito enquadrar-se também no conceito de mercadoria vendável, com abandono completo de suas idiossincrasias.

Embora o trabalho seja a instrumentalização da transformação material dos produtos, o sistema capitalista incorporou o trabalho abstrato como forma de dominação social, ao ponto de agravar a manutenção objetiva e impessoal dos indivíduos mecanicamente inseridos na lógica produtivista. (Melo, 2011, p. 250).

O ponto crítico deste ensaio considera que o homem não é agente controlador ou portador universal da emancipação pelo trabalho. O império da razão instrumental, segundo o economista Friedrich Pollock (2005), grosso modo, exerce hoje todo seu monopólio sobre as esferas da sociedade, resultado de uma economia que impõe ao Estado imiscuir-se sobremaneira na vida dos

10 Por dessubjetivação se deve compreender o homem como mero objeto das tecnologias produtivas, não como fim em si mesmo. (Marx, 1998, V. 1).

indivíduos, criando e mantendo as condições inevitáveis à dominação do administrado.

Da evolução do panorama produtivista e da própria modificação da teoria crítica, é possível afirmar que a erosão do Estado Social e suas conseqüentes valorações voltadas ao indivíduo como epicentro da atuação estatal não chegam a permitir a emancipação do sujeito, uma vez que inserido no sistema valorativo de acumulação à base da força de trabalho. Ou seja, ao tempo em que o homem é realocado à condição de objeto e destinatário de direitos e garantias, o privilégio do capital e a sociedade da superabundância impedem sua realização autônoma no corpo social.

Quer-se dizer: o quadro de problemas encontrado na arena democrática oculta a realização do ideário do Estado Social mais reflexivo e consentâneo com valores como a solidariedade, respeito às formas de vida e redistribuição econômica, por exemplo. Nesse sentido, o ímpeto das lutas pelo espaço de realização mais plural da sociedade encontra obstáculos na própria dinâmica de inconformismos e injustiças.

Por isso se diz que os movimentos de reinterpretação da teoria crítica são estruturalmente necessários, vez que os ‘remédios’ redistributivos (Melo, 2005, p. 259) e apaziguadores das abissais desigualdades são placebos, porque baseados no conhecimento de que o entendimento da modernidade é sempre quantificável, mensurável, capturável pelo método. (Pires, 2004).

Ocorre que a natureza não se move ao ritmo instrumental da razão, quanto menos por métricas metódicas que desconsiderem os contornos sociais e os sentimentos de ausência de pertencimento que acometem o indivíduo produtivo. As crescentes complexidades da própria sociedade impõem a dialética do social e natural, a fim de que a compreensão da dificuldade de emancipação seja possível não apenas a partir da profanação à teoria crítica, mas considerando o indivíduo em todas as suas peculiaridades que transcendem o trabalho, ou, o excesso de racionalidade.

A máquina vivente é autopoietica (Maturana, *et. al.*, 1997), enquanto processo de constituição de organismos vivos que pretendam eliminar as complexidades no interior de seu sistema. Ocorre que, as perturbações sociais crescentes e agravadas pela evolução histórica tem por afastar o domínio fechado das organizações, fato que por si impede a manutenção da dominação dos corpos unicamente amparados na lógica civilizatória capitalista da superabundância e da razão instrumental.

Sob este viés, a captura constante do indivíduo pelo trabalho e a promessa de emancipação aproximam-se do mito, ou seja, o funcionalismo utilitarista das organizações voltadas ao distanciamento do indivíduo como ser vivo, por isso complexo, e distante da concepção imprevisível da sociedade apontam o projeto de emancipação para a falência.

Boaventura de Souza Santos (2001) aponta que a ideia de conhecimento alienada da emancipação, ou ainda, de um conhecimento-regulador como motor pulsante da modernidade não atende à libertação do indivíduo e nem à sua tendência disruptiva, dinâmica e participativa. Para o autor, a condução da ignorância movimenta a ordem que sacraliza o poder e a dominação (Foucault, 1970).

A insuperabilidade da lógica da discutibilidade segue sendo a estratégia metodológica e hermenêutica que direcionam o humano para a compreensão de suas externalidades e possibilidade de emancipação unindo razão e ética, saber e poder, ciência e virtude, numa relação dialética. O que se pretende, segundo o autor (2001) é: reconhecer a relação intrínseca entre o conhecimento e a emancipação, desde que a múltipla produção da humanidade seja amparada na relação dialética entre sínteses e contrários.

A gestão de conhecimento é também gestão de poder, de forma que ambas não se excluem, mas residem numa ambivalência de mesmíssima grandeza. O evoluir emancipatório do indivíduo contextualmente inserido na lógica produtiva e concentrada na instrumentalidade da razão dos capítulos anteriores desserve à própria produção de subjetividades e idiosincrasias, impondo à sociedade a manutenção de seus iguais, dessubjetivados, mecanizados e robotizados.

Por isso é que se defende a construção do corpo social participativo, fundado no conhecimento dialético com a natureza e a própria biologia em si, a fim de que a reconstrução da ciência se aproxime do conhecimento, do cuidado, do confronto e da emancipação. Não se pode confrontar o que se desconhece, e para o autor (Santos, 2001), a realidade será sempre mais complexa, e é precisamente pelo entendimento das complexidades que se constrói a emancipação social a partir da ruptura.

Portanto, a obsessão da sociedade e do modelo civilizatórios pela otimização do indivíduo a qualquer custo forma imperativos irrealizáveis cujo signo é a *performance* (Lipovetsky, 2006, p. 223). A sociedade performática impõe ao indivíduo a preponderância da melhoria de suas capacidades e distinções, numa concepção generalista de lugar-comum do signo contemporâneo.

O homem polivalente e potencializado é também o homem do esgotamento, já que todos os atributos de sua personalidade passam pelo processo de otimização, como se os critérios que o qualificassem fossem filtros qualitativos e competitivos que os indivíduos lançam a si próprios. O Super-Homem, somado à instrumentação da razão e aos devaneios do produtivismo se vê segmentado, em superação constante de si mesmo, em completo prejuízo de seu espaço mental que também cede ao encantamento (mais tarde maldição) da competição. (Lipovetsky, 2006, p. 227).

Ao fim e ao cabo, a paixão coletiva pelas férias, pelo descanso, o gosto pela vida privada para fora dos espaços de competição que o poder impõe representam uma utopia de libertação, eis

que é impossível furtar-se à liturgia da produção competitiva otimizada.

A angústia e desencantamentos são os produtos sinérgicos da amplitude e extensão dos mecanismos que elevam o homem à condição de constructo, um incontornável mediador assalariado, à medida em que a emancipação pelo trabalho transformou-se em mito e desencantamento. O ‘exército de reservas’¹¹ produzido pelo excesso, nas palavras de Žižek (2012, p. 199), agregam desvalor ao homem contingencial que não vale mais nada além de trabalhar para dispor do capital necessário, que jamais se alcança.

A naturalização do excesso alimenta a exploração do indivíduo subproduto do próprio mercado, ou, subproduto do sistema de mercadorias. A era violência dos que “*perambulam pelo mundo, como prometeus modernos à cata de algo para sobreviver*”. (Antunes, 2005, p. 12/13).

CONCLUSÃO

A luta do homem durante a evolução histórica sempre se concentrou grandemente na tentativa de dar significado à vida como projeto em desenvolvimento, não descuidando da importância da fenomenologia e da metafísica para a compreensão da extensão de tal projeto.

Ocorre que o semear dos séculos e a emergência da modernidade impôs um amadurecimento intelectual ao homem, a fim de que ao Estado e à Igreja não fossem creditados todos os mandamentos do bem viver. O capital, de ouro norte, a partir da revolução burguesa e da industrialização ascendeu a instrumento de maior poder emancipatório, à medida em que a circulação de riquezas e o acúmulo movimentado da patrimonialidade escravizou a liberdade humana quando delegou à força de trabalho o instrumento de produção massificada.

Quando o homem se viu instrumentalizado pela racionalidade e capturado pelo modelo de mercado que determina as horas trabalhadas, o tempo de ócio, os padrões de consumo e de conduta e redesenha a arte do bem viver partindo da concepção mercantilizada da vida, a liberdade projetada em utopia amargurou e angustiou a continuidade da vida.

Muito embora o sistema capitalista de mercado seja a natural evolução da classe burguesa, e considerando o direito como mais um instrumento de manutenção da ordem pelo poder, a racionalidade extremada mecanizou o sentido da própria vida, a cujo discurso de promoção de dignidade, direitos e garantias o Estado responsável age conforme a conveniência político-econômica.

11 [...] o sobrevivente de sua própria morte, a casca que sobra depois que ele é privado de sua substância; por isso, o matema de Lacan para o sujeito é o \$, o sujeito barrado. Não é que Lacan pode pensar o surgimento de um novo sujeito que sobrevive a sua morte/desintegração; para Lacan, o sujeito como tal é um segundo sujeito”, um sobrevivente formal (a forma sobrevivente) da perda de sua substância, do X numenal que Kant chamou de eu ou ele ou isso (a coisa) que pensa”. (2012b, p. 213).

Sem olvidar do processo civilizatório emergente, da globalização e da era superabundante assistida e intensificada no século XXI, carece o sujeito (Super-Humano) de sentido no desempenho e na cessão de força física e vitalidade à alimentação do sistema que exige sem lhe contraprestar a contento e sem lhe permitir a realização em liberdade.

Quando o homem se vê instrumentalizado, mercantilizado e capturado, o mito da emancipação pelo trabalho emerge e a civilização capitalista engendra a manutenção de sua tirania produtiva.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O sentido do trabalho, ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARANTES, Paulo Eduardo. **O Novo Tempo do Mundo: e outros estudos sobre a era da emergência**. São Paulo: Boitempo. 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**. Estudos avançados. 25 (72), 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ea/v25n72/a20v25n72.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

LIMA, Leonice Domingos dos Santos Cintra; HORTA, Rita de Cássia Alves. **As ciências humanas e sociais no processo de reconstrução da sociedade na perspectiva cidadã**. e-cadernos CES [Online], 02 | 2008, Disponível em:

<<http://journals.openedition.org/eces/1359>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: ensaios sobre a sociedade do hiperconsumo**. Trad. Patrícia Xavier. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006.

LUSTOSA, Maria Anita Vieira; RECH, Hildemar Luiz. **Desemprego Estrutural no Contexto do Capitalismo**. Revista Dialectus. Ano 3, n. 9, setembro-dezembro 2016, p. 17-25. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/22382/1/2016_art_mavlustosahlrech.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **O Capital: crítica da economia política. Livro 1. O Processo de Produção do Capital. Volume I, tomos 1 e 2**. Abril cultural, 1983.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco G. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Workshopsy Livraria e Editora, 1995.

MELO, Rúrion. **Teoria Crítica e os Sentidos da Emancipação**. CADERNO CRH, Salvador, v. 24,

n. 62, p. 249-262, Maio/Ago. 2011. Disponível em:

< <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2fOeoKbAVuoJ>>. Acesso em: 24 out. 2020.

PIRES, Maria Raquel Gomes Maia. **Ciência e reconstrução em saúde: disrupção e provisoriade como possibilidades emancipatórias**. Departamento de Ciência e Saúde Coletiva. Disponível em: < <https://www.scielo.org/article/csc/2004.v9n2/469-478/>>. Acesso em: 24 out. 2020.

POCHMANN, Marcio. **Estado e Capitalismo no Brasil: a inflexão atual no padrão das políticas públicas do ciclo político da Nova República**. Educ. Soc., Campinas, v. 38, nº. 139, p.309-330, abr.-jun., 2017. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/pdf/es/v38n139/1678-4626-es-38-139-00309>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O social e o Político na Pós-Modernidade**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994.

_____. **Para Além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia dos saberes**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 78, outubro 2007, p. 03-46. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V0dxE1WEGtcJ:www.scielo.br/scielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS0101-33002007000300004+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. **As tensões da Modernidade**. Fórum Social Mundial. Biblioteca das Alternativas. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:B9GefJaNaqgJ:www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%2520tens%25C3%25B5es%2520da%2520Modernidade%2520-%2520Boaventura%2520de%2520Sousa%2520Santos.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. **Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna**. Estudos avançados, v. 02, n. 02, São Paulo, maio-agosto 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em: 02 nov. 2020.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência**. 8. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SHINN, Terry. **Desencantamento da Modernidade e da Pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento**. Scientiæ Zúdia, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, 2008. Disponível em:

< <https://www.scielo.br/pdf/ss/v6n1/a02v06n01.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

WEBER, Max. **O Direito na Economia e na Sociedade**. Coleção Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

ZIZEL, SLAVOJ. **Contra os Direitos Humanos**. Dossiê: Direitos Humanos – Diversos Olhares.

Versão original publicada na New Left Review, n. 34, julho-agosto de 2005, sob o título “Against Human Rights”. Traduzido do inglês por Sávio Cavalcante. Disponível em:

< <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/6541/5947>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

OS REFLEXOS DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Júlia Mariana Cunha PERINI¹
Daniela Braga PAIANO²

RESUMO

A institucionalização de crianças e adolescentes em contexto de risco é um problema enfrentando no Brasil há anos e possui suas raízes em legislações anteriores à Constituição Federal de 1988, no qual vigia-se a doutrina da situação irregular. Com a constitucionalização de normas relativas ao direito de família a população infanto-juvenil ganhou posição de destaque e foram considerados, pela primeira vez, como sujeitos de direitos carecedores de proteção absoluta e especial pelo Estado. Nesse sentido, objetiva-se com o presente estudo analisar o procedimento de aplicação de medidas protetivas estabelecido pela Lei n. 8.069/90, a situação do acolhimento institucional no Brasil e as causas e consequências da institucionalização de crianças e adolescentes. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais e aplicando-as no caso em tela, enquanto a metodologia fundamenta-se, preponderantemente, na análise de obras de Direito Civil, Constitucional e de áreas afins do direito, no exame legislativo e de resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Conclui-se, portanto, que o acolhimento institucional não é ambiente propício e saudável para o bem-estar e desenvolvimento integral de crianças e adolescentes em contexto de risco, uma vez que acarreta o rompimento dos vínculos afetivos, não propicia tratamento individualizado e a convivência em ambiente familiar, os quais podem causar sérios prejuízos na vida adulta. A melhor alternativa ao acolhimento institucional é a inserção da criança e do adolescente em programa de acolhimento familiar, o qual garante de forma mais eficaz os direitos previstos no bojo da Constituição Federal, em especial a convivência familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Acolhimento Institucional. Criança e Adolescente. Convivência familiar. Acolhimento Familiar.

ABSTRACT

The institutionalization of children and adolescents at risk has been a problem faced in Brazil for years and has its roots in legislation dating from before the 1988 Federal Constitution, in which the doctrine of the irregular situation was in force. With the constitutionalization of norms relating to family law, the child-youth population gained a prominent position and were considered, for the first time, as subjects of rights in need of absolute and special protection by the State. In this sense, this study aims to analyze the procedure for applying protective measures established by Law No. 8069/90, the situation of institutional foster care in Brazil and the causes and consequences of institutionalization of children and adolescents. To do so, the deductive method is used, starting from general premises and applying them to the case at hand, while the methodology is based, preponderantly, on the analysis of works of Civil, Constitutional and related areas of law, on the legislative examination and on resolutions of the National Council of Justice. It is concluded,

1 Júlia Mariana Cunha Perini, Aluna Especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduada em Direito Digital pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisador no projeto de pesquisa "Contratualização das relações familiares e sucessórias", cadastrado sob o n. 12475 na PROPPG da UEL. Endereço eletrônico: juliamarianaperini@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7695140861104576>.

2 Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP; Professora da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Coordenadora do Projeto de Pesquisa "Contratualização das relações familiares e sucessórias", cadastrado sob o n. 12475 na PROPPG da UEL. Endereço eletrônico: danielapaiano@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>.

therefore, that institutional foster care is not a propitious and healthy environment for the well-being and integral development of children and adolescents in a context of risk, since it causes the rupture of affective bonds, does not provide individualized treatment and living in a family environment, which can cause serious damage in adulthood. The best alternative to institutional foster care is to place children and adolescents in foster care programs, which more effectively guarantees the rights set forth in the Federal Constitution, especially family living.

KEYWORDS: Institutional Care. Child and Adolescent. Family living. Foster care.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.069/90 a criança e o adolescente passaram a ser considerados e tratados como sujeitos de direitos, carecedores de proteção especial, prioritária e absoluta pelo Estado, sociedade e família. O direito de crescer e se desenvolver, preferencialmente, no seio da família de origem foi amplamente protegido pelo sistema normativo, de modo que a convivência familiar e comunitária foi elevada ao patamar de direito fundamental, garantido no bojo do texto constitucional.

No âmbito infraconstitucional, com o fito de dar efetividade à norma constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu uma série de dispositivos destinados à proteção e à permanência da população infanto-juvenil em ambiente familiar que garanta o desenvolvimento integral e sadio.

Todavia, embora a família seja considerada a base da sociedade brasileira, a realidade social mostra um cenário de desigualdade social e econômica que acaba por enfraquecer as estruturas familiares e, conseqüentemente, expor inúmeras crianças e adolescentes às situações de ameaça ou violação de direitos básicos e fundamentais para a consecução da dignidade humana.

Nesse viés, a Lei n. 8.069/90 preconiza um rol de medidas protetivas que tem como finalidade salvaguardar os direitos e garantir a proteção de crianças e adolescente que se encontrem em contexto de risco, seja em razão da falta ou omissão ou abuso dos pais ou responsável, pela ação ou omissão da sociedade, do Estado ou até mesmo pela conduta da própria criança e adolescente.

Dentre as medidas protetivas passíveis de serem aplicadas, tanto pelo Judiciário, quanto pelo Conselho Tutelar, estão o encaminhamento para instituição de acolhimento ou para programa de acolhimento familiar. Essa última modalidade foi incluída pela Lei n. 12.010/2009, a qual alterou inúmeros dispositivos legais, de modo que, atualmente, o acolhimento familiar detém prioridade sobre o institucional, uma vez que garante a convivência familiar de crianças e adolescentes que têm de ser afastados, definitiva ou temporariamente, de suas famílias de origem.

Entretanto, apesar da preferência legal estar vigente desde o ano de 2009, os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), disponibilizados por meio do portal do Conselho Nacional de Justiça, demonstram que o Brasil possui aproximadamente trinta mil crianças

e adolescentes acolhidos, contudo, somente 28% estão em famílias acolhedoras, enquanto 72% permanecem em acolhimento institucional.

Outro dado relevante é em relação ao tempo de permanência nessas instituições. Embora, o Estatuto da Criança e do Adolescente preconize que tanto o acolhimento familiar, quanto o institucional, são medidas de caráter excepcional e provisório, com duração máxima de dezoito meses, segundo os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), cerca de 27% das crianças e adolescente estão há mais de três anos acolhidos e a maioria deles possuem mais doze anos.

Diante do cenário atual de acolhidos e dada a relevância da garantia integral dos direitos da criança e do adolescente dispostos no art. 227 da Constituição Federal, busca-se no presente analisar o procedimento de aplicação de medidas protetivas estabelecido pela Lei n. 8.069/90, a situação do acolhimento institucional no Brasil e as causas e consequências da institucionalização de crianças e adolescentes.

1 A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Tradicionalmente, a legislação infanto-juvenil brasileira institui medidas protetivas destinadas à criança e aos adolescentes que se encontram inseridos em contexto de ameaça ou violação de direito, visando assegurar seus direitos de maneira ampla e integral. Todavia, embora sejam considerados como sujeitos de direitos pelo sistema jurídico vigente, as legislações anteriores à Constituição Federal de 1988 não tinham caráter restritivo, abrangendo um grupo restrito de indivíduos.

O Decreto n. 17.943-A, promulgado no ano de 1927, previa em sua redação algumas providências destinadas a menores em situação de abandono ou para aqueles considerados “delinquentes”. Como avanço, a Lei n. 6.697/79, que institui o Código de Menores, ampliou o âmbito de proteção, porém abrangia tão somente crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular ou de patologia social, ou seja, quando praticavam atos infracionais, ou se encontravam em situação de abandono, orfandade e entre outros (BRASIL, 1927).

Nesse período, a tutela do Estado se restringia às situações em que a criança e adolescente se encontrassem privados de condições essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão de falta, ação ou omissão, ou manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis. Sobre o assunto, Maria José Constantino Petri comenta que:

Percebe-se que a tônica dessa legislação era atender ao problema do menor carente, desamparado, mas com a institucionalização, mostrando um escopo muito mais de punição do que a melhoria das condições de vida desses menores. O menor era, de certa forma,

punido por sua pobreza, encarada como uma questão policial ou judicial, e não social. O menor era responsabilizado por sina e denominado “marginal, trombadinha ou delinquente” (PETRI, 2012, p. 254).

A partir da década de 1980, criou-se o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua que tinha como objetivo pressionar as autoridades para realizar as transformações legislativas necessárias, em prol dos direitos da criança e do adolescente. Como reflexo deste movimento, em 1990 houve a promulgação da Lei 8.069/1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e preconizou a doutrina da proteção integral, incorporando e transformando as orientações legislativas internacionais de defesa dos direitos da criança e do adolescente em medidas efetivas de políticas públicas (PETRI, 2012, p. 254-255).

Acerca do assunto, Patrícia Silveira Tavares (2018, p. 772) leciona que a Lei n. 8.069/90 inovou ao ampliar os sujeitos destinatários das medidas de proteção para todas as crianças e adolescente sem qualquer discriminação e transferir a esfera de aplicação da maioria das medidas ao Conselho Tutelar, órgão que representa o poder-dever da sociedade, ao lado da família e do Estado, de garantir dos direitos da criança e do adolescente. Em consonância, Wilson Donizeti Liberati sustenta que:

Ao utilizar os termos ‘ameaçados’ e ‘violados’, o Estatuto serviu-se de fórmula genérica em contraposição à teoria da situação irregular, que utilizava figuras casuísticas, tais como ‘menor abandonado’, ‘carente’, ‘delinquente’ etc., para identificar as situações de risco pessoal e social da criança e do adolescente (LIBERATI, 2015, p. 111).

Com respaldo na Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um rol de medidas protetivas a serem tomadas pelo Estado, a fim de proteger as crianças e os adolescentes que tenham seus direitos violados ou ameaçados, os quais são, na visão de Rossato, Lépoire e Cunha (2017, np) “ações ou programas de caráter assistencial aplicadas isolada ou cumulativamente, quando a criança ou o adolescente estiver em situação de risco.”

No mesmo sentido, Patrícia Silveira Tavares (2018, p. 773) define as diligências previstas nos incisos do art. 101 do ECA como instrumentos colocados à disposição dos conselheiros tutelares e da autoridade judiciária, agentes responsáveis pela proteção das crianças e dos adolescentes, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos da população infanto-juvenil.

Tais medidas têm como intuito o fortalecimento do núcleo familiar para que os membros se tornem aptos a exercerem novamente as funções básicas de proteção. Os critérios de dosagem da adequação da medida protetiva a ser aplicada devem ser o risco a qual a criança e adolescente estão expostos e o déficit familiar, haja vista que existem casos em que a situação de risco está presente, porém não há déficit familiar que justifique a intervenção Estatal, e vice-versa. (ROSSATO; LÉPOIRE; CUNHA, 2017, np).

Desse modo, nos casos mais graves, em que o contexto não é capaz de ser modificado ou

solucionado por meio da aplicação das medidas protetivas previstas nos incisos I a VI do art. 101, a Lei n. 8.060/90 prevê a possibilidade de afastamento da criança e do adolescente do ambiente familiar de origem. Em tais situações, o art. 19 do ECA prevê a preferência pela inserção em família substituta formada por membros da família extensa, sob a forma de guarda e tutela e, excepcionalmente, na ausência de familiares extensos, o encaminhamento para entidade de acolhimento institucional ou inserção em programa de acolhimento familiar.

Nesta perceptiva, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 40) dispõe que, quando for identificada a necessidade de afastamento do núcleo familiar de origem para a proteção da integridade física e psicológica, a criança e/ou adolescente devem ser atendidos em “serviços que ofereçam cuidados e condições favoráveis ao seu desenvolvimento saudável, devendo-se trabalhar no sentido de viabilizar a reintegração à família de origem ou, na sua impossibilidade, o encaminhamento para família substituta.” (BRASIL, 2006, p. 40).

Dentre as formas de garantir a proteção da criança e do adolescente está o encaminhamento acolhimento institucional e de inclusão em programa de acolhimento familiar. Ambas possuem caráter excepcional e provisório, devendo ser aplicada em último caso quando for constatada situação de ameaça ou violação de direitos da criança e do adolescente estabelecidas no art. 98 do ECA. Nestas circunstâncias, deve-se optar sempre pela solução que represente o melhor interesse da criança ou do adolescente e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento.

2 O PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Conforme da abordado, a medida protetiva de acolhimento institucional consiste no encaminhamento de determinada criança ou adolescente à entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional, nos termos do art. 90, inc. IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando houver a constatação da inviabilidade da manutenção na família ou no ambiente de origem, por ser a alternativa mais apropriada para o cuidado e proteção do infante (BRASIL, 1990). De acordo com Rossato, Lépure e Cunha o acolhimento institucional consiste em:

A medida de acolhimento institucional se caracteriza pela permanência da criança ou do adolescente junto a uma entidade de atendimento, governamental ou não governamental presidida por um dirigente, guardião daqueles que estão sob os cuidados da instituição. São os antigos abrigos, cuja estrutura há tempo já não se encontrava em consonância com a Política Nacional de Promoção, Defesa e Garantia do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, nem mesmo com as conclusões extraídas pelo Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC do Ministério do Desenvolvimento Social realizado pelo Ipea/Conada. (ROSSATO; LÉPURE; CUNHA, 2017, np).

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no §1º do art. 101, delinea o acolhimento institucional como uma medida provisória e excepcional, devendo ser aplicado somente quando as demais medidas forem ineficazes para retirar a criança ou o adolescente da situação de risco ou quando for verificado que a manutenção na família ou no ambiente de origem não é a alternativa mais apropriada ao seu cuidado e proteção. Tal diligência deve ser utilizada como forma de transição para reintegração familiar ou, quando esta não for possível, para colocação em família substituta.

Por ensejar a retirada do ambiente familiar ou da comunidade é necessária a instauração de procedimento contraditório específico, qual seja, Ação de Medida de Proteção, cuja regras estão dispostas nos arts. 152 a 170 - Capítulo III do Título V - do Estatuto da Criança e do Adolescente.

As autoridades competentes para aplicação das medidas protetivas são o Conselho Tutelar e o Poder Judiciário, os quais devem considerar os princípios gerais que norteiam o funcionamento do sistema de garantia dos direitos, bem como os princípios elencados no art. 100 do ECA, que estabelecem como parâmetro para a aplicação das medidas de proteção as necessidades pedagógicas da criança ou do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitário (BRASIL, 1990).

Em contrapartida, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento têm o dever de prestar plena assistência, ofertando acolhida, cuidado e espaço para socialização e desenvolvimento, seguindo os princípios estabelecidos no art. 92 do ECA, dentre eles a preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar, a integração em família substituta e o atendimento personalizado e em pequenos grupos (BRASIL, 1990).

Nesta perspectiva, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária descreve uma série de atividades a serem desenvolvidas pelas entidades de acolhimento institucional³, de modo a favorecer a reinserção da criança e do adolescente no núcleo familiar de origem ou, em casos excepcionais, prepará-los para a inserção em família substituta.

3 O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (2006, p. 41-42) prevê que todas as entidades que oferecem Acolhimento Institucional, independente da modalidade de atendimento, devem seguir as seguintes diretrizes: [...] b) promover a preservação do vínculo e do contato da criança e do adolescente com a sua família de origem, salvo determinação judicial em contrário; [...] d) trabalhar pela organização de um ambiente favorável ao desenvolvimento da criança e do adolescente e estabelecimento de uma relação afetiva e estável com o cuidador. Para tanto, o atendimento deverá ser oferecido em pequenos grupos, garantindo espaços privados para a guarda de objetos pessoais e, ainda, registros, inclusive fotográficos, sobre a história de vida e desenvolvimento de cada criança e cada adolescente; [...] f) atender ambos os sexos e diferentes idades de crianças e adolescentes, a fim de preservar o vínculo entre grupo de irmãos; g) Propiciar a convivência comunitária por meio do convívio com o contexto local e da utilização dos serviços disponíveis na rede para o atendimento das demandas de saúde, lazer, educação, dentre outras, evitando o isolamento social; h) Preparar gradativamente a criança e o adolescente para o processo de desligamento, nos casos de reintegração à família de origem ou de encaminhamento para adoção; [...].

Outrossim, a fim de prevenir as repercussões negativas que o afastamento do convívio familiar pode acarretar o desenvolvimento saudável de crianças e adolescente, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei n. 13.509/2017, alterou a redação do art. 19, § 2º do ECA, a fim de estabelecer o período máximo de dezoito meses para a permanência da criança e do adolescente em acolhimento institucional.

Além disso, a referida lei modificou o §1º, do art. 19 do ECA, de modo que o prazo de reavaliação foi reduzido de seis meses para três meses. O procedimento das audiências concentradas é regulamentado pelo Provimento n. 118/2021 do Conselho Nacional de Justiça, as quais contam com a participação da equipe profissional e multidisciplinar, do Ministério Público e dos pais ou responsáveis pela criança ou adolescente, caso não haja decisão anterior suspendendo ou destituindo-os do poder familiar.

Na audiência trimestral o juiz decidirá acerca da permanência da criança ou do adolescente na instituição de acolhimento, podendo manter a medida de proteção por mais três meses, bem como determinar o desacolhimento, caso seja verificada a possibilidade de reintegração à família de origem, concedendo assim a sua guarda aos pais ou responsáveis (art. 19, §1º do ECA).

No entanto, caso seja averiguada a impossibilidade de retorno ao convívio familiar a criança ou adolescente, seja pela ausência de condições dos pais ou responsáveis em exercer seus cuidados ou até mesmo em razão da destituição do poder familiar, a criança e/ou adolescente será encaminhado para família substituta (art. 101, §9º do ECA).

Importante mencionar que os parâmetros temporais fixados pela Lei n. 13.509/2017 não impedem que a reinserção familiar ocorra antes dos prazos de três meses para reavaliação, caso seja verificada sua viabilidade (TAVARES, 2018, p. 521). Outrossim, o período de acolhimento pode ultrapassar o prazo de dezoito meses previsto no ECA, desde que haja a comprovação da necessidade que atenda o superior interesse da criança ou do adolescente, devendo a decisão judicial ser fundamentada. (art. 19, §2º do ECA).

Paralelamente aos cuidados com a criança e adolescente, os pais ou responsáveis também são acompanhados pela rede de serviços de apoio, podendo inclusive serem aplicados aos mesmos, medidas protetivas previstas no rol art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com base no exposto, denota-se que para que os direitos da criança e adolescente em situação de acolhimento institucional sejam integralmente garantidos, em especial a convivência familiar e comunitária, é imprescindível o trabalho contínuo com a família de origem e com a comunidade local com o intuito de viabilizar a rápida e eficiente reintegração familiar e comunitária da criança e do adolescente, a fim de evitar ou minimizar os efeitos deletérios de qualquer forma de retirada da família de origem e de sua comunidade.

3 SITUAÇÃO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO BRASIL

Apesar das transformações sociais e familiares ao longo dos anos, a permanência prolongada de criança e adolescente em entidade de acolhimento institucional continua sendo um dos maiores problemas sociais dos tempos modernos.

Como tentativa de enfrentar o problema e assegurar a oportunidade de crescer e se desenvolver no seio familiar, o legislador elaborou a Lei n. 12.010/09, denominada como a “Nova Lei da Adoção” ou Lei da Convivência Familiar”, que teve como base o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Todavia, os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstram que ainda existem milhares de crianças e adolescentes vivendo em instituições de acolhimento, em período superior ao estabelecido pelo art. 19, 2º do ECA.

Com o intuito de apurar a situação de crianças e adolescentes que vivenciavam a situação de acolhimento institucional foi realizado no ano de 2004, pela primeira vez no Brasil, um estudo estatístico pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), coordenado pela economista e pesquisadora Enid Rocha Andrade da Silva, o qual foi encomendado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Crianças e Adolescentes e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A pesquisa foi realizada em 589 (quinhentas e oitenta e nove) instituições de acolhimento, vinculadas à Rede de Serviços de Ação Continuada (SILVA, 2004, p. 11). Na época, foram encontradas aproximadamente 20.000 (vinte mil) crianças e adolescente vivendo em instituições de acolhimento. Contudo, por se tratar de uma amostragem de sistema, as estimativas eram de que 80.000 (oitenta mil) crianças e adolescentes estariam abrigados em instituições de acolhimento em todo o país (KREUZ, 2011, p. 37).

De acordo com os dados apresentados no estudo, apurou-se que 86,7% das crianças e adolescentes acolhidos possuíam uma família e maioria destes, cerca de 58,2% ainda mantinham vínculos com as famílias. Outro dado mencionado é que em 52% dos casos os motivos para o acolhimento estavam relacionados à pobreza e que o tempo de institucionalização variava entre 2 e 5 anos para 32,9% de todos os abrigados (SILVA, 2004, p. 12). Nesse sentido, Nilmario Miranda, Presidente do CONANDA, ao apresentar o estudo, discorreu:

Indevidamente, e violando direitos consagrados no ECA, a medida protetiva de abrigo em entidade, originalmente de caráter provisório e excepcional, vem sendo aplicada de maneira indiscriminada no Brasil, o que nos obriga a gestar políticas públicas voltadas a essas famílias e programas especiais de apoio sócio-familiar para sustentar uma política de preservação de vínculos. Interessante perceber também que, do universo pesquisado, 68,3% dos abrigos são não-governamentais e 67,2% deles possuem significativa influência

religiosa. [...] Não se trata, portanto, de uma institucionalidade capitaneada por este ou aquele Governo, mas que se funda em raízes histórico-culturais que remetem à formação da sociedade brasileira e a certas representações acerca da criança e da família pobres, que apesar de constituírem velhos paradigmas, ainda subsistem e prevalecem fortemente no fazer cotidiano das entidades de atendimento e no de muitas organizações que compõem o chamado Sistema de Garantia de Direitos (SILVA, 2004, p. 12).

Devido ao elevado número de crianças e adolescentes acolhidos em instituições e aos problemas enfrentados em todo o Brasil para a promoção da reintegração familiar e encaminhamento para família substituta de forma mais célere, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implementou, por meio da Resolução n. 54/2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) que tinha como finalidade

[...] consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes à adoção domiciliados no Brasil e no exterior, devidamente habilitados, havendo registro em subcadastro distinto para os interessados domiciliados no exterior, inserido no sistema do CNA (CNJ, 2008).

Após onze anos de funcionamento, o Conselho Nacional de Justiça, através da Portaria Conjunta n. 4/2019 e da Resolução n. 289/2019, implementou o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) que substituiu o antigo Cadastro Nacional de Adoção. Tal mudança se deu em razão da necessidade de otimizar e melhorar a estruturação das informações sobre demandas de competência dos juízos da infância e juventude e gestão dos casos de acolhimento e de adoção de crianças e adolescentes (CNJ, 2019).

Além disso, foi criado painel on-line do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, com o intuito de facilitar a visualização de dados sobre a situação de crianças e adolescente em situação de acolhimento no BRASIL. As estatísticas quantitativas sobre a situação dos acolhimentos e adoções estão disponíveis para o público em geral por meio do portal do Conselho Nacional de Justiça.⁴

Da análise dos dados apresentado nos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se que de maio de 2019 até os dias atuais - 24 de setembro de 2019 - o número de instituições de acolhimento cresceu de 4.522 (quatro mil quinhentas e vinte e duas) para 5.087 (cinco mil e oitenta e sete). Dentre elas estão o programa de acolhimento familiar, que corresponde à 28%, e acolhimento institucional que equivale a 72% do total.

Em contraposto, o número de acolhidos diminuiu significativamente. Segundo os dados colhidos no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em maio de 2019 existiam 47.627 (quarente e sete mil seiscentos e vinte e sete) crianças e adolescente em situação de acolhimento –

4 Painel online Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) disponível no portal eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>.

institucional e familiar – e atualmente são 29.244 (vinte e nove mil duzentos e quarenta e quatro), sendo que 95% estão inseridos em acolhimento institucional e apenas 5% em programa de família acolhedora.

Dentre as regiões do país, a maior concentração de crianças e adolescentes em situação de acolhimento é na região sudeste, a qual conta com aproximadamente 13.541 (treze mil quinhentos e quarenta e um) crianças e adolescente acolhidos, que representa estatisticamente 46,35% do total. A região com menor número de acolhidos é a norte, que possui 1.503 (mil quinhentos e três) crianças e adolescente, cerca de 5,14% do total.

Com relação ao tempo de acolhimento, as estatísticas demonstram que 8.111 (oito mil cento e onze) crianças e adolescente estão acolhidos há mais de dezoito meses, prazo limite estabelecido pelo art. 19, §2º do ECA, sendo que 62,87% são adolescentes. Por outro norte, do total de acolhidos, apenas 4.211 (quatro mil duzentos e onze), estão em situação jurídica favorável ao encaminhamento à adoção, ou seja, com os pais destituídos do poder familiar.

Do estudo realizado em 2004 para os dias atuais, depreende-se que a situação das crianças e adolescente em instituição de acolhimento vem se alterando de maneira significativa, em especial o número total de acolhidos, que reduziu drasticamente. No entanto, um fato alarmante é que, apesar de o art. 34, §1º do ECA prever a preferência do acolhimento familiar em relação ao institucional, os dados do CNJ, apontados acima, demonstram que a realidade fática difere drasticamente da normativa legal.

Ao fazer uma análise sobre o número de acolhidos no Brasil, Sergio Luiz Kreuz (2011, p. 38) aponta que desde a implantação dos cadastros nacionais pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o número de crianças e adolescentes acolhidos tem aumentado devido, ao seu ver, à ineficácia e ineficiência das políticas e medidas públicas adotadas, sugerindo que os cadastros não têm cumprido a função para qual foram criados.

Em que pese a crítica do autor, denota-se que com a implementação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), em especial com as estatísticas on-line, houve um avanço positivo no sentido de redução do número de crianças e adolescente em situação de acolhimento. Todavia, não há de se olvidar que ainda existem mais de vinte e sete mil crianças e adolescentes acolhidos em instituições enquanto a minoria, cerca de mil e trezentos estão em programa de acolhimento familiar.

Nesse sentido, Lídia N. D. Weber (1998, p. 31), ao tratar sobre os prejuízos advindos do acolhimento institucional, alerta que as entidades de acolhimento funcionam como uma espécie de profilaxia social, ou seja, como um local para manter as crianças e adolescente em situação invisível aos olhos da sociedade, pois a ideia predominante é que nestas unidades os menores se encontram

protegidos e assistidos em todas as suas necessidades. Ao ser ver, a sociedade acaba aceitando esse tipo de situação passivamente, por entender que este local é adequado para a proteção da criança e dos adolescentes.

No entanto, infelizmente, a realidade dessas instituições é totalmente diferente daquela projetada pela sociedade. As crianças e adolescentes que se encontram acolhidos têm garantido apenas seus direitos básicos, de forma precária e muitas vezes continuam sujeitos a miséria, ao envolvimento com drogas, bem como a violência e aos perigos das ruas. A respeito do assunto, Ana Paula Fante e Antonia Cassab Latif lecionam a criança e adolescente são titulares de um conjunto de leis destinados à proteção e garantia do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia, com condições de igualdade, liberdade e dignidade, porém ao serem institucionalizados a gama de proteção é reduzida à um tratamento massificado, padronizado, sem um olhar individualizado, sendo tratados como pessoas abandonadas.

[...] Quando institucionalizados, seguem uma rotina preestabelecida, são privados de desenvolver seu potencial como indivíduos. O que se vislumbra é um número, uma coletividade (a instituição não oferece condições de uma criança ou de um adolescente desenvolverem sua personalidade, sua individualidade, seus vínculos afetivos) que disputa o mesmo espaço e a atenção das pessoas. Ou seja, a criança e o adolescente são privados de seu espaço subjetivo, vivem numa realidade de família artificial e carente afetivamente, desamparados no que tange à segurança de se sentirem amados (FANTE; LATIF, 2007, p. 167-168).

Dessa forma, em que pese as normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária a respeito do funcionamento e responsabilidade das entidades de acolhimento, depreende-se que esses locais continuam sendo destinados a crianças e adolescente nascidos em famílias desestruturas, que abandonam, negligenciam e maltratam os filhos e que não há uma verdadeira preocupação e mobilização por parte dos agentes públicos no sentido de garantir a consecução dos seus direitos fundamentais, preconizados no bojo do art. 227 da Constituição Federal.

4 O IMPACTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 98, estabelece as circunstâncias ameaçadores e violadoras de direitos passíveis de aplicação de medidas protetivas, dentre elas a falta, omissão ou abuso pelos pais ou responsável, ação ou omissão do Estado e sociedade e a própria conduta do sujeito, de modo que não há uma causa única que leva o juiz a aplicar a medida de acolhimento institucional às crianças e adolescentes (KREUZ, 2011, p. 41).

A situações que ensejam vulnerabilidade familiar, como pobreza, negligência, maus tratos,

alcooolismo, uso de entorpecentes, violência física e psicologia, geralmente estão interligadas e culminam na desestruturação do núcleo familiar que, por sua vez, causam a desproteção das crianças e do adolescente e conseqüentemente, demandam atuação por parte do Estado. Neste viés, Sergio Luiz Kreuz sustenta:

O certo é que, nos últimos tempos, vem aumentando significativamente o acolhimento de crianças e adolescentes, em razão da dependência química e do alcooolismo dos responsáveis. Nestas circunstâncias, raros são os casos que permitem o retorno dessas crianças às suas famílias biológicas. Os tratamentos existentes para os dependentes químicos, quando aceitos, normalmente são de longa duração, o que faz com que os já fragilizados vínculos afetivos existentes entre pais e filhos se enfraqueçam ainda mais, quando não se rompem definitivamente. Além do tempo prolongado, os resultados desses tratamentos são incertos, não têm eficácia, em grande parte dos que a eles se submetem. (KREUZ, 2011, p. 41-42).

Há casos também em que a família se encontra em contexto de violência transgeracional, no qual as situações de negligência, omissão, abandono da prole se repetem de forma cíclica entre pais e filhos. A violência muitas vezes é naturalizada, de forma que as vulnerabilidades e carências afetivas se perpetuam ao longo das gerações, como se o peso do passado tomasse conta do presente e parecesse desejar continuar a escrever torto pelas linhas do futuro, tinta invisível, mas permanente (STRECHT, 2002, p. 60-61).

O contexto de vulnerabilidade e violência pode ocasionar situações de desproteção da criança e do adolescente, que pela sua condição peculiar de desenvolvimento carecem de proteção especial por parte do Estado e sociedade. Nesse sentido, quando a família não possui condições para exercer a proteção e garantir o direito da prole, cabe a intervenção estatal, nos termos da legislação constitucional e infraconstitucional. Dentre as formas de intervenção está o encaminhamento para entidade de acolhimento institucional.

Todavia, muito embora seja uma das soluções imediatas para afastamento do risco, tal medida pode ser extremamente gravosa ao desenvolvimento da criança e do adolescente, em especial no plano afetivo, pois implica na separação da família de origem e, muitas vezes, no rompimento dos vínculos afetivos. A afetividade, segundo Giselle Câmara Groeninga (2008, p. 27), é considerada como o fundamento constitutivo das relações familiares, de modo que o crescimento em um ambiente permeado por afeto influencia diretamente no desenvolvimento e na formação da personalidade da criança desde a tenra idade.

O vínculo de parentesco, entre pais e filhos, tem repercussões na vida social e jurídica da pessoa, representando a mais importante relação humana. A família atua de modo a favorecer a formação da identidade de “ser social”, haja vista que constitui referência simbólica, no qual a criança e o adolescente estruturam sua explicação de existência no mundo (MACIEL, 2017, p. 217-218).

Na visão de Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2017, p. 218), a infância e a adolescência implicam, por sua natureza, em vulnerabilidade, a qual é suprida pela manutenção da proximidade e pelo sentimento de pertencimento da criança e do adolescente à família. É neste período que a criança desenvolve sentimento de apego, uma espécie de vínculo afetivo, com relação a alguém. A dependência da pessoa nessa fase da vida está atrelada ao grau de apoio e confiança que tem com outra pessoa, sendo esta imprescindível para sua existência. Assim, no transcorrer do tempo, com a maturidade física e psíquica a criança começa a formar sua identidade única e relacional própria.

Nessa perspectiva, John Bowlby (2009, p. 283) leciona que o grau de dependência da criança é maior no nascimento e diminui de um modo mais ou menos uniforme até ser atingida a maturidade. Com relação ao sentimento de apego, aponta que este não se manifesta no nascimento, mas se evidencia substancialmente depois que a criança completa seis meses. Ao ser ver, o vínculo afetivo é:

A atração forte e persistente que um indivíduo sente por outro indivíduo, cuja característica essencial é a tendência de manterem-se próximos um do outro. O rompimento desse vínculo que liga filhos e pais, a ausência de oportunidades para estabelecer os vínculos ou prolongadas e repetidas rupturas já estabelecidas têm sido apontadas como causas possíveis de incidência de distúrbios psiquiátricos na infância (BOWLBY, 2006, p. 96-97).

Em consonância, Mussen, Conger e Kagan (1974, p. 172-173) defendem que a institucionalização de crianças desde a tenra idade, em um ambiente impessoal e monótono, pode causar deficiências cognitivas e emocionais, de modo que o indivíduo pode não reagir aos demais de forma socializada.

Igualmente, René Spitz (2004, p. 271) adverte que as doenças de carências afetivas estão relacionadas intimamente com a ausência de cuidados físicos, privações afetivas vitais e substituição inadequada ou inexistente de pessoas que assumam a função protetiva. Assim, alerta que o dano causado na personalidade da criança é proporcional a duração da privação do afeto. Seguindo essa linha de raciocínio, Lídia N. D. Weber e Lucia H. M. Kossobudski concluem:

Diversos estudos comprovam os danos psicológicos, físicos ou sociais, decorrentes da institucionalização, mostrando de um modo geral, que a criança institucionalizada apresenta déficit em seu desenvolvimento motor, da linguagem, social e intelectual geral. [...] A falta de uma mãe ou de um pai limita a capacidade da criança se relacionar com outros, privando-a do sentimento de confiança e segurança no ambiente. Devido a esta falta de segurança, a criança é lenta para explorar, testar e tentar superar as atividades normais de seu período de desenvolvimento (WEBER; KOSSOBUDSKI, 1996, p. 41).

Desse modo, observa-se que a criança e adolescente que permanecem institucionalizados por longo período, apesar de terem suas necessidades vitais asseguradas, necessitam ser cuidados por pessoas que lhes deem afeto e carinho, ou seja, precisam conviver em ambiente familiar que favoreça seu desenvolvimento integral e sadio. Caso contrário, experimentarão sintomas graves

decorrentes desta privação.

Com efeito, tem-se que a medida protetiva de acolhimento institucional, apesar de seu caráter temporário e excepcional, provoca o afastamento da criança e do adolescente do meio social onde vive. O rompimento temporário ou definitivo do afeto e da vivência em ambiente familiar pode vir a causar efeitos críticos em todo o desenvolvimento da criança e do adolescente, inclusive nas características e comportamentos, apresentados na vida adulta, podendo levar ao seu desequilíbrio emocional, psicológico, afetivo e moral, por distorcer a sua identidade e apagar as referências de afeto (MACIEL, 2017, p. 217).

As crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional são privados do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, e do afeto dos pais. Os acolhidos vivem em situação de família artificial e de carência afetiva, haja vista que não há a formação de laços afetivos duradouros capazes de suprir a ausência do referencial paterno e materno, pelo fato de os vínculos estabelecidos nessas entidades serem temporários e as relações serem instáveis (MACIEL, 2017, p. 220).

Em consonância, João Pedro Gaspar (2017, p. 198) adverte que “a institucionalização é acompanhada de sentimento de perda, abandono e solidão, na medida que muitas vezes implica o confronto com uma realidade de negligência e insensibilidade parental”.

Sobre as consequências oriundas do acolhimento institucional, Sergio Luiz Kreuz (2011, p. 45) discorre que a inexistência de referenciais humanos de comportamentos, como noções de bem e mal, correto e incorreto, podem desequilibrar os aspectos mais importantes das vivências sociais das crianças e dos adolescentes institucionalizados. Ao ser ver, os vínculos afetivos construídos nas unidades de acolhimento com os funcionários e entre os acolhidos são temporários, frágeis, instáveis, principalmente quando há uma grande concentração de crianças e adolescente, ocasionando consequências negativas para seu desenvolvimento.

Dessa forma, vislumbra-se que a permanência em entidade de acolhimento por período prolongado, como é a realidade da maioria de crianças e adolescente no Brasil, conforme os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, pode vir a gerar reflexos negativos no desenvolvimento saudável e na formação da personalidade do indivíduo. A privação completa de cuidados primários e apoio afetivo pode ter efeito permanente na capacidade de formar, sustentar e desfrutar das relações.

Inegável que, embora o acolhimento seja a medida protetiva necessária para salvaguardar os direitos da criança e do adolescente em contexto de risco, as consequências do afastamento da família de origem causam prejuízos ao desenvolvimento e à formação desses indivíduos, especialmente nos primeiros anos de vida. A falta de relações afetivas e significativas durante o

período de acolhimento potencializa o sentimento de perdas sucessivas, concorrendo para uma limitação das vinculações, aumentando a vulnerabilidades desses indivíduos quando saem das entidades de acolhimento, uma vez que na maioria das vezes não são preparados para uma vida autônoma e independente.

Nesse sentido, é imprescindível que se garanta, sobretudo, a vivência em ambiente familiar que garanta o desenvolvimento integral e sadio, ainda que não seja no núcleo familiar de origem extenso. Para tanto, a melhor alternativa para a proteção dos direitos previstos no bojo do art. 227 da Constituição Federal é o encaminhamento da criança e do adolescente para programa de acolhimento familiar. Acerca do assunto, Jane Valente destaca:

No caso do acolhimento familiar, realizado em espaço físico privativo de uma família, as crianças e os adolescentes acolhidos recebem cuidados e convivem com as regras próprias da dinâmica familiar, tendo garantido o seu direito a convivência familiar e comunitária. [...] As crianças atendidas nos serviços de acolhimento em família acolhedora não possuem laços afetivos ou familiares anteriores com as famílias que as acolhem. A família acolhedora é cadastrada e previamente preparada para participar da vida das crianças e adolescentes, em um serviço continuado, e vinculada a esse serviço, podendo receber continuamente diversas crianças dentro de um processo planejado. [...] No acolhimento familiar, a transferência dos deveres e direitos da família de origem para outro adulto ou família é temporária. Não há substituição da família, há parceria e colaboração, e são preservados a identidade, os vínculos e a história da criança (VALENTE, 2014, p. 107-108).

Conclui-se, portanto, que o acolhimento institucional traz inúmeros prejuízos emocionais e afetivos àqueles que se encontram acolhidos, de modo que a inclusão da criança e do adolescente em programas de acolhimento familiar, apesar de não ser a família natural, garante de forma mais eficaz o direito a uma convivência familiar com dignidade e a possibilidade de construção de laços afetivos. Além disso, em comparação com o tratamento realizado pelas entidades de acolhimento, o serviço de família acolhedora proporciona atendimento individualizado, oferece a possibilidade de construção de novos vínculos afetivos e favorece que a criança e o adolescente afastados de sua família de origem tenham acesso a uma vivência familiar, que traz experiência de uma rotina de família e um sentimento de pertencimento.

CONCLUSÃO

A partir dos estudos realizados, concluiu-se que, conforme estabelecido pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos essenciais à existência da criança e do adolescente, referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No entanto, a realidade social das famílias brasileiras são as mais diversas. A desigualdade social, o desemprego, a violência, a falta de acesso às políticas públicas podem causar impactos negativos e, por consequência, expor inúmeras crianças e adolescentes à contexto de ameaça ou violação de direitos. Em casos extremos, em que a família por si só não é capaz de assegurar os direitos da prole, a legislação infraconstitucional estabelece um rol de medidas a serem aplicadas pelos agentes estatais de forma a proteger a criança e o adolescente inseridos em contexto de violência.

Dentre as medidas previstas nos incisos do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente está o encaminhamento para acolhimento institucional e inclusão em programa de acolhimento familiar. Este último possui preferência sobre o primeiro, pelo fato de proporcionar, de forma mais ampla, a promoção dos direitos do indivíduo em risco. Contudo, apesar de prioridade estabelecida pelo art. 34, §1º do ECA, os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no portal on-line do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento demonstram que 95% das crianças e adolescente em situação de acolhimento permanecem em institucionalizados, enquanto apenas 5% estão inseridos em família acolhedora.

Os dados evidenciam uma realidade alarmante, haja vista que os prejuízos advindos da institucionalização são inúmeros, em especial na esfera emocional e afetivo. Diversos estudos comprovam os danos psicológicos, físicos ou sociais, decorrentes do acolhimento institucional, mostrando de um modo geral, que a criança institucionalizada apresenta déficit em seu desenvolvimento motor, da linguagem, social e intelectual geral. A falta de convivência em ambiente familiar, com referências paternos e/ou maternos limita a capacidade da criança e do adolescente se relacionar com os demais, privando-a do sentimento de confiança e segurança no ambiente.

Neste viés, tem-se que o acolhimento institucional não é ambiente propício e saudável para o bem-estar e desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. O rompimento dos vínculos afetivos e a falta de convivência em ambiente familiar causam sérios danos psicológicos, afetivos, morais e emocionais à pessoa na sua vida adulta. Outro aspecto negativo do acolhimento institucional é que por não haver um tratamento individualizado, a criança ou o adolescente acolhido acabam perdendo sua identidade, ou seja, sua concepção de si.

Portanto, a melhor alternativa ao acolhimento institucional é a inserção da criança e do adolescente em programa de acolhimento familiar, que embora não seja a família natural, garante de forma mais eficaz os direitos previstos no bojo da Constituição Federal, em especial a convivência familiar com dignidade e a possibilidade de construção de laços afetivos duradouros e saudáveis. Além disso, a medida proporciona ao acolhido melhores condições de vida, melhores cuidados e

atenção individualizada, voltada às suas necessidades particulares.

Para tanto, é imprescindível investimento, por parte do poder público em campanhas de divulgação, capacitação das famílias e dos técnicos, destinação de verbas para ampliação do quadro de técnicos e funcionários para atender as demandas dos programas, de modo a ampliar o número de serviço de família acolhedora no Brasil e, por consequência, garantir, de forma mais efetiva, a consecução dos direitos da criança e adolescente em contexto de risco.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues; SANTOS, Ângela Maria Silveira dos; MORAES, Bianca Mota de; CONDACK, Cláudia Canto; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; RAMOS, Helane Vieira; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers; TAVARES, Patrícia Silveira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOWBLY, John. **Apego: a natureza do vínculo**. 3. ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Formação e o rompimento dos laços afetivos**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. **Consolida as leis de assistência e proteção a menores**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. **Código de Menores**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social & Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 54 de 29 de abril de 2008**. DJ nº 87/2008, em 08/05/2008, pág. 1. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/72>. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. **Portaria Conjunta n. 4 de 07 de julho de 2019**. DJe/CNJ nº 136/2019, de 8/7/2019, p. 3. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2956>. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. **Resolução n. 289 de 14 de agosto de 2019**. DJe/CNJ nº 165/2019, de 15/08/2019, p. 2-5.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2976>. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. **Provimento n. 118 de 29 de junho de 2021**. DJe/CNJ n. 168/2021, de 30 de junho de 2021, p. 39-41. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4013>. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**: crianças acolhidas. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 24 set. 2021.

_____. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**: serviço de acolhimento. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=2e4a9224-b8fe-4a85-8243-f4ccee6e4f01&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 24 set. 2021.

_____. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**: crianças disponíveis ou vinculadas para adoção. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall>. Acesso em: 24 set. 2021.

FANTE, Ana Paula; LATIF, Antonia Cassab. **Convivência Familiar**: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. Porto Alegre: Revista Textos e Contextos, v. 6, n. 1, p. 154-174, jan./jun. 2007.

GASPAR, João Pedro. A importância dos cuidadores de crianças acolhidas: afeto e vínculos. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade**: projeto Brasil/ Portugal. São Paulo: Atlas, 2017.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família: evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda (coord.). **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.7.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Da convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva do acolhimento institucional**: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas. 2011, 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Reflexões sobre as referências afetivas da criança e do adolescente institucionalizados a partir de sua própria narrativa. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade**: projeto Brasil/ Portugal. São Paulo: Atlas, 2017, p. 217.

MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome. **Desenvolvimento e personalidade da criança**. 4. ed. Tradução de Maria Silvia Mourão Neto. São Paulo: Harper e Row do Brasil, 1974.

PETRI, Maria José Constantino. O direito das crianças e adolescente à convivência familiar e

comunitária. In: PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**: do começo ao fim da vida. São Paulo. Almedina, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentado artigo por artigo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, *E-book*. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:623776>> Acesso em: 21 mai. 2019.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). **O Direitos à Convivência Familiar e Comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONADA, 2004.

SPITZ, René A. **O primeiro ano de vida**. 3. ed. Tradução de Erothides Millan Barros da Rocha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

STRECHT, Pedro. **Crescer Vazio**: repercussões psíquicas do abandono, negligência e maus tratos em crianças e adolescentes. 4. ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2002.

VALENTE, Jane. **Família acolhedora**: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento. São Paulo: Paulus, 2014.

WEBER, Lúcia Natalia Dobriasnkyj. **Laços de Ternura**: pesquisas e histórias de adoção. Curitiba: Santa Mônica, 1998.

_____; KOSSOBUDSKI, Lucia Helena Milazzo. **Filhos da Solidão**: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996.

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROJETOS DE LEI COMO UM PASSO PARA O COMBATE À POBREZA MENSTRUAL

Giovanna Pontes de SOUZA¹
Paloma Monique Campos CARNEIRO²

RESUMO

O presente trabalho objetiva discorrer e analisar sobre a importância de espaços que propiciam discussões acerca da pobreza menstrual vivenciada no Brasil, bem como, visa explicar a importância de políticas públicas que contribuam com o saneamento da demanda. A pobreza menstrual atualmente em nosso país enfrenta questões relacionadas ao âmbito socioeconômico, atingindo uma vulnerabilidade financeira, o que acarreta em outros fenômenos, impactando no acesso precário a saúde, e violando o princípio magno de nossa Constituição Federal/1988, o princípio da dignidade da pessoa humana. Partindo dessas breves explicações o presente trabalho, visa propiciar uma reflexão acerca do tabu com a temática de modo que expresse a naturalidade em discutir e elaborar estratégias sob questões naturais e fisiológicas, como a menstruação. Mas para além da informatização e rompimento dos tabus, torna-se imprescindível oportunizar políticas públicas de acesso a saúde de qualidade com ênfase na higiene pessoal, proporcionando uma dignidade menstrual.

PALAVRAS-CHAVE: Pobreza Menstrual – Vulnerabilidade – Dignidade Menstrual.

ABSTRACT

This paper aims to discuss and analyze the importance of spaces that provide discussions about menstrual poverty experienced in Brazil, as well as, it aims to explain the importance of public policies that contribute to the sanitation of demand. Menstrual poverty currently in our country faces issues related to the socioeconomic sphere, reaching a financial vulnerability, which leads to other phenomena, impacting on precarious access to health, and violating the magnum principle of our Federal Constitution/1988, the principle of dignity of human person. Based on these brief explanations, this work aims to provide a reflection on the taboo with the theme in order to express the naturalness in discussing and developing strategies under natural and physiological issues, such as menstruation. But beyond the computerization and breaking of taboos, it is essential to create opportunities for public policies of access to quality health with an emphasis on personal hygiene, providing menstrual dignity.

KEYWORDS: Menstrual Poverty – Vulnerability - Menstrual Dignity.

1. INTRODUÇÃO

Discutir saúde com ênfase nos direitos menstruais de forma pública é um rompimento com tabus e paradigmas acerca da temática que se faz presente como uma demanda global, de privação

-
- 1 Técnica em informática pela ETEC Prof. Dr. Antônio Eufrásio de Toledo (Centro Paula Souza). Discente do 3º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail giovannasouza.p15@gmail.com Bolsista do Programa de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social.”
 - 2 Graduada em Serviço Social pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Especialista em Gestão de Pessoas e Especialista em Gestão do Trabalho Social com Famílias pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Discente do curso de Direito 6º Termo pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Gestora Administrativa da Casa do Aprendiz Cidadão, Instituição sem fins econômicos. E-mail: campos.palomaadv@gmail.com.

de direitos básicos, como acesso à água, a produtos de higiene pessoal, entre outras, decorrente das múltiplas vulnerabilidades econômica e social, trazendo resultados diversos, dentre eles a pobreza menstrual. A relevância do assunto, fora ganhando espaço na sociedade contemporânea, a ponto de ter sido encaminhada ao Senado Federal, através de iniciativa popular, a proposta de Lei PL 1.428/20, como uma estratégia de intervenção efetiva.

O acesso à higiene menstrual se apresenta como um direito intrínseco à saúde pública, e o direito a saúde possui previsão Constitucional, como um direito de todos e dever do Estado, conforme prevê o artigo 196 CF/1988: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Ressalta-se que por uma questão biológica, o distinto artigo delimita como sujeito direto impactado nessa demanda: adolescentes (desde que tenha iniciado o ciclo menstrual) mulheres, homens trans e demais pessoas com útero e com ciclos menstruais presente em seu cotidiano. O que deveria ser tratado como um ciclo natural na vida dessas meninas/mulheres, como sendo mais um hábito de higiene, foi se transformando em condições precárias de higiene, tornando o uso do produto de higiene pessoal cada vez mais distante para aquelas mulheres pertencentes a população em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Ainda que a higiene pessoal e menstrual tenha uma característica equivocada em ser acessível a todos, a realidade para as famílias em situação de extrema pobreza se torna bem distante dessa afirmação. Estaremos esboçando adiante, a realidade de famílias que não possuem condições de manter sua própria subsistência, com os mínimos sociais possíveis, como alimentação, saneamento básico, o que torna ainda mais distante o acesso a menstruação como um ciclo natural digno, sendo visto como mais um ciclo oneroso.

O ciclo menstrual inicia na adolescência, e embora seja algo natural, além das barreiras para um acesso aos produtos de higiene pessoal, ainda há outro fator preponderante: o tabu. O tabu atrelado ao constrangimento, o que impossibilita em discutir a temática, inviabilizando ainda mais o acesso a uma dignidade menstrual, e propiciando espaços de omissão da temática e oportunizando espaços ao preconceito.

O preconceito é tão natural em relação a menstruarão, que as mulheres muitas vezes se referem a esse ciclo com frases como “estou naqueles dias”, ao invés de tornar visível um fenômeno natural e fisiológico, tornando a frase como “estou menstruada”.

Diante disso a proposta do referido artigo, é proporcionar espaços para discussão da temática como uma estratégia de rompimento com esses tabus, proporcionando que os direitos

menstruais como a informação, consiga chegar ao maior número de pessoas, visto que quando se garante o acesso a uma dignidade menstrual, garante também o acesso a saúde, o acesso a garantia de direitos sexuais e reprodutivos, e entendendo que a temática possui relevância multidimensional, abrange-se diversas áreas do cotidiano dessas mulheres, adolescentes, meninos trans e pessoas não binárias que menstruam.

Diante do exposto, o referido artigo, além da distinta introdução, inicia com o conceito breve de vulnerabilidade social, com ênfase em uma análise socioeconômica da realidade brasileira, visto que atualmente a classe mais impactada com o não acesso a uma dignidade menstrual tem sido famílias que não possuem acesso ao saneamento básico como banheiro ou chuveiro em suas residências, água potável, etc. A proposta de apresentar o conceito de vulnerabilidade é relacionar com a demanda objeto do artigo, ou seja, apresentar a relevância dos impactos socioeconômicos para as classes que vivenciam a exclusão social, e como esse fenômeno afeta na relação fisiológica menstrual dessas mulheres.

Em continuidade, e como complemento do conceito de vulnerabilidades sociais, será exposto a relação de hipossuficiente dessas mulheres no período menstrual, visto que a falta de acesso gratuito à produtos de higiene menstrual – sejam eles descartáveis ou reutilizáveis, impactam em outras dimensões, como as questões psíquicas dessas mulheres, que se sentem envergonhadas em não possuir meios ou condições confortáveis para transitarem por esse período, em especial na fase da adolescência, conforme será explanado com alguns indicadores quantitativos.

O terceiro tópico, visa explanar a tutela jurisdicional como uma estratégia de combate à pobreza menstrual, apresentando a desigualdade de gênero como um fenômeno que se faz presente nessa relação, bem como, apresenta a real necessidade de políticas públicas como meio efetivo para garantia de uma dignidade menstrual.

O quarto tópico, apresenta os principais preceitos e direitos fundamentais que são violados quando se inviabiliza o acesso a dignidade menstrual, tendo como destaque o princípio magno de nossa Constituição Federal: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim o último tópico apresenta a conclusão do presente trabalho, que aponta a necessidade da tutela jurisdicional para mitigar os problemas e impactos da pobreza menstrual na vida de adolescentes e mulheres.

A construção do referido trabalho originou-se de pesquisas bibliográficas e documental, utilizando-se do método dedutivo com análise de documentos e pesquisas publicizados pela UNICEF.

2. VULNERABILIDADES SOCIAIS

Quando discorremos sobre vulnerabilidade social, é importante destacar que a mesma não se reduz apenas sobre a renda financeira, mas sim tudo, que resulta do declínio social, em relação aos aspectos socioeconômicos de um determinado grupo de pessoas impactando diretamente nas questões sobre habitação, trabalho, educação, lazer, assistência, previdência, entre outros, e impossibilitando o desenvolvimento pleno do indivíduo enquanto cidadão.

Cidadãos que se encontram no grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade social, consciente ou inconscientemente fazem parte dos grupos de pessoas que tiveram violado o princípio da dignidade humana, princípio este entendido como princípio magno em nossa Constituição Federal.

A violação do princípio da dignidade da pessoa humana decorre da escassez de um grupo de pessoas excluídas socialmente, impossibilitando o acesso a políticas públicas, e o exercício pleno da cidadania, o que acarreta na fragilidade desse grupo seja por questões históricas, socioeconômicas, gênero, raça, etc.

É importante ressaltar que a vulnerabilidade por si só já está presente em nossa sociedade desde que o homem atingiu a consciência de classe, mas a mesma acirra conforme o período histórico em que a sociedade se encontra, podemos destacar por exemplo, em situações que se acometem tragédias, às vulnerabilidade intensificam, seja como resultado de grandes tsunamis, guerras, terremoto, ou até mesmo como impactos decorrentes de pandemia, como a vivenciada desde o ano de 2020 (dois mil e vinte) por todo o Planeta, conhecida atualmente como Sars Cov – Coronavírus (COVID-19).

Embora as catástrofes não escolham, gênero, cor da pele, ou status social, ainda assim, os desdobramentos desses impactos para aqueles que já se encontram em situação de exclusão tendem a piorar.

Ainda que a vulnerabilidade não se reduza apenas aos aspectos socioeconômicos, a mesma possui fortes impactos decorrentes do referido aspecto, em especial no que diz respeito ao âmbito do trabalho e renda.

O Brasil, já caminhava em um forte declínio com crescimento negativo do PIB, com a chegada da pandemia vivenciada, esse cenário tornou-se ainda mais preocupante, conforme aponta o Sistema de Contas Nacionais Trimestrais/IBGE.

Imagem 1

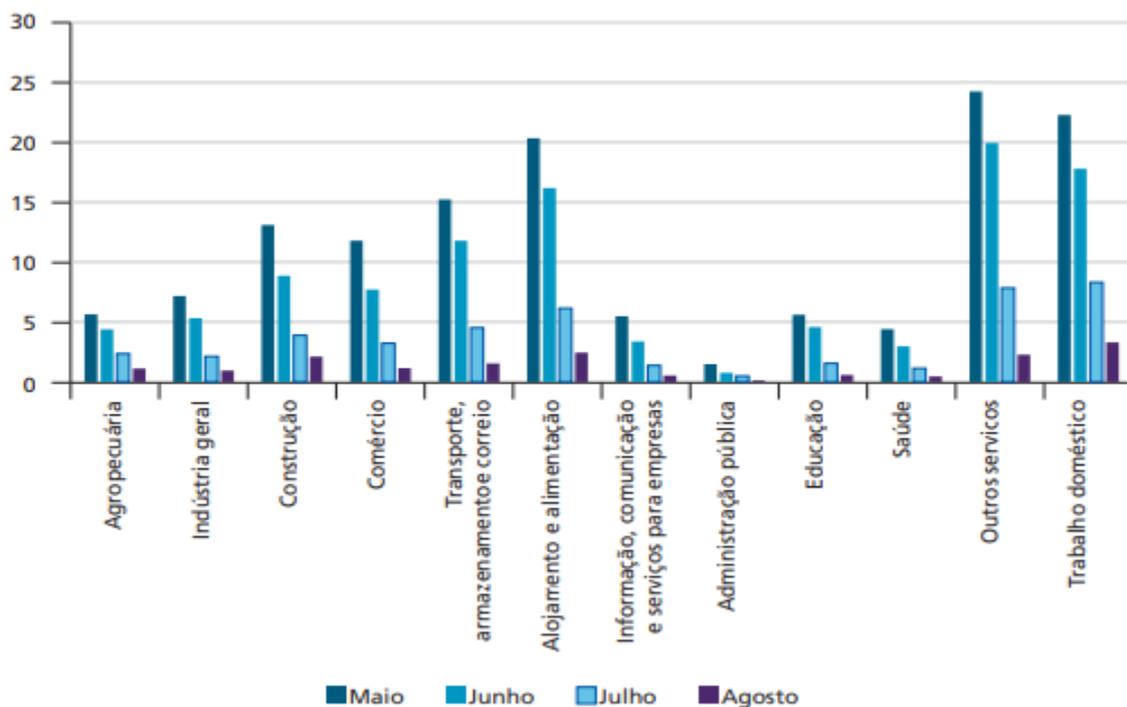


Fonte: Sistema de Contas Nacionais Trimestrais/IBGE. Disponível em: <<https://bit.ly/2UEpNDV>>. Acesso em: 1o dez 2020

Conforme exposto na imagem acima, há uma inconstância no que diz respeito ao PIB Brasileiro, diminuindo o consumo das famílias, com um destaque especial no 1º Trimestre de 2020, período este em que o Brasil, já estava sofrendo as múltiplas consequências ocasionada pela pandemia, decorrente do Covid – 19.

Um país que já estava em um declínio inconstante, em processos de recuperação financeira, com a chegada da pandemia essa recuperação se tornou completamente inviável, visto que a pandemia impactou nas questões subjetivas: mortes, perdas, exorbitantes casos no âmbito psíquico como consequência do isolamento, bem como, nas questões objetivas: como desemprego para além do estrutural, redução de funcionários, suspensão, demissões em massa, dentre outras.

Imagem 2



Fonte: PNAD Covid-19/IBGE. Disponível em: . Acesso em: 1o dez 2020.

A imagem acima, apresenta informações referente a proporção de trabalhadores afastados/desempregados com a da chegada da pandemia, de acordo com as funções/ atividades, mas o que é importante destacar é que esses indicadores correspondem a mulheres que perderam seus empregos. Essa perda de emprego ocorreu nas mais variadas funções, em especial no trabalho doméstico, e outros serviços.

A imagem número 2 se torna fundamental se explanada, visto que o sujeito desse artigo, refere-se a mulher, em especial em situação de vulnerabilidade social, atrelado a pobreza menstrual.

A importância dessas duas imagens, é que ambas demonstram um país que já se encontrava em um declínio no âmbito do desemprego e com a chegada da pandemia, acirrou ainda mais, o que impactou drasticamente em um desemprego estrutural, contribuindo para a permanência dos indivíduos em situação de exclusão e vulnerabilidade social.

Ainda no que corresponde os indicadores acima, de acordo com o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada:

[...] a diminuição das oportunidades laborais e, conseqüentemente, dos rendimentos, tenha sido generalizada, ela não ocorreu de forma homogênea no conjunto da sociedade brasileira. Foram atingidos mais contundentemente alguns grupos específicos de trabalhadores, em particular aqueles marcados historicamente por situações de maior vulnerabilidade social (mulheres, negros e jovens) e precariedade nos vínculos laborais, como no caso dos trabalhadores do setor privado sem registro de contrato na carteira de trabalho (sobretudo nos setores de alojamento e alimentação, bem como no de construção civil) e dos trabalhadores domésticos. (2021, p. 276.)

Como já discurremos, em situações catastróficas, aqueles que já se encontravam em situação de risco, vulnerável e/ou excluído, se mantêm mais precisamente e permanente nessa classe, também conhecida como classe subalterna.

Apresentar esses indicadores, reforça a premissa de que a vulnerabilidade social é resultado de impactos negativos de uma sociedade desigual, e um dos fatores que contribuem consideravelmente, relaciona-se ao desemprego em destaque. O desemprego contribui para que a pobreza, apresente suas múltiplas facetas, dentre elas com destaque deste artigo, a pobreza menstrual.

3. HIPOSSUFICIÊNCIA SOCIOECONÔMICA NO PERÍODO MENSTRUAL

Como já debatido amplamente no tópico supramencionado, o Brasil é um país diverso e extenso, de modo que se encontra em um embate de desigualdades socioeconômicas, as quais refletem diretamente no cotidiano de toda a população e mais especificadamente na vida das mulheres durante o período menstrual.

Neste sentido, o período menstrual é um grande desafio para muitas mulheres, tendo em vista que uma parcela das brasileiras se utiliza de jornal, papel, folhas de árvore, pedaços de pano ou até miolo de pão na tentativa de conter o fluxo menstrual impossibilitando-as de exercer suas funcionalidades mais básicas que seja, como estudar, ou trabalhar, tendo em vista que a falta de dinheiro até mesmo para adquirir itens básicos de alimentação, reflete duramente na ausência de acesso à itens de higiene pessoal para o período menstrual.

Sendo assim, a falta de recursos financeiros para a aquisição de absorventes torna o período menstrual da mulher, muito mais árduo e doloroso, além do que já é comumente. Contudo, aliada à falta de dinheiro encontra-se a falta de informação para o processo menstrual e da importância dos itens de higiene pessoal desde a menarca da mulher, somado a outros diversos fatores que contribuem para a tão chamada pobreza menstrual.

Para tanto, a hipossuficiência da mulher no período menstrual não se resume apenas à falta de dinheiro e à falta de informação, mas também a falta de acesso gratuito à produtos de higiene menstrual – sejam eles descartáveis ou reutilizáveis; ausência de banheiros e saneamento básico em sua boa forma de conservação; tributação sobre os produtos e a venda de produtos desnecessários e nocivos à saúde durante a menstruação; ausência do acesso à médicos ou remédios que mitiguem os efeitos desse período; segregação social das mulheres em qualquer atividade que for exercer no período menstrual.

Deste modo, entre todas as mulheres, o grupo que mais sofre com a pobreza menstrual é a adolescente, tendo em vista que pesquisas apontam a ocorrência da menarca entre 11 a 15 anos

(UNICEF, 2021), ocasionando que grande parte da vida escolar das adolescentes, elas passem no período menstrual, além da soma de fatores da falta de dinheiro, conhecimento, escola ou casa com banheiro descente para utilização, e todas os outros fatores já elencados acima, o que é de suma importância para a criação de políticas públicas.

Por conseguinte, dados apontados na pesquisa realizada pela UNICEF (2021), demonstram uma realidade dura da menstruação na escola ou em casa, de modo que serão explanados a seguir:

Ao analisar sob o viés da escola, conclui-se que além das meninas passarem grande parte de suas vidas escolares menstruando, ainda se encontram em grande vulnerabilidade quando verificada a situação dos banheiros, que por muitas vezes não são separados por sexo, ausência de pias, papel higiênico e sabão para a utilização.

Logo, diante essa realidade foi possível chegar à conclusão que 3% de adolescentes são estudantes de escolas com essa realidade, sendo essa porcentagem dividida em 37,8% na região nordeste, 8,4% na região norte, 6,4% na área rural, podendo concluir que esses dados representam cerca de 249 mil meninas sem banheiro disponível nos locais onde estudam.

Ainda nesse sentido, a UNICEF ainda alcançou informações de que 4,1% de meninas estudantes que não tem o direito ao uso de sanitários separados por sexo, 11,6% não tem acesso ao papel higiênico, 6% não tem acesso a pias ou lavatórios para higienizar as mãos após as necessidades, concluindo que a proporcionalidade de à cada 4 meninas da região nordeste, apenas 1 menina do sudeste passa por essas mesmas dificuldades e privações de direitos mínimos.

Diante os dados explanados, a Pesquisa Nacional de Saúde (2013) alcançou dados de que meninas com idade entre 10 a 19 anos, 2,88% delas já deixaram de exercer alguma funcionalidade como estudar, brincar, praticar atividades físicas, afazeres domésticos, trabalhar por conta do período menstrual, influenciado por diversos fatores, que entre eles ficam elencados a falta de banheiro em casa e na escola, água e saneamento básico, absorventes, energia elétrica, informação, e entre outras subjetividades do padrão de vida.

Ainda se faz necessário pontuar que as situações de hipossuficiência narradas, apesar de ter um maior impacto nas adolescentes, impactam também a vida de mulheres adultas no geral, tendo ainda como o alvo maior as mulheres encarceradas, uma vez que a situação deplorável do sistema prisional brasileiro não é segredo à ninguém.

Não obstante, ao analisar a situação e os dados trazidos pela UNICEF e pela PNS, é possível concluir que são muitos os fatos geradores da pobreza menstrual, tanto econômico, quanto social, nos quais não se resumem apenas à falta de itens básicos de higiene, mas também reflete a situação de vulnerabilidade social que a falta de políticas públicas e tutelas estatais traz para a vida dessas meninas e mulheres.

4. TUTELA JURISDICIONAL COMO COMBATE A POBREZA MENSTRUAL

Diante as narrativas acima, foi possível concluir que a pobreza menstrual no Brasil é a conjugação dos fatores socioeconômicos e históricos, marcados duramente pela desigualdade de gênero, implementada pela sociedade patriarcal, de modo que desde o princípio da vida humana, as mulheres e seus direitos sempre foram deixados em segundo plano.

Como de conhecimento, a tutela jurisdicional aos direitos femininos no decorrer da evolução social sempre teve baixa aderência, justamente pela falta de representatividade, desigualdade de gênero, além do patriarcado que tentava e ainda tenta incansavelmente impor crenças e mitos para que a mulher ainda seja vista como um ser frágil e inferior, quando comparado aos homens.

Ocorre que com a evolução social, através de muita luta e de muito sangue derramado, as mulheres passaram a suscitar seus direitos, e desmistificar tais mitos, ganhando seu espaço aos poucos, contudo, apesar da evolução, ainda assim é uma luta constante e diária tendo em vista que as mulheres ainda sofrem com a busca da equidade de gênero. Entretanto, apesar de ser uma conquista pequena aos olhos de muitos, na perspectiva da mulher, é um grande ganho.

Sendo assim, o presente trabalho busca claramente evidenciar as diferenças sociais e culturais entre homens e mulheres, e até mesmo entre as próprias mulheres de diferentes regiões e classes sociais no quesito da saúde pública e do período menstrual.

Quando se fala em saúde pública no Brasil, apesar da maioria da população trazer discursos rechaçados de críticas e desídia, não se pode escusar que diante outros países, a saúde pública brasileira é referência, de modo que o Sistema Único de Saúde (SUS) é gratuito, atende à toda população que necessita, além de tentar inovar seus equipamentos e tratamentos, o que raramente se encontra em outros países. Porém, mesmo com tantos benefícios concedidos pelo SUS, ainda acabam deixando de lado o fato ocorrente na vida das mulheres, que é a menstruação.

Ao analisar o Ministério da Saúde e o SUS, sem entrar em questões de corrupção, pois de fato não é o objetivo a ser demonstrado aqui, ainda assim possível concluir que tais órgãos trazem benefícios à população brasileira de forma gratuita, fornecendo médicos, consultas, exames, intervenções cirúrgicas, distribuição de materiais como a camisinha ou medicamentos, contudo, mesmo diante da situação de grande hipossuficiência financeira de mulheres, até pouco tempo atrás não se discutia a temas relacionados com a saúde menstrual.

É importante ainda apontar a existência do programa social do bolsa família, que ajuda financeiramente muitas famílias em estado de grande pobreza, porém essa ajuda financeira geralmente não é capaz nem mesmo de comprar a alimentação familiar, quiçá contribuir para a

compra de produtos de higiene básica como o absorvente.

Sendo assim, está mais que evidente que o Brasil precisa urgentemente de políticas públicas que mitiguem a desigualdade de gênero e conseqüentemente a pobreza menstrual, podendo iniciar tais ações por meio de estratégias públicas à favor dessas famílias brasileiras, estratégias de saúde, distribuição gratuita de absorventes, e entre outras diversas de iniciativas que possibilitam tais fatos.

De acordo com Fachin (2011), é de suma importância a existência de um Estado “ausente” que deixe sua população em liberdade para fazer suas escolhas, mas que em contrapartida precede ainda de um Estado “presente”, que busque alcançar os direitos de sua população por meio da tutela jurisdicional como um todo, não só na tentativa de criar um ambiente democrático, seguro e justo para os cidadãos, mas também para igualar as disparidades sociais.

Portanto, ao analisar sob o viés do pensamento de Fachin é possível extrair a necessidade de um Estado que traga a efetividade das garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente para as pessoas que se encontram em grande hipossuficiência diante o restante da população por características inerentes a ela própria.

Diante disto, é possível verificar diversas políticas públicas realizadas pelo Brasil na intenção de mitigar os impactos socioeconômicos na vida dessas pessoas buscando alcançar a dignidade da pessoa humana. Para tanto, ainda sob a perspectiva de criações de políticas públicas, foi criado as chamadas Redes de Atenção à Saúde – RAS, que segundo a FIOCRUZ (2013) é um mecanismo que visa garantir a inserção da população hipossuficiente nas políticas públicas voltadas à saúde.

Além do mais, o grande objetivo da RAS é proporcionar a conscientização da população sobre o uso de medicamentos, prevenção de doenças, permitir o atendimento de saúde em sua situação menos ou mais gravosa, sendo um dos órgãos responsáveis por garantir todo o trâmite da população dentro do SUS.

Com a criação do RAS, desencadeou a criação da Política Nacional de Atenção Básica – PNAB que é um instrumento intensificador para a expansão do próprio RAS, havendo ainda a criação da Estratégia de Saúde da Família – ESF que hoje se encontra como um órgão prestador de serviços de saúde por meio das Unidades Básicas de Saúde – UBS. Logo, tais criações são estritamente fomentadoras das garantias fundamentais relacionados ao indivíduo, não podendo se escusar de mencionar que apenas com essas criações, ainda não é possível garantir o nível ideal de inclusão de indivíduos, podendo ser analisado por diversas situações, principalmente com a pobreza menstrual.

Ainda se faz necessário mencionar novamente sobre o Programa do Bolsa Família – PBF,

que já foi debatido no presente trabalho, apontando ser útil, mas não totalmente eficaz. Para que haja o recebimento dos valores provenientes do PBF, é necessária uma série de requisitos, e uma delas é a assiduidade do aluno à escola, de modo que sua lei regulamentadora permite algumas situações que escusam o indivíduo dessa prerrogativa por alguns motivos, sendo que nenhum se assemelha propriamente dito com a pobreza menstrual em si.

De acordo com o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2014), dentre os motivos que justificam a baixa frequência com o vínculo escolar, existem os requisitos relacionados à saúde e doença do indivíduo, ficando entre as situações: 1a. Doença/ problemas físicos; 1b. Doença/ problemas psicológicos e mentais; 1c. Pós-parto/ gravidez/ TPM. Tais informações extraídas, é possível vislumbrar ainda que no item 1c, a TPM é considerada uma doença, retomando assim o reforço das limitações e tabus criados pela sociedade patriarcal, que em contrapartida considera esse motivo como uma incapacidade de saúde, esquecendo-se dos motivos da pobreza menstrual fomentada pela disparidade socioeconômica.

Portanto, assim se pode concluir que as políticas públicas brasileiras, ainda não são capazes de tutelar integralmente o problema social da pobreza menstrual, tendo em vista que como já foi dito, muitas questões envolvem o patriarcado, crenças, mitos e tabus sociais, além da própria diferença entre homens e mulheres, além da diferença de classes sociais. Logo, para o combate a esse problema da hipossuficiência menstrual, é necessária a intensificação e criação de políticas públicas que fomentem essas garantias de forma específica, e não generalizando como um qualquer dano à saúde pública.

5. ANÁLISE CONSTITUCIONAL E PRECEITOS FUNDAMENTAIS

A pobreza menstrual não caracteriza apenas uma questão sanitária, mas também a materialidade do acesso aos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana.

A Organização Mundial da Saúde, concretizou entendimento de que o acesso a um ciclo menstrual digno é uma questão de saúde pública e de direitos humanos, além de interferir diretamente com indicadores expressivos no âmbito educacional.

Algumas condições são necessárias para o manejo saudável da menstruação: ter acesso rápido a banheiros adequados para trocar o produto menstrual utiliza - do para absorção do fluxo; um local para descarte dos produtos menstruais usa - dos; sabão e água, de preferência encanada, para higiene das mãos e corpo. Sem acesso a essas condições básicas, menstruantes podem ter sua saúde, mobilidade e dignidade afetadas. (Cartilha Pobreza Menstrual no Brasil Desigualdades e Violações de Direitos p.14, 2018)

O ciclo menstruação possui início na adolescência, período este em que o sujeito envolvido na temática, provavelmente estará em seu ciclo escolar também. O não acesso desses jovens a equipamentos de higiene, como absorventes (descartáveis ou de tecido) papel higiênico, sabonete,

banheiro com saneamento básico (água encanada e esgoto), coleta de lixo, entre outros.

De acordo com a Cartilha Pobreza Menstrual no Brasil Desigualdades e Violações de Direitos:

Quando não há acesso adequado aos produtos de higiene menstrual, é amplamente reportado por diversas pesquisas em várias regiões do mundo que meninas e mulheres fazem uso de soluções improvisadas para conter o sangramento menstrual com pedaços de pano usados, roupas velhas, jornal e até miolo de pão. Outra face do problema, para além dos meios improvisados, diz respeito à situação em que meninas e mulheres não conseguem realizar de três a seis trocas diárias de absorventes, conforme a indicação de ginecologistas, permanecendo com o mesmo absorvente por muitas horas, seja porque o custo dos absorventes exerce um peso importante no orçamento das famílias mais pobres (que em vários casos enfrentam algum grau de insegurança alimentar), seja porque o item é considerado supérfluo mesmo quando existe algum espaço orçamentário que acomodaria a compra de uma quantidade maior do produto, ou ainda nos casos em que a menina ou mulher está institucionalizada e tem o seu acesso aos produtos menstruais controlado, para citar apenas alguns fatores. (p.11, 2018)

Diante do exposto, é notório o acesso precário a uma dignidade menstrual, o que além das violações dos direitos fundamentais, também se faz presente a possibilidade de problemas fisiológicos, como infecções urogenitais, impactos nas questões psíquicas como a saúde emocional, proporcionando nessas adolescentes/mulheres insegurança, em nível exacerbado de estresse, ansiedade entre outros, a depender de cada situação.

Quando nos colocamos a disposição para compreender mais a fundo a temática abordada, firmasse um compromisso em compreender cientificamente e socialmente a demanda, e um convite a conhecermos as condições em que as pessoas que menstruam estão inseridas, e assim delinear estratégias para cada situação, para assim construir uma estratégia adequada de acordo com a realidade.

Com uma breve análise, do que fora discutido, se torna possível identificar diversas violações de direito, dentre eles no âmbito ao acesso à saúde, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988: “ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. ” Como já discorrido, existem famílias que não possuem o acesso a saneamento básico, o que viola precisamente o artigo supracitado (196 CF88).

Outro direito violado, corresponde à questão educacional, afetada indiretamente pela pobreza menstrual. Em uma enquete realizada pela UNICEF referente a saúde e dignidade menstrual, em que 1.730 pessoas responderam, com idade entre 13 e 24 anos de idade, 82% menstruam e 18% não. Como resultado dessa enquete, apresentaram-se os seguintes indicadores:

A experiência de menstruar é vista como algo muito difícil por 2 em cada 10 participantes da enquete que menstruam. Para 45%, é uma experiência mais ou menos difícil e 34% afirmam que “levam de boa”.

Entre quem menstrua, 62% afirmam que já **deixaram de ir à escola**, ou outros lugares por causa da menstruação. Além disso, 73% dizem que já sentiram constrangimento na escola ou em outro lugar público por conta da menstruação.

O constrangimento é também notado por quem não menstrua: 58% disseram que já presenciaram essas situações de constrangimento. (UNICEF para criança, disponível em: <https://www.ureportbrasil.org.br/opinion/2351/>)

A pobreza menstrual se apresentou como uma demanda existente a anos, mas que somente agora tem oportunizado espaço efetivo e qualitativo para discussão da vulnerabilidade, desta forma, torna-se imprescindível a elaboração de políticas públicas sustentáveis que efetivem o acesso uma dignidade menstrual. Como um início para estratégia de intervenção nessa demanda destaca-se o Projeto de Lei 1.428/20, que visa inicialmente garantir a oferta de absorventes e produtos de higiene nas escolas públicas, Unidades Básicas de Saúde e Unidades Prisionais.

A pobreza menstrual não é pertencente de a uma região geográfica, mas sim em todos os espaços em que há índices de vulnerabilidade e exclusão social, e para combater esses indicadores, as políticas públicas e a informatização se tornam as melhores aliadas.

5.1 Políticas Públicas e Projetos de Lei

Conforme já amplamente debatido, a importância da pobreza menstrual começou a tomar maior proporção e intensidade nos últimos anos, de modo que muitas iniciativas privadas começaram o um trabalho intenso para levar maior dignidade à essas meninas e mulheres, fomentando também a iniciativa política.

Na grande parte das iniciativas, sejam elas públicas ou privadas são comandadas por mulheres que desejam ajudar umas às outras, mas não se pode esconder que essa luta também está sendo guerreada por homens, sendo uma honrosa forma de fortalecer o movimento feminista, tem empatia com a próxima e dar voz ao empoderamento feminino. Olhando sob o viés, não se pode deixar de lado às mulheres que estão inseridas na política, que representam e buscam melhorias para todo o público feminino.

Sendo assim, é possível encontrar diversos projetos independentes que ajudam a mitigar os impactos da pobreza menstrual, como também já há projetos de lei em trâmite no Poder Legislativo que tratam desse assunto, buscando uma maior visibilidade e crescimentos às iniciativas independentes que lutam arduamente todos os dias, sem qualquer verba governamental para as suas ações.

Conforme notícia dada pela CNN Brasil (2021), a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 4.968/19, proposto pela deputada Marília Arraes (PT-PE) e outros 34 parlamentares. Tal PL busca a distribuição gratuita de absorventes higiênicos, sejam descartáveis ou não, para as estudantes brasileiras que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Em continuidade aos atos legislativos, o PL foi encaminhado ao Senado, que no dia 14 de setembro de 2021 foi devidamente aprovado, sem nenhuma mudança, e seguirá para a sanção ou veto presidencial, o que já pode-se enxergar um grande avanço das políticas públicas voltadas a mulheres.

De acordo com a notícia dada pela Assembleia Legislativa do Estado do Paraná (2021), houve a aprovação dos Deputados, em 1º turno, o PL 944/209 que também busca o fornecimento de absorventes higiênicos em escolas, universidades e unidades básicas de saúde, à adolescentes e mulheres em estado de hipossuficiência socioeconômica.

Ainda analisado junto com os demais Projetos de Lei, é possível ainda mencionar o PL nº 1.666/2021 proposto pelo Senador Paulo Paim (PT-RS) que tem o fito de assegurar o acesso aos absorventes de modo gratuito às mulheres em idade reprodutiva. Que em seguida surge o PL nº 2.400/2021 promovido pelo Senador Jorge Kajuru (Podemos-GO), que visa instituir a Política Nacional de Combate e Erradicação da Pobreza Menstrual. E por fim também foi proposto o PL nº 2.992/2021 fomentado pela Comissão de Direitos Humanos (CDH), que busca incluir os insumos da assistência farmacêutica integral prestada pelo Sistema Único de Saúde.

Ao vislumbrar todos os Projetos de Lei supramencionados, é possível chegar a plena conclusão que o assunto apenas começou a tomar lugar no Poder Legislativo em meados de 2019, contudo, não é possível esquecer que o problema da pobreza menstrual é algo que se arrasta ao longo da história.

Não obstante, todos os projetos de lei contribuíram com suas ideias e iniciativas para a formação do texto legal do Projeto de Lei nº 4.968/19. O texto legislativo que está em tramite, tem como público-alvo meninas e mulheres, entre a faixa etária de 12 a 51 anos, que estão em situação socioeconômica, de vulnerabilidade extrema e presidiárias.

Nesse sentido, o PL busca atingir esse público através da distribuição de cestas básicas que deverão conter o absorvente higiênico, sendo que as compras serão feitas em de fabricantes seguros e de forma integrada à todos os entes federados, tendo preferência na compra de absorventes sustentáveis.

Em suma, ao visualizar todas as iniciativas públicas e privadas, é possível concluir o caráter de importância para modificar a vida dessas meninas e mulheres, de forma intensa, e é um grande passo para mitigar a pobreza menstrual.

6. CONCLUSÃO

Diante todo o desenvolvimento, fica consignado que o problema da pobreza menstrual ultrapassa as barreiras socioeconômicas, sendo evidente marca histórica carregada pelas mulheres

diante a desídia da sociedade em ampará-las em um período tão ocorrente em suas vidas.

Vale mencionar ainda que os problemas socioeconômicos no Brasil, bem como toda desigualdade de gênero e de classes sociais, não irá ser extinguido como um passe de mágica, mas sim deve ser mitigado dia após dia, para que tenha efeitos ao longo do tempo, da mesma maneira que ocorreu com a pobreza menstrual, apesar de ser um absurdo toda a morosidade para que essa necessidade começasse a ser discutida para fomentar a sua mitigação.

Logo, pode-se concluir que as iniciativas privadas entre as próprias mulheres foram de suma importância para que esse assunto chegasse até o Poder Legislativo, e efetivamente criassem políticas públicas que garantam os direitos femininos, podendo assim extrair a grande importância da soma de fatores envolvidos para que isso se tornasse realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de setembro de 2021.

CNN Brasil. Câmara Aprova a Distribuição de Absorventes em Escolas Públicas, 2021, São Paulo/SP. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/camara-aprova-distribuicao-gratuita-de-absorventes-em-escolas-publicas/>

FACHIN, Luiz Edson. Famílias - entre o público e o privado. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, VIII, 2011, Belo Horizonte. Anais. Porto Alegre: Editora Magister, 2011, p. 158-169.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). Em defesa da Atenção Primária à saúde forte e abrangente, coração do Sistema Único de Saúde: atualizando a agenda da Rede de Pesquisa em APS. FIOCRUZ, 2019.

Sistema de Contas Nacionais Trimestrais. **SCNT**.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Indicador Ipea registra elevação da inflação para todas as faixas de renda: alta de 7,1% do preço dos combustíveis influenciou principalmente as famílias de renda alta. IPEA, 2021.

POBREZA MENSTRUAL NO BRASIL DESIGUALDADES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS. UNICEF para cada criança. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/media/14456/file/dignidade-menstrual_relatorio-unicef-unfpa_maio2021.pdf. Acesso em 16 de setembro de 2021.

Políticas Sociais - acompanhamento e análise nº 28, 2021. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37679&Itemid=9. Acesso em 15 de setembro de 2021.

UNICEF para criança. Report. Disponível em <https://www.ureportbrasil.org.br/opinion/2351/>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

SEGURIDADE SOCIAL E ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: RELAÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

Bruna Migliaccio SETTI¹
Manoela Plácido do AMARAL²

RESUMO

Este artigo busca contextualizar os temas da seguridade social e Estado de Bem-Estar Social sob uma visão sociojurídica a partir de uma discussão contemporânea, utilizando de relatórios de desenvolvimento humano desenvolvidos pelas Nações Unidas, bem como dados acerca da judicialização dos direitos sociais, em especial em países localizados no Sul global (que não se trata de um espaço geográfico, mas de um espaço-tempo social). As crises atualmente enfrentadas reforçam-se mutuamente, à medida que os padrões de bens e consumo tornam-se insustentáveis. A procura dos tribunais como instrumento de transformação e manifestação do Estado surgem como uma tentativa de viabilizar direitos sociais. A solução se aproxima mais de uma compreensão conjunta das crises que ultrapassam os limites territoriais, assim como das desigualdades presentes nos Estados modernos, buscando garantir a igualdade de oportunidades a diferentes projetos de institucionalidade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais; seguridade social; estado de bem-estar social; sul global; desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This article seeks to set the context of social security themes and Social Welfare State under a socio-legal perspective coming from a contemporary discussion, making use of human development reports developed by the United Nations, as well as data regarding the judicialization of social rights, especially in countries located in the global South (which does not refer to a geographic space, but to a social space-time). The crises currently faced enhance themselves mutually, as the goods and consumption patterns become unsustainable. The demand for courts as instruments of transformation and manifestation of the State rise as an attempt to enable social rights. The solution draws closer to a combined comprehension of the crises that go beyond territorial boundaries, as well as the inequalities present in modern States, seeking to guarantee the equality of opportunities to different projects of democratic institutionality.

KEY WORDS: global south, human development, social rights, social security, social welfare state

1. INTRODUÇÃO

De antemão, tem-se como intuito deste trabalho a proposta de uma discussão protagonizada por teóricos sociojurídicos, tanto no que tange à seguridade social e o Estado de Bem-Estar Social - na sua efetivação e nas deficiências - quanto nos impactos dessas dificuldades especialmente sobre os grupos que têm em comum padecerem de uma vulnerabilidade longínqua e

1 Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora em Direito da Seguridade Social na Universidade Estadual do Paraná (UENP). Pós-Graduada em Direito Previdenciário. Advogada.

2 Advogada. Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Tutora eletrônica de cursos de pós-graduação em Direito. Coautora do livro “Reforma da Previdência na Prática – Impactos da EC 103/2019”.

que é intensificada em momentos de crise, como é o caso da pandemia de Covid-19, por exemplo.

Esses grupos compõem o Sul global, como aduz Boaventura (SANTOS, 2020, p. 11). O Sul não se designa a um espaço geográfico, mas um espaço-tempo político, social e cultural. É uma compreensão determinada pela discriminação racial, sexual e social, que pauta à marginalização de coletividades.

Todavia, a pandemia de Covid-19 apenas escancara os alertas que as nossas sociedades e o nosso planeta têm dado desde o Século XX. Os desequilíbrios ecológicos e sociais reforçam-se mutuamente, fato que é comprovado pelos dados do Relatório de Desenvolvimento Humano 2020, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2020), como veremos.

O foco se dará sobre o surgimento e o avanço histórico e legislativo do tema da seguridade social e o Estado de Bem-Estar Social e como o dismantelamento da eficácia da prática destes conceitos no Brasil se relaciona ao seu *status* de Sul global e como as deficiências dessa efetivação atingem com maior prejuízo os grupos componentes de variáveis de etnia, localização e gênero.

Ademais, trata-se sobre a relação da judicialização dos conflitos e o papel dos tribunais perante a transformação do Estado e como a tomada de consciência de direitos pode ser complexa, posto que por um lado compreende o reconhecimento do direito à igualdade e por outro compreende o reconhecimento do direito à diferença.

Por fim, aborda-se as razões pelas quais países com maior índice de desenvolvimento humano e, conseqüentemente, imbuídos da eficácia da prática de direitos sociais que culminam no Estado de Bem-Estar Social – com direitos trabalhistas, previdenciários, de educação e saúde assegurados – possuem taxa de litígio judicial muito inferior à de países pertencentes ao Sul global.

2. SEGURIDADE SOCIAL E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL, SOB A ÓTICA HISTÓRICO-LEGISLATIVA

Cumprido, desde logo, contextualizar os conceitos de seguridade social e o Estado de Bem-Estar Social. Cabe ressaltar que não se define com facilidade o momento em que a sociedade passou a ter consciência da presença de riscos sociais e, conseqüentemente, da necessidade de proteção social.

Especula-se que a proteção social, entre as pessoas desabastadas, já ocorria solidariamente desde antes de Cristo, há 4.000 anos, em que se verificavam técnicas de proteção social incipientes (MARTINEZ, 2013, p. 23). Fato é que sempre existiu pobreza e, com a pobreza, grupos marginalizados. Também é um fato de que nem sempre houve mobilização estatal ou por parte da sociedade para rebater ou amenizar a escassez.

Tem-se que em 1601 fora a primeira vez em que se legislou acerca do tema, com a *Poor Law* (Lei dos Pobres), na Inglaterra, que determinava a instituição da contribuição obrigatória para fins sociais (MARTINS, 2015, p. 04), durante o contexto da Revolução Industrial, que levou à consciência da necessidade de assistência.

Mais tarde, a França, em 1789, editou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que legitimou a assistência pública como dívida sagrada, fazendo da sociedade a responsável pela garantia de trabalho aos cidadãos, bem como do mínimo do sustento para os impossibilitados de trabalhar.

Na sequência, no ano de 1883, Otto Von Bismarck, na Alemanha, instaurou o primeiro Sistema de Previdência, instituindo diversos seguros sociais que buscavam apaziguar a crescente tensão proveniente da classe operária. O destaque deste sistema recai sobre a inovação da contribuição triplíce para a formação do fundo social, na qual o Estado, empregados e empregadores solidariamente participavam, vertendo recolhimentos para gerá-lo.

Na Europa, a seguridade social permaneceu em evolução, com a criação de seguros, pensões e outros benefícios destinados à assistência de idosos, por exemplo. Todavia, com a irrupção da Primeira Guerra Mundial, os avanços de até então foram interrompidos e quase integralmente aniquilados, devido ao consumo dos fundos sociais até então gerados e pela alta inflacionária que se seguiu.

Após a Primeira Guerra Mundial, instalou-se a fase nominada como constitucionalismo social, na qual o tema seguridade social – acompanhado de direitos trabalhistas e econômicos – passou a ser tratado pelas Constituições Federais e não somente em legislações esparsas.

A primeira, em 1917, fora a Constituição Federal do México, precursora do constitucionalismo social. Em seguida, a Constituição de Weimar no ano de 1919, na Alemanha, advento histórico da admissão de direitos sociais ao caráter de direitos fundamentais, civis e políticos (HORVATH JUNIOR, 2008, p. 102).

Contudo, nesse momento ainda não se tinha consciência da solidariedade social, princípio fundamental da seguridade social (VIANNA, 2008, p. 68), que só começou a ser tratado após a crise de 1929, nos Estados Unidos, com a adoção do *New Deal*, integrante do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que objetivava a garantia do mínimo essencial nos campos da educação, saúde, habitação, renda, assistência e previdência social aos cidadãos.

Logo após, em 1948, na Europa, temos a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos, que conglomerava em seu art. 25 os objetivos do Estado de Bem-Estar Social, assegurando a todo ser humano o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar e todo o mínimo capaz de ensejar uma vida com respeito à dignidade da pessoa humana

(UNESCO, 1998).

No Brasil, a primeira menção à seguridade social ocorreu na Constituição Federal de 1934, através da atribuição de competência para tratar da saúde e fiscalização das leis de assistência social aos Estados, bem como a previsão de custeio entre Estado, empregado e empregador. Antes disso, a legislação brasileira havia abordado de maneira esparsa à previdência ou aposentadoria, sem, entretanto, viabilizar fontes de financiamento capazes de efetivar a concessão de benefícios.

Sob a vigência do Estado Novo, a Constituição Federal de 1937 não fez menção aos direitos sociais. Em seguida, com a promulgação da Constituição Federal de 1946, a configuração do sistema previdenciário iniciou-se de maneira mais notória, a partir da determinação de obrigatoriedade do empregador em fornecer seguro ao empregado decorrente de acidente do trabalho, assim como manteve a ideia de contribuição tripartite já constante da Constituição de 1934.

Já em 1960, fora criado o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, bem como promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei n. 3.807/1960, que reuniu as orientações de todos os órgãos de execução previdenciária. A centralização da gerência, não obstante, só ocorreu com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, em 1966 (CORREIA, 2010, p. 32).

A Constituição Federal de 1967 inova apenas para determinar a integração do sistema de seguro de acidente do trabalho com o sistema previdenciário (MARTIS, 2015, p. 13), assim como prevê a redução do tempo de serviço para mulheres, institui o salário-família e o seguro-desemprego (CASTRO; LAZZARI, 2010, p. 75).

Diante dessa conjuntura, a Carta Magna de 1988 revoluciona de modo significativo a seguridade social. Estabelece, em seu Título VIII, Capítulo II, disposições acerca da seguridade social, elenca seus objetivos, atribui ao Poder Público a competência para a sua efetivação, além de demonstrar os meios de financiamento deste fundo social, de maneira a vincular de forma direta ou indireta toda a sociedade à sua manutenção, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988, art. 194), bem como inclui as figuras do empregador e dos segurados da Previdência Social no financiamento do fundo.

Ademais, aderiu o caráter de sistema à seguridade social, subdividindo-a em: saúde, assistência social e previdência social. Em 1990, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é criado, a partir do advento da Lei n. 8.029/1990. Em 1991, foram editadas as Leis n. 8.212/1991 e 8.213/1991, que tratam, respectivamente, acerca do plano de custeio e dos benefícios da previdência social, em conformidade com as regulamentações do Dec. 3.048/1999.

Desde então, a previdência social tem sofrido alterações legislativas importantes, como

Emendas Constitucionais e leis ordinárias que dispõem sobre os meios de financiamento e efetivação dos benefícios previdenciários, como é o caso, por exemplo, da Emenda Constitucional n. 103/2019, que ensejou a mais recente Reforma da Previdência.

Elege-se tais marcos históricos como formadores das fontes da seguridade social enquanto direito fundamental. Existiram outros, evidente, de maneira que é importante a ressalva.

A despeito do que a História tenha ensinado e em decorrência da instabilidade econômica e ecológica que assola o mundo contemporâneo, somadas ao retorno forte do liberalismo, observa-se que os direitos sociais, de maneira geral, ainda que imbuídos do caráter de direitos fundamentais constitucionalizados inerentes à pessoa humana, não gozam de garantia absoluta de efetividade.

Todavia, não se aborda aqui de maneira aprofundada as alterações legislativas recentes que permeiam o sistema de seguridade social. Busca-se, em complemento, demonstrar a evolução do tema historicamente na legislação brasileira e mundial, seus fundamentos e objetivos, a fim de identificar as dificuldades atualmente enfrentadas na efetivação destes fundamentos e objetivos e as razões pelas quais tais dificuldades ocorrem.

3. OS GRUPOS COMPONENTES DO SUL GLOBAL E SUA RELAÇÃO COM O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Realizada a introdução dos temas de seguridade social e Estado de Bem-Estar Social, debate-se a questão judicial e a atuação dos tribunais, assim como entenderemos as discrepâncias das desigualdades inerentes às nossas sociedades, utilizando-nos dos aspectos do espaço-tempo social, através do conceito cunhado pelo socio jurista Boaventura de Sousa Santos, acerca das Epistemologias do Sul.

Em sua obra, aduz para que o mundo, sendo variado e diversificado em relação às culturas e saberes, no decorrer da modernidade se voltou à uma forma de conhecimento pautado na ciência moderna e, para tanto, sobrepujou outros saberes. Afirma:

Designamos a diversidade epistemológica do mundo por epistemologias do Sul. O Sul é aqui concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Esta concepção do Sul sobrepõe-se em parte com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceção da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao do Norte global (Europa e América do Norte). (SANTOS; MENESES, 2009, p. 12-13).

A obra denuncia o sistema que sustenta essa hierarquização, desenvolvido a partir da exclusão de povos e culturas, desde o colonialismo. As expressões desse pensamento no que concerne ao Direito referem-se à uma visão de linha abissal que separa o legal do ilegal, consideradas as únicas medidas de existência perante a lei.

Em relação às crises ecológica e social, tal pensamento abissal - que nega uma parte da humanidade - se demonstra como sacrificial, na medida em que constitui a condição para apenas uma parcela da humanidade se afirmar como universal (SANTOS, 2010, p. 31).

Nesse sentido, para os grupos que possuem em comum padecerem de uma vulnerabilidade decorrente dos modos de dominação atuais, em que todos os seres humanos são iguais, mas, por haver diferenças naturais entre eles, a igualdade entre os inferiores não pode coincidir com a igualdade entre os superiores (BOAVENTURA, 2020, p. 16), a crise se demonstra especialmente difícil.

Os componentes desse grupo não podem ser resumidos à uma lista taxativa, contudo, tentando materializar o conceito, alguns dos exemplos são: as mulheres; os trabalhadores informais; os trabalhadores de rua; as pessoas em situação de rua; os moradores de periferias pobres das cidades; os moradores das favelas; os internados em campos de internamento para refugiados, imigrantes sem documentação legal ou populações internamente deslocadas; as pessoas com deficiência; os idosos. Para Boaventura:

A lista dos que estão a sul da quarentena está longe de ser exaustiva. Basta pensar nos presos e nas pessoas com problemas de saúde mental, nomeadamente depressão. Mas o elenco selecionado mostra duas coisas. Por um lado, ao contrário do que é veiculado pela mídia e pelas organizações internacionais, a quarentena não só torna mais visíveis, como reforça a injustiça, a discriminação, a exclusão social e o sofrimento imerecido que elas provocam. Acontece que tais assimetrias se tornam mais invisíveis em face do pânico que se apodera dos que não estão habituados a ele (SANTOS, 2020, p. 22).

O que o momento denuncia é que, apesar dos avanços na constitucionalização de direitos sociais, as práticas adotadas ainda são incipientes para conter a(s) crise(s). O tripé para a regulação das sociedades modernas se demonstra na junção de Estado, mercado e comunidade.

Na prática, nos últimos anos, ocorreu a priorização do mercado em detrimento do Estado e da comunidade. O enfraquecimento do Estado de Bem-Estar ocasiona prejuízo à efetivação dos bens sociais coletivos, como a saúde, educação, água canalizada, eletricidade, previdência social, direitos trabalhistas, meio ambiente, mesmo em condições normais de vivência. Para um momento de crise sem precedentes como o que ora enfrentamos, decorrente da pandemia de Covid-19, pode ser fatal – tanto a respeito da economia quanto à vida dos cidadãos.

O enfraquecimento do Estado leva à incapacidade de responder às emergências em tempo hábil, mesmo os que possuem economia robusta. As respostas que os Estados são capazes de dar à crise variam de acordo com a posição no espaço-tempo político e social, todavia, ressaltamos que ações individuais não serão eficientes para tratar de um problema universal.

O sistema judicial, previamente sobrecarregado, passa a ser ainda mais invocado, sob a pretensão de satisfazer a consumação dos direitos sociais fundamentais constitucionalizados,

solidificando-se como um instrumento de transformação, ou, ao menos, manifestação do Estado.

4. O SISTEMA JUDICIÁRIO E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO

Considerando o constitucionalismo contemporâneo, que hoje se vivencia no continente latino-americano, tendo por marco inicial a Constituição Federal brasileira em 1988, seguida da Constituição da Colômbia de 1991 e estende sua força de expressão também com as Constituições da Bolívia, Equador e Venezuela, há concessão de proteção constitucional a um catálogo de direitos sociais que, em sua maioria, não são plenamente efetivados pelas gestões governamentais (SANTOS, 2011, p. 16).

Ao elaborar a relação da democratização do direito e da justiça com a democratização do Estado e da sociedade, Boaventura aponta pela crescente desigualdade presente nas sociedades contemporâneas, que assume novas dimensões e facetas ao longo do tempo.

A saber, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010 - elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) - indica a existência de muitos progressos substanciais em muitos aspectos componentes do Bem-Estar Social: saúde, instrução, longevidade, maior acesso a bens e serviços. Contudo, os países com menor desenvolvimento humano, que compõem o Sul global, já pautavam significativa desigualdade. O referido documento relata alerta para a elevação insustentável dos padrões de produção e consumo (PNUD, 2010). Veja-se:

Este Relatório é também acerca do modo como a abordagem do desenvolvimento humano pode ajustar-se para enfrentar os desafios do novo milênio. Os últimos 20 anos viram progressos substanciais em muitos aspectos do desenvolvimento humano. Hoje em dia, a maior parte das pessoas tem mais saúde, vidas mais longas, mais instrução e maior acesso a bens e serviços. Mesmo nos países que enfrentam situações econômicas adversas, a saúde e a educação das pessoas têm melhorado significativamente. E tem havido progressos, não só no melhoramento da saúde e da educação e do aumento do rendimento, mas também na ampliação da capacidade das pessoas para selecionarem os líderes, influenciarem as decisões públicas e partilharem o conhecimento. Contudo, nem todos os lados da história são positivos. Estes anos também assistiram ao aumento de desigualdades – tanto dentro dos países como entre eles – bem como a padrões de produção e consumo que se têm crescentemente revelado como insustentáveis. O progresso tem variado e as pessoas de algumas regiões – como a África Austral e a antiga União Soviética – têm passado por períodos de regressão, especialmente na área da saúde. Novas vulnerabilidades requerem políticas públicas inovadoras para enfrentar os riscos e as desigualdades sem deixar de dominar as forças dinâmicas dos mercados para benefício de todos (PNUD, 2010, p. 01).

O relatório chama a atenção para o fato de que muitos desafios se delineiam no horizonte, e, portanto, políticas públicas de desenvolvimento que deveriam basear-se em contexto local e em princípios abrangentes e sólidos. Além disso, muitos dos problemas enfrentados vão para além da capacidade de resolução dos Estados individuais e requerem instituições globais democraticamente responsabilizáveis, especialmente sobre práticas sociais essenciais ao Estado de Bem-Estar e os chamados direitos de terceira dimensão - meio ambiente, autodeterminação dos povos,

desenvolvimento e progresso, comunicação e direito de propriedade sobre patrimônio comum da humanidade.

Em contrapartida, progressivamente os cidadãos, em especial os que compõem o Sul global, têm consciência de que as desigualdades não são um dado adquirido e traduzem-se em injustiças e, por conseguinte, na lesão aos seus direitos. Tal consciência é ambivalente, todavia, posto que compreende tanto o direito à igualdade como o direito à diferença, reivindicando não somente direitos individuais, mas principalmente o reconhecimento de direitos coletivos (SANTOS, 2011, p. 17-18).

Inseridos nessa conjuntura, passamos à análise o crescente protagonismo social e político do sistema judicial, bem como o que fez com que o judiciário se tornasse fator decisivo da vida coletiva democrática, a fim de viabilizar o acesso a direitos sociais constitucionalizados.

Os tribunais passaram a ser, no Século XX, objeto de holofotes que até então não os atingiam. Com a popularização da judicialização, os cidadãos passaram a conhecer os juízes, ritos e procedimentos. No Século XX, todavia, os tribunais destacaram-se pela dificuldade em acompanhar as transformações sociais que ocorreram de forma abrupta.

Nos países da América Latina, ao menos durante a maior parte do Século XX, o sistema judiciário não aparece como tema relevante da agenda política, cabendo ao juiz à função de aplicador da lei positivada, pautando-se em modelos europeus, quando muito. A construção estatal latino-americana debruça-se com mais atenção sobre as funções do executivo nesse período.

Até os anos de 1950 e 1960, não se via na figura dos tribunais uma parte do caminho para efetivar estratégias de superação do subdesenvolvimento. Entretanto, a partir dos anos 1980 isso começa a mudar. Conforme aponta Boaventura:

Desde os finais da década de 1980, o sistema judicial adquiriu uma forte proeminência em muitos países não só latino-americanos, mas também europeus, africanos e asiáticos. Este protagonismo dos tribunais em tempos mais recentes não se dirige necessariamente ao favorecimento de agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, assentando-se antes num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. (SANTOS, 2011, p. 22).

Mas para justificar esse protagonismo que surge, não é possível estabelecer apenas uma razão isolada. Não podemos desconsiderar, porém, a posição do Brasil no sistema mundial e o seu nível de desenvolvimento econômico e humano. Como já mencionamos, a localização no espaço-tempo político e social determina (e muito) a experiência e trajetória dos tribunais.

A saber, em países localizados ao Sul global a experiência é distinta da encontrada em países do eixo central – como principalmente países europeus como Suécia, que possui taxas baixíssimas de litígios em comparação com os países componentes do Sul. Também não podemos

desconsiderar a cultura jurídica empregada em cada país para definir tais distinções, como países que foram colonizados anteriormente se posicionam de maneira a tornar o fantasma do colonialismo visível nos tribunais ainda hoje.

A despeito da diversidade internacional dos tribunais e sobre sua forma de atuação, conforme legislação e costume locais, temos que:

O novo protagonismo dos tribunais está relacionado com o desmantelamento do Estado intervencionista, quer do Estado desenvolvimentista de muitos países da periferia e semiperiferia do sistema mundial, quer do Estado-providência, o Estado de Bem-Estar relativamente avançado, que tem vigorado em muitos países da Europa, caracterizado por políticas sociais muito fortes, o chamado Modelo Social Europeu (altos níveis de competitividade combinados com altos níveis de proteção social) (SANTOS, 2011, p. 23).

Portanto, a busca pela via judicial pauta-se tanto para o objetivo de que sejam cumpridos os contratos privados e os negócios gozem de estabilidade, como para estancar precarizações dos direitos sociais e econômicos. Desse modo, parte considerável dos litígios que chegam aos tribunais tem por objeto temas pertinentes ao desmantelamento do Estado social, ao abordar questões de direitos trabalhistas, previdenciários, educação, saúde.

Assim, vemos que os litígios relacionam-se não somente com a cultura jurídica local, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas que garantem tal aplicação (SANTOS, 2011, p. 24).

No que concerne ao Brasil, a Constituição Federal de 1988 é o símbolo da redemocratização do Estado e a Carta Magna foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como também os chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor. Sobre o Brasil, Boaventura afirma:

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o fato de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem ações em nome de seus associados, a consagração da autonomia do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça. A redemocratização e novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos (SANTOS, 2011, p. 25).

Nesse sentido, o judiciário brasileiro tem sido invocado na tentativa de impedir o desmantelamento do Estado desenvolvimentista e os cidadãos, tendo consciência dos seus direitos, chegam aos tribunais com a pretensão de protegê-los e efetivá-los. Por exemplo, as pessoas buscam os tribunais para terem acesso a medicamentos ou a tratamentos médicos que não obteriam por

outra via. O judiciário passa a ter função administrativa, já que a administração pública se ausenta.

Esse fato demonstra que a constitucionalização dos direitos sociais, quando não combinada com uma política de administração pública que os efetivem, faz com que, para além do protagonismo dos tribunais, ocorra sua sobrecarga.

Diante da ausência de garantias acerca execução da seguridade social e da efetivação do Estado de Bem-Estar Social, o sistema judicial passa a ser o meio pelo qual os cidadãos buscam esse fim, tornando-se, assim, protagonista das transformações e manifestações do Estado.

Ao compararmos os dados do Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), dos anos de 2010 e de 2020, é possível traçar uma relação de causa e consequência. Excluindo-se a pandemia de Covid-19, não passível de ser prevista no primeiro relatório, temos que os alertas acerca do aumento das desigualdades e dos padrões insustentáveis de produção e consumo se consolidaram em uma crise palpável.

O relatório de 2020 afirma que os desequilíbrios sociais e planetários reforçam-se mutuamente, indicando a pandemia de Covid-10 como a mais óbvia consequência traumática destes desequilíbrios e alerta para que, ainda que seja a consequência mais recente e chocante, dificilmente será a última. No entanto, esclarece que a pandemia alastrou-se por todo o mundo, mas prosperou com mais ferocidade nas desigualdades de nível do desenvolvimento humano.

Ademais, indica que as alterações ecológicas perigosas em uma escala planetária relacionam-se diretamente com a sociedade. A mobilidade social diminuiu bruscamente, enquanto a instabilidade aumentou bruscamente. Nos países que enfrentam ameaças ecológicas graves e mais óbvias, também podem ser observadas vulnerabilidades sociais mais abrangentes.

Ainda que o choque causado pela pandemia de Covid-19 não tenha precedentes, o relatório também demonstra dados de que os países com grau superior de desenvolvimento humano tendem a exercer mais pressão – e em maior escala – sobre o planeta.

Por isso, retoma-se a ideia exposta já no documento de 2010 e reforçada no relatório de 2020, no sentido de que os problemas se encaminham para além da capacidade de Estados individuais, já que clamam por uma atuação das instituições globais responsabilizáveis efetiva. Veja-se:

O Relatório questiona a própria narrativa em torno de “soluções para um problema”, que enquadra as soluções para a resolução de problemas como sendo algo externo, “algures por aí”, isoladas de nós mesmos e umas das outras. Uma vez descobertas as soluções, de acordo com essa narrativa, bastam que as implementemos, como panaceias, em toda a parte. A tecnologia e a inovação importam – e muito, como se defende no Relatório – mas o panorama é bem mais complexo, bem menos linear, bem mais dinâmico do que simples metáforas prontas a usar. Qualquer solução única, mesmo que aparentemente promissora, pode acarretar consequências não intencionais, mas, ainda assim, perigosas. É necessário recalibrarmos a nossa abordagem, passando da resolução de problemas distintos, compartimentados, para a orientação por entre desafios multidimensionais, interligados e

cada vez mais universais. (...) Acrescem, do mesmo modo, diversas formas de desigualdade, que restringem a participação na tomada de decisões, limitam o potencial de inovação e acentuam a vulnerabilidade às alterações climáticas e às ameaças ecológicas (PNUD, 2020, p. 06).

O dismantelamento do Estado de Bem-Estar Social nutre profunda relação com o dismantelamento do meio ambiente, assim como a crise ecológica nutre profunda relação com a crise social. Isoladamente, não é possível vislumbrar soluções para os problemas.

Sob essa ótica, a instabilidade institucional que permeia o Estado de Bem-Estar aponta para a transformação do Estado em um campo de experimentação social conjunta. Como aponta Boaventura:

Esta nova forma de um possível Estado democrático deve assentar em dois princípios. O primeiro é a garantia de que as diferentes soluções institucionais multiculturais desfrutaram de iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, garantia de igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Por outro lado, deve-se não só garantir a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também – e este é o segundo princípio de experimentação política – garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar os projetos alternativos (SANTOS, 2011, p. 79).

Nessa conjuntura, as conclusões do relatório do Programa das Nações Unidas coadunam com a teoria de uma redemocratização do Estado e do sistema judiciário, não somente em um sentido de Estado individual, mas global, considerando os problemas e interesses globais ou transnacionais, tanto no que concerne à justiça social, como no que se refere às pressões ecológicas.

O objetivo que se pretende alcançar pode ser definido pelo relatório de desenvolvimento humano de 2020 como:

O objetivo do desenvolvimento humano é tão pertinente como sempre foi – o de que as pessoas vivam vidas que valorizem. Além disso, esse objetivo comporta o potencial de nos guiar por entre o nosso dilema, quanto mais não seja porque a manutenção do atual estado de coisas implica que as pessoas, incluindo as futuras gerações, se deparem com conjuntos cada vez mais restritos, ao invés de amplos, de escolhas de vida. (...) O Relatório apela a uma transformação justa, que amplie as liberdades humanas sem deixar de aliviar as pressões sobre o planeta. As suas recomendações estão organizadas não em torno de intervenientes, mas sim de mecanismos de mudança – normas e valores sociais, incentivos e regulamentação e o desenvolvimento humano sustentado na natureza. Cada mecanismo de mudança determina diversos papéis a desempenhar, eventualmente, por cada indivíduo, pelos governos, pelos mercados financeiros e pelos líderes políticos e da sociedade civil. Não se trata de opor as pessoas às árvores nem de eliminar os mercados apenas por serem falíveis. O objetivo, em vez disso, é perceber como podemos conciliar diferentes abordagens – por meio das normas e dos valores, dos incentivos e da regulamentação, da própria natureza – de modo a expandir as liberdades humanas, sem deixar de atenuar as pressões sobre o planeta.

Portanto, requer-se a presença de um Estado que ainda está no porvir e que se apresenta como o Estado-articulador. Tal modelo coincide com os critérios de redistribuição e de reconhecimento, em detrimento da desigualdade e da discriminação, sobrepujando interesses de grupos particulares e intentando o interesse coletivo, que ultrapassa o limite do ser humano

indivíduo, compreendendo-o como parte do todo.

5. CONCLUSÃO

Nesse artigo, busca-se tratar dos temas da seguridade social e Estado de Bem-Estar social diante das sociedades modernas e das dificuldades encontradas para efetivar direitos sociais arduamente conquistados – e constitucionalizados – na prática de forma igualitária entre os grupos componentes da sociedade.

É traçado um caminho histórico-legislativo acerca da conquista do reconhecimento de direitos trabalhistas, previdenciários, de saúde, educação, concernentes à uma vida humana pautada no princípio da dignidade.

Em seguida, conceituamos os grupos marginalizados desde o colonialismo, a partir da teoria do Sul global, cunhada por Boaventura de Sousa Santos, para fazer o recorte das dificuldades de legitimação e da prática destes direitos a grupos específicos.

Além disso, relacionamos os tribunais e o sistema judiciário como um todo, com base na sua relevância e recente protagonismo como via circunstancial de substituição de atos da administração pública – que se mostra ausente – e como a sobrecarga do sistema distancia o requerente de suas finalidades.

A partir dos dados dos relatórios de desenvolvimento humano dos anos de 2010 e 2020, procura-se fazer uma comparação das previsões daquele documento com os fatos deste. Os alertas acerca da insustentabilidade dos padrões de consumo e das relações entre Estados em nosso mundo globalizado culminaram no elasticamento das desigualdades e em agressões perigosas ao planeta.

Expõe-se o entendimento de que a solução para essa problemática não será atingida de maneira isolada e individual, especialmente se a marginalização de grupos – e Estados - específicos não for superada, dado que o espaço geográfico que dividimos é um só. E tem dado sinais de calamidade.

Dessa maneira, em conformidade com as conclusões e propostas tanto dos relatórios das Nações Unidas, como do Professor Boaventura de Sousa Santos, entende-se que o freio para os problemas que enfrentamos está em uma construção plural, bem como na redemocratização a partir da inclusão, contra as desigualdades sociais e contra discriminações de cunho político, racial, de gênero e social.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 14ª edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito previdenciário. 7ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 35ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

PNUD, Programa Nacional das Ações Unidas. Relatório de Desenvolvimento Humano 2010. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Disponível em: <

<https://www.undp.org> > [undp-br-PNUD HDR 2010](https://www.undp.org/br/undp-br-PNUD_HDR_2010)>. Acesso em 25 de setembro de 2021.

PNUD, Programa Nacional das Ações Unidas: Relatório de Desenvolvimento Humano 2020. A próxima fronteira: o desenvolvimento humano e o Antropoceno. Disponível em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2020_overview_portuguese.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.) Epistemologias do Sul. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.

UNESCO. Declaração universal dos direitos humanos. Brasília, 1998. Disponível em: Acesso em 27 de setembro de 2021.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Previdência social: custeio e benefícios. 2ª edição. São Paulo: Ltr, 2008.

SOBERANIA, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A DÍVIDA SOBERANA: UMA ANÁLISE SOBRE A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO

Gustavo Mohr MATIAS
Túlio Santos CALDEIRA¹

RESUMO

O presente artigo analisa os efeitos da transformação dos elementos fundamentais do conceito de soberania dos Estados mediante as mudanças nas relações entre Estados e outras estruturas de poder econômico internacionais. Tal fenômeno torna incompatível agendas nacionais que buscam o desenvolvimento e afetam diretamente o direito ao desenvolvimento consagrado em documentos internacionais. Esta análise parte da problemática da reestruturação de dívidas soberanas e as medidas impostas pelos credores que impossibilitaram o exercício do poder decisório dos países em seu próprio território. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação do direito ao desenvolvimento frente ao enfraquecimento do Estado. Observa-se a necessidade de uma adequação dos Estados à dinâmica do mundo globalizado, de maneira a garantir sua função como fomentador de desenvolvimento social e participar de uma nova comunidade global. A pesquisa inicia-se com a análise dos conceitos de soberania e direito ao desenvolvimento, posteriormente é feito o estudo da aplicabilidade de ambos no caso da crise argentina e a repercussão da crise do subprime na Europa, tendo como foco a Grécia.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania. Direito ao desenvolvimento. Dívida Soberana. Crise do Estado.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the effects of the transformation of the fundamental elements of the concept of state sovereignty through the changing relationships between states and other international economic power structures. This phenomenon makes national agendas that seek development incompatible and directly affects the right to development enshrined in international documents. This analysis starts from the problematic of sovereign debt restructuring and the measures imposed by creditors that made it impossible for countries to exercise decision-making power in their own territory. The objective of the research is to analyze the application of the right to development in the face of the weakening of the state. The need for States to adapt to the dynamics of the globalized world is observed, in order to guarantee their function as fomenters of social development and to participate in a new global community. The research begins with an analysis of the concepts of sovereignty and the right to development, followed by a study of the applicability of both in the case of the Argentinean crisis and the repercussions of the subprime crisis in Europe, focusing on Greece.

KEYWORDS: Sovereignty. Right to development. Sovereign debt. State Crisis.

1. INTRODUÇÃO

As vulnerabilidades socioeconômicas, desde as reformas econômicas e da crise sanitária tem se alastrado por toda parte do globo e, em especial, no Brasil. A fome e a insegurança alimentar, o desemprego e a precarização do trabalho e da renda, a desigualdade social abissal, a informalidade, a falta de acesso aos direitos básicos como transporte e moradia, são apenas alguns

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2019). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio (2016). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Econômico. É advogado.

exemplos de vulnerabilidades que excluem parcela cada vez maior de pessoas dos direitos fundamentais básicos garantidos – ao menos na lei – a todos.

As causas desses elementos de vulnerabilidade são variadas, no entanto, há uma condicionante transversal a todos eles: o desenvolvimento socioeconômico, ou melhor, a ausência ou distanciamento desse desenvolvimento.

Embora não seja a panaceia para todos os problemas socioeconômicos da realidade atual, o desenvolvimento é, no mínimo, um requisito ou pressuposto sem o qual não é possível vislumbrar uma saída sustentável e minimamente eficiente para as vulnerabilidades sociais e econômicas existentes.

O desenvolvimento socioeconômico é produto de uma atuação racional, sistemática e ativa do Estado, que deve não apenas planejar, mas também direcionar e regular a economia e as relações nela existentes. Obviamente, isso demanda políticas públicas que, por sua vez, demandam instrumentos de efetivação e aplicação que também decorrem do Estado.

Contudo, o Estado-Nação, desde as últimas décadas e com maior intensidade e velocidade no século XXI, vem padecendo de uma crise estrutural que afeta negativamente a sua força e capacidade de impor e executar as suas decisões, normas e políticas.

A globalização econômica, a pressão dos mercados transnacionalizados e a adoção de políticas econômicas de redução do Estado como remédio às crises econômicas, bem como a captura do poder decisório estatal pelos seus credores, representam o fenômeno da perda da soberania do Estado-Nação, que é o verdadeiro e necessário fator do desenvolvimento.

Assim, através da delimitação do conceito e dos contornos do desenvolvimento e da análise da atual crise do Estado-Nação, busca-se demonstrar que a produção do desenvolvimento socioeconômico, como fator de solução das vulnerabilidades econômicas e sociais, depende da reabilitação do Estado e da sua soberania para o atual contexto de globalização econômica e pressão dos mercados transnacionais.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Relevante parte dos problemas e dificuldades econômicas e sociais, tanto no âmbito internacional quanto nacional, decorre, em certa medida, da ausência ou do distanciamento do desenvolvimento socioeconômico de um país ou grupo social. Aliás, a existência de grupos vulneráveis social e economicamente são, igualmente, sintomas do déficit de desenvolvimento.

Uma das formas de delimitar e mensurar o desenvolvimento é através de índices, tais como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que consiste na avaliação de três elementos: renda *per capita*, expectativa de vida ao nascer e escolaridade. Por meio desses três elementos é possível

avaliar a situação econômica (material), de saúde (física) e de aprendizagem (intelectual) de dada população ou região².

Considerando que o desenvolvimento como expresso pelo IDH abrange a camada mais básica da vida humana, e que a sua realização em seu máximo potencial é capaz de conferir ao homem uma existência minimamente digna, resta evidente que a promoção do desenvolvimento é fator essencial – embora não único –, isto é, condição *sine qua non*, para lidar com a vulnerabilidades sociais e econômicas existentes de uma perspectiva geral (não se ignora, por óbvio, que muitas dessas vulnerabilidades podem demandar medidas específicas, que, contudo, só são possíveis ou mesmo eficazes dentro de um contexto de desenvolvimento).

Não é por outra razão que o desenvolvimento socioeconômico é objetivo da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º, II do Constituição Federal de 1988³, bem como definido como um direito em documentos internacionais de grande relevância, tais como a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, resultado da Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de setembro de 1986⁴.

O documento internacional atribui primariamente aos Estado o dever pela promoção das condições do desenvolvimento, bem como reconhece a necessidade da integração internacional e a cooperação entre os diversos Estados para estabelecer bases para o desenvolvimento comum.

O economista e filósofo Amartya Sen apresenta um rol de liberdades instrumentais necessárias para alcançar e possibilitar o desenvolvimento e que, conforme a Declaração Sobre o

2 “Elaborado pela composição de três fatores – renda per capita, esperança de vida ao nascer e escolaridade – o IDH tornou-se referência fundamental da ONU porque conferiu transparência à real posição dos países, substituindo o obsoleto e enganoso indicador de renda per capita. A partir de uma escala de 0 a 1, os países avaliados são classificados como sendo de desenvolvimento baixo, médio ou alto. Essas características fazem do IDH-PNUD um parâmetro global que pauta a avaliação e o direcionamento de políticas públicas nacionais no campo socioeconômico e serve de referência a agências de financiamento e a investidores internacionais, público e privados. Sua adoção e edição periódica é um fator novo e por vezes gerador de tensões e polêmicas nas relações entre a ONU (PNUD) e os países-membros” (RODRIGUES, 2006, p. 203). “Dentro da discussão da adequação (ou não) do PIB como medida de bem-estar, é interessante observar que as Nações Unidas calculam periodicamente um índice de desenvolvimento humano (IDH), que, além de um indicador econômico (PIB per capita), inclui dois indicadores sociais: um índice de expectativa de vida e um índice de educação. É uma média aritmética desses três indicadores, e varia de 0 a 1: quanto mais próximo de 1, maior o padrão de desenvolvimento humano do país”. “O índice de expectativa de vida (anos de esperança de vida ao nascer) indicaria indiretamente as condições de saúde e saneamento do país. O índice de educação é uma média ponderada, composta pela taxa de alfabetização de adultos (dois terços do índice) e pela taxa de escolaridade bruta (um terço), que é a parcela da população em idade escolar que está estudando” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 141).

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional;

4 Artigo 3º. §1. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento. §2. A realização do direito ao desenvolvimento requer pleno respeito aos princípios do direito internacional, relativos às relações amistosas de cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas. §3. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.

Direito ao Desenvolvimento devem ser promovidas pelo Estado⁵. Trata-se de cinco liberdades instrumentais que considera essenciais: liberdades políticas; liberdades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora.

As liberdades políticas dizem respeito aos próprios direitos civis, a liberdade de escolher governantes e planos de governos, ter a pluralidade de partidos assegurada, a liberdade para a fiscalizar os trabalhos prestados pelos representantes públicos e os servidores públicos, a liberdade de expressão e a livre imprensa (SEN, 2018, p. 47).

Já as facilidades econômicas são “as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca” (SEN, 2018, p. 47). O autor ainda ressalta a necessidade da justiça distributiva como meio de equiparar a riqueza acumulada em um país em relação a renda de sua população.

Ressalta-se ainda, que o autor analisa coloca a possibilidade de crédito e a maneira que os agentes econômicos definem os juros como pilares para o favorecimento e melhor desenvolvimento dos indivíduos (SEN, 2018, p. 48).

Faz-se referência ao endividamento em massa que as populações de países subdesenvolvidos têm frente a lucros bancários.

A questão apontada por Sen em relação aos bancos está contida na análise direta do valor do “Lucro Líquido Total” contabilizado em R\$79,3 bilhões e o aumento de 31,7% na “Provisão para Créditos de Liquidação Dúvidosa”, item que corresponde a expectativa de inadimplência por parte do banco.

Logo, tem-se que o aumento dos juros nas operações de crédito e a maior rentabilidade dos ativos bancários é consonante com a expectativa de empobrecimento da população e a inadimplência. Esses fatores demonstram que as facilidades econômicas apontadas pelo autor estão em risco no Brasil, fato que impede atrasa o desenvolvimento do país.

As oportunidades sociais são as maneiras que a sociedade dispõe para estabelecer educação, saúde, etc., estão diretamente relacionadas aos direitos sociais, e dizem respeito não só as melhores condições de vida particular do indivíduo, mas também de sua capacidade de contribuir com a vida social na esfera política e em atividades econômicas. O autor exemplifica a forma como o analfabetismo e a incapacidade de se comunicar pode impedir a execução de uma atividade política por parte do indivíduo ao não ser capaz de se inserir na sociedade que o cerca (SEN, 2018, p. 48).

As garantias de transparência são reconhecidas dentro das próprias interações sociais e

5 “O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direito, oportunidades e intitulamentos contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim, para a promoção do desenvolvimento” (SEN, 2018, p. 46).

podem ser resumidas a simples sinceridade que um indivíduo deve ter com o outro, de maneira que o possibilite a verdade e a clareza para assegurar a convivência de forma harmônica. O autor ressalta que esta característica possui papel fundamental no combate a corrupção, irresponsabilidade financeira e transações ilícitas (SEN, 2018, p. 49).

Por fim, para alcançar as pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade social, o autor define a segurança protetora, que pode ser definida como uma forma de segurança social, afim de combater a miséria e impedir que indivíduos fiquem aquém do desenvolvimento da sociedade.

Para o autor todas estas liberdades agem em conjunto, empiricamente sendo conectados e possibilitando a capacidade de o indivíduo viver livremente de uma maneira que contribua para com o viver livre do outro, característica do desenvolvimento que também é exposta no art. 2º, § 2º da Declaração do Direito ao Desenvolvimento, que coloca o indivíduo como sujeito central do desenvolvimento⁶.

Portanto, as liberdades definidas por Amartya Sen exigem do Estado papel fundamental no desenvolvimento, fornecendo meios para que o indivíduo cumpra seu papel de sujeito em conjunto com o Estado e possa garantir o que foi pretendido pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento.

Esse breve conceito de desenvolvimento, cuja uma das propostas de mensuração é o IDH, demonstra, ainda que de forma sintética, a conclusão de que o desenvolvimento deve estar focado no ente humano e em sua essência, que transcende os interesses econômicos, razão pela qual o mesmo não se alcança pela singela acumulação de riqueza ou capital, mas demanda medidas concretas de redução da desigualdade e pobreza e ampliação da participação econômica, social e política⁷.

A ideia de desenvolvimento como direito fundamental acima apresentado, e que, necessariamente conta com a participação ativa do Estado, não somente na definição de políticas públicas residuais ou focais (direcionadas em segmentos sociais específicos e vulneráveis), mas também na propositura de um planejamento econômico a direcionar a iniciativa privada, em muito diverge da atual tendência da política econômica adotada no mundo e, em especial, no Brasil.

Trata-se da tendência chamada pela literatura econômica como neoliberal que, em termos bastante singelos, prega a diminuição do Estado – tanto em seu papel normatizador quanto

6 Art.2º §2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

7 “Para que ocorra o verdadeiro desenvolvimento econômico, faz-se necessária a existência de um sistema de valores em que a pessoa humana seja a centralidade e o objetivo do modus operandi do desenvolvimento; consequentemente, há o enfraquecimento da visão predatória do desenvolvimento, visto que a questão da pobreza e os baixos níveis de vida não podem ser resolvidos com acumulação de riquezas” (SPONTON, 2019).

orçamentário e fiscal – e a atribuição da direção econômica aos movimentos e flutuações do mercado privado.

Tal postura, ignora o conceito de desenvolvimento como materializado através do IDH e prioriza o crescimento puro e simples, quase sempre medido a partir do PIB ou mesmo de dados segmentados e casuísticos, como as flutuações das bolsas de valores – que, em certas circunstâncias, acaba servindo quase como um “oráculo” ou porta-voz do mercado, cujos índices acabam “subindo” ou “caindo” em resposta a determinadas políticas ou decisões.

A despeito disso, a contradição é irreconciliável, ou seja, a perspectiva a qual se tem chamado neoliberal – ainda que, em discurso reconciliador, justifique sua lógica na conhecida máxima de “crescer primeiro e dividir depois” – é incompatível com o direito ao desenvolvimento socioeconômico como previsto na Constituição Federal e nos documentos e compromissos internacionais, bem como com a perspectiva adotada por Amartya Sen e outros pensadores.

O avanço das agendas neoliberais, as tentativas da economização e as políticas fiscais de corte de gastos sociais adotados como os modelos de crescimento e de atração de investimento mais eficazes, mostram-se, em realidade, verdadeiros entraves para o desenvolvimento em sua perspectiva mais moderna.

Medidas para uma agenda fiscal de austeridade marcada pela Reforma Trabalhista, Reforma Previdenciária e pelo conhecido teto de gastos – que embora, na prática, representem movimentos de destruição e não de reforma ou aperfeiçoamento – são apenas alguns dos exemplos mais recentes ocorridos no Brasil, que fazem parte de uma agenda mundial.

Todas estas reformas aturam em favor de exigências do mercado, o que traduz nitidamente a imposição da vontade mercadológica frente as políticas estatais de seguridade social e gastos sociais.

Estas medidas são conhecidas no processo histórico mundial em períodos de recessão. Todas elas já foram impostas em outros países da América Latina, a exemplo do Chile e da Argentina no final do século XX. Mais recente observou-se o mesmo movimento em países dentro da União Europeia, que sofreram imposições do Fundo Monetário Internacional para adotar políticas fiscais mais “responsáveis”.

Com isso, tem-se a lógica neoliberal impondo as necessidades do mercado e buscando cada vez mais a diminuição do Estado e seu papel soberano⁸. Ademais, denota-se que há uma total

8 “A história de submissão às exigências dos credores e das instituições multilaterais como condições para a renegociação da dívida pública e todas as suas consequências – que constitui uma servidão da sociedade ao mercado – é amplamente conhecida, e escapa ao escopo deste ensaio. O controle da dívida pública – que crescera exponencialmente no período da crise do keynesianismo, em função de tentativas de se reativar o crescimento através do gasto público – se torna um canal de entrada e imposição antidemocrática de uma agenda mais ampla. Da defesa do neoliberalismo como única forma de democracia verdadeira em Hayek e Friedman até a sua

incongruência entre os modelos de austeridade e o Direito ao Desenvolvimento⁹.

A despeito dos antagonismos das perspectivas de políticas econômicas, não há como não se reconhecer que o desenvolvimento é um direito fundamental nacional e internacionalmente reconhecido, e que a sua promoção é atribuída e dependente da atuação do Estado, seja internamente, seja em conjunto e cooperação com outros Estados.

3. A CRISE DO ESTADO-NAÇÃO

Como acima abordado, o desenvolvimento socioeconômico – remédio ou pressuposto para diversas das patologias sociais e econômicas vivenciadas na atualidade – só pode ser alcançada através da atuação ativa do Estado. Esta atuação estatal, por óbvio, demanda a capacidade não apenas jurídica, como também material de formular políticas públicas e estabelecer planejamento socioeconômico e força para executá-lo.

Embora seja real e não desprezível a força e a influência do antagonismo exercido pelas doutrinas e práticas neoliberais sobre o direito fundamental ao desenvolvimento, o verdadeiro e maior desafio à sua concretização é a crescente perda da força do Estado-Nação na realização de suas políticas e mesmo na implementação e aplicação de suas normas, fenômeno este conhecido como crise do Estado-Nação ou como crise da soberania.

O conceito de soberania tem sido alterado conforme as configurações de poder na sociedade globalizada são alteradas. É facilmente notado que o Estado soberano clássico não existe num contexto internacionalizado.

No decorrer do século XX o Estado passou por reformas estruturais decorrentes de crises globais e constante mudança de seu papel perante a globalização.

Entende-se por globalização um fenômeno multidimensional de transnacionalização de fatores diversos como economia, cultura, trabalho, serviços e até a comunicação. Este fenômeno foi intensificado após a queda do muro de Berlim e com os avanços tecnológicos do final do século XX.

As primeiras alterações do papel do Estado deram-se no decorrer do período pós-guerra

imposição autoritária no caso chileno sob Pinochet e, posteriormente, nas políticas exigidas por credores e agenciadas por instituições multilaterais sem representação democrática alguma há uma trajetória que perpassa o Estado e sua ampla transição de um capitalismo monopolista sob seu comando para esta nova forma de gestão autoritária da esfera econômica e, sobretudo, da população – tendo a democracia contra, como um ente exterior e na metrópole como uma forma de alteridade. O caminho da servidão hayekiano culmina na servidão ao mercado” (MAGALHÃES, 2016, p. 47-48).

9 “O Estado de Austeridade, por sua vez, não carece de trocas entre a questão social e as questões da lei e da ordem, na medida em que afirma não existirem alternativas de combate à crise, a não ser as que residem numa transferência clara dos seus custos para a sociedade. Põe, deste modo, termo à ambivalência associada à avaliação dos mecanismos de proteção social, uniformizando sob o signo da austeridade o repertório de medidas da nova ordem social: impostos, cortes salariais, cortes nas pensões e subsídios, reforma do sistema de saúde, flexibilização negativa do direito do trabalho, etc.” (FERREIRA, 2011, p. 123).

com a criação da Organização das Nações Unidas e o fortalecimento do Estado-Nação em decorrência das políticas econômicas keynesianas que eram vigentes naquele momento.

No âmbito externo os Estados cederam parte de sua capacidade de autodeterminação e autorregulação em razão da criação de normas internacionais e que vincularam instantaneamente os Estados. Este movimento foi crescente após o surgimento da ONU, tendo como exemplo as normas e tratados da Organização Mundial do Comércio.

Este desenvolvimento do Direito Internacional perante as organizações mundiais serve para estabilizar o cenário internacional e criar um direito base para todos os países. Pode-se notar que a soberania sofre uma mudança drástica, ao menos como pensada uma visão mais tradicional quando de sua formulação¹⁰.

Este movimento de internacionalização das normas marca um ponto de crise da soberania do Estado-Nação. Neste cenário, o Estado delega suas funções e enfrenta uma crise em sua própria existência¹¹.

Essa entrega de funções do Estado-Nação para organizações multilaterais que se tornaram responsáveis por ditar normas e recomendações nas diversas áreas de atuação pública do Estado acaba por enfraquecer a razão de existência do Estado, tendo em vista que o mesmo já não exerce a função de criar a lei para seu povo e em seu território.

Cabe ressaltar o caráter ambíguo para o efeito da soberania do Estado-Nação frente a composição das organizações uma vez que há simultaneamente o reconhecimento da soberania dos Estados que compõe as organizações e a mitigação da soberania de cada um para que ratifiquem as instruções normativas indicadas por estas organizações.

Um exemplo é o capítulo 2 art.3º alínea b da Carta da Organização dos Estados Americanos¹². O dispositivo contido na Carta da OEA traz consigo ambos os pontos apontados anteriormente: estabelece como essencial o respeito à soberania e independência dos Estados e o cumprimento fiel das obrigações feitas no direito internacional.

Desta forma fica claro que há uma mitigação da capacidade normativa dos Estado dentro

10 “Nenhum observador do Direito Internacional moderno e também do desenvolvimento histórico da noção de soberania pode ignorar as transformações que o referido termo tem sofrido de forma mais contundente no decorrer deste século. A ideia de absolutização e perpetuidade da soberania, abordada pela primeira vez por Jean Bodin, se esvazia diante de normas internacionais “iuscogens”, isto é, normas que vinculam os Estados de forma imediata” (COLOMBO, 2014, p. 82).

11 “O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais (a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade – que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado” (FERRAJOLI, 2002).

12 “A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional”.

de seu território. Porém, a doutrina entende este movimento como fundamental para a própria sobrevivência do Estado¹³.

Ademais, no âmbito interno, o Estado passou por dois momentos de transformação no século XX. Num primeiro momento, houve um fortalecimento através da aplicação da teoria keynesiana, que tinha na centralização do Estado e no gasto público a resposta para estabilizar a economia, sendo os principais aspectos: a seguridade social; a busca pelo pleno emprego (aumento de oportunidades de trabalho) e as políticas sociais, com base na justiça distributiva.

Todos estes mecanismos da teoria do bem-estar social necessitavam de um Estado forte e centralizado. Este modelo foi amplamente seguido em boa parte do mundo até meados da década de 70, quando os novos ciclos de recessão e crises ao redor do globo levaram ao questionamento da validade prática de um modelo baseado em gastos públicos elevados.

Em um segundo momento, como resposta ao modelo keynesiano e ao modelo centralizador de poder no Estado, surgiu o debate acerca de um novo modelo econômico e político conhecido como neoliberalismo. Este novo modelo é o responsável pela completa reconfiguração do papel do Estado no fim do século XX e começo do século XXI.

O termo neoliberalismo surgiu como uma maneira de distanciamento do liberalismo clássico que era tido como o responsável pela crise de 1929. Porém, o ideário neoliberal para solucionar os problemas pouco difere do modelo clássico: baseia-se numa redução radical do Estado, a fim de assegurar a intervenção mínima na economia e garantir uma estabilidade e previsibilidade para o mercado.

Porém, com a evolução do neoliberalismo, percebe-se que a teoria vai além de um modelo econômico e passa a pautar toda a estrutura social e mesmo cultural, de tal sorte que a vida é pautada sob tal modelo de pensamento, fenômeno chamado de “economização”¹⁴.

A visão do *economization* permite uma maior compreensão das alterações estruturais do neoliberalismo, logo, ela será o objeto de análise deste trabalho. Através desta interpretação

13 Para se pensar a soberania, deve-se considerar que a soberania só pode existir paralelamente ao respeito e consideração de diversas outras soberanias. Logo, podemos afirmar que, na atualidade, a existência de Estado soberano depende do reconhecimento do pluralismo de ordenamentos soberanos, de diversos outros poderes políticos não estatais paralelamente ao poder do Estado. Na atualidade, é preciso considerar a interdependência que existe entre os poderes estatais e transnacionais e a existência de uma sociedade mundial (DIAS, 2011, p. 62).

14 “A primeira pensa o neoliberalismo como uma política de classe inspirada em uma ideologia econômica que busca ampliar a mercadorização, dando origem a formas de “acumulação por espoliação”. Enfatizam-se a expansão e a renovação dos mercados globais, da privatização, da financeirização, dos modelos de gestão e de exploração do trabalho, expandindo as áreas e intensificando as formas de acumulação capitalista.[...] A segunda explicação enfatiza, no neoliberalismo, o fenômeno da “economization”, ou seja, a promoção não apenas da expansão dos mercados per se, mas do modelo de mercado, com a difusão da concorrência, da forma empresa e de técnicas econômicas de avaliação e ranqueamento para esferas da vida fora do mercado. O foco recai nas lógicas normativas e institucionais, e a dominação de classe e a financeirização são vistas mais como resultado que como causa dessa transformação da racionalidade política. Busca-se compreender assim a reestruturação do Estado, das instituições, das empresas e das disposições subjetivas” (ANDRADE, 2019, p. 112).

foucaultiana, tem-se que a ideia de que a lógica do mercado toma as estruturas que compõe toda sociedade, de tal maneira que há uma *economização* da lógica do Estado e das relações governo-sociedade.

Essa é a segunda grande reforma do Estado-Nação, que passa a ser visto como um Estado-Empresa, o qual terá de seguir as lógicas do mercado. Isso significa buscar superávits orçamentários, reduzir custos e tratar como mercadoria todo arcabouço de direitos sociais que foram garantidos pelo ordenamento jurídico.

Em decorrência dessa nova ideia do neoliberalismo, governos ao redor do mundo testaram as medidas de austeridade neoliberais para obterem uma saída das crises fiscais que assolaram o globo no final do século XX. A América Latina foi um grande palco para estes experimentos.

Assim, percebe-se que a Crise do Estado ocorre em decorrência de uma falha em situar-se perante o avanço da globalização e a internacionalização das tomadas de decisão por um lado, e pela lógica do neoliberalismo de reduzir seu poder soberano em seu território frente ao mercado¹⁵.

Ademais, o jurista José Eduardo Faria aponta que a evolução da globalização e a intensificação do mercado colocam em xeque as capacidades do Estado-Nação em impor a sua ordenação, pois em uma realidade globalizada é cada vez mais difícil ao Estado autoderminar-se através de políticas democráticas, vez que a prevalência da democracia leva, inexoravelmente, ao desalinho com as pressões da integração econômica globalizada¹⁶.

Denota-se do raciocínio do autor a maneira como a integração exigida pela globalização e pela lógica da economização do neoliberalismo acabam por contrariar os preceitos de soberania que são pressuposto necessário à atuação do Estado.

Faria (2017, p. 57) encontra fundamento para esta situação a desterritorialização dos mercados, a flexibilização dos paradigmas técnico-produtivos e a unificação dos espaços mundiais de circulação de capitais, todos movimentos intensificados na passagem do século XX para o século XXI em resposta aos movimentos de globalização.

Estes novos movimentos inauguram uma lógica que tira a tomada de poder e a determinação de paradigmas normativos regulatórios do âmbito do Estado-Nação, uma vez que as

15 “Nesse sentido, Nilton José de Souza Ferreira alerta que no cenário internacional, o Estado democrático está deixando de exercer as funções que antes exercia. Isto se deve ao fato de que a globalização provoca a degradação das instituições e da vida política. Pouco a pouco o Estado perde os meios que detém para o exercício de seu poder soberano em decorrência da lógica de mercado e das aspirações econômicas. Criam-se por todo o planeta zonas alheias ao Direito, em que os grandes investidores financeiros detêm um enorme poder, em detrimento da força estatal” (FONSECA, 2011, p. 11).

16 “Trata-se, em suma, de um trilema político fundamental: a intensificação da globalização econômica é incompatível com a autodeterminação nacional e com políticas democráticas; por sua vez, a conservação e o aprofundamento da democracia nos leva a ter de optar entre Estado-nação ou integração econômica internacional; por fim, a opção pela manutenção do Estado-nação e pela autodeterminação nacional nos leva a ter de escolher entre aprofundar a democracia ou aprofundar a integração dos mercados em escala global” (FARIA, 2017, p. 58).

normas dos mercados internacionais se impõem para que haja a integração no próprio mercado globalizado (FARIA, 2017, p. 58).

Com a crise do Estado-Nação, como acima descrito, o elemento fundamental do desenvolvimento socioeconômico consistente na atuação ativa e planejada do Estado, tanto interna quanto internacionalmente, para a consecução desse objetivo resta prejudicado. Sem a participação do Estado, na normatização, fomento e direcionamento do desenvolvimento, as forças econômicas tendem a promover mero crescimento concentrado e não desenvolvimento.

4. AS DÍVIDAS SOBERANAS: UMA ANÁLISE ACERCA DA AUSTERIDADE E DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O presente capítulo apresenta-se como um ponto de encontro entre as temáticas trabalhadas no presente artigo. Como aspecto principal tem-se a crise do Estado e o endividamento maciço em face das crises econômicas mundiais enfrentadas no final do século XX e início do século XXI.

Em razão deste aspecto será analisada a condição de soberania dos Estados-nação frente as negociações de suas dívidas soberanas e os pacotes de ajustes fiscais de caráter austero impostos por credores, que colocam em xeque todo processo decisório de planejamento do direito ao desenvolvimento aplicável dentro de cada país.

Faz-se necessária a compreensão da dívida soberana como a terminologia utilizada na doutrina para dívida pública externa. Tal dívida é enxergada pelo sistema financeiro como qualquer outra advinda do capital privado, sendo assim, está submetida a mesma lógica e consequências.¹⁷

Os sintomas clássicos apresentados por Mankiw é visível em todos os cenários de crises econômicas. Os governos realizam medidas anticíclicas com o objetivo de manter controlado o valor de sua moeda e buscar um superávit momentâneo em sua balança comercial.

Essas medidas anticíclicas funcionam para injetar dinheiro no setor privado e na própria sociedade. O exemplo deste pacote econômico¹⁸ é a política adota pelo governo Biden nos Estados Unidos da América que elevará sua dívida interna buscando fomentar o retorno da economia no período pós crise do covid-19.

Porém, denota-se que a capacidade de solvência dos Estados Unidos da América impede que haja uma grande queda do valor de sua moeda ou um aumento expressivo da taxa de juros. Este movimento de aumento da taxa de juros e a queda do valor da moeda é consequência da quebra do

17 “Quanto maior o nível de dívida do governo, maior a tentação de inadimplência. Assim, à medida que a dívida do governo aumenta, os investidores internacionais podem passar a temer a inadimplência, e cortam os empréstimos. Se essa perda de confiança ocorre de repente, o resultado podem ser sintomas clássicos de fuga de capital: um colapso do valor da moeda e um aumento das taxas de juros” (MANKIW, 2004, p.278).

18 Os planos por trás dos pacotes de US\$ 6 tri de Biden. **Agência O Globo**. Rio de Janeiro. 09 de maio de 2021. Disponível em: <https://exame.com/mundo/os-planos-por-tras-dos-pacotes-de-us-6-tri-de-biden/>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

chamado “estado de confiança”, elemento apontado como Keynes como fundamental para a tomada de decisão dos agentes econômicos.¹⁹

O estado de confiança é determinante na análise macroeconômica e do comportamento dos agentes. Porém, a maior contribuição deste conceito está na análise frente as dívidas públicas, onde a quebra do estado de confiança gera a expectativa do *default*²⁰, ou seja, a declaração de inadimplência.

É seguro afirmar que o default é o ápice de uma crise externa em relação a dívida soberana pois resulta em processos internacionais e execução por parte de credores, como foi visto na Argentina no começo dos anos 2000 e nos países europeus pós crise do *subprime*.

A partir da incapacidade do Estado em honrar sua dívida soberana iniciam-se as medidas fiscais que majoritariamente são políticas de austeridades que suspendem o desenvolvimento nacional em nome de uma maior responsabilidade fiscal. Estes fatos usurpam do Estado-nação o poder de determinação de qualquer política que represente a vontade de seu povo, ou até mesmo de assegurar os direitos estabelecidos em seu próprio ordenamento, tornando-se um Estado sem finalidade.

Além disso, esse momento de default é fundamental para entender a lógica dos títulos de dívida pública que os países emitem com o intuito de buscar capital externo e amenizar sua crise econômica interna.

Estes títulos de dívida emitidos por países em crises com baixo índice de solvência ou com o estado de confiança fragilizado são tidos como “papéis podres” dentro do mercado financeiro. Esta terminologia origina os chamados fundos abutres, que são agentes econômicos que buscam a compra desses papéis podres para ter uma margem de lucro elevada após a execução do título na esfera internacional.

Para compreender os efeitos dos fundos abutres e as medidas impostas pelas instituições multilaterais em cenários de reestruturação de dívida soberana serão analisados os casos de países europeus vinculados ao Banco Central Europeu e o caso da Argentina.

19 “Por um lado, o colapso no estado de confiança reduz a renda esperada dos rendimentos dos bens de capital, reduzindo, portanto, a eficiência marginal do capital. Por outro lado, um colapso no estado de confiança amplia a preferência pela liquidez, o que, para uma dada oferta de moeda, tende a elevar a taxa de juros. Essa combinação de queda na eficiência marginal do capital com ampliação da taxa de juros é a responsável pela queda dos investimentos e da demanda agregada do sistema.” (SILVA, CURADO. 2019. p.55)

20 “Resultados fiscais frágeis ou considerados insustentáveis no tempo deterioram as expectativas dos agentes quanto ao futuro da economia. Situações fiscais graves podem levar, no limite, ao surgimento de expectativas de default, ou, em casos menos graves, a duros ajustes fiscais que via de regra reduzem o nível de atividade econômica e as expectativas de lucros futuros dos empresários. Objetivamente, utilizam-se como determinantes fiscais do estado de confiança o déficit público elevado, especialmente quando associado a um alto estoque de endividamento público e ao crescimento da relação entre dívida pública e produto. Essas variáveis são relevantes para explicar um processo de deterioração do estado de confiança, especialmente em países com histórico de fragilidade nas contas públicas” (SILVA, CURADO. 2019. p.61)

A situação dos países europeus ocorreu após a chamada crise do *subprime*. O cenário após a crise americana do *subprime* foi catastrófico economicamente em diversas regiões do globo. Não apenas os países que possuíam a economia dolarizada sofreram impactos diretos.

O jurista José Eduardo Faria salienta²¹ que este momento instalou uma crise soberana em escala global. Diversos países foram submetidos a reformas fiscais e políticas para reestruturação de dívida, num movimento de total mitigação do poder decisório sobre suas políticas.

No continente Europeu, houve um abalo no estado de confiança dos países, acarretando um completo descontrole das dívidas soberanas e das finanças públicas. Entre os países que cabem destaque para este trabalho a Grécia, que teve sua relação entre dívida bruta e o PIB em 160% entre 2010 e 2013, alcançando o nível de 180% em 2015.

Neste cenário de caos econômico, os países europeus submeteram-se ao pacote estabelecido pela *troika*, termo que corresponde ao grupo formado pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e o FMI, que ao oferecer a ajuda nas negociações e na própria retomada econômica dos países estabeleceu medidas de controle fiscal e até mesmo a mudança de governo.²²

A situação Grega merece destaque em razão das políticas impostas pela *troika*. O grupo multilateral impôs medidas rígidas de controle fiscal e austeridade com o objetivo de satisfazer os credores privados que detinham títulos da dívida grega. O resultado foi um desconto de 100 bilhões de euros, com o cálculo de reduzir a dívida grega de 160% para 120% do PIB até 2020. O preço desta negociação foi a troca do governo grego democraticamente eleito por um grupo tecnocrata selecionado pela *troika*, caracterizando um claro rompimento da soberania da vontade popular grega.

Porém, a situação grega não avançou como planejado, sendo necessário outro resgate do país através do Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira, com novas condições.

Estas medidas de austeridade levaram o partido de esquerda Syriza ao poder em 2015. O

21 “Em um curto período de tempo, o que começou como uma bolha especulativa do setor imobiliário norte-americano, mais precisamente com a concessão de crédito a quem não tinha rendimento suficiente para adquirir casa própria, converteu-se posteriormente numa crise de dívida soberana, iniciada na Islândia e seguida pela Lituânia e Hungria, e culminou não apenas numa crise econômica de alcance global mas, acirradas igualmente, numa crise do Estado, abrindo, com isso, caminho para discussões sobre a reconfiguração de seus papéis e atribuições”. (FARIA, 2017. p.33)

22 “A consequente decisão alemã de não resgatar a dívida grega promoveu a extensão do risco de insolvência aos países periféricos europeus, fazendo os juros subirem e a dívida desses países disparar. Os empréstimos feitos pela *troika* (bce, Comissão Europeia e fmi) para o resgate deles foram acompanhados da imposição de drásticas medidas de austeridade, levando à contração econômica e ao aumento ainda maior da dívida, criando a necessidade de novos empréstimos. O exemplo da dívida pública grega, constituída ao longo das décadas de 1980 e 1990 e agravada com as decisões alemãs e europeias após a crise de 2008, foi, no entanto, utilizado como propaganda global contra as alegadas ameaças do keynesianismo e seus riscos orçamentários. Tal fantasma permitiu que as dívidas públicas de diversos governos, constituídas a partir do resgate do setor financeiro privado, fossem rebatizadas como despesas públicas descontroladas, dando origem à radicalização de medidas neoliberais como saída para a crise que elas mesmas tinham desencadeado”. (ANDRADE, 2019, p.122)

novo governo prometia a retomada do poder decisório grego, porém, enfrentou diversos problemas frente as imposições da *troika*.

O partido revolucionou em sua chegada ao poder. Deixou de pagar uma parcela da dívida de 1,6 bilhões de euros ao FMI e convocou um plebiscito para decidir se continuaria a cumprir as medidas de austeridade postas pelos credores. O resultado não poderia ser diferente, o não venceu por mais de 2/3 dos votos.

Contudo, as represálias do FMI e do Conselho Europeu não permitiram que o sonho de soberania do Syriza sobrevivesse. Após a ameaça de sua retirada da zona do euro, a Grécia ficou rendida as pressões políticas do Conselho Europeu e aceitaram uma reformulação nos termos da reestruturação da dívida. O preço foi novamente a cessão completa de poder sobre reformas burocráticas em seu país e uma fiscalização ainda mais severa das contas públicas.

Faria aponta que “o resultado disseminou a ideia de que, nas crises financeiras, quem manda e decide são os credores, e não os eleitores” (FARIA, 2017, p.99). O processo grego de negociação da dívida soberana demonstra claramente a quebra total da soberania do Estado-nação frente aos agentes internacionais, em destaque os do mercado financeiro.

Constata-se que a Grécia não possui em sua estrutura de poder soberano nenhum dos aspectos fundamentais: a soberania popular foi oposta pela vontade dos credores; sua soberania não é absoluta, nem permanente, tendo em vista que toda sua política fiscal é determinada por outrem, ao passo que se submete a fiscalização para comprovar uma conduta correta.

Já no segundo caso, a crise econômica Argentina tem relação direta com a Ditadura que foi instaurado no país entre 1976 e 1983. Neste período observou-se um crescimento similar ao denominado “milagre econômico” brasileiro, ambos financiados pelo Plano Colombo e baseados em altos índices de endividamentos público.

No caso argentino denota-se o momento histórico que sucede o Conselho de Washington, que resulta na adoção de diversas medidas neoliberais, dentre as quais merecem destaque: abertura comercial; privatização de estatais; redução de gastos públicos; estímulo ao investimento estrangeiro direto e o câmbio de mercado.

A Argentina inicia a implementação das medidas neoliberais durante os anos finais do período ditatorial e vê sua dívida externa disparar de 11,7 bilhões de dólares em 1977 para 45 bilhões de dólares até o final de 1983, momento que marca o fim da ditadura.

Com o fim da ditadura, tem-se a eleição do presidente Carlos Menem, que realiza diversas alterações legais para continuar a implementação das medidas sugeridas pelo Conselho de Washington, buscando conter a inflação doméstica.²³

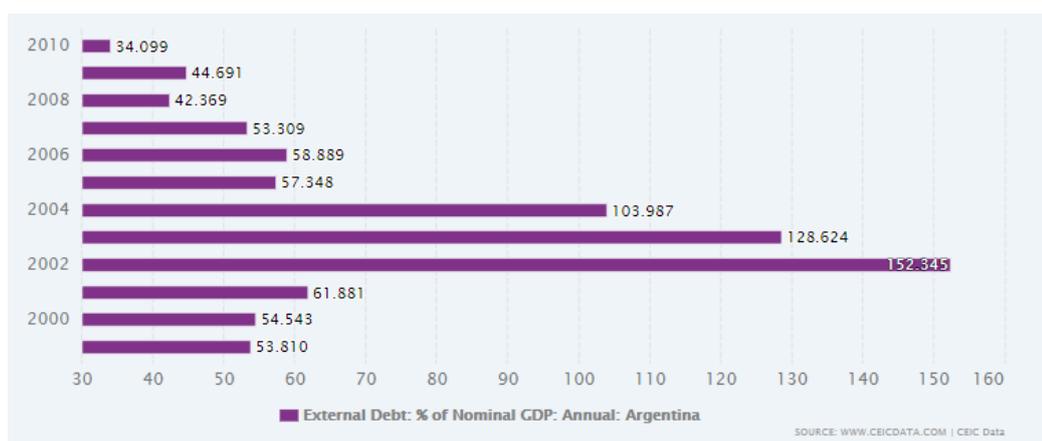
23 “A primeira se refere a Lei de Emergência Econômica, que suspendia subsídios e regimes de incentivo, além de

As medidas adotadas pelo presidente não surtem o efeito esperado, acarretando num novo pacote de leis para impulsionar a economia que ficaram conhecidos como Plano Cavallo. Este Plano Cavallo foi responsável pela dolarização da economia argentina, fator fundamental na posterior crise da dívida soberana.

Com a economia dolarizado houve o crescimento constante da dívida soberana Argentina, que atingiu seu pico nos anos 2001/2002. Diante da situação de calamidade pública frente ao desemprego e a inflação, o governo argentino declara moratória da dívida soberana no valor de 102 bilhões de dólares após uma tentativa frustrada de negociações com o FMI.

Para a compreensão de maneira geral dos efeitos do *default* na dívida externa argentina tem-se este gráfico que apresenta a representação da dívida externa em relação ao percentual do PIB:

Figura 1 - Percentual da dívida pública em relação ao PIB da Argentina período 1999 - 2010. Fonte: CEIC



É notável o salto que o percentual representou nos anos de 2002-2004, seguidos de uma queda representada pelo retorno das negociações para reestruturar a dívida Argentina pelo governo de Néstor Kirchner. Em uma clara tentativa de retomada de poder decisório, o governo argentino comprometeu-se a pagar os das dívidas soberanas.²⁴

Apesar da negociação ser bem-sucedida com 90% dos credores, um grupo minoritário liderado pela NML Capital Limited, subsidiária do fundo norte-americano Elliot Capital Management, recusou-se a participar da reestruturação da dívida, litigando judicialmente nos

flexibilizar a demissão de funcionários públicos; a segunda compreende a Lei de Reforma do Estado, que impunha uma lista das principais empresas estatais que necessitavam ser privatizadas; a terceira que cumpre ser apresentada neste trabalho se refere a Lei Nacional do Trabalho 24.013, promulgada em novembro de 1991. Com essa lei, por meio de contratação temporária e redução de encargos sociais, o governo buscou mais investimentos e empregos.” (RIBEIRO, 2019, p.25).

24 “Apesar disso, como consequência do maior calote da história argentina, ocorrido em 2001, havia 81,8 bilhões de dólares não pagos em títulos nas mãos de credores privados. Nesse contexto, o governo de Néstor Kirchner promoveu, em 2005 e 2010, processos de reestruturação da dívida que envolveram uma redução de cerca de dois terços do valor dos títulos e que foram aceitos por mais de 90 por cento dos detentores de títulos não pagos, em uma das operações de troca mais importantes da história financeira internacional.” (ROSSI, 2016, p.186)

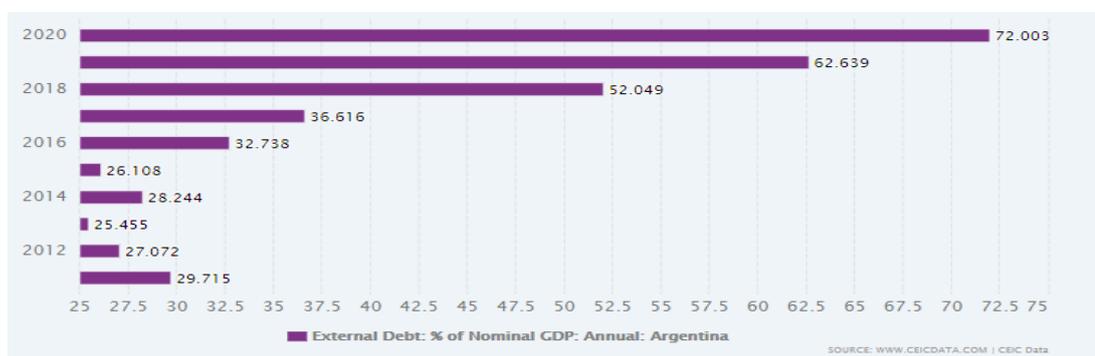
Estados Unidos o pagamento integral de seus títulos, que representavam 1,6% do total de credores dos títulos.

Na referida ação judicial o Tribunal de Nova Iorque deu uma decisão favorável ao fundo, impedindo o plano de reestruturação da dívida proposta pelo governo argentino. Posteriormente, em 2015 o governo Macri voltou a negociar com o fundo NML. Macri e aceitou a imposição, negociando uma redução de apenas 27% da dívida, que viria a ser reduzida posteriormente para 22,5%. Este acordo estabelecido por Macri com os fundos abutres também marca uma violação à soberania interna argentina.²⁵

Ao ser obrigado a revogar a lei do ferrolho por imposição do acordo firmado com os fundos abutres fica clara a maneira como a soberania interna foi fragilizada perante agentes econômicos internacionais.

Esta crise assinala violações diretas as liberdades instrumentais conceituadas por Sen, principalmente duas delas: as facilidades econômicas e as oportunidades sociais. Ambos representados pela desvalorização da economia e da moeda argentina.

Figura 2 - Percentual da dívida pública em relação ao PIB da Argentina período 2011 - 2020. Fonte: CEIC



O gráfico acima demonstra como a renegociação da dívida soberana argentina diminuiu a sua relação percentual com o PIB. Porém, o governo Macri utilizou de empréstimos junto ao FMI para fazer suas reformas e acabou por agravar ainda mais a situação da dívida soberana.

Da mesma forma que é possível observar um grande salto no gráfico no ano de 2020, que corresponde a tentativa de Alberto Fernández de reestruturar a dívida soberana com prazos maiores para assegurar o desenvolvimento de seu país.

Ademais, em decorrência das arbitrariedades que ocorreram no julgamento da execução da

25 “O acordo também exigiu que o Congresso da Nação revogasse a “lei ferrolho” (que estabelecia que o Estado não poderia oferecer aos fundos abutres uma oferta melhor que aquela de 93% feita aos credores que concordaram em reestruturar suas dívidas nas trocas de 2005 e 2010) e o pagamento soberano (que determinava que, em vez do Banco de Nova Iorque, fosse nomeada a Nación Fideicomisos como agente fiduciário para tais pagamentos). A lei que aprova o acordo, sancionada em 30/3/2016, autoriza uma emissão de 12,5 bilhões de dólares em títulos públicos, a maior entre as economias em desenvolvimento dos últimos vinte anos” (ROSSI, 2016, p. 188)

dívida soberana da Argentina e dos países da periferia europeia, a comunidade internacional percebeu a necessidade da elaboração de um documento multilateral, com o intuito de impedir que o direito ao desenvolvimento nacional fosse posto em xeque por uma dívida privada e pelo enfraquecimento da soberania nacional.

A Assembleia Geral da ONU aprovou em 2015 a Resolução 319/69²⁶, que definiu os princípios básicos para a reestruturação de dívida soberana, sendo eles: o direito soberano de iniciar o processo de reestruturação de dívida soberana; a imunidade soberana; o tratamento equitativo dos credores; a reestruturação por maioria qualificada; a transparência; a imparcialidade; a legitimidade; a sustentabilidade; o respeito aos direitos humanos e a boa-fé nas negociações.

Analisando os casos expostos no presente trabalho, denota-se que o documento trata de pontos que foram violados em cada situação: o tratamento equitativo entre credores, a reestruturação por maioria qualificada e a imunidade soberana no caso da Argentina; a imparcialidade, a sustentabilidade e a imunidade soberana no caso da Grécia.

Além disso, estes dispositivos dialogam com a necessidade de proteção da soberania e de garantir o poder auto regulatório. O princípio da sustentabilidade permite que o país durante seu processo de reestruturação de dívida soberana possa promover o desenvolvimento dentro de seu país, de maneira que o pagamento da dívida não impeça a preservação dos direitos sociais.

Cabe apontar que além do dispositivo internacional, a Bélgica foi pioneira ao incluir em seu ordenamento jurídico uma lei para proteger o país de fundos abutres²⁷, a lei antiabutres²⁸.

A lei define os seguintes critérios para compreender se está diante de um fundo abutre em busca de vantagens ilegítimas: O credor é baseado em um paraíso fiscal? O devedor estava insolvente no momento da recompra da dívida? O credor tem um histórico de processos semelhantes? O devedor tomou parte na reestruturação da dívida que o credor recusou? Quais são os impactos socioeconômicos do pagamento do valor exigido sobre o devedor?

A inovação legislativa belga é louvável para combater as assimetrias econômicas em razão de endividamento e títulos podres. Este modelo de norma deveria ser adotado para os países “em desenvolvimento” pois traria mecanismos para afastar os fundos abutres em momentos de recessão econômica, como o período posterior a crise do covid-19 que exigirá uma atuação de endividamento público para retomar o desenvolvimento.

26 Resolution adopted by the General Assembly on 10 September 2015 **69/319. Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes**. Disponível em: [A/RES/69/319 - E - A/RES/69/319 -Desktop \(undocs.org\)](https://undocs.org/A/RES/69/319-E)

27 **12 JULIO DE 2015**. – Ley relativa a la lucha contra las actividades de los “fondos buitres” Disponível em: <https://www.cadtm.org/Ley-relativa-a-la-lucha-contra-las#nb1>

28 “A proposta belga buscou traçar um quadro legal para identificar e evitar “vantagens ilegítimas”, caracterizadas pela alta desproporção entre o montante reclamado pelo credor e o valor nominal de face da dívida. Essa lei retira os incentivos para que os fundos abutres iniciem ações judiciais, pois estes não poderão recuperar créditos acima do preço de mercado pelo qual compraram a dívida nos mercados secundários” (FERNANDES, 2018, p.33)

5. CONCLUSÃO

A elaboração dos Princípios Básicos da Reestruturação de Dívida Soberana marca um controle multinacional para conter a ação predatória dos fundos abutres e do capital internacional quanto aos países endividados. Uma tentativa de retomada de poder decisório por parte dos países e assegurar a soberania do Estado-nação perante a reconfiguração do papel do Estado no âmbito internacional frente ao processo de economização do neoliberalismo.

Tal tentativa do Estado-Nação de manter-se ativo no planejamento e execução do desenvolvimento socioeconômico, que antes fora mitigado nos processos de reestruturação de dívida soberana como analisados neste trabalho, é um marco da adaptação do Estado aos efeitos da globalização e da relação de poder com os novos agentes internacionais.

O direito ao desenvolvimento, tratando-se de um direito fundamental e básico para o sujeito denota uma urgência na evolução dos dispositivos no âmbito do direito interno, em semelhante com a inovação belga, para conter a atuação de fundos abutres e o surgimento de novos processos abusivos de reestruturação de dívida, que venham a impedir o desenvolvimento em sua completude como abordado por Sen.

A crise do Estado-nação perante a economização do neoliberalismo e a crescente tomada de poder pelos organismos multilaterais deve ser freada pela mitigação de soberania para a composição de documentos relevantes no direito internacional, de tal maneira que é necessária a adaptação do poder decisório internacional para poder estabelecer a soberania absoluta no âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Pereira Daniel. **Neoliberalismo: Crise econômica, crise de representatividade democrática e reforço da governamentalidade**. Novos Estudos: São Paulo. Vol. 39 n.1 Jan – abril 2019. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/113/#5cf94173b83ac>. Acesso em: 06 de junho de 2021.

COLOMBO, Silvana. **A relativização do conceito de soberania no plano internacional**. Revista Direito e Inovação. Frederico Westphalen, v.2 n.2, Jul. 2014. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/view/199>. Acesso em: 4 de junho de 2021.

DIAS, Daniella S. **Soberania: a legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos**. Revista de informação legislativa. Brasília. v. 48, n. 192, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242929>. Acesso em: 6 de junho de 2021

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, António Casimiro. **A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção**. Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra. Vol. 95 – 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/4417>. Acesso em 14 de junho de 2021.

MAGALHÃES, Felipe Nunes Coelho. **O espaço do Estado no neoliberalismo: elementos para uma redefinição crítica**. GEOgraphia. Rio de Janeiro. Ano 18 nº 37. 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia**. 5ª ed. LTC: Rio de Janeiro, 2004.

RIBEIRO, T. **Neoliberalismo na Argentina e sua contribuição para a crise de 2001**. Monografia – Relações Internacionais, Universidade Federal do Tocantins. Porto Nacional. 2019.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 193-216.

ROSSI, Julieta. **Reestruturação de dívidas soberanas, desenvolvimento nacional e direitos humanos**. Revista Internacional de Direitos Humanos. Ed. 23. 2016, Disponível em: <https://sur.conectas.org/reestruturacao-de-dividas-soberanas-desenvolvimento-nacional-e-direitos-humanos/>;

SILVA, Guilherme Ricardo dos Santos Souza e; CURADO, Marcelo Luiz. **Estado de confiança e política econômica anticíclica em um modelo macroeconômico keynesiano**. Análise Econômica. Porto Alegre. vol.37 nº 73 – jun. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomico/article/view/72408>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

SPONTON, Leila Rocha. **Direito ao desenvolvimento: desenvolvimento econômico, político e social**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50575/direito-ao-desenvolvimento-desenvolvimento-economico-politico-e-social>. Acesso em: 11 de junho de 2021

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval; GARCIA, Manuel Enrique. **Fundamentos de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

UBERIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Deborah Francisco RIBEIRO¹
Luis Fernando Garcia SOUZA²

RESUMO

A presente pesquisa analisa a ausência de direitos trabalhistas dos trabalhadores autônomos no atual ordenamento jurídico brasileiro, com foco no estudo do novo fenômeno da uberização das relações de trabalho e dos impactos nesse setor trazidos pela pandemia do Covid-19. Assim, o artigo possui por objetivo analisar essa mudança nas relações de trabalho e as suas consequências aos trabalhadores informais, bem como relacionar o aumento do trabalho autônomo com a pandemia. Desse modo busca-se demonstrar o desamparo legal vivenciado pelos trabalhadores autônomos, assim como também se evidencia que essa classe de trabalhadores está sofrendo uma precarização de seus direitos. Por fim, conclui-se que há uma grande necessidade de regulamentação do trabalho informal, a fim de consolidar direitos trabalhistas aos trabalhadores autônomos e informais, bem como resta demonstrado que as manifestações sociais são de grande importância para a conquista de tais direitos. Para a realização do artigo utiliza-se o método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhadores Autônomos. Uberização. Direitos Trabalhistas. Pandemia.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the absent of labor rights of self-employed in the current Brazilian legal system, focused in the study of the new uberization phenomenon in the work relations and the impacts in this sector bring by the Covid-19 pandemic. Thus, the article had the objective of analyzing the change in the work relations and its consequences to the informal workers, as well as relate the increasement of the self-employment within the pandemic. This way, it is demonstrated the legal helplessness lived by these workers, as well as it is demonstrated that they are suffering a precariousness of theirs rights. Finally, this study concludes that here is a big necessity of self-employment regulation, in order to consolidate labor rights to these workers, and further it treats the importance of social manifestations to reach their goals. To this article, the deductive hypothetical method is used.

KEYWORDS: Self-employed. Uberization. Labor Rights. Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem enfoque interdisciplinar, relacionando questões entre Direitos Fundamentais e Direitos Trabalhistas, tendo como especificidade o diálogo entre a ausência de direitos trabalhistas aos trabalhadores autônomos e informais, a uberização das relações de trabalho e os impactos da pandemia do Covid-19 nesse setor.

Nesse viés, tem-se que o Brasil, hodiernamente, enfrenta crises de ordem sanitária e

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pesquisa principalmente sobre Direito, Gênero e Feminismos e sobre Direitos Humanos e Fundamentais.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiário da Câmara Municipal de Palmital/SP e do Escritório de Advocacia Menezes, Oliveira e Montechesi. Pesquisa principalmente sobre Direitos Humanos e Fundamentais.

econômica, as quais tem impactado diretamente as relações de trabalho, principalmente por conta do alto nível de desemprego que assola o país. Esse cenário promoveu uma grande mudança no modelo de trabalho, haja vista que os serviços informais deixaram de ser uma fonte de renda extra e passaram a ser a única fonte de subsistência.

Assim, a uberização é o fenômeno pelo qual as relações tradicionais de emprego foram alteradas para o trabalho autônomo ofertado por aplicativos, os quais servem de intermediadores entre o cliente e o prestador de serviços. Insta salientar que os aplicativos deixam em evidencia que eles não são os fornecedores, mas apenas mero intermediadores nessa prestação de serviços.

Contudo, o que se percebe é que há uma ilusão nesse novo modelo de trabalho, no qual os trabalhadores acreditam estarem conquistando flexibilidade e liberdade em seus trabalhos, iniciando seu próprio negócio, quando na verdade precisam repassar altas taxas aos aplicativos, e se veem com baixa remuneração, jornada exaustiva de trabalho, ausência de férias, de intervalo intrajornada e de descanso remunerado, revelando, portanto, uma severa precarização dos direitos trabalhistas.

Diante disso, o objetivo do presente artigo foi analisar essa mudança nas relações de trabalho e os impactos que elas trazem aos trabalhadores, bem como relacionar o aumento do trabalho informal com a atual pandemia do Covid-19, visando entender como que o coronavírus contribuiu com esse novo fenômeno.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo da premissa geral de que não há previsão de direitos trabalhistas aos trabalhadores autônomos no ordenamento jurídico atual, com enfoque no estudo da uberização das relações trabalhistas e seus impactos para os trabalhadores, para a premissa específica da necessidade de previsão de direitos básicos para essa classe de trabalhadores na legislação pátria. Ademais, para isso foi utilizado como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica de doutrinas e artigos científicos, bem como o estudo do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente da Constituição Federal e da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Desse modo, esse artigo está dividido em cinco sessões, sendo essa introdução a primeira e as considerações finais a última. Ademais, na segunda sessão foi abordado o conceito de uberização e a realidade dos trabalhadores informais durante a pandemia, associando essas questões aos direitos fundamentais. Na terceira sessão, por sua vez, analisou-se a situação dos trabalhadores informais diante perante a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Enquanto que na quarta sessão discorreu-se sobre as manifestações sociais sobre os trabalhadores informais e a importância das mesmas para a aquisição de direitos para essa classe de trabalhadores.

2. O CONCEITO DE UBERIZAÇÃO E A REALIDADE DA CLASSE TRABALHADORA

INFORMAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em primeiro plano, cumpre elucidar que o conceito de Uberização nasce a partir do aumento do surgimento de aplicativos que fazem essa intermediação entre o cliente e o serviço prestado, como uma consequência da expansão tecnológica na sociedade moderna. Assim, o termo deriva da empresa Uber, a qual foi uma das pioneiras desse setor e é marcada pela liberdade e flexibilidade de seus motoristas, modelo esse que foi seguido pelos demais aplicativos do seguimento.

Nesse sentido, a Uberização pode ser entendida como um fenômeno que alterou as relações tradicionais de emprego para o trabalho autônomo ofertado por aplicativos que promovem um intermeio entre o consumidor e a prestação de serviço, deixando claro que não são eles os verdadeiros fornecedores:

O desenvolvimento de forças produtivas para proceder a valorização do valor dá origem a fenômenos de proporções globais como a relativamente recente “uberização” do trabalho, termo de referência ao pioneirismo da empresa Uber em relação ao seu particular modelo de organização do trabalho. A Uber desenvolveu uma plataforma digital disponível para smartphones que conecta os clientes aos prestadores de serviços. A empresa atua na promoção de atividades de transporte urbano e difere dos demais concorrentes do segmento por meio de elementos como: preço mais acessível em relação aos táxis convencionais; vinculação do percurso ao trajeto indicado no GPS da telefonia móvel; maior capacidade de controle sobre o prestador de serviço; e pagamento do serviço de transporte diretamente lançado no cartão de crédito do passageiro. Sem qualquer vínculo empregatício, os motoristas da Uber trabalham como profissionais autônomos e assumem diversos riscos para oferecer o serviço, detendo quase a totalidade dos meios de produção necessários à execução da atividade e por eles integralmente se responsabilizando. (FRANCO; FERRAZ, 2018, p. 845)

Entretanto, embora pareça um tipo de trabalho simples e normal, esse novo modelo de emprego trata-se de uma grande exploração da mão de obra, pois revela uma precarização do trabalho, diante da ausência de responsabilidade das empresas de aplicativo, da perda das garantias e do desamparo legal dos trabalhadores.

Em linhas gerais, o trabalhador fica amplamente desprotegido:

Trata-se do fenômeno da Uberização das relações de trabalho, através da qual, há uma exploração da mão de obra, por parte de poucas e grandes empresas que concentram o mercado mundial dos aplicativos e plataformas digitais, que tem como principal característica, a ausência de qualquer tipo de responsabilidade ou obrigação em relação aos “parceiros cadastrados”, como são chamados os prestadores de serviços. Isto porque deixam claro que têm como objeto, a prestação de serviços de tecnologia, contratados pelos “parceiros” (CARTA CAPITAL, 2019).

Inicialmente, esse tipo de emprego surgiu como uma fonte de renda extra aos cidadãos, parecendo bastante atrativa por conta da autonomia, da flexibilidade, do retorno imediato e da sensação de empreendedorismo, promovendo um grande crescimento do mercado (CARTA CAPITAL, 2019). Contudo, rapidamente notou-se uma migração do trabalho formal para o autônomo, o qual deixou de ser renda extra e passou a ser a fonte principal de subsistência dos

trabalhadores.

Aliado a isso, as crises sanitária e econômica que o país enfrenta também contribuíram para que o trabalho informal passasse a ser a principal e/ou única origem de proventos dos brasileiros, haja vista a alta taxa de desemprego do país, a qual atingiu 14,6% da população brasileira no segundo trimestre de 2021, de acordo com dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Importante ressaltar que se considera desempregada aquela pessoa com idade para trabalhar, isto é, acima de 14 anos, que está disponível e à procura de um emprego, mas ainda assim não estão trabalhando (IBGE, 2021). Percebe-se, portanto, que esse percentual de desempregados diz respeito a pessoas que estão em busca de emprego, que precisam e gostariam de estarem trabalhando, mas que não conseguem.

Nesse aspecto, relevante destacar que o trabalho é de extrema importância em nossa sociedade, pois, além de ser gerador de renda, é também um exercício valorizado na vida humana, há, inclusive, um ditado pelo qual acredita-se que “o trabalho dignifica o homem”. Sobre isso:

O trabalho, enquanto categoria ontológica, é aquilo que difere os seres humanos dos demais animais, sendo o elemento determinante – e dialeticamente determinado – dos diversos aspectos da vida social. É por meio da atividade sensível que o indivíduo expressa sua humanidade, reproduz sua existência e interage com a natureza, da qual ele próprio é parte constituinte. (FRANCO; FERRAZ, 2018, p. 845)

Para mais, o trabalho é um direito fundamental de segunda geração e, por isso, ele impõe uma obrigação ao Estado de garantir que todos os seus cidadãos tenham acesso a um trabalho, o qual deve oferecer condições adequadas e dignas aos seus trabalhadores, isto é, “vê-se que constitucionalmente, não basta se ter um emprego, é necessário que ele forneça condições de dignidade para o empregado e suas famílias” (SOUZA; MACHADO, 2019, p. 9).

Igualmente, o a dignidade humana e o valor social do trabalho são elencados já no artigo 1º da Constituição Federal, como princípios fundamentais. Ademais, a Carta Magna brasileira ainda prevê o direito ao trabalho no artigo 6º, bem como em seguida traz um rol taxativo com direitos dos trabalhadores em seu artigo 7º.

Assim, é garantido ao indivíduo o direito ao trabalho, o qual diante da hermenêutica constitucional, deve ser entendido como um emprego decente e digno, que deve oferecer uma remuneração satisfatória, uma jornada de trabalho não exacerbada, seguro em caso de acidentes, dentre inúmeras outras exigências. Neste andar:

O que se busca analisar é se os princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho podem ser harmonizados em favor da proteção do trabalhador. Isso se daria, inicialmente, a partir da premissa de que o trabalho deve ser algo positivo e, quando não o for, a prevalência deve ser dada à dignidade humana, pois o indivíduo não pode ter seus direitos fundamentais sacrificados em prol de interesses econômicos. Essa é a premissa em voga no Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade humana. (ARAÚJO; GIL,

Desta feita, é cristalino que a Constituição Federal brasileira buscou a todo momento ressaltar e garantir os direitos fundamentais e a dignidade humana, de modo que não pode ser aceitável um trabalho que seja contrário a tudo que foi previsto na legislação constitucional.

Entretanto, essa não é a realidade dos trabalhadores informais, os quais veem seus direitos fundamentais e trabalhistas cada vez mais precarizados, principalmente através desse novo fenômeno da uberização. Os trabalhadores autônomos, que na maioria das vezes são pessoas economicamente vulneráveis, acabam sendo alvo fácil da falta de acesso ao emprego ou de condições de trabalho que sejam minimamente saudáveis (ARAÚJO; GIL, 2020, p. 10). Do mesmo modo:

Em um cenário de redução dos postos de trabalho, ou até de atividades produtivas que não garantem uma remuneração satisfatória, a venda de força de trabalho via aplicativos deve ser considerada não apenas mera opção do trabalhador, mas também resultado do contexto socioeconômico que condiciona essas opções. (FRANCO; FERRAZ, 2018, p. 850)

É nesse contexto que se encaixa o demasiado aumento dos entregadores de aplicativos, os quais acreditaram estar encontrando uma solução momentânea para enfrentar a grave crise econômica, diante da pandemia, e da falta de trabalho, mas, na verdade, se depararam com um emprego que exige um grave desdobramento físico e mental do trabalhador.

A imensa maioria dos entregadores usam o pouco que tem (carro, moto, e até mesmo bicicleta) para percorrer as cidades na mais alta velocidade com o intuito de aumentar o número de entregas diárias, ganhando um valor pífio por cada trajeto percorrido, sem segurança, sem descanso semanal remunerado e sem jornada laboral controlada, ou seja, o amparo legal para essa classe de trabalhadores beira a inexistência:

Há uma inversão bastante grande nos dias atuais, o trabalhador aceita um trabalho que lhe remunere bem menos do que precisa e produz, por estar em uma situação de desemprego e não por reconhecer eu aquele é o único valor que merece, ocorre que o empregador acha que se ele aceitou aquele valor, naquele dado momento, o empregado deve aceitar trabalhar pela mesma quantia por prazo indeterminado, ignorando totalmente o aumento de preços dos bens de consumo.” (SOUZA; MACHADO, 2019 p.17)

Além da baixa remuneração, os entregadores de aplicativo precisam suportar as faltas de garantias trabalhistas e os riscos do negócio, como no caso de acidentes, bem como de manutenção e abastecimento do veículo. Além disso, o aplicativo ainda cobra uma porcentagem de seus motoristas cadastrados por cada serviço realizado, a qual costuma variar entre 20% e 30% (CARTA CAPITAL, 2019).

Igualmente:

Outro exemplo encontramos na Uber: trabalhadores e trabalhadoras com seus automóveis arcam com as despesas de seguros, gastos de manutenção de seus carros, alimentação, limpeza, etc., enquanto o “aplicativo” se apropria do mais-valor gerado pelo sobretrabalho

dos motoristas, sem nenhuma regulação social do trabalho. (ANTUNES, 2020, p. 10)

Percebe-se, portanto, a problematiza que envolve esse novo modelo de labor, pelo qual tem-se a uberização como um processo em que as relações de trabalho se tornam cada vez mais individualizadas e invisibilizadas, de modo que as relações de assalariamento e a exploração são cada vez mais disfarçados sob a égide da “prestação de serviços” (ANTUNES, 2020, p. 9).

Sendo assim, esse novo cenário trabalhista é preocupante, haja vista a precarização das relações de trabalho e a falta de direitos trabalhistas, decorrentes da uberização do trabalho, a qual traz consigo a supressão do vínculo empregatício e passa a tratar o trabalhador como se fosse um empreendedor, enquanto que a empresa, usuária dessa mão-de-obra, deixa de ser empregadora e passa a ser uma parceira, eliminando, inclusive, o contrato de trabalho e/ou o de prestação de serviços (MENEGUZZI, 2020, p. 10).

Desta feita, a atual situação dos trabalhadores informais é bastante desabonadora, sendo marcada por trabalho exaustivo e degradante, baixa remuneração, exploração, periculosidade e falta de condições básicas. Infelizmente, ainda não há perspectiva de melhora para essa classe de trabalhadores, enquanto o Direito do Trabalho não regulamentar esse novo modelo de emprego.

3. OS TRABALHADORES AUTÔNOMOS/INFORMAIS À LUZ DA CLT

Como conceito, a doutrina considera como autônomo o trabalhador que exerce sua atividade por conta própria e define a forma de organização e realização da atividade. Possui sua relação jurídica advinda do direito privado, sendo que o art. 593 do Código Civil retira a possibilidade de aplicar as normas trabalhistas nas relações laborais em questão. Sendo assim, não há legislação específica frente a esta classe operária que, hoje em dia, cresce exponencialmente e continua sem direitos básicos para desempenhar sua labuta de forma digna e justa, contrariando o que diz o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948 pela ONU e que infere que “todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

Sobre isso, infere John Rawls que:

Devemos repudiar a alegação de que as instituições sejam sempre falhas porque a distribuição dos talentos naturais e as contingências da circunstância social são injustas, e essa injustiça deve inevitavelmente ser transferida para as providências humanas. Eventualmente essa reflexão é usada como uma desculpa para que se ignore a injustiça, como se a recusa em aceitar a injustiça fosse o mesmo que ser incapaz de aceitar a morte. A distribuição natural não é justa nem injusta; tampouco é injusto que as pessoas nasçam em uma determinada posição na sociedade. Esses fatos são simplesmente naturais. O que é justo ou injusto é a maneira como as instituições lidam com esses fatos. (RAWLS, 2000, p. 109)

Deste modo, percebe-se que o regulamento vigente não goza de muita eficácia, tendo em

vista que não trata com justiça todas as parcelas de trabalhadores. Isto é, mesmo com as Leis Trabalhistas existentes, muitos trabalhadores ainda enfrentam inúmeras situações vexatórias e, pior do que isso, foi encontrada uma brecha que permite burlar essas garantias jurídicas através do trabalho informal.

Tal forma de trabalho caracteriza-se pela falta de registro em carteira, pela autonomia do profissional e, por conseguinte, pela inexistência de vínculo empregatício, o que fornece o argumento necessário para que os empregadores possam ignorar as disposições da CLT, visto que, teoricamente, ela só seria válida nas relações em que o vínculo se faz presente, como se vê:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Assim, as grandes empresas insistem em disfarçar tal descaso legislativo vendendo a ilusão de um modelo de trabalho atraente e ideal, pois propagam a ideia de que seus “colaboradores” são empreendedores, autônomos, com flexibilidade de horário e retorno financeiro imediato. Porém, o que se vê é uma situação que remete a um novo tipo de escravidão, disfarçada de liberdade.

Segundo dados alarmantes divulgados no dia 30 de julho de 2021 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a informalidade atinge 40% da população brasileira nos dias atuais, fato que comprova que a lei não pode continuar isenta e deve finalmente fornecer as condições básicas de trabalho para esta alta parcela de servidores, sob pena de estar privando grande parcela populacional de direitos fundamentais.

A realidade supracitada vai de encontro com o que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) entende como Trabalho Decente, termo que foi introduzido em 1999 visando garantir para todas as pessoas oportunidades de emprego produtivo, fornecendo segurança e dignidade. Desta forma, a definição dada pela OIT busca induzir que a lei mantenha a sociedade em ordem ao garantir que o trabalhador brasileiro tenha um emprego que o permita alcançar um nível mínimo de consistência, além de garantir a liberdade de escolha e respeitar as diferenças, evitando possíveis discriminações.

Sendo assim, o direito ao Trabalho Decente trata-se de uma garantia de que ocorra uma remuneração adequada, que permita ao trabalhador satisfazer suas necessidades juntamente com sua família e que assegure os direitos fundamentais daqueles que o exerce. Isso, pois:

É preciso pensar no trabalhador como pessoa humana, sujeito de direitos, e não apenas no produto de seu labor. Sendo assim, propiciar condições de trabalho dignas que não atentem contra sua saúde e sanidade mental é dever do empregador, ainda que na modalidade de teletrabalho, com vistas na promoção do trabalho decente. Além disso, é obrigação do Estado salvaguardar os trabalhadores de práticas que possam causar a precarização do trabalho. (SOUZA; MACHADO, 2019, p. 12)

É notório que a situação dos entregadores de aplicativo não corresponde ao que dispõe a

OIT sobre o que seria um Trabalho Decente. Como essa faixa de trabalhadores não sofre subordinação em relação às empresas que prestam serviços e não há exclusividade – eles podem trabalhar para concorrentes – eles são encaixados como autônomos e, conseqüentemente, não são protegidos pelo Direito Trabalhista. Esse cenário acaba configurando um ciclo, no qual as empresas e/ou empregadores possuem todo o poder e os trabalhadores ficam para sempre presos a esse emprego humilhante e desgastante, uma vez que eles precisam do mesmo para garantir sua sobrevivência. Dessa forma, percebe-se que “o texto constitucional embora forte em seus conceitos, mostra-se pouco efetivo quando o assunto é a eficácia na proteção do trabalhador, da dignidade humana e do trabalho decente” (SOUZA; MACHADO, 2019, p. 19).

Diante disso, resta claro a urgente necessidade de tomar medidas para reverter tal situação, de modo que os trabalhadores informais, como os entregadores de delivery, passem a ter seus direitos fundamentais concretizados e passem a ser amparados pela legislação trabalhista. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2004, p.23) explica que na atualidade o maior problema dos direitos do homem é protegê-los, tratando-se de um problema político. Dessa maneira, cabe ao Estado, a fim de concretizar suas disposições constitucionais, buscar mecanismos para salvaguardar e efetivar os direitos dos trabalhadores informais levando-os a alcançar o Trabalho Decente.

Nesta senda, ao levar em consideração que atualmente tanto o trabalho autônomo, quanto o informal deixaram de ser uma fonte de renda “extra” e passaram a ser a única fonte de renda da população, apresentando uma demasiada quantidade de trabalhadores em tais situações, a qual se estendeu ainda mais por conta da pandemia do Coronavírus, não só é necessário, como é de extrema urgência que haja uma mudança na forma da lei de tratá-los, principalmente na CLT, a fim de cumprir o que a Organização Internacional do Trabalho entende como Trabalho Decente.

4. A IMPORTÂNCIA DAS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS PARA ALCANÇAR O AMPARO LEGAL AOS TRABALHADORES INFORMAIS

A Uberização do trabalho não se instaurou juntamente com a pandemia do novo Coronavírus. Todavia, resta incontroverso que esse momento histórico iniciado no Brasil em março de 2020 desnudou essa classe que trabalha sem direitos básicos. Neste âmbito, em um momento pelo qual o Brasil enfrenta uma crise social, política e econômica, alguns se veem na necessidade de sair diariamente de suas casas sem contar com segurança ou garantias para ao final receberem uma remuneração pífia. Há de se ressaltar que a citada falta de direitos mínimos ocorre porque os informais são tratados como “prestadores de serviço” ou até mesmo como “empreendedores” por corporações fantasiadas de intermediadoras entre o serviço final e o cliente.

Nesta linha, mediante um resultado social desastroso vivenciado pela superexploração

laborativa, que amplia significativamente a miserabilidade através do aumento do trabalho intermitente como única fonte de renda de diversos trabalhadores, nasceram mobilizações movidas pelo descontentamento dessa classe. Assim, a realidade de uma classe que labuta diariamente em moldes de intensidade e restrição de direitos que se assemelham com o período de Revolução Industrial veio à tona e, da mesma forma que os livros de história contam, os subordinados pararam para protestar por seus direitos.

Neste âmbito destaca-se que mediante uma situação de restrição de garantias, cabe aos membros da sociedade manifestarem suas crenças a fim de modificar uma realidade de desigualdade entre empregadores e empregados. Dessa maneira, o interesse público – conceituado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello como “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (2010, p. 61), é crucial neste caso para que aqueles afetados pela lacuna jurídica em pauta se manifestem democraticamente a fim de sanar uma problemática que prejudica o acesso à justiça para todos os cidadãos no território nacional.

Nesta toada é imprescindível destacar a importância dos movimentos sociais, conceituados por Cicília M. Krohling Peruzzo como “articulações da sociedade civil constituídas por segmentos da população que se reconhecem como portadores de direitos e que se organizam para reivindicá-los” (2013, p. 75). Sendo assim, como a sociedade flui de acordo com as mudanças propostas por diversos e variáveis fatores, é papel dos seus membros se posicionarem como um grupo, com o intuito de destacar seus anseios para que o papel do Estado seja cumprido. Dito isto, o momento pandêmico atravessado pelo Brasil em 2020 fez com que os trabalhadores informais fossem às ruas a fim de protestar visando seus direitos.

Outrossim, para ilustrar sobre os movimentos dos informais que ocorreram em 2020, insta salientar o que versa Maria da Glória Gohn sobre o assunto:

Para nós, desde logo é preciso demarcarmos nosso entendimento sobre o que são movimentos sociais: nós os vemos como ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população se organizar e expressar suas demandas. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações etc.) até as pressões indiretas (2003, p. 13).

Assim sendo, em 2020 os informais foram para às ruas utilizando a estratégia de mobilização direta, combinada através das redes sociais para estarem reunidos em grandes centros, parando de oferecer suas jornadas de 14 horas (ou mais) aos grandes aplicativos a fim de mostrar para todo o Brasil sua realidade e, com isso, reivindicar direitos para enfim manter uma rotina digna de labor.

Dito isso, cabe ressaltar que as formas de trabalho variam de acordo com as circunstâncias e momentos vivenciados em determinado espaço/tempo. Nesta senda, os direitos adquiridos em revoluções passadas não abrangem as modalidades que emergiram no último século com o avanço da tecnologia. Com isso, o proletariado que se viu juridicamente desamparado organizou a campanha “#brequedosapps”, como foi denominada a greve dos entregadores de aplicativo que eclodiu em dois atos, datados e 1º e 25 de julho de 2020.

Na mesma linha, ao ver que a primeira paralização não foi suficiente na luta por avanços legais, ocorreu ainda o “#brequeporDireitos”, que levou entregadores de todo o território nacional até Brasília, com a finalidade de pressionar os governantes. Ademais, ressalta-se que essas datas contaram com participações de associações, coletivos autônomos e lideranças da área, tomando repercussão nacional, fato importante para conquistar anseios na contemporaneidade. Neste andar:

[...] estes movimentos transformam os meios em fins, o êxito é dado não pelas conquistas, mas pelo número de participantes e seu impacto midiático na sociedade. O movimento torna-se dependente da opinião pública, pois é preciso que a sociedade manifeste o conhecimento da ação, precisa que se discuta e debata o que se está demandando, reclamando ou denunciando, para que a ação coletiva venha a atingir reconhecimento e legitimidade social. A mídia e sua cobertura tornam-se elementos estratégicos nessa configuração; ela contribui para a direção do movimento, pois o movimento social precisa de visibilidade. As críticas aos altermundialistas destacam que, entre os participantes, nos megaeventos, quem detém de fato a fala são porta-vozes autorizados, de certa forma já “profissionais na política”, detentores de um capital militante onde a luta política se trava num combate de ideias e ideais, a questão simbólica é mais importante que os problemas concretos. O processo de transformação social adquire facetas proféticas, místico, sem objetivo definido. Os processos efetivos de dominação existentes não aparecem nos discursos. (POUPEAU, 2007, p. 47-48)

Sobre isso, cumpre ressaltar que a mídia fez reportagens e transmitiu em seus grandes veículos as manifestações dos entregadores de aplicativo. Contudo, ocorre que apenas os entregadores de aplicativo foram às ruas, sendo que os outros autônomos não aderiram à busca por direitos consolidados. Por conseguinte, a pauta das manifestações supracitadas compreendia questões básicas abarcadas pelo conceito de Trabalho Decente - da OIT, além de especificações dentro do contexto dos entregadores de aplicativo dentre elas: seguro contra acidentes e roubos, remuneração para trabalhadores contaminados pela Covid-19, equipamentos de proteção individual e aumento da taxa mínima de entregas.

De mais a mais, é necessário elucidar que nem sempre os grupos tinham o mesmo entendimento no tocante aos pedidos a serem feitos, haja vista que alguns se manifestaram a favor de direitos salvaguardados pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), enquanto outros defendiam o ideal de autonomia para determinadas Associações. Todavia, os desdobramentos deixaram claro um principal eixo: a necessidade de amparo legal para a classe trabalhadora informal.

Neste viés, mais de um ano após as primeiras manifestações ainda não foram constatadas melhorias nas condições de trabalho desta classe operária que, inclusive, continua crescendo junto ao desemprego. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgados em 30 de julho de 2021, a taxa de informalidade subiu para 40% até o trimestre encerrado no mês de maio, sendo importante destacar que houve uma queda de 4,2% no número de pessoas com carteira de trabalho assinada.

Desta feita, é imprescindível que os anseios dos trabalhadores informais sejam atendidos, de modo a alcançar meios que forneçam garantias a todos que prestam serviços pelas plataformas virtuais, efetivando direitos constitucionalmente garantidos para todos, mas que uma brecha jurídica relacionado com o conceito de relação empregatícia cerceou seu amparo. Assim, cabem aos legisladores e operadores do direito acatarem as reivindicações da classe operária, sob pena do direito não acompanhar as necessidades sociais que emergem com o passar do tempo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a pesquisa buscou primeiramente conceituar termos como o da Uberização, relacionando com o contexto da pandemia do Covid-19. Nessa toada, a realidade do trabalho dos autônomos foi exposta como sendo realizado de forma precária, haja vista que esses trabalhadores são desamparados pela lei e, além disso, submetidos a necessidade de fazer uma longa jornada diária de trabalho para levar um sustento digno para suas famílias.

Na mesma linha, destacou-se que o aumento da classe de autônomos vem ocorrendo devido ao elevado número do desemprego, que foi escancarado junto à crise proporcionada pelas consequências da pandemia e, dessa forma, muitos não viram outra opção senão recorrer ao cadastro em aplicativos que visam a prestação de serviços. Sendo assim, como essa forma laboral não é considerada como vínculo empregatício entre empresa e empregado haja vista a possibilidade de cadastro em mais de um aplicativo e, por essa justificativa, os servidores se veem sem direitos e garantias que só são asseguradas para quem possui a carteira de trabalho assinada.

Dito isso, foi possível constatar que tal realidade contraria o que a OIT entende como Trabalho Decente e, deste modo, notou-se por meio do presente trabalho que a lei precisa, de forma urgente, amparar seus subordinados, fornecendo com eficácia o que os órgãos competentes tratam como básico para quem exerce qualquer tipo de trabalho: dignidade. Neste sentido, o amparo legal é determinante para que os direitos fundamentais sejam garantidos para todos, bem como o devido acesso à justiça.

Por fim, a pesquisa tratou acerca das manifestações que ocorreram em meados de julho de 2020, sendo que primeiramente buscou-se destacar a importância dos movimentos sociais, bem

como a forma pela qual pode acontecer, de modo que a lei acompanhe as mudanças provenientes da necessidade de cada sociedade com o passar do tempo. Contudo, foi ressaltado que somente os entregadores de aplicativo foram manifestar seu descontentamento perante à situação, sendo que o problema abrange toda a classe autônoma – que continua desamparada pela lei.

Diante do exposto, é possível constatar que a lei não pode ser omissa quanto ao trabalho informal, levando em consideração que são muitos os cidadãos que vivem tal realidade. Isto posto, a partir do momento que toda forma digna de trabalho for regulada pela letra da lei, a sociedade será capaz de atingir melhores resultados e o Estado Democrático de Direito cumprirá seu papel de diminuir as desigualdades, de modo a promover o acesso à justiça para todos os seus subordinados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0: trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da Indústria 4.0**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 9-26.

ARAÚJO, Jailton Macena de; GIL, Suelen Tavares. Trabalho decente como conceito harmonizador entre os princípios constitucionais dignidade humana e valorização do trabalho. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 2, p. 1-26, nov./2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11113>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7ª ed. Campus, 2004. 117 p

CARTA CAPITAL. **A uberização das relações de consumo**. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/a-uberizacao-das-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FRANCO, David Silva; FERRAZ, Deise Luiza da Silva. Uberização do trabalho e acumulação capitalista. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 844-856, nov./2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/9NJd8xMhZD3qJVwqsG4WV3c/?lang=pt>. Acesso em: 24 ago. 2021.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 2 set. 2021.

MENEGUZZI, Nelci Lurdes Gayeski. Trabalhador Delivery: a uberização e a precarização das relações de emprego. In: I Encontro Virtual do CONPEDI, 1, 2020, Florianópolis. Anais [...]. On-line: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/k5i2vb6i>. Acesso em: 9 ago. 2021.

OIT. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Brasília, OIT, 2007.

POUPEAU, Franck. **Dominación y movilizaciones**. Córdoba: Ferreyra Editor, 2007

PERUZZO, Cicília M. Krohling. Movimentos sociais, redes virtuais e mídia alternativa. MATRIZES, São Paulo, ano 7, n.º2, jul./dez./2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008.

SANTANA, Marco; ANTUNES, Ricardo. **A pandemia da uberização e a revolta dos precários**. 2021. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/a-pandemia-da-uberizacao-e-a-revolta-dos-precarios/>. Acesso em: 04 set. 2021.

SOUZA, Magali Rodrigues de; MACHADO, Ronny Max. O Trabalho Decente como exigência à efetividade do direito constitucional ao trabalho. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/no85g2cd/803e5346/ficha-catalografica.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020

UMA ANÁLISE DA PREPONDERÂNCIA ENTRE O DIREITO À SAÚDE E À PROPRIEDADE PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL: ESTUDO SOBRE OS PROJETOS DE LEI 12 E 1.171 DE 2021 E A LEI 14.200 DE 2021 QUE ALTERA A LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Isabela Mendez BERNI¹

RESUMO

O presente trabalho busca, através de uma metodologia pautada na análise de precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, direcionamentos emitidos pelas Relatorias de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, estudo da Organização Mundial do Comércio, de entendimentos doutrinários e trabalhos científicos, fazer um levantamento sobre a perspectiva adotada sobre o direito à saúde no âmbito do Direito Internacional, mais especificamente nos entendimentos obtidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando a um estudo sobre o direito à propriedade como direito humano internacional, fazendo, dessa forma, um comparativo axiológico dos direitos, que são igualmente tutelados, devendo ser feita uma ponderação de valores no caso concreto. Ademais, o presente trabalho faz uma avaliação crítica dos Projetos de Lei n. 12/2021 e 1.171/2021 e a Lei n. 14.200 do dia 02 de setembro de 2021 que veio alterando a Lei de Propriedade Industrial brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Propriedade. Patente. Acordo TRIPS. Domínio farmacêutico.

ABSTRACT

This work seeks through a methodology based on the analysis of precedents of the Inter-American System of Human Rights, guidelines issued by the United Nations Human Rights Rapporteurs, world trade organization study, doctrinal understandings and scientific work, to make a survey on the perspective adopted on the right to health within the scope of international law, more specifically in the understandings obtained by the Inter-American Court of Human Rights, moving to a study on the right to property as an international human right, thus making an axiological comparison of rights, which are also protected, and a weighting of values should be made in the specific case. Moreover, the present work makes a critical evaluation of Bills No. 12/2021 and 1.171/2021 and Law No. 14,200 of September 2, 2021, which has been amending the Brazilian Industrial Property Law.

KEYWORDS: Health. Property. Patent. TRIPS agreement. Pharmaceutical domain.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, através de uma metodologia pautada na análise de precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, direcionamentos emitidos pelas Relatorias de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, estudo da Organização Mundial do Comércio, de entendimentos doutrinários e trabalhos científicos, busca entender o direito à saúde no Direito Internacional, assim como as suas principais características e desdobramentos.

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Constitucionalismos e Direitos Fundamentais. E-mail: isamendezberni@gmail.com.

Mas além disto, busca também entender o funcionamento e o *status* do direito à propriedade para a comunidade internacional, perfazendo uma análise crítica e uma comparação entre ambos os direitos, de modo que, busca-se fazer uma contraposição entre ambos.

É notório que o direito à saúde é tratado de maneira ainda recente pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito Regional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que, se entende pela sua adesão à interpretação ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e muito se fala também na Carta da OEA em seu artigo 34 sobre a necessidade de alcance à vida digna por meio da ciência médica, uma vez que o intuito desta é proporcionar o maior grau de saúde a todos.

Assim, este trabalho procurou trazer a regulamentação e qual o entendimento de cada um destes direitos à comunidade internacional e qual seria o grau de proteção de cada um deles nesta, para então chegar ao cerne da questão, qual seja, a patente, ou seja, propriedade sobre um produto e o direito à saúde.

De acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se pela possibilidade da retirada de propriedade, sendo assim, não se trata de um direito absoluto, entretanto, mediante alguns requisitos, sendo eles a necessidade da retirada se dar por conta do interesse e utilidade pública, desde que haja indenização ou pagamento mediante ao ato, percorrendo-se pelas datas históricas do direito à propriedade.

Dessa maneira, sendo ambos os direitos objeto de estudo deste trabalho igualmente tutelados em âmbito interno ou constitucional e em âmbito internacional ou convencional, passa-se a necessidade de submetê-los a ponderação de acordo com o caso concreto, baseando-se em critérios que serão expostos no correr da presente escrita.

A grande questão que será exposta é a decorrência do monopólio farmacêutico frente a propriedade de alguns medicamentos e o direito à saúde em polo oposto, uma vez que, por sua vez, este segundo depende da concessão de medicamentos, insumos, tecnologias e estudos obtidos pelo primeiro. E uma grande crítica levantada é a falta de publicidade e transparência para os motivos de tais elementos citados possuírem, por vezes, altos preços que inviabilizam o cumprimento do direito à saúde em sua plenitude.

Sendo também objeto de análise do presente estudo dos projetos de leis números 12/2021 e 1.171/2021, bem como a Lei 14.200 do dia 02 de setembro de 2021 sobre a licença compulsória temporária de patentes de vacinas, testes de diagnósticos e medicamentos contra a covid-19 que alterou a Lei de Propriedade Industrial do Brasil.

E por fim explorando-se o estudo acerca do problema que é não haver regulamentação e um Tribunal para controvérsias entre Ente particular e público, propondo-se possíveis estratégias

para a solução desse, perante uma ideia explorada pelo pensador Habermas.

2. DO DIREITO À SAÚDE COMO *CORPUS IURIS* INTERNACIONAL

O Direito à saúde é parte do *corpus iuris* internacional, estando presente no artigo 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, XI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 10 do Protocolo adicional à CADH sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 17 do Protocolo de São Salvador, bem como no artigo 5 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 12.1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, 24.1 da Convenção sobre os Direitos das crianças, 28 da Convenção sobre a proteção de Trabalhadores Migratórios e seus Familiares, 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 17 da Carta Social das Américas, 11 da Carta Social Europeia, 16 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das pessoas maiores e 41, sessão II da Declaração e Programa de Ação de Viena.

Segundo o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, o conceito de saúde é “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”², entretanto, é perceptível que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Organização das Nações Unidas caracterizam o direito à saúde com maior amplitude, uma vez que, tratam do referido direito como imprescindível para o exercício dos demais Direitos Humanos, sendo direito de todo ser humano ter acesso ao nível mais alto do direito à saúde, física, mental e social, seguindo no mesmo sentido o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU³.

No entanto, a Corte IDH entende que os DESCAs dependem em suma do desenvolvimento de cada Estado e de sua economia. Sendo assim, pelo entendimento do referido Tribunal, entende-se como saúde “não só como ausência de afecções ou doenças, mas também a um estado bem-estar físico, mental e social completo, derivado de um estilo de vida que permite alcance as pessoas um equilíbrio abrangente”⁴.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pontuou que há uma intrínseca ligação entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, mas que não existe nenhuma

2 OMS. Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO). 22 de julho de 1946.

3 ONU. Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 14 sobre o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: artigo 12 (O direito ao mais elevado nível possível de saúde), par. 01

4 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, par. 118

hierarquia entre eles, mas sim um entendimento integral como Direitos Humanos⁵. O mesmo Tribunal entendeu ser cabível a análise do direito à saúde fazendo uma análise teleológica, ou seja, conforme a finalidade do Tratado ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que trata do desenvolvimento progressivo e dos DESCAs, ou seja, Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais⁶.

Ademais, ainda que os Estados gozem de uma margem de apreciação, a Corte IDH decidiu que esta não deve servir como mera desculpa para o descumprimento das obrigações e efetividade dos direitos DESCAs⁷, visando-se, inclusive, ao respeito a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Partindo de uma interpretação feita pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, há duas obrigações impostas pelo artigo 26 da CADH, sendo elas: i. Adoção de medidas progressivas, ou seja, a obrigação de avançar rapidamente e eficazmente na efetividade dos DESCAs e; ii. Adoção de medidas com caráter imediato⁸.

Ademais, a interpretação conferida trata-se de uma interpretação sistemática a partir da Carta da OEA, em que no artigo 34 pontua que a ciência médica é uma maneira de defesa do potencial humano, bem como, as condições que tornam a vida digna, produtiva e saudável⁹.

A Corte acaba por dividir a obrigação estatal em alguns tópicos, sendo eles: i. o dever de regulamento, ou seja, devem os Estados regulamentarem permanentemente as prestações de serviço à saúde, seja público ou provado, assim como o dever do Estado implantar programas nacionais que prestem serviço de qualidade; ii. Devem ser observados: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade; iii. Tratamento igualitário para todas as pessoas aos serviços de saúde e; iv. É dever estatal ter mecanismos de supervisão e fiscalização das instituições de saúde¹⁰, sendo inclusive, parte deste dever o monitoramento para que se impeça que terceiros interfiram indevidamente ao gozo do direito à vida e à integridade física quando a pessoa se encontra submetida a um tratamento de saúde, ainda que particular¹¹.

Quando se trata do alcance mais amplo ao nível de saúde, está o acesso aos medicamentos

5 Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, par. 101

6 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, par. 141.

7 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, par. 147

8 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, par. 104

9 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, par. 106

10 Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, par. 119, 120, 122, 124

11 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, par. 89

dentro deste intrínseco como parte indispensável, sendo que a Corte IDH entendeu que o acesso à medicamentos em contexto de pandemias, como HIV, Tuberculose e malária é elementar ao avanço do referido direito, devendo os Estados Partes adotarem medidas para regulamentar o acesso aos bens, serviços e informações acerca das doenças, bem como, formas preventivas e modos de cuidado, além de meio de terapia e tratamento, inclusive, os paliativos, de modo seguro e eficaz¹².

Ao se tratar na HIV, a Corte IDH decidiu que a resposta eficaz ao vírus envolvia a disponibilidade de quantias suficientes de antirretrovirais e produtos farmacêuticos¹³. Tendo entendido que uma resposta limitada aos antirretrovirais e demais medicamentos não cumprem com as obrigações de prevenção, tratamento, atenção e apoio que derivam do mais alto grau de acesso à saúde, sendo o que se prioriza¹⁴.

No Comentário Geral n. 14 sobre o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: artigo 12, o direito ao mais elevado nível possível de saúde, fora feita uma análise sobre como a situação mundial alterou-se desde a adoção dos Pactos Internacionais das Nações Unidas que versam sobre o assunto, até a contemporaneidade, observando-se a evolução de doenças antes desconhecidas e o avanço de outras, como o câncer, além do crescimento da população mundial e tudo o que advém como consequência dessas alterações¹⁵.

Por fim, é válido reiterar que o Conselho de Direitos Humano das Nações Unidas reconheceu que o acesso aos medicamentos é um direito fundamental para o alcance do mais alto direito à saúde, seja ela, física ou mental, havendo a responsabilidade estatal em fornecê-los, instando os Estados a utilizarem os Acordos sobre Propriedade Intelectual que trazem flexibilidade para gerar este fim, a ONU acaba por reconhecer a importância de referida propriedade e de sua proteção para o avanço tecnológico e científico, no entanto, pontua a preocupação das consequências desta proteção sobre os valor e à saúde¹⁶.

3. DA TUTELA AO DIREITO À PROPRIEDADE NO DIREITO INTERNACIONAL DOS

12 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, par. 108.

13 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, par. 110

14 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 197

15 ONU. Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 14 sobre o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: artigo 12 (O direito ao mais elevado nível possível de saúde), par. 10

16 ONU. Acesso a medicamentos e vacinas no contexto do direito de todos ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental: projeto de resolução / Argélia, Bangladesh, Bolívia (Estado Plurinacional de), Brasil, China, Equador, Egito, Eswatini, Etiópia, Haiti, Índia, Indonésia, Iraque, Kuwait, Mongólia, Peru, Filipinas, Qatar, Arábia Saudita, Senegal, África do Sul, Tailândia, Tunísia, Turquia, Emirados Árabes Unidos, Uruguai, Estado da Palestina. A / HRC / 41 / L.13, par. 01, 02 e 03.

DIREITOS HUMANOS

Segundo a Corte IDH, o direito à propriedade consolidado no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser observado sob o prisma de uma sociedade regida pela democracia. Sendo que este direito estabelece que: i. O proprietário tem o direito de fazer uso e aproveitar sua propriedade; ii. Deve haver uma legislação que discipline este uso e proveito; iii. Que uma pessoa pode ser privada de seus bens, por conta do interesse e utilidade pública e; iv. Esta privação deve ser sob pagamento ou indenização¹⁷.

O Tribunal Regional de Proteção aos Direitos Humanos reconheceu que o direito à propriedade diz respeito também a criação intelectual, entendendo pela proteção do aspecto imaterial e material, sendo o primeiro o elo do criador e da obra¹⁸.

O entendimento acerca deste direito pela Corte IDH é que não se trata de um direito absoluto, sendo que o próprio artigo 21.2 estabelece que para que exista a privação da propriedade de alguém é necessário que haja a fundamentação na utilidade pública ou no interesse social¹⁹.

Quando se trata especificamente do direito à propriedade intelectual faz-se necessário a remissão ao surgimento do conceito de patentes, que segundo a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual se deu em 1471, na Itália, tal conceito passou por evoluções históricas até o presente contexto. Havendo, hoje, a Convenção de Paris, em vigor na versão da Revisão de Estocolmo, o Acordo TRIPS, a Convenção de Berna, o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes e as Rodadas da Organização Mundial de Comércio, com ênfase na Rodada Doha, também chamada de Rodada do Desenvolvimento, referida Rodada surgiu devido a interesses de países desenvolvidos na Rodada Uruguaí sobre novas disciplinas sobre Propriedade Intelectual.

4. UMA COMPARAÇÃO ANALÍTICA DO DIREITO À SAÚDE EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À PROPRIEDADE

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pontou no caso *Úson Ramirez vs. Venezuela* que é possível fazer uma ponderação entre dois direitos igualmente tutelados pela Convenção Americana de Direitos Humanos através de análises: i. Sobre grau de afetação de um dos bens em jogo, determinando se o dano foi grave, intermediário ou moderado; ii. Qual a importância em satisfazer o bem contrário e; iii. Se a satisfação deste justifica a restrição de outro²⁰.

17 Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C No. 74 , § 120, Corte Interamericana. Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79 , § 143.

18 Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135 , § 103.

19 Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135, par. 108

20 Corte IDH. Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de

Trazendo estes elementos mais o que é exposto pelo artigo 21.2 da CADH, percebe-se a possibilidade de utilizar o instituto da quebra de patente ou licença compulsória como meio de efetivar o direito à saúde pelo Estado e satisfazer, assim, o interesse público social, mas além disto, estando o instituto presente em Lei, isso se perfaz com maior força, em principal cumprimento com a Convenção, quando o Estado se presta a pagar a indenização ou o valor negociado, conhecido como *royalties*.

A uma primeira análise, ao se utilizar o termo “interesse público social” traz-se a corrente defendida por Jeremy Bentham, o Utilitarismo, para esta o interesse público social apenas poderia ser alcançado através da busca pelo prazer e diminuição da dor, entretanto, para esta corrente, tida como parte de sua característica, egoísta, haver-se-ia fazer uma análise pura do maior aproveitamento e, por vezes, nem todos teriam o direito à saúde efetivo financiado pelo Estado, o que contradiz com a teoria humanista, que visa o ser humano como fim e não meio e, dessa forma, todos teriam o direito equânime de atendimento estatal, indo em consenso com as obrigações positivas e negativas impostas pelo Sistema Regional de proteção de Direitos Humanos e o Universal.

Para a presente análise utilizar-se-á a teoria humanista. A valorização do direito à saúde e, conseqüente, quebra de patentes pelo Estado para tornar o medicamento mais acessível em muitos casos resguarda não apenas o direito à vida, mas também o direito à integridade física e psíquica, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana.

As indústrias farmacêuticas, detentoras das fórmulas apropriadas para a cura ou melhora da vida, por não serem regulamentadas por um instituto jurídico e nem estarem sob a análise de um Tribunal próprio ou de sanções a serem impostas, acabam usufruindo desse monopólio do saber de maneira a gerar um prejuízo existencial à outros.

Não se defende, no presente trabalho, o fim da existência das patentes ou do pagamento pela pesquisa e conhecimento de uma empresa ou pessoa física, defender isto, seria o defender o fim do avanço técnico-científico e cultural, o que se defende é a busca pela humanização dos valores, não se utilizando da vida como instituto meio, mas sim como um fim.

Para tanto, irá ser feita uma análise de um caso que envolva a licença compulsória de medicamentos. Devendo-se frisar, a existência dos órgãos da Organização Mundial de Comércio responsável por julgar controversas existentes entre os Estados e o Órgão Especial de Apelação.

5. PROJETOS DE LEI Nº 12/2021, 1.171/2021 E A LEI 14.200 DE 02 DE SETEMBRO DE 2021 – A LICENÇA COMPULSÓRIA TEMPORÁRIA DE PATENTES DE VACINAS,

20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, par. 80.

TESTES DE DIAGNÓSTICO E MEDICAMENTOS CONTRA A COVID-19

No dia 29 de abril de 2021 o Senado brasileiro votou os Projetos de Lei n.º 12/2021 e 1.171/2021 quanto a licença compulsória temporária de patentes de vacinas, testes de diagnóstico e medicamentos contra a COVID-19.

O Estado brasileiro faz parte dos Acordos e Convenções que dizem respeito a Propriedade Intelectual, bem como, possui uma Lei interna, Lei n.º 9.279 que em seu artigo 71 discorre sobre a licença compulsória e o Decreto 3.201/99 regulamenta como referido instituto deve ocorrer.

Tomando como base o caso da Licença Compulsória do *Efavirenz*, o Brasil demonstrou uma forte assertividade em sua conduta de negociação para com os Estados Unidos e a indústria farmacêutica responsável, assim como, mostrou de forma objetiva os dados e valores que o Estado brasileiro adquiriria o medicamento e que outros Estados adquiriam, ficando nítida a discrepância orçamentária.

A Justificativa apresentada pelo Projeto de Lei girou em torno do número de mortes em decorrência do contágio da COVID-19 e no comparativo de valores arcados pelo Estado com outros países, como por exemplo, o valor de 5,25 dólares por unidade de vacina AstraZeneca, enquanto países desenvolvidos europeus pagavam o valor de 2,16 dólares, bem como, as discussões mundiais e a remissão ao caso do *Efavirenz*, remédio da HIV.

O Estado brasileiro ainda aponta que com a licença compulsória seria possível a produção por meio de institutos brasileiros. Sendo que, um dado apontado, é que desde outubro de 2020, a OMC vem estudando a possibilidade da licença compulsória pedida pela África do Sul e Índia, para que haja a então suspensão do TRIPS.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei demonstra o pedido de distribuição igualitária aos países do mundo e não apenas aos que possuem viabilidade financeira feito pela Oxfam Internacional e mais 19 organizações.

Por fim, no dia 02 de setembro de 2021, com a Lei 14.200 se alterou a Lei nº 9.279 de 1996 quanto a licença compulsória de patente ou pedido de patente quando emergência nacional, internacional, de interesse público ou estado de calamidade nacional. A reforma acrescentou 17 novos parágrafos ao artigo 71 e colocou o artigo 71-A, com apenas 4 dispositivos vedados.

O “caput” do artigo 71 viabiliza a possibilidade de concessão da licença compulsória, de modo que, não haja prejuízo aos direitos do titular, consoante os parágrafos 12 e 13 do mesmo artigo, há o arbitramento da remuneração do titular da patente ou do pedido de patente, sendo observado: i. Valor econômico; ii. Duração da licença; iii. Estimativa do investimento para exploração; iv. Custos da produção e; v. Preço de venda no mercado em que está vinculada. Além destes requisitos, fixou-se a taxa de 1,5% sobre o preço líquido da venda do produto a patente ou

pedido de patente associado. Impondo-se que o direito à remuneração se dá apenas se a patente for concedida, sendo que, corresponde ao período da concessão, isto está disposto no parágrafo 14 do artigo 71, o parágrafo primeiro já estava disposto anteriormente como parágrafo único, sendo que, o ato que concede a licença determina seu prazo de vigência e possível prorrogação.

A mudança legislativa vem organizando também a ordem de preferência de análise da concessão, sendo que no parágrafo 2º do artigo 71 preza-se pelo princípio da transparência e publicidade das instituições públicas, de modo que, não sendo o caso de sigilo, o Poder Executivo irá publicar a lista de patentes ou pedidos de patentes, seus potenciais úteis ao enfrentamento no prazo de trinta dias após a publicação de declaração de emergência ou demais situações em que se torna possível a concessão. Ainda em busca da organização, no parágrafo terceiro, ainda do mesmo artigo, dispõe-se quem deverá ser consultado no processo de elaboração desta lista e no parágrafo quarto quem poderá apresentar o pedido de inclusão de patente ou de pedido de patente a que se refere o parágrafo segundo e o parágrafo quinto traz os requisitos para uma análise individualizada dos pedidos, que deve ser feita em 30 dias após a divulgação da lista do parágrafo segundo, de acordo com o parágrafo sexto. Ademais, se enquadrando em alguma das possibilidades a que se refere o parágrafo sétimo, pode, a patente ou o pedido de patente que não tenha sido objeto de licença compulsória ser excluído da mesma lista, todos os demais parágrafos buscam viabilizar, estruturar e organizar este instituto.

O artigo 71-A torna muito mais abrangente as situações em que se é possível a licença compulsória, principalmente quando frisa “termos de tratado internacional”, uma vez que, o Brasil faz parte do Acordo TRIPS e este estabelece que pode o Estado Membro ter sua legislação interna, desde que esta esteja de acordo com o Acordo, impondo o que deve ser respeitado em seu artigo 30. Ademais, o artigo 71-A da Lei de Propriedade Industrial busca integralizar a exportação a países com insuficiência ou incapacidade de fabricação farmacêutica.

6. QUANTO AO DOMÍNIO DA PRODUÇÃO, AS ALTAS NOS PREÇOS SOB CONSEQUENTE FALTA DE TRANSPARÊNCIA E O DOMÍNIO FARMACÊUTICO SOBRE O ESTADO, EM TESE, SOBERANO

Há, no Direito Internacional, Acordos e Convenções que regulamentem a propriedade industrial, mais especificamente, as patentes, no entanto, não há nenhum Tribunal que venha a fiscalizar a sua imposição ou ainda impor sanções pela quebra contratual ou obrigações positivas e negativas.

Sob este viés, inexistente qualquer freio ou contrapeso para a imposição de valores, uma vez que, quando se trata da produção de remédios e insumos, no geral, existe um monopólio sobre o

Know How, ou seja, sobre os segredos de produção.

É fato, que toda a pesquisa e desenvolvimento merece o devido retorno e reconhecimento, entretanto, assim como outros direitos, como a liberdade de expressão, há de se falar em um limite no momento em que se fere outros direitos. No caso em tela, o direito à propriedade não fiscalizado gerando o monopólio pode gerar o prejuízo do direito à saúde e integridade física e mental e por isso, se faz necessária a criação de um Juízo competente para tal função.

Hoje, há em nível mundial, a Organização Mundial de Comércio, responsável por pacificar o mercado mundial, promovendo acordos, como fora o caso entre Estados Unidos e Brasil no medicamento contra a HIV e mais, a Organização possui em seu Regulamento e Estrutura o Órgão de Soluções de Controvérsias (“OSC”) e o Órgão Especial de Apelação, entretanto, conforme se vê com remédios como o *Zolgensma*, os preços permanecem altos e inacessíveis a maior parte da população que necessita do seu uso, assim como, a indústria responsável por sua produção não age com transparência e publicidade sobre os valores orçamentários para tamanho custo.

Diz-se que o Estado seria em tese soberano justamente por conta da supremacia da indústria farmacêutica, que por deter o monopólio da produção acaba por instituindo cláusulas únicas e unilaterais, restando ao ente estatal aceitá-las, uma vez que precisa do medicamento para atender as necessidades sociais.

Uma saída para os altos preços, seria um fundo de reserva entre os Estados, de modo que, o valor a chegar à população fosse reduzido a um mínimo e arcado em sua maior parte, se não em sua integralidade, por este fundo. Essa ideia, já era debatida e exposta por Jungerman Habermas em seu livro “*Does the Constitutionalization of Internacional Law Still Have a Chance?*”, em conjunto com uma regulamentação mundial que instituísse uma porcentagem limite de lucro para que não se tornasse o valor final do produto sobremaneira excessivo, assim, haveria uma maior segurança jurídica de acessibilidade a vida digna.

Ademais, ainda nesta linha de pensamento, há de se observar os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, assim como o Universal, priorizando o entendimento de que o ser humano possui o direito ao acesso máximo do direito à saúde, havendo em consideração a desigualdade social existente, tanto internamente, quanto a nível de Estados, a forma de se fazer isso é institucionalizar o problema.

Conforme o próprio entendimento da Corte IDH, mas além, da Organização das Nações Unidas, não é o direito à propriedade e, portanto, o direito à propriedade intelectual, absoluto, podendo haver uma privação quando se trata de utilidade pública ou interesse social, sendo este o caso de medicamentos e, mais, quando se fala de indenização, frise-se o cumprimento de tal pela Lei 14.200 de 2021 e o Acordo TRIPS.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, após uma análise entre os direitos à propriedade e à saúde em virtude do cenário internacional de sua inserção, que ambos são igualmente tutelados e em decorrência disto devem passar por um estudo no caso concreto, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, por uma ponderação, que existe dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e vem desde Robert Alexy, sendo que, com base em uma corrente humanista, o direito à saúde sempre virá antes da propriedade.

Em decorrência deste pensamento, defende-se a quebra de patente perante preços de mercado inacessíveis para a maior parte da população e uma diminuição desse desde as indústrias farmacêuticas, para que se evite a necessidade da primeira hipótese, claro que na ocorrência da licença compulsória se faz imprescindível seguir com os parâmetros legais internos e externos, dentre eles a Convenção de Paris.

Conclui-se também pela necessidade de criação de um Estatuto, Convenção ou Tratado que venha a regulamentar a situação contratual entre empresas multinacionais e Estados, regulamentando assim, entidades privadas e públicas em suas relações e acompanhando essa regulamentação existe a necessidade de criação de um Tribunal que venha a reger essas relações e eventuais quebras destas.

Assim como, entende-se pela necessidade de criação de um fundo econômico entre Estados que venham a pensar a na possibilidade de arrecadação para diminuição do valor de medicamentos, insumos e materiais que concernem à saúde quando essa chegar na sociedade, sendo assim, preços mais acessíveis.

Sendo perceptível que a alteração que a Lei nº. 14.200 de 2021 trouxe mudanças significativas para o cenário brasileiro no que tange a concessão de licenças compulsórias, fazendo-se imprescindível pontuar que o Brasil em virtude de sua conduta durante o contexto do *Efavirenz*, tornou-se um exemplo perante o cenário internacional em virtude da tentativa prévia de comunicação para com o Estado detentor da patente antes de entrar com a quebra desta.

Ademais, o estudo levou a conclusão sobre a extrema imprescindibilidade de discussão sobre o domínio da propriedade em virtude da saúde e vida digna, pois quando se fala em saúde, vai muito além do aspecto físico, indo também para o mental e tratando-se sobre isso, incorre-se também a integridade física e a outros direitos que decorrem do fato de vida digna e acessibilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília: Presidente da República, 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em 13 de set. 2021

BRASIL. **Decreto 3.201, de 06 de outubro de 1999.** Dispõe sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória nos casos de emergência nacional e de interesse público de que trata o art. 71 da Lei no 9.279, de 14 de maio de 1996. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3201.htm#:~:text=DECRETO%20No%203.201%2C%20DE,14%20de%20maio%20de%201996. Acesso em 13 de set. 2021

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em 13 de set. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.200, de 2 de setembro de 2021.** Altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), para dispor sobre a licença compulsória de patentes ou de pedidos de patente nos casos de declaração de emergência nacional ou internacional ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional. Brasília, DF: Congresso Nacional, 02 de setembro de 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14200.htm. Acesso em 13 de set. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 12, de 2021.** Suspende a obrigação do Brasil de fazer cumprir as seções do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) que dispõem sobre direito do autor, desenhos industriais, patentes e proteção de informação confidencial, para fins de combater a pandemia de Covid-19. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8920535&ts=1630671705446&disposition=inline>. Acesso em 13 de set. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1171, de 2021.** Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8947347&ts=1630419698645&disposition=inline>. Acesso em 13 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C No. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C No. 135. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em 12 de set. 2021

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O DIREITO À SAÚDE**. Revista Scielo Brazil. Revista de Saúde Pública, Fev 1988. <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcjyBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em 12 de set. 2021

GUSMÁN, Federico Andreu. et al. **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario Segunda edición**. Impreso em Bogotá por Nomos Impresores em março de 2019.

HABERMAS, Jurgen. **The Divided West. Edited and Translated by CIARAN CRONIN**. Polity, Malden, MA. 2006.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 de set. 2021

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **DIREITO À SAÚDE: conteúdo, essencialidade e monitoramento**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24876.pdf>. Acesso em 12 de set. 2021

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO)**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 12 de set. 2021

ONU. **Acesso a medicamentos e vacinas no contexto do direito de todos ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental: projeto de resolução / Argélia, Bangladesh, Bolívia**

(Estado Plurinacional de), Brasil, China, Equador, Egito, Eswatini , Etiópia, Haiti, Índia, Indonésia, Iraque, Kuwait, Mongólia, Peru, Filipinas, Qatar, Arábia Saudita, Senegal, África do Sul, Tailândia, Tunísia, Turquia, Emirados Árabes Unidos, Uruguai, Estado da Palestina. A / HRC / 41 / L.13. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/A_HRC_41_L-13-ES %20(1).pdf. Acesso em 12 de set. 2021

ONU. Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral n. 14 sobre o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: artigo 12 (O direito ao mais elevado nível possível de saúde). Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em 12 de set. 2021

SANTOS, Rosicler dos. **DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun.2006300. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5657/4687>. Acesso em 12 de set. 2021

UTILIZAÇÃO DE FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS NO PROCESSO DE ENSINO APRENDIZAGEM: EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL

Bruno Tulum e SILVA¹
Vivianne RIGOLDI²

RESUMO

A partir do contexto de avanços tecnológicos e formação de uma sociedade digital, o presente artigo tem por objeto a análise reflexiva acerca dos métodos intrínsecos de utilização de tecnologias ao processo de ensino e aprendizagem bem como a implementação de políticas públicas de inclusão digital como forma de conferir efetividade ao direito fundamental à educação. Inicia-se o estudo com a análise da inserção dos estudantes em uma sociedade digital e o uso de tecnologia no processo de ensino aprendizagem, elucidando-se como a adoção de tecnologia aliado a novas práticas docentes propicia a garantia à educação. Para tanto se mostra necessário enfrentar a concepção de “inclusão digital” e sua viabilidade a partir de políticas públicas nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade digital. Tecnologia. Processo de Ensino Aprendizagem. Direito à Educação. Inclusão Digital. Políticas Públicas.

ABSTRACT

From the context of technological advances and the formation of a digital society, this article aims to reflectively analyze the intrinsic methods of using technologies in the teaching and learning process, as well as the implementation of public policies for digital inclusion as a way of make the fundamental right to education effective. The study begins with the analysis of the insertion of students in a digital society and the use of technology in the teaching-learning process, elucidating how the adoption of technology combined with new teaching practices provides a guarantee for education. Therefore, it is necessary to face the concept of “digital inclusion” and its viability based on public policies in this regard.

KEYWORDS: Digital society. Technology. Teaching and Learning Process. Right to education. Digital inclusion. Public policy.

1. INTRODUÇÃO

Em um contexto social repleto de facilidade de acesso a informações por meios tecnológicos marcados especialmente pela velocidade na comunicação, reflete a necessidade dos métodos de processo de ensino e aprendizagem acompanharem os avanços tecnológicos na adoção de ferramentas digitais para auxiliar no desafio efetivar o direito fundamental social à educação de

1 Mestrando em Direito na área de concentração Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM/SP. Especialista em Metodologia para o Ensino Superior pela FAIP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM/SP. Advogado e consultor jurídico em Direito público. Professor de curso preparatório para concursos públicos e OAB. E-mail: brunotulum@gmail.com Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7850235945141983>

2 Doutora em Direito na área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/SP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM/SP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP/ Marília. Docente do Curso de Graduação e do Mestrado em Direito na área de concentração Direito e Estado na Era Digital no Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM/SP. E-mail: rigoldi@univem.edu.br vivirigoldi@gmail.com Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/0993320167105105> Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7257-3460>

forma universal e relevante, capaz de atender à crescente demanda de alunos cada vez mais tecnológicos.

Para seguir neste caminho, aparentemente sem volta, é preciso repensar as políticas públicas no campo educacional, com ênfase na inclusão digital, para a efetiva mediação do processo de ensino e aprendizagem, com vistas às expectativas e necessidades dos alunos, os principais sujeitos do processo de produção do conhecimento.

Nesta perspectiva, a principal questão que fundamenta as pesquisas sobre o tema a seguir abordado é justamente analisar a real pertinência do uso de tecnologia no processo de ensino aprendizagem e as novas competências docentes bem como avaliar a necessidade de inclusão digital por meio de políticas públicas para a efetivação do direito fundamental social à educação.

De acordo com Alessandrini (2002, p. 172) os educadores se encontram em constante movimento de renovação metodológica, com a necessidade eminente de trabalhar e aprimorar os conhecimentos enquanto docentes a fim de desenvolverem novas habilidades e possibilidades para que se torne efetiva a aprendizagem dos alunos.

Desta maneira, o objetivo geral do presente estudo é avaliar a contribuição das tecnologias como uma nova forma de abordagem de produção de conhecimento a partir de seu caráter exponencial para a garantia do direito à educação prevista na Constituição Federal, bem como a pertinência de políticas públicas específicas voltadas à inclusão digital.

Ao recorrer à literatura para aprofundamento teórico sobre a utilização de tecnologia na produção do conhecimento se verifica a velocidade dos avanços tecnológicos na área da educação, bem como a pertinência de aperfeiçoamento docente no desenvolvimento de competências e avanços no ordenamento jurídico constitucional que fomentam o acesso à internet e políticas públicas para a inclusão digital como direito fundamental.

A metodologia empregada na presente pesquisa é hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica em diferentes recursos da comunidade científica como artigos, livros, teses, dissertações e buscas na internet, além da legislação vigente que regula a modalidade de ensino a distância e proposta de emenda constitucional, intentando-se que, ao final destas considerações, haja a contribuição e fomento às discussões sobre o tema, sem pretensões quaisquer de esgotamento deste.

2. SOCIEDADE DIGITAL E A UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIA NO PROCESSO DE ENSINO APRENDIZAGEM

Na busca do significado etimológico da palavra *tecnologia*, identifica-se como conceito “teoria ou análise organizada das técnicas, procedimentos, métodos, regras, âmbitos ou campos da

ação humana.”³

Apesar de o termo ser relacionado, nos dias atuais, às aplicações digitais, é indiscutível que tecnologia, no passar do tempo, acelerou processos produtivos e modificou relações sociais, modificando a sociedade que a detinha e a utilizava para o seu desenvolvimento. Seu avanço e, conseqüentemente, sua evolução acompanhou as necessidades sociais e a atualização dos conceitos técnico-científicos de tecnologia são constantes e acompanham o acelerado processo de inovações.

Tal reflexão fica mais clara quando na análise das próprias revoluções industriais ocorridas durante o transcorrer temporal da sociedade, as quais presenciaram constantes aprimoramentos voltados, invariavelmente, à facilitação e otimização dos processos enfrentados pelo ser humano em seu cotidiano.

Foi assim durante a Primeira Revolução Industrial, por volta do século XVIII, com a invenção do motor a vapor em 1769 e a Segunda Revolução Industrial, com o surgimento da eletricidade e a expansão da comunicação à distância na segunda metade do século XIX. O domínio sobre tais tecnologias figurou, desde os primórdios, o controle e o poder em sociedade.

A Terceira Revolução Industrial, marcada substancialmente pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações, abriu caminho para o nascimento da sociedade da informação, devido a sua dependência da tecnologia e da ciência.

A Quarta Revolução Industrial, sem parâmetros precedentes, modifica por completo os conceitos anteriores, é a fase em que negócios e tecnologias relacionam-se essencialmente, dando origem ao termo sociedade digital.

Nesse sentido, imperioso traçar um paralelo do domínio tecnológico com o domínio econômico-financeiro, ao passo que, quando fala em domínio da tecnologia como a detenção do poder social, faz-se imprescindível destacar a relação do *poder* também em seu sentido mercantil.

Neste sentido CATELLI; SANTOS e SILVA (2021) concluem que a detenção da informação, em uma sociedade com as características digitais e contemporâneas, considerando ver-se recente tal caráter, são fatores que caracterizam a sociedade atual, que se amolda, em seus mais diversos aspectos e setores, as inovações e transformações, hoje digitais.

Daí, portanto, a possibilidade de conceituação da sociedade digital, marcada essencialmente por diversos fatores, como a modificação na forma de negócios, nas relações sociais e o surgimento de organizações digitais detentoras de ferramentas tecnológicas.

Inserida neste contexto e suportando as inovações tecnológicas resultantes da sociedade digital, as robustas e tradicionais bases do ensino são constantemente desafiadas a contemplar

3 TECNOLOGIA. In: Dicionário online de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tecnologia/>. Acesso em 29.09.2020.

situações decorrentes de novas tecnologias voltadas à produção do conhecimento, com a necessidade de reformulação de metodologias aplicáveis para aderirem às reais necessidades e anseios dos sujeitos envolvidos no processo de ensino aprendizagem.

Quanto ao sujeito central da produção do conhecimento, Stoer e Magalhães (2003) considera o núcleo do ensino/aprendizagem a pessoa daquele que se aprende e não necessariamente o *corpus* do saber, ou seja, no processo de produção de conhecimento o ator em destaque é o sujeito da aprendizagem com as respectivas características e expectativas, reforçando a importância da mediação da pedagogia entre o natural e o social.

Apesar do uso de tecnologias para a produção do conhecimento não ser pauta nova entre os estudantes e os agentes do ensino, não obstante estar em constante evolução, por certo, uma grande parte dos professores ainda encontra dificuldades e resistência em utilizar as tecnologias para a produção de conhecimento, principalmente por ser considerada uma forma não tradicional de abordar conteúdos, exigir do professor maior habilidade de comunicação e criatividade e ainda pela necessidade de explorar outras ferramentas metodológicas além do quadro branco/lousa e caneta/giz.

As tecnologias, assim como outras mídias digitais, aplicadas ao ensino são capazes de motivar e trabalhar habilidades e competências nos alunos como autonomia, disciplina, organização, dentre outras necessárias para desenvolver bem os estudos de forma independente e flexível, mas com o suporte institucional e do professor que irá mediar o conhecimento e as novas tecnologias.

É necessário, porém, que o professor entenda as peculiaridades, tanto da aula a ser ministrada por meio de ferramentas tecnológicas, como do ator principal da produção do conteúdo.

Neste sentido entende Moran (2013) que a tecnologia é um meio capaz de integrar espaço e tempo e o ensinar e aprender acontece de forma interligada entre o mundo físico e o digital:

O que a tecnologia traz hoje é integração de todos os espaços e tempos. O ensinar e aprender acontece numa interligação simbiótica, profunda, constante entre o que chamamos mundo físico e mundo digital. Não são dois mundos ou espaços, mas um espaço estendido, uma sala de aula ampliada, que se mescla, hibridiza constantemente. Por isso a educação formal é cada vez mais blended, misturada, híbrida, porque não acontece só no espaço físico da sala de aula, mas nos múltiplos espaços do cotidiano, que incluem os digitais. O professor precisa seguir comunicando-se face a face com os alunos, mas também digitalmente, com as tecnologias móveis, equilibrando a interação com todos e com cada um.

Essa interação e difusão entre sala de aula e ambientes virtuais ou ferramentas tecnológicas voltadas à educação é imprescindível para abrir as Instituições de Ensino para o mundo e, da mesma forma, trazer o mundo para o ambiente escolar e universitário, cujo desafio proposto aos docentes é combinar, de forma equilibrada, a utilização dos meios e métodos de ensino aos reais objetivos

pretendidos, rompendo com paradigmas e tradições que não acompanham a nova geração de estudantes.

Quanto às qualificações e ruptura do tradicionalismo educacional que se impõe aos docentes, Vieira (2012) assim entende:

Aos professores cumpre um necessário reposicionamento. Em primeiro lugar, precisam se adaptar a novas gerações de alunos cada vez mais letrados em novas mídias, com distintos hábitos de estudo e participação. Os livros, as revistas e os códigos, que constituíram as fontes essenciais para o estudo de direito durante séculos, vêm sendo paulatinamente substituídos por materiais multimídia e acesso imediato a fontes organizadas por mecanismos de busca, que não atendem necessariamente os padrões de autoridade tradicionalmente reconhecidos pela comunidade jurídica.

As novas tecnologias, apesar de constituírem um desafio ao professor contemporâneo, proporcionam uma série de possibilidades ao ensino. O docente deve se atentar as novas demandas dos alunos inseridos, desde muito cedo, no ambiente tecnológico e virtual, fortemente influenciados pela utilização da internet e mídias digitais.

Nessa perspectiva, o professor deve repensar suas metodologias ao elaborar suas aulas, sobretudo quanto ao dinamismo de suas abordagens e intervenções, proporcionar maior interatividade e instigar seu aluno a ponto de chamar-lhe a atenção, mesmo estando envolto de tantos atrativos tecnológicos.

Para tanto é necessário propor a construção de algo durante a abordagem no ambiente digital, fomentando discussões e utilizando os recursos e ferramentas tecnológicas disponíveis que mantenham o estudante ativo no processo de construção do conhecimento.

A carência de formação específica em tecnologia da informação, ou afinidade com múltiplas ferramentas tecnológicas é um ponto desfavorável para que o professor expanda suas habilidades na utilização e aderência de tecnologias, no entanto, não pode ser uma barreira intransponível, necessitando, neste aspecto, de total apoio da instituição de ensino e de sua coordenação pedagógica, a qual deverá colocar à disposição do professor todas as ferramentas e técnicas necessárias para a produção do conhecimento por meio de novas tecnologias.

As instituições de ensino, por sua vez, devem encarar essa realidade e fomentar em seus docentes as novas práticas, assumindo o campo tecnológico da educação como um novo setor dentro da estrutura acadêmica e escolar, traçando metas e estratégias para viabilizar a elaboração e produção conteúdo relevante, apto a preparar os alunos para uma realidade escolar, acadêmica e profissional cada vez mais compatível com a tecnologia.

As tecnologias educacionais favorecem a inserção dos futuros profissionais em um ambiente operacionalizado por tecnologias decorrentes de inteligência artificial, nos levam a metodologias diferenciadas, apresentam novos caminhos possíveis a serem trabalhados com os

estudantes, nos conduz a construção de novas formas de pensar a educação, permitindo múltiplos caminhos plenamente possíveis e viabilizados pela tecnologia.

É certo e natural que tenhamos receios e dúvidas, até mesmo inquietações acerca do tema, dado principalmente pela velocidade do avanço tecnológico. No entanto é preciso mudar, utilizar as dificuldades e incertezas como força motriz para o aperfeiçoamento das práticas e rotinas didáticas nas instituições de ensino jurídico.

Entender que a forma tradicional de ensinar e aprender, da maneira que a maioria de nós fomos ensinados, não está totalmente errado e tampouco deve ser integralmente substituído por novas tecnologias, pois segue bases teóricas e metodológicas consolidadas por grandes autores e pensadores da educação.

No entanto, como o professor não é mais o monopolizador do conhecimento e da informação, a qual se coloca à disposição de todos os alunos, torna-se possível a construção de estratégias muito mais dinâmicas, em que o professor passa a ser, sobretudo, indutor e coordenador de debates construtivos.

Os sistemas de gestão e difusão de conhecimento que hoje temos precisam ser rapidamente aperfeiçoados se adequando a realidade do mundo pós moderno, com a intensificação de produção de material audiovisual, a educação online e remota (síncrona ou assíncrona) e a incorporação de novas tecnologias em sala de aula para que os alunos saiam de fato preparados para enfrentar o mercado globalizado em que estamos inseridos.

Em um contexto social repleto de facilidade de acesso a informações por meios tecnológicos marcados especialmente pela velocidade na comunicação, reflete a necessidade dos professores e de instituições de ensino acompanharem os avanços tecnológicos na adoção de ferramentas digitais para auxiliar no desafio de produzir conhecimento relevante e capaz de atender à crescente demanda de alunos cada vez mais tecnológicos.

A multidisciplinaridade e interdisciplinaridade tão debatida entre os autores da educação é uma realidade a ser trabalhada em nossos alunos.

Assim, objetivando atender a necessidade da nova safra de estudantes, é preciso quebrar paradigmas e preconceitos quanto o uso de tecnologia no processo de ensino e aprendizagem, e acompanhar as tendências tecnológicas voltadas para a área da educação, com o objetivo de impactar o maior número de alunos.

É necessário, portanto, compreender e estar aberto as novas tendências educacionais, reduzindo as barreiras ou favorecendo a abertura de múltiplas possibilidades de ensino com a finalidade de potencializar a aprendizagem dos alunos.

Diante de tamanha diversidade entre as pessoas, advindos cada qual de um contexto

diferente, e conseqüente com demandas e expectativas diversas, conviventes em uma sociedade globalizada e pautada na velocidade da informação, com rotinas de atividades cada vez mais complexas e atribuladas leva, inevitavelmente, o docente a aprimorar-se na árdua tarefa de mediar o conhecimento junto a seus alunos.

Para tanto, necessário enfrentar as novas demandas que estão por vir, atentando-se para a educação do futuro e traçando estratégias para superar a velocidade das informações que incorporam o indivíduo e que influenciam em seu processo de aprendizagem.

A esta problemática Morin (2012, p. 33) destaca a dificuldade do cidadão do novo milênio que, em suma, se traduz na forma de gerenciar as informações adquiridas e como organizá-las e articulá-las de maneira que se tornem informações úteis. O autor assevera que para articular e organizar os conhecimentos é necessária a reforma do pensamento, uma reforma paradigmática.

Destaca Morin (2012) que:

A esse problema universal confronta-se a educação do futuro, pois existe inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro lado, as realidades ou os problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transacionais, globais e planetários.

O grande fluxo de informações transmitidas pelas mídias digitais exige do seu receptor competência e capacidade de articular as ideias de forma multidisciplinar, de contextualizar as informações para que a aprendizagem seja significativa, ativa e reativa, e capaz de interagir as relações entre o todo e as partes (de maneira global) e ainda considerar as múltiplas dimensões preexistentes na informação adquirida e enfrentar a complexidade do tema.

Estamos envoltos a um volume exponencial de informações, uma espécie de “*dilúvio de dados*”, como menciona Peixoto e Martins da Silva (2019, p. 88), os quais exigem a necessidade de métodos automatizados de análise para que seja possível compilar e processar esses dados, indicando a *machine learning*⁴ como uma solução viável para tal necessidade.

Exatamente neste contexto ganha força a modalidade de Ensino a Distância (EaD), regulamentada pelo ordenamento jurídico a partir do que estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei Federal nº 9.394/96 (BRASIL), conforme se verifica no artigo 80 o qual determina que o “*Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os seus níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.*”

Por ser considerada uma nova forma de conduzir o processo de ensino, Moran (2017) trabalha com a seguinte abordagem sobre a temática:

A chamada educação a distância precisa sair dos modelos conteudistas e incorporar todas as possibilidades que as tecnologias digitais trazem: a flexibilidade, o compartilhamento, ver-

4 Ramo da inteligência artificial que estuda formas de fazer com que os computadores melhorem seu desempenho com base na experiência.

nos e ouvir-nos com facilidade, desenvolvimento de projetos em grupo e individualmente, visualização do percurso de cada um, possibilidade de criar itinerários mais personalizados. Precisa incorporar também todas as formas de aprendizagem ativa que ajudam os alunos a desenvolver as competências cognitivas e socioemocionais. Mais que educação a distância podemos falar de educação flexível, online.

Dentro da plataforma estabelecida pelos cursos ministrados na modalidade EaD há diversas formas de disponibilização de conteúdo ao aluno, sendo admitidas as mais variadas mídias digitais para auxiliar o processo de ensino e aprendizagem, no entanto, é necessário que o docente esteja preparado para exercer seu papel na intervenção no sentido de nortear a construção do conhecimento, mediando o diálogo ente o aluno e as novas tecnologias, caso contrário, o uso deficitário da tecnologia não irá potencializar a produção do conhecimento e terá, tão somente, aparência de modernidade.

As tecnologias disruptivas aplicadas ao ensino facilitam e potencializam a aprendizagem colaborativa, entre colegas, estejam próximos ou distantes, e, seu caráter exponencial permite alcançar um número ilimitado de estudantes fomentando a universalidade do ensino.

Cada vez adquire mais importância à comunicação entre pares, entre iguais, dos alunos entre si, trocando e compartilhando informações, participando de atividades em conjunto, resolvendo desafios, realizando projetos, avaliando-se mutuamente.

Porém, é preciso um pouco mais. É preciso proatividade, aperfeiçoamento e atualização das competências da docência. É necessário que o professor saia de sua zona de conforto e acomodação do *status quo* e caminhe ao lado dos alunos, pois eles são os protagonistas do processo de ensino e aprendizagem.

As realidades mudam, o tempo passa e a sociedade evolui. Dessa maneira importante a abertura de novos caminhos na direção da implementação de tecnologias e ferramentas digitais voltadas ao ensino jurídico que deem suporte às novas relações que surgem e trabalhar para viabilizá-las.

2.1 Direito social à educação e sua efetividade

Inegável que estamos vivenciando e coexistindo em uma sociedade digital e as necessidades dos indivíduos transmutam na mesma velocidade em que as mudanças tecnológicas vêm ocorrendo, acompanhando ciclicamente a evolução da sociedade.

A partir da 3ª Revolução Industrial, a sociedade digital vem sendo difundida de forma mais contundente com o traço marcante da automação das indústrias e outros seguimentos, inaugurada pela “Era da Revolução das Tecnologias da Informação e Comunicação”.

Impulsionada pela 4ª Revolução Industrial, responsável por relacionar as tecnologias e

modificar a forma das pessoas conviverem e adquirirem conhecimento, além de contribuir para que novas relações jurídicas surjam no contexto social por meio especialmente da inteligência artificial e *big data*.

Este cenário digital foi potencializado pelo momento pandêmico decorrente COVID-19 que, visivelmente, acelerou processos e inovações tecnológicas derivadas de protocolos de saúde elaborados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que orientam o autoisolamento das pessoas, quando possível, ou o distanciamento social como medida de controle de contaminação viral. Tal situação extrema, por sua vez, pressiona as instituições públicas e privadas para soluções às demandas humanas que, por hora, estão impedidas de relacionar-se presencialmente.

No campo educacional, inserido neste contexto tecnológico e em contraste com os efeitos decorrentes da pandemia e isolamento social, surge, como resposta a uma das dores do regular processo de ensino aprendizagem, a possibilidade de prestação educacional na modalidade a distância, de maneira remota síncrona ou assíncrona.

Constante no rol expresso na Carta Magna de 1988, a educação ostenta o *status* de direito social elencado no artigo 6º da Constituição Federal.

Conforme estabelece o artigo 205 do texto constitucional, a educação constitui um direito de todos cujo dever prestacional é imposto ao Estado e à família, e sua promoção conta com a colaboração da sociedade com o objetivo de desenvolvimento pleno da pessoa, bem como assegurar o seu preparo para o regular exercício da cidadania e sua qualificação ao trabalho.

No entanto, conforme afirma Sarlet (2004, p. 215), não basta à simples previsão constitucional de uma garantia da ordem social para que ela seja automaticamente efetiva:

Resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômicos vigentes.

A educação é um dos direitos fundamentais que reveste o ser humano, e daí surge a real necessidade de positivizar constitucionalmente os direitos fundamentais sociais, cuja intenção é justamente cravar, no texto constitucional, os direitos humanos, os quais merecem destaque os direitos morais, universais, fundamentais, abstratos, oniprevalentes e dotados de prevalência sobre todas as demais normas.

Debruçando sobre uma das propriedades ou vertentes dos direitos humanos destaca-se o seu caráter moral. A validade dos direitos humanos como direitos morais depende de sua justificabilidade.

Se os direitos humanos, como direitos morais, existem, se são justificáveis, um rol de

direitos fundamentais que não os contempla não cumpre sua pretensão de correção. Seguindo essa linha de raciocínio, a dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial.

Acerca do mínimo existencial ou vital, Serrano (2009, p. 70) assim entende:

Pensando-se no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

A dignidade humana enquanto norma tem, essencialmente, o caráter de um princípio, sendo as regras de garantia da dignidade humana tão somente suas derivações. Quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em satisfazer o conteúdo de outro princípio com ele colidente.

O núcleo do modelo de direitos fundamentais sociais é a discussão sobre quais os direitos a que os indivíduos definitivamente fazem jus que lhe garanta minimamente a dignidade despendida ao ser humano, necessitando de uma ponderação de princípios.

Os direitos fundamentais são frutos de conquistas sociais gradativas, resultado de lutas e movimentos da sociedade inseridos em um dado momento histórico, com o objetivo de atender as necessidades humanas.

Como as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais é tema já consolidado doutrinariamente, não há propósito em perpassar por todas as gerações ou dimensões de forma aprofundada, conferindo maior enfoque aos direitos alocados na terceira geração, que representa de forma significativa os direitos de fraternidade social, que, em uma concepção contemporânea, representa a evolução dos direitos fundamentais voltados à proteção dos direitos decorrentes de uma sociedade organizada e envolta as modernidades, e aí se insere o direito à comunicação.

Do reconhecimento do direito a comunicação, como um direito de terceira geração, a concretude de tal direito impõe a necessidade de inclusão digital como forma de efetivação plena desse direito fundamental.

Diante do cenário tecnológico que estamos que inseridos, para ser efetiva e universal a produção do conhecimento por meio da educação é necessário que se assegure ao indivíduo a inclusão digital, incorporando o acesso tanto à internet, como a equipamentos e ferramentas, bem como o conhecimento necessário para que o indivíduo possa se desenvolver no ambiente virtual, que lhe garantam, minimamente, as condições necessárias de acesso as tecnologias que viabilizem a prestação da educação prevista constitucionalmente.

No entanto, dentre todas as peculiaridades que reveste o ordenamento jurídico, uma se revela especialmente complexa diante do cenário atual que vivemos: fazer com que o Direito seja atual diante das transformações sociais.

A dificuldade de manter uma atuação jurídica pautada nos mais avançados métodos reside justamente na velocidade em que as informações são produzidas e transmitidas com base nas novas tecnologias.

Tal complexidade se encontra difundida entre todos os atores principais da atividade jurídica, desde o legislador que deve acompanhar os rápidos e dinâmicos movimentos da sociedade e legislar de acordo com as demandas e anseios sociais, dos pesquisadores em aprofundar-se em questões jurídicas contemporâneas, dos juristas que contribuem para a boa administração da justiça e têm a responsabilidade profissional de manter sua atuação dentro da ordem legal e o Poder Jurisdicional do Estado que detém a centralização dos julgamentos e decisão dos litígios.

Os avanços legislativos para acompanhar as inovações tecnológicas vêm acontecendo, não com a velocidade com a qual a sociedade evolui, mas de forma gradativa com objetivo da busca a justiça social.

Um exemplo disso é a Proposta de Emenda Constitucional nº 08/2020 que propõe a inclusão do acesso à internet como um direito fundamental a ser acrescido no rol do artigo 5º da Constituição Federal. A justificativa do parlamentar Senador Luiz Pastore, relator da PEC é:

O acesso a internet é, hoje, elemento fundamental para o desenvolvimento pleno da cidadania e para o crescimento profissional de todas as pessoas. Sem dúvida, a eventual falta de acesso à internet limita de modo irremediável as oportunidades de aprendizado e de crescimento, de educação e de emprego, comprometendo não apenas o futuro das pessoas individualmente, mas o próprio progresso nacional.

Como já mencionado, incluir expressamente no texto constitucional o direito à internet, embora seja um avanço legislativo, merece ser acompanhada de medidas que efetivem a prestação de tal direito. Neste aspecto torna-se relevante a adoção de políticas públicas que buscam a efetivação de inclusão digital para assegurar, dentre outros direitos, o acesso as novas tecnologias no campo educacional.

No entanto, como ocorre na grande maioria das políticas públicas, um dos entraves para sua real efetivação material está diretamente relacionada à aplicação de recursos públicos para a implementação de medidas governamentais nas prestações estatais dos direitos sociais.

De acordo com o entendimento de Bucci (2013) as políticas públicas são programas de ação governamental que objetivam a coordenação dos meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a consecução de finalidades socialmente relevantes e determinados politicamente.

Dentre as principais funções que competem ao Estado, especialmente àqueles em desenvolvimento político e administrativo, destaca-se a organização e destinação de recursos públicos, direção e execução das atividades administrativas, e ainda, assumindo grau de destaque, coordenação e planejamento das ações voltadas à coletividade, nos seus mais diversos graus e níveis de abrangências.

É fundamental ao Estado, inserido no contexto do desenvolvimento, assumir o controle do planejamento e execução coordenada da ação estatal, planejar de forma estratégica suas ações para execução dentro de prazos razoáveis e suficientes para realizar os objetivos definidos.

No entanto, formular políticas públicas que ostentem alto grau de concretude exige a adoção de uma metodologia que vai além da compreensão sobre a separação dos papéis do Estado e do governo. É necessário o domínio sobre a metodologia adequada para a formulação de políticas públicas, a partir de diferentes arranjos, seja para assegurar o atendimento imediato de direitos, seja para a organização das formas econômicas e sociais que se relacionam com o resultado fim, cujas iniciativas são dirigidas e coordenadas pelo Poder Público.

Para tanto, de acordo com Dallari Bucci (2013)

A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção – tornando-a mais efetiva, racional e compreensível – e acelerar o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social. Busca-se apontar pressupostos teóricos que subsidiem juridicamente tanto a análise como a formulação de políticas públicas, considerando a ação governamental em escala ampla.

Bucci identificou a real necessidade de estruturar um método adequado para sustentar a formulação de políticas públicas, a partir da conexão multidisciplinar que envolvem as políticas públicas com o Direito, Ciência Política e Administração Pública, fixando premissas básicas para conferir melhor desempenho na implementação e execução de políticas públicas, a saber: i) decisão governamental como problema central da análise jurídica de políticas públicas, ii) o enfoque analítico sustentado na ação racional, estratégica e com ampla escala e, iii) foco no aspecto jurídico institucional, ou seja, nas formas e processos necessários para a demonstração de que a política pública possui base jurídica e social.

A esmagadora maioria dos direitos fundamentais sociais dependem para sua implementação da prestação estatal a submeter sua efetiva execução por meio de ato governamental, com natureza discricionária, que por sua vez, esbarra em questões orçamentárias, e encontram nesses fatores limitadores contingentes de execução.

De acordo com Mânica (2003, p. 91):

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes no texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.

No entanto, apesar da discricionariedade que reveste alguns atos administrativos, é evidente que tal liberdade encontra-se limitada pelos limites impostos pela lei, em homenagem ao consagrado princípio da legalidade, previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Logo, se os Direitos Fundamentais Sociais possuem base constitucional, não cabe aos administradores públicos liberdade de escolha entre efetivá-los ou não quando sua execução depende de ação estatal. No entanto, outro entrave encontrado na efetivação desses direitos está no princípio da legalidade orçamentária que limita, condiciona e determina as diretrizes de atuação administrativa do Estado.

Porém, negar os Direitos Fundamentais Sociais é ir contra o próprio ordenamento constitucional que estabeleceu e enraizou tais direitos com prioridade no atendimento. Justificar a inércia estatal quanto à execução de programas que efetivam os direitos sociais na carência de recursos orçamentários (editados por atos legislativos) constitui, portanto, em ato inconstitucional.

Neste aspecto deve-se, portanto, equalizar a atuação estatal, na previsão orçamentária suficiente para a garantia dos direitos sociais, mesmo que não contemplado constitucionalmente ou que careça de regulamentação infraconstitucional, mas que assegure a sobrevivência digna do cidadão. Neste aspecto, é fundamental a participação popular e maior transparência no processo legislativo de aprovação orçamentária, pois os interessados diretos na elaboração e execução do orçamento não têm a possibilidade de participação de sua definição

Independentemente do resultado da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional acerca da inclusão do acesso à internet no rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, negar a inclusão digital é um atentado ao direito fundamental social à educação, tendo em vista que a tecnologia permeia os arredores educacionais e tende a se fixar como uma importante ferramenta de efetivação de direitos, principalmente o direito à educação e carecedor de políticas públicas para sua plena concretude.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da premissa de que estamos cada vez mais envolvidos com a tecnologia, e que isso influencia a forma de viver, conviver e nos relacionar, não podemos ignorar os avanços tecnológicos na Educação.

Sem a necessidade de deixar de lado as bases educacionais e as doutrinas clássicas e tradicionais, vivenciamos um momento de explosão tecnológica que nos apresenta diversas ferramentas de ensino. Essas ferramentas são de conhecimento de nossos alunos e estudantes, os quais clamam por uma revolução no tradicionalismo metodológico, no entanto, nem sempre estão

acessíveis de forma universal.

As tecnologias aplicadas na educação se constituem de interessante ferramenta de ensino e influencia diretamente o processo de produção do conhecimento, ao passo que proporciona ao professor uma gama de possibilidades de abordar o conteúdo curricular, possibilitando abordagem de temas de forma versátil, acessível, dinâmica e significativa, e, ao mesmo tempo oferece ao aluno uma forma mais dinâmica, flexível e autônoma de construir seu conhecimento.

Para tanto é preciso encarar alguns desafios e compete ao Estado a adoção de políticas públicas que promovam a inclusão digital tanto aos alunos como aos docentes assumindo suas responsabilidades no processo de ensino e aprendizagem, bem como efetivando por meio da tecnologia a educação de forma universal.

Admitir a utilização de tecnologias no processo de ensino aprendizagem é um importante passo para atender e atingir os anseios dos estudantes inseridos em meio de tantas informações e tecnologias, e repensar nas metodologias ativas aplicáveis para adaptá-las ao meio digital é imprescindível para atrair a atenção e impactar positivamente a vida acadêmica dos estudantes.

Coabitamos em um mundo repleto de informações, oportunidades e caminhos, a qualidade e relevância da docência se manifestam na combinação do trabalho em grupo com a personalização, no incentivo à colaboração entre todos e, ao mesmo tempo, à que cada um possa personalizar seu percurso.

Assim, o uso de tecnologia na produção do conhecimento permite múltiplas combinações, favorece alianças entre matérias antes trabalhadas em contextos distintos, permite explorar diversas mídias digitais para ao final atingir o estudante, sensibilizando-o do conteúdo proposto de forma interdisciplinar.

Evidente o entrave a efetivação de acesso às novas tecnologias educacionais e implementação de políticas públicas decorrente da escassez de recursos públicos necessários para tornar efetiva a utilização de tecnologia e atingir a garantia constitucional relativa à educação.

Assim, imperioso o enfoque a destinação de previsão orçamentária para fomentar e efetivar práticas educacionais, não só para cumprir primados constitucionais, mas, principalmente no tocante à inclusão digital para que se concretize, de forma relevante, a educação em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALLESSANDRINI, C.D. As competências para ensinar no século XXI. O desenvolvimento de competências e a participação pessoal na construção de um novo modelo educacional. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 157-176.

BARROS, Sergio Resende de. Três Gerações de Direitos. Disponível em

<http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont>. Acesso em 09/04/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei Federal nº 9.394/96. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 02/03/2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/355-perguntas-frequentes-911936531/educacao-a-distancia-1651636927/12823-o-que-e-educacao-a-distancia>. Acesso em 11/05/2021.

Bucci, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. – São Paulo : Saraiva, 2013.

CATELLI, Thales Aporta; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; SILVA, Bruno Tulim. A sociedade digital e a resolução de conflitos: análise da lei 13.994/2020 sob a ótica das transformações digitais e do acesso à justiça. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 45, p. 186-212, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.108755>. Acesso em 28/08/2021.

COLL. C.; SOLÉ. I. O construtivismo na sala de aula. Os professores e a concepção construtivista. 6. ed. São Paulo. Editora Ática. 2006. p. 09-28.

FEFERBAUM, Marina; GHIRARDI, José Garcez (org.). Ensino do direito para um mundo em transformação. São Paulo: GV Direito, 2012. p. 17-58. Disponível em https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/arquivos/anexos/ensino_do_direito_para_um_mundo_em_transformacao.pdf. Acesso em 10/08/2020

GROSSI DE CARVALHO, Angela Maria; SANTOS, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da Costa; Sociedade da informação e a aplicação da informação na sociedade contemporânea. Trabalho apresentado no DT 5 – Multimídia, GP Conteúdos Digitais e Convergências Tecnológicas, IX Encontro dos Grupos/Núcleos de Pesquisas em Comunicação, evento componente do XXXII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, 2003.

MORAN, José Manuel. Mudando a educação com metodologias ativas. In: SOUZA, Carlos Alverto de; MORALES, Ofelia Elisa Torres (orgs.). **Convergências Midiáticas, Educação e Cidadania: aproximações jovens**. Ponta Grossa: Foca Foto-PROEX/UEPG, 2015. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2013/12/mudando_moran.pdf. Acesso em 15/05/2021

MORAN. J. Metodologias ativas e modelos híbridos na educação. 2017. Disponível em http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2018/03/Metodologias_Ativas.pdf. Acesso em 19/09/2020.

MORIN. E. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2. ed. São Paulo. Cortez. 2011.

OLIVEIRA. D.S. O uso do vídeo em EAD: Desafios no processo de ensino aprendizagem. Revista Cesuca Virtual. 2013. Disponível em <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/cesucavirtual/article/view/422>. Acesso em 13/09/2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. Inteligência artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019.

PESCUMA. D.; CASTILHO. A.P.F. Projeto de pesquisa. O que é? Como fazer? Um guia para sua elaboração. 6. ed. São Paulo. Olho D'água. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STOER, S.R.; RODRIGUES, D.; MAGALHÃES, A.M. Educação, Conhecimento e a Sociedade em Rede. Educ. Soc. Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1179-1202, dezembro 2003.

THURLER, M.G. As competências para ensinar no século XXI. O desenvolvimento profissional dos novos professores: novos paradigmas, novas práticas. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 89-111.

VIEIRA, Tatiana Cuberos; CASTANHO; Maria Eugênia. Sociedade atual e revolução da informação: ganhos e perdas. Contrapontos - volume 8 - n.2 - p. 171-185 - Itajaí, mai/ago 2008.

CAPÍTULO V
DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES

A CRUZADA CONTRA O CONSERVADORISMO: A LIBERDADE E O DIREITO DE SER

Elton Araujo de SOUZA¹

RESUMO

O presente trabalho buscou apresentar um breve panorama sobre os estudos de gênero e sexualidade, bem como o canal do *Youtube*, “*Põe na Roda*”, enquanto espaço de visibilidade e empoderamento de sujeitos LGBT. O caso analisado trata da repercussão da tentativa de censura por parte do município do Rio de Janeiro na *19ª Bienal Internacional do Livro*, em relação ao beijo entre dois personagens masculinos na história em quadrinhos *Vingadores: a cruzada das crianças*. Dentre os objetivos de estudo estão compreender as questões de gênero e sexualidade; analisar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) e a medida cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF) que envolveu as obras de temática LGBT; assim como relacionar essas questões sob o viés Constitucional sobre o direito à liberdade de pensamento, de expressão intelectual, artística e científica. A metodologia contempla pesquisa bibliográfica descritiva e de Análise de Conteúdo, tomando como ponto de partida aspectos mais amplos, em direção a questões mais particulares. Os resultados preliminares apontam para uma cruzada ideológica em curso no Brasil, que ameaçam a estabilidade democrática e os direitos fundamentais no país.

PALAVRAS-CHAVE: Censura. Direito. Gênero. Sexualidade.

ABSTRACT

This paper presents a brief overview of gender and sexuality studies, as well as the Youtube channel, “*Põe na Roda*”, as a space of visibility and empowerment of LGBT subjects. The case analyzed deals with the repercussion of the attempted censorship by the municipality of Rio de Janeiro at the 19th International Book Biennial, in relation to the kiss between two male characters in the “*Avengers comic: the children's crusade*”. The objectives are to understand the issues of gender and sexuality; analyze the decision of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro (TJ-RJ) and the injunction from the Supreme Court (STF) that involved LGBT-themed works; as well as relating these issues under the Constitutional perspective on the right to freedom of thought, intellectual, artistic and scientific expression. The methodology includes descriptive bibliographic research and Content Analysis, taking as a starting point broader aspects towards more particular issues. Preliminary results point to an ongoing ideological crusade in Brazil, which threatens democratic stability and fundamental rights in the country.

KEYWORDS: Censorship. Right. Gender. Sexuality.

1. INTRODUÇÃO

Em 1949, a filósofa Simone de Beauvoir publicou o livro intitulado *O Segundo Sexo*, em que afirma que a mulher não nasce mulher, mas se torna mulher por meio das imposições sociais. Isto leva a refletir sobre as questões de gênero e sexualidade na sociedade contemporânea e seus reflexos sobre o ordenamento jurídico e sua repercussão nos meios audiovisuais. Um exemplo são os canais no *Youtube*, ao colocar em cena novos atores sociais e suas lutas por direitos, como é o

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Comunicação pela Universidade Estadual "Júlio de Mesquita Filho", campus Bauru-SP. Bacharel em Direito e licenciado em História. E-mail: elton.a.souza@unesp.br

caso dos grupos compostos por gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexos. Estes grupos são reconhecidos através da sigla LGBTTTI, também na sua forma simplificada LGBT, letras que estão longe de abarcar a totalidade das sexualidades existentes.

Ao se pensar os corpos como elementos políticos em uma sociedade regradada por normas e regras rígidas que não admite nada que seja desviante ou subversivo, as travestis e as/os transexuais são indivíduos cuja categoria mais sofre marginalização, exclusão e violência cotidianamente. Para essas pessoas é comum serem negados direitos fundamentais, indo desde algo aparentemente simples, como uso do banheiro, passando por aspectos relacionados à cidadania, sendo vistos e vistas como uma subclasse social.

A violência que recai sobre esse grupo não compõe os dados oficiais do Estado, mas segundo estimativas do Grupo Gay da Bahia, a cada 28 horas um LGBT é vítima de homofobia, transfobia, lesbofobia, bifobia, por conta de orientação sexual e identidade de gênero (ARAÚJO, 2014).

O discurso preconceituoso, marginalizador, estigmatizante, misógino, machista e transfóbico é uma constante no país. Esta narrativa fundamenta-se principalmente no aspecto biológico com a afirmação de que os gêneros são inalteráveis, contudo, sem levar em consideração que os gêneros são elementos impositivos e normativos. Tal assertiva acaba normatizando os sujeitos dentro de um padrão que muitas vezes não vem a representá-los.

Apesar de muitos entraves às categorias LGBT, a internet promoveu um grande espaço de possibilidades a esses sujeitos, que começam a obter visibilidade e até mesmo relativo empoderamento por meio dos movimentos sociais. É inegável a visibilização que esses grupos obtiveram e continuam obtendo, isso fica claramente visível pela quantidade de canais no *Youtube* que são produzidos por gays, lésbicas, pessoas transexuais e drag queens, podendo citar alguns canais: *Põe na Roda*; *Fora da Casinha*; *Canal das Bee*; *Para Tudo*; *Tempero Drag*; *Transdiário*, entre outros. Tais iniciativas acabam trazendo à cena novos sujeitos de gênero e sexualidade, abordando questões de identidades, sexualidades, preconceito, política, militância, problemas que acabam afetando a comunidade LGBT, sendo um exemplo emblemático a questão da censura à *19ª Bienal Internacional do Livro*, no Rio de Janeiro, no pavilhão Riocentro, na Barra da Tijuca, por conta de um beijo entre dois personagens de história em quadrinhos da *Marvel*, *Vingadores: a cruzada das crianças*, situação que deu ensejo a inúmeras críticas, e utilizada como fundamento para se reforçar a censura a obras de temática LGBT.

Não se reduzindo apenas a essa única história em quadrinhos, cita-se também o livro do *youtuber*, Guigo Kieras, que comanda o canal *Fora da Casinha*, também fosse colocado nas prateleiras onde não fosse visível ao público, assim como todas as demais obras que trouxesse essa

temática.

O discurso defendido pelo prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, era a proteção da família e de crianças e adolescentes, alegando que todo o conteúdo violava o Estatuto da Criança e do Adolescente. Com esse argumento, foram tomadas medidas jurídicas para impedir que esse material estivesse divulgado nos *stands* da Bienal sem uma proteção (tarja preta) informando o seu conteúdo como impróprio. A repercussão foi tanta que envolveu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual se posicionou a favor do pedido da prefeitura. Automaticamente, o Supremo Tribunal Federal foi acionado para dar seu parecer sobre essa decisão, que segundo a defesa dos artistas, violava o direito à liberdade de pensamento, de expressão intelectual, artística e científica, além de ficar explícito o preconceito contido na ação que atacava diretamente à comunidade LGBT e temas envolvendo as questões de gênero e sexualidade.

Frente a essas questões, o presente trabalho visa compreender as questões de gênero e sexualidade; analisar a decisão do TJ-RJ e a medida cautelar do STF que envolveu as obras de temática LGBT; bem como relacionar essas questões sob o viés constitucional sobre o direito à liberdade de pensamento, de expressão intelectual, artística e científica.

A metodologia tem como ponto de partida aspectos mais amplos em torno dos estudos de gênero, Direito e liberdade, indo para questões mais particulares sobre o fato concreto da censura ocorrida no evento literário. Partiu-se de pesquisa bibliográfica descritiva e de Análise de Conteúdo (BARDIN, 1977), que é um conjunto de técnicas de análise das comunicações e de outras áreas do conhecimento. Com isso foi possível fazer o levantamento de livros, periódicos, sites da internet e separar 01 (um), dos 620 (seiscentos e vinte) vídeos postados no canal *Põe na Roda*, e categorizá-lo como o vídeo que aborda a questão da censura na Bienal do Livro no Rio de Janeiro e, com isso, trazer outros elementos do campo do Direito para analisar o direito à liberdade de pensamento, de expressão intelectual, artística e científica.

O estudo justifica-se por possibilitar ao Direito, um olhar que integre as novas formas de entendimento em relação às identidades de gênero e o uso das mídias sociais e seus recursos audiovisuais oferecidos pela cibercultura, para promoção de um novo espaço de debate, respeito e compreensão as diferenças.

Por derradeiro, espera-se proporcionar um olhar multidisciplinar ao dialogar com outras áreas do conhecimento tais como o Direito, a Comunicação e os estudos de gênero e sexualidade, buscando refletir sobre as práticas culturais estruturadas em um discurso de normalidade e anormalidade entre os gêneros, não sendo admitido nenhum desvio ao modelo imposto social, cultural, político e historicamente. Por isso, se torna de suma importância a desconstrução desses papéis para que outras identidades sejam visibilizadas na sociedade brasileira.

2. BREVE PANORAMA SOBRE AS QUESTÕES DE GÊNERO E SEXUALIDADE

Muito tem sido dito sobre a sexualidade no mundo ocidental, pois no início do século XVII ainda existia certa liberdade, em que o segredo ainda não havia se estabelecido em torno da sexualidade e os códigos de comportamento sobre ela eram ainda mais soltos em relação aos períodos que se seguiram, em que as estruturas burguesas encerraram a sexualidade para o espaço privado familiar. A família burguesa confiscou tudo que podia ser dito ou praticado sobre a sexualidade e o que podia ser dito nos lugares públicos já não podiam mais. Havia um único espaço social em que a sexualidade era reconhecida por seu caráter útil e fecundo, que é o quarto dos pais (FERNANDES; RESMINI, 2016).

De acordo com Feitosa (2008), o termo sexualidade só começa a ser utilizado a partir do século XIX, mas sem valor epistemológico com relação às sociedades anteriores. Todavia, seu uso é adequado porque reconhece que os valores culturais acabam exercendo interferência no modo como os sujeitos se relacionam com seus próprios corpos, seus desejos e sentimentos. Além disso, é importante compreender que ao se analisar a sexualidade se está também historicizando o corpo, assim como os valores sociais sobre o qual se constituem determinados agrupamentos humanos em diferentes tempos e espaços históricos, permitindo assim compreender e provocar uma reflexão sobre as questões do presente e do passado.

No século XIX, a sexualidade chegou a obter sua própria área de estudo e conhecimento, a sexologia, que tinha como embasamento teórico a Psicologia, a Biologia, a Antropologia, assim como a História e a Sociologia. Nesse período, há um enfoque no sexo como algo instintivo que representava as necessidades básicas do corpo. Mais recentemente, as produções em torno da sexualidade afirmam que a mesma é uma construção social, assim como o gênero. Desse modo, argumenta-se ser também uma produção histórica que acabou sendo modelada em diferentes contextos sociais, o que demonstra que a sexualidade é uma questão crítica e política passível de ser investigada e analisada historicamente e sociologicamente de forma atenta para que não sejam reproduzidos modelos biologizantes (WEEKS, 2003).

Segundo Amaral (2007):

Sexualidade é um aspecto central do ser humano durante toda sua vida e abrange o sexo, as identidades e os papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experimentada e expressada nos pensamentos, nas fantasias, nos desejos, na opinião, nas atitudes, nos valores, nos comportamentos, nas práticas, nos papéis e nos relacionamentos (AMARAL, 2007, p. 3).

Nesse sentido, é possível perceber a presença da cultura na construção da sexualidade e suas variadas formas de erotismo e prazer proporcionadas pelo corpo, que também está impregnado

de valores que foram assimilados (ou não) dos contatos estabelecidos com o outro e com as instituições sociais como, a família, a igreja, a escola e o próprio Estado, com formas de regulação e controle das práticas e orientações sexuais.

Para Louro (2008), tanto no passado quanto nos dias atuais, a sexualidade continua ocupando uma instância privilegiada em que a vigilância e o controle social ainda são muito fortes, pois ocorre uma ampliação e diversificação das maneiras que a regulam. Isso acarreta uma multiplicação de discursos sobre a sexualidade, discursos esses em que se autoriza a ditar e impor normas sociais sobre o corpo, o gênero, assim como a sexualidade e as práticas sexuais.

As minorias sexuais são, de acordo com Louro (2001), atualmente, muito mais visíveis do que eram nas décadas passadas. Essa visibilidade provoca um embate acirrado com relação a grupos conservadores e reacionários que não aceitam as diferenças e procuram fazer com que essas minorias não tenham direitos garantidos por meio da crença de que as mesmas estão obtendo privilégios.

A partir dos séculos XVII e XVIII tem início um cerceamento em relação à sexualidade, pois até essa época, de acordo com Foucault (2015), em "A História da Sexualidade: Vontade de Saber", os corpos pavoneavam-se, existindo certa liberdade em relação ao corpo e à sexualidade, sendo que essa sexualidade começa a atrair maior preocupação por parte da Medicina. No século XIX, a Medicina começa então a produzir discursos higienistas em relação às práticas sexuais e aos corpos que não correspondiam ao modelo hegemônico da época.

Nesse exato momento, ocorre um aumento significativo em relação aos saberes e seus discursos em relação ao sexo, constituindo uma rede muito complexa de saberes e poderes. Esta rede é compreendida como um dispositivo da sexualidade, ou seja, estratégias perversas de controle dos corpos, havendo uma interferência do poder no modo de existência das subjetividades, com vistas a promover uma ilegitimidade das vivências, experimentações e práticas sexuais dos sujeitos. Neste sentido, a biopolítica se torna uma ferramenta tecnológica de poder utilizada por governos para controlar a vida das populações, ao produzir e delimitar as diversas formas de existência dos sujeitos. Isso se deve ao fato de que a biopolítica tem por base argumentos científicos embasados no aspecto biológico, coagindo os corpos através normas voltadas a determinar lugares e maneiras de como esses grupos e populações devem funcionar. Seu objetivo é domesticar os corpos e torná-los úteis e previsíveis, ou seja, sendo exercido sobre a vida do outro um poder específico, o biopoder (FOUCAULT, 2015).

Em contrapartida, uma nova política cultural tem se firmado, tendo por base a política das identidades da qual, desde os anos de 1960, participam novos atores sociais, nomeados de minorias sexuais e étnicas. Aos poucos, tais agentes começam a se empoderar-se, vindo a denunciar o

inconformismo e o desencanto em que se encontram, diante da situação que enfrentam diariamente na sociedade. Por conta disso, acabam questionando teorias e conceitos permeados por preconceitos, elaborando novas linguagens e construindo novas práticas sociais, o que tende a promover uma mudança de paradigmas (SASSAKI, 2005).

De acordo com Louro (2001), é importante compreender que o uso do termo minoria, não se refere a uma inferioridade numérica, mas pelo contrário, esses grupos compõem maiorias que foram silenciadas historicamente. Entretanto, quando essas minorias tomam consciência e começam a se politizar, elas transformam o gueto em território e o estigma em orgulho gay, étnico, de gênero e tantos outros, que começam a ter maior visibilidade. Essas minorias denunciaram que historicamente a única voz que foi ouvida foi a do homem branco heterossexual e, com isso, foram sendo construídas representações sociais em torno das categorias LGBT's, como sexualidades desviantes.

A sociedade ocidental foi estruturada em sua essência na religião judaico-cristã e, nesse aspecto, estabeleceu-se uma sexualidade considerada natural e isso se faz presente nas estruturas mentais das pessoas e em suas práticas sociais. Diante desse tipo de discurso de ordem moral e/ou religiosa, se torna básico o deslocamento da sexualidade de seu lugar "natural" para colocá-la no campo da cultura, pois somente com esse tipo de análise é que é possível compreender que a sexualidade não se baseia em um fator natural, mas que escapa às normas e práticas sexuais vigentes (ASSIS, 2011).

Nesse sentido, Butler (2013, p. 200-201), esclarece:

(...) em que a plateia social mundana [...] passa a acreditar que esse gênero seja natural, que exista uma aparente substância nessa essência masculina e/ou feminina, ou seja, ambos, gênero e sexualidade, são forjados culturalmente, porque o objetivo da performatividade é a manutenção do gênero em sua estrutura binária, colocando homens e mulheres em oposições uns aos outros.

Nas relações estruturadas em discursos hegemônicos de poder, em que se privilegiam determinados grupos sociais em detrimento de outros, a hegemonia vem a ser a capacidade de um grupo controlar outros grupos sociais por meio do consentimento expresso através de uma dinâmica cultural que se expande aos campos da vida privada e social. Desta forma, a mídia, a família, o governo, o sistema educacional e os mecanismos ideológicos tornam-se canais pelos quais tal hegemonia se estabelece, passando a elaborar um discurso de verdade que tende a privilegiar o grupo dominante. Não é por outro motivo que mecanismos de resistência se fazem de suma importância frente a esses modelos estruturantes de enquadramento de corpos, gênero e sexualidade (SEFFNER, 2009).

Para os estudos *queer*, segundo Louro (2001), aquilo que é concebido como inabitável, que

rompe com estruturas de poder vigentes, tenta construir novos espaços para as identidades invisibilizadas e marginalizadas. Com a apropriação intencional de ofensas e xingamentos, o que se quer é colocar o sujeito como protagonista de sua história, não mais se enquadrando em estruturas engessadas e heterossexistas, pois novos sujeitos saem da escuridão do anonimato e ocupam espaços que lhes são de direito:

Queer é, também, o sujeito da sexualidade desviante - homossexuais, bissexuais, transexuais, travestis, drags. É o excêntrico que não deseja ser "integrado" e muito menos "tolerado". *Queer* é um jeito de pensar e de ser que não aspira ao centro como referência: é um jeito de pensar e de ser que desafia as normas regulatórias da sociedade, que assume o desconforto da ambiguidade, do "entre lugares", do indecível. *Queer* é um corpo estranho, que incomoda, perturba, provoca e fascina (LOURO, 2001, p. 546).

Os corpos e os gêneros se deslocam sem estarem presos a padrões heteronormativos que ditam as regras do que é ou não permitido. O sujeito *queer* ultrapassa as barreiras, desestabiliza as estruturas de poder e tira as coisas do lugar comum, no intuito de construir um espaço pós-identitário em que a cultura (de paz) seja a válvula propulsora desse construir e reinventar-se a todo instante.

Nesse sentido de reflexão sobre as questões de gênero e sexualidade e a luta por espaços de visibilidade, surge o jornal *Lampião da Esquina* (1978-1981), diferentemente da imprensa gay que o precedeu pelo enfoque político que dava ao tema da homossexualidade em plena ditadura militar (1964-1985), pois o jornal apostava em uma construção positiva da identidade gay (PÉRET, 2011).

Durante os três anos em que foi editado, o *Lampião da Esquina*, mobilizou a opinião pública e trouxe para a pauta do dia, discussões de temas que eram invisíveis na grande mídia. Ao colocar em cena a homossexualidade, reivindicando, com base na pluralidade de visões e opiniões, um olhar mais cuidadoso e crítico para a questão, o jornal ampliou o debate acerca dos direitos gays no país e se firmou como importante marco da imprensa alternativa brasileira (PÉRET, 2011).

A mídia tende a produzir e a reproduzir modos de ver e interpretar fatos, pessoas e acontecimentos, constituindo uma poderosa máquina de construir e desconstruir imaginários e estereótipos, pois essa seleção e captura do real não ocorre de forma aleatória, muito pelo contrário, ela não é inocente ou mesmo isenta de interesses. Dentro de cada meio de comunicação há um alinhamento da política editorial, pois é ela quem vai definir a identidade de um veículo, a maneira como cada um aborda o seu público e como expressa suas visões de mundo (PÉRET, 2011).

Com o encerramento dessa mídia impressa gay e com o advento da internet, tornou-se possível, pensar as especificidades de uma mídia social gay no espaço virtual, onde homoerotismo e informação se misturam facilmente como foi o caso do vlog, "*Sem Capa*", que abordava diversos assuntos voltados aos homens gays, desde assuntos sobre saúde e cuidados com o corpo,

relacionamentos, práticas sexuais, dentre outros.

O papel representado pela mídia impressa em décadas passadas como formadora de opinião, é hoje ocupado pelas atuais e crescentes mídias sociais como os canais do *Youtube*, *blogs* e *vlogs*, no qual esses sujeitos se apropriam dessas possibilidades oferecidas pela cibercultura e criam uma função social em relação a essas plataformas e sítios, dessas tecnologias.

A sociabilidade homoerótica na era da internet se tornou a nova forma de se articular à vida cotidiana. Essa ferramenta chamada *web* que, desde 1997, iniciou seu processo de expansão no Brasil com a internet comercial, foi transferindo, ampliando e até mesmo recriando o espaço de sociabilidade de sexualidades dissidentes. Com isso, a internet revela sua face facilitadora de contatos e constituição de redes (MISKOLCI, 2009).

Segundo Zago (2011), é sabido que a produção de conhecimento por meio da internet vem adquirindo uma maior relevância no campo das Ciências Humanas e Sociais desde a metade dos anos de 1990, tornando-se ao mesmo tempo objeto, campo e instrumento de pesquisa. Pode-se dizer que a internet se infiltrou e se consolidou nas vida cotidiana das pessoas como uma parte importante, senão central, das interações e comunicações com o outro por meio das mídias sociais.

Diante do exposto, torna-se importante analisar o canal do *Youtube*, *Põe na Roda* produtor de conteúdo para a internet.

3. PÕE NA RODA: UM CANAL DE HUMOR FORA DO ARMÁRIO

Para Jenkins (2008), o novo ícone do poder midiático chama-se *Youtube*. Ele emergiu como um site essencial para produção e distribuição da mídia alternativa, ou seja, o "marco zero" de uma ruptura nas operações das mídias de massa comerciais, provocada pelo surgimento de novas formas culturais de participação. É preciso compreender que o *Youtube* compõe uma organização cultural maior, pois, primeiramente, ele representa o encontro entre uma gama de comunidades alternativas variadas, sendo produzido por elas, há algum tempo, uma mídia independente, mas que agora estão todas reunidas por esse portal compartilhado.

Segundo Jenkins (2008), ao promover um canal de distribuição de conteúdo de mídia amador e semiprofissional, o *Youtube* encoraja novas atividades de expressão por meio de criações de conteúdo para a internet. Possuir um site compartilhado quer dizer que essas produções conseguem alcançar uma maior visibilidade do que se fossem apenas divulgados por canais separados e isoladamente. Além de significar uma exposição recíproca dos conteúdos, a rapidez que se dá a partir de novas ideias e novos projetos, faz com que a colaboração ocorra muitas vezes de forma imprevisível entre as comunidades. Nesse sentido, o *Youtube* se tornou uma referência de indicador para os sites alternativos de produção e transformação que vem ocorrendo atualmente.

O conteúdo do *Youtube* pode ser caracterizado como um "mídia espalhável" que se dá por meio das postagens de diferentes vídeos nas redes sociais, pois ao se pensar na produção desses conteúdos, automaticamente também se pensa na importância de sua distribuição na criação de valor e sobre a reformulação de sentido dentro da própria cultura do *Youtube* (JENKINS, 2008, p. 32).

Sem sombra de dúvidas que o *Youtube* é um ambiente que favorece a efetivação de uma cultura participativa online, tanto de acordo com o *youtuber*, que utiliza a plataforma para expor questões de seu universo, quanto o olhar do próprio espectador. Este acaba encontrando nessa relação, uma aproximação com o influenciador digital, que com a exposição de questões de sua vida pessoal, tende a criar uma identificação maior com o público que o acompanha por meio das redes sociais (SOUZA; DARCIE; GOBBI, 2019).

Esses aspectos podem ser claramente percebidos em relação ao canal *Põe na Roda*, criado pelo *youtuber* Pedro Henrique Mendes Castilho, mais conhecido como Pedro HMC. Nos primeiros anos do canal haviam outros dois colaboradores, Nelson Sheep e Felipe Abe, que ajudavam a produzir e editar os conteúdos que eram postados no canal. Após alguns anos Nelson e Felipe acabam saindo do canal e seguindo com seus projetos pessoais. Atualmente Pedro HMC é o único à frente do canal, no qual ele produz, escreve, dirige e apresenta os vídeos, eventualmente com participação de seu parceiro Paulo Vaz.

O canal *Põe na Roda*, está no ar desde 26 de janeiro de 2014 e tem mais de um milhão de inscritos. É o canal de maior visibilidade LGBT no Brasil, mas ele não é o único, assim como também não foi o primeiro, mas foi o primeiro a abordar temas sobre a cultura LGBT com enquetes de humor e seu público alvo é principalmente homens gays, mas também trazem para a pauta questões sobre travestilidades, bissexualidades e lesbianidades.

No Brasil, o primeiro canal do *Youtube* a colocar em pauta as questões LGBTs foi o *Canal das Bee*, comandado por Herbet Castro e Fernanda Soares. O canal surgiu em 20 de agosto de 2012 e possui 374 mil inscritos e 857 vídeos.

Nesses 5 (cinco) anos do canal, *Põe na Roda*, foram publicados 620 (seiscentos e vinte) vídeos e desse total foi escolhido um vídeo específico intitulado *Deu na Semana*², que é um informativo com as notícias da semana sobre a comunidade LGBT e sempre carregada de humor e críticas em relação ao preconceito. Esse vídeo foi postado em 13 de setembro de 2019 e possui 219.164 mil visualizações, e o tema central do vídeo trata sobre a censura exercida pelo prefeito da cidade do Rio de Janeiro para impedir a circulação da história em quadrinhos *Vingadores: a cruzada das crianças*.

2 <https://www.youtube.com/watch?v=eYDTN1qVfhl>

É sobre a censura a esse conteúdo que será analisada a seguir por meio da decisão do TJ-RJ e a medida cautelar do STF em oposição a proibição e recolhimento de obras de temática LGBT ou referentes a gênero e sexualidade.

4. A LIBERDADE DE UM BEIJO

De acordo com Silva (1999), a concepção de liberdade do ser humano deve ser expressa no sentido de atuação do homem em busca de sua autorrealização, de sua felicidade, pois não se pode perder de vista que, a liberdade se estrutura na possibilidade de coordenação consciente por meio dos quais se torna possível alcançar a felicidade pessoal. Mas é necessário ter a consciência de que o poder de atuação sem deixar de lado a resistência à opressão, nesse sentido, é pôr a liberdade pelo seu fim, em plena harmonização consciente de cada sujeito, pois qualquer fator que vise impedir essas possibilidades de coordenação dos meios se opõe contrariamente à liberdade.

É possível perceber historicamente que a liberdade se insere na sua concepção jurídico-política como, por exemplo, permitir que a população fique na ignorância sem acesso a escola e ao processo de escolarização, isso é a negação da possibilidade de coordenar conscientemente esses meios; a opressão exercida sobre o indivíduo, retirando-lhe qualquer possibilidade de exercício da liberdade. "Na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessário à expansão da personalidade de cada um" (SILVA, 1999, p. 236).

O conhecimento é fundamental no processo de ampliação da liberdade e plena conscientização dos papéis exercidos socialmente no transcorrer da formação da personalidade humana.

Segundo Silva (1999), o sistema democrático é o que garante o real regime que se pauta nos direitos humanos fundamentais, pois é na democracia que se alicerça a liberdade enquanto campo de expansão, ampliando a possibilidade de dirigir os meios necessários para que o ser humano possa alcançar a sua felicidade, assim como a dos seus pares. Quanto mais a democracia caminha, mais as pessoas vão se libertando dos obstáculos (naturais, econômicos, sociais e políticos) que tendem a constrangê-las e, com isso, mais liberdade é conquistada.

Para Magalhães (2008), a liberdade de expressão, é mais do que um direito, pode ser compreendida como um conjunto de direitos associados às liberdades de comunicação. São várias as maneiras de expressão do ser humano, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes liberdades fundamentais que devem ser garantidas conjuntamente para se assegurar a liberdade de expressão em sua totalidade.

A liberdade de pensamento é um direito no qual o sujeito pode exteriorizar aquilo que ele

pensa em relação a ciência, religião, arte ou qualquer outra coisa. Refere-se a liberdade de conteúdo intelectual no qual supõe o contato deste indivíduo com os seus pares, compartilhando suas crenças, conhecimentos, informações, visões de mundo, aspectos políticos e/ou religiosos, dentre tantos outros fatores (SILVA, 1999).

Mas se deve atentar para que essa liberdade de opinião não venha carregada por um discurso de ódio, de apologia a violência, de racismo, de homofobia ou de qualquer outro que venha a violar os direitos humanos e os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação são formas de difusão e de manifestação do pensamento, no qual, qualquer pessoa pode produzir obras intelectuais, científicas ou de cunho filosófico e divulgá-las, sem censura, conforme explicitado no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal. Além disso, o artigo 220, parágrafo 2º, do texto constitucional, afirma que é vedada toda e qualquer forma de censura de cunho político, ideológico e artístico (SILVA, 1999).

Nesse aspecto é possível perceber na decisão do TJ-RJ uma tentativa de censurar as obras de temática LGBT, pedido esse formulado pelo município do Rio de Janeiro, ao afirmar que em um dos *stands* expositores da *19ª Bienal Internacional do Livro* comercializava um material impróprio e inadequado ao público infanto-juvenil, violando os artigos 78 e 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1990, p. 50).

Tudo isso se deu por conta dessa imagem que logo estampou os jornais e sites de todo o país tamanha a repercussão causada:

FOLHA DE S. PAULO

DESDE 1921 ★ ★ ★ UM JORNAL A SERVIÇO DO BRASIL

ANO 99 • Nº 33.029

SÁBADO, 7 DE SETEMBRO DE 2019

EDIÇÃO SP/DF • CONCLUÍDA ÀS 04H27 • R\$ 5,00

Crivella tenta censurar HQ com beijo gay, mas é barrado

O prefeito do Rio, Marcelo Crivella (PSB), anunciou nesta noite de quinta que recolheria uma obra de quadrinhos com um beijo gay, exposta na Bienal do Livro. Orestes, enviado fiscal à procura de títulos censuráveis, encontrou um romance — a equipe nada achou. Em liminar, a Justiça vetou qualquer apreensão. *Matheus Aze*

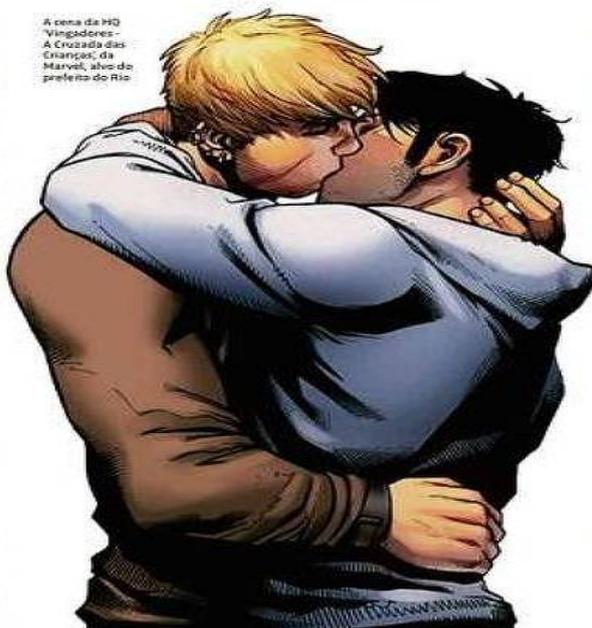
ANÁLISE
Renan Quinalha
Argumento de que obra fere o ECA não se sustenta *A18*

ANÁLISE
Diogo Bercito
Polêmica cheira a mofo; heróis gays existem há muito *A18*

Bolsonaro se alinha mais a evangélicos ante rejeição

Diante da avaliação popular em queda, Jair Bolsonaro iniciou articulação para se aproximar ainda mais

A cena da HQ 'Vingadores - A Cruzada das Crianças', da Marvel, alvo do prefeito do Rio



País espera crescimento abaixo de 2% em 2020

Datafolha aponta queda no otimismo com a situação econômica; para 59%, Brasil não volta a reagir tão cedo

Economistas de importantes bancos e consultorias têm revisado suas projeções de crescimento para níveis inferiores a 2% em 2020. Se cenário se concretizar, seria o quarto ano consecutivo em que o Brasil verá expansão abaixo dessa marca. Fatores, como a recente desaceleração da economia global, a guerra comercial entre China e Estados Unidos, a crise política e financeira na Argentina e um volume muito baixo de investimentos no Brasil contribuem para a reavaliação.

Outros, o Brasil reduziu de 2,5% para 1,6% sua previsão para o próximo ano. "Essa mudança é ligada principalmente ao cenário externo", diz Fernando Honorato Barbosa, economista chefe da instituição. A expectativa de recuperação caiu também entre a população. Pesquisa Datafolha mostra que 40% dos brasileiros avaliam que a situação do país vai melhorar, porém mais baixo em um ano. Em dezembro de 2018, 65% dos entrevistados estavam otimistas. *Mercedez AZP*

Aras se aproximou do governo após liberar licitação

Indicado para assumir a Procuradoria-Geral da República, Augusto Aras se aproxima do governo em meio ao liberar a licitação do tramo central da

Garoto torturado em mercado usa crack e vive na rua

Doente torturado em seu pernisado da zona sul de São Paulo foi parar nas ruas quando ainda era muito pequeno. Não sabe ler nem escrever e sobrevive

Fonte: <https://epoca.globo.com/o-beijo-de-wiccano-hulkling-historia-da-marvel-que-irritou-crivella-23931319>.

Diante da questão, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, foi acionado a se pronunciar em relação ao fato e suspendeu a liminar da Presidência do TJ-RJ com uma medida cautelar visando proteger os direitos que estavam ameaçados: o direito de liberdade de pensamento, de expressão intelectual e científica. Tais decisões ocorreram em caráter emergencial, pois o evento se encerraria no dia 08 de setembro.

[...] que a medida de suspensão concedida na origem configura “censura genérica à abordagem de um determinado tema”, o que estaria por ferir a Constituição de 1988, em seus arts. 5º, IX e 220, § 2º). No ponto aduz: “A Bienal do Livro representa claramente evento no qual os autores e autoras, leitores e leitoras, exercitam tais direitos, que não podem ser cerceados pela alegação genérica de que tratam de “tema do homotransexualismo”. O Estatuto da Criança e do Adolescente não deve ser aqui invocado, uma vez que o tema em questão não é, per se, ofensivo a valores éticos, morais ou agressivos à pessoa ou à família” (BRASIL, 2019, p. 3).

O STF saiu em clara defesa de direitos fundamentais, pautados na Carta Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente ao apresentar que a liminar do TJ-RJ estava equivocada ao invocar os artigos 78 e 79 do ECA:

[...] amparado na compreensão de que livros de quadrinhos não possuiriam “relação direta ou esperada com matérias atinentes à sexualidade”, findou por estabelecer relação entre eventual conteúdo homoafetivo de publicações destinadas ao público infanto-juvenil com o “comércio de material inadequado, potencialmente indutor e possivelmente nocivo à criança e ao adolescente”, para, então, aplicar a tais publicações as

vedações inseridas nos arts. 78 e 79 do ECA [...] o art. 78, que comporta a maior restrição à forma de comercialização de publicações escritas, **não se destina a publicações voltadas ao público infanto-juvenil**, uma vez que expressamente regula a forma de exposição do “material **impróprio** ou **inadequado** a crianças e adolescentes” e, assim, aponta a necessidade de que sejam “comercializadas em embalagem lacrada, **com a advertência de seu conteúdo**”, apontando ainda que “as editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca”. Já o art. 79 do ECA, este sim voltado a regular as “publicações destinadas ao público infanto-juvenil”, **busca ser taxativo em sua proibição**, definindo que “não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de **bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições**”, e, ainda, que deverão “**respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família**”. Não há, portanto, como extrair do dispositivo legal voltado às publicações do público infanto-juvenil (art. 79 do ECA), correlação entre publicações cujo conteúdo envolva relacionamentos homoafetivos com a necessidade de “obrigação qualificada de advertência”. **Referida obrigação que se localiza apenas para as publicações que, por si, são impróprias ou inadequadas para o público infanto-juvenil** (art. 78 do ECA), não pode ser invocada para destacar conteúdo que não seja, em essência, dotado daquelas características, sob pena de violação imediata ao princípio da legalidade. No caso, a decisão cuja suspensão se pretende, ao estabelecer que o conteúdo homoafetivo em publicações infanto-juvenis exigiria a prévia indicação de seu teor, **findou por assimilar as relações homoafetivas a conteúdo impróprio ou inadequado à infância e juventude**, ferindo, a um só tempo, a estrita legalidade e o princípio da igualdade, uma vez que somente àquela específica forma de relação impôs a necessidade de advertência, em disposição que – sob pretensa proteção da criança e do adolescente – se pôs na armadilha sutil da distinção entre proteção e preconceito (BRASIL, 2019, p. 6-7).

Fica claro que a questão não se tratava de conteúdo aparentemente impróprio e sim, por se tratar de conteúdo homoafetivo, o beijo entre dois personagens do sexo masculino. Não havia em momento algum a violação do princípio da legalidade na divulgação do material, pois se pautava unicamente no preconceito e desrespeito às diferenças ao discriminar as pessoas LGBT. O STF saiu em defesa da Constituição e ao pluralismo como valor sócio-político-cultural em defesa da liberdade e da sexualidade enquanto direito fundamental do indivíduo em resguardar a democracia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, não é mais possível se pensar em um padrão ou modelo de sexualidade "normal" ou "natural", o gênero e a sexualidade são construções sociais que foram paulatinamente sendo higienizadas por meio de discursos hegemônicos em que o modelo heteronormativo foi posto como elemento central nas relações sociais, deixando à margem todas as demais sexualidades que não atendessem a essa estrutura de poder.

Muitas são as maneiras de vivenciar e experienciar as identidades sexuais e de gênero, bem como as suas práticas, que foram aos poucos sendo podadas. Hoje não é mais possível ignorar a existência dos sujeitos LGBTs, mesmo diante de barreiras frente a um conservadorismo e fundamentalismo religioso que se instalou no Brasil e isso não é uma luta de apenas um grupo social, mas um embate de todos os cidadãos.

A grande preocupação no momento é construir uma cultura de paz, que não se sobreponha à barbárie, à violência da homofobia, da transfobia, do machismo, do feminicídio, do racismo, dentre outras práticas discriminatórias, não se sobreponha. Numa cultura de ódio, mecanismos legais e jurídicos devem ser encontrados para que direitos não sejam ainda mais violados. A proposta foi justamente a defesa dos direitos fundamentais para resguardar o processo democrático contra toda e qualquer forma de censura que venha a proibir ou coibir as diversas formas de liberdade de expressão, artística, científica e intelectual que são garantias constitucionais. Mas para isso, foi necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para impedir que a decisão do TJ-RJ colocasse em risco os princípios da democracia brasileira, que são um legado da Carta Cidadã, que veio a romper com a violação dos anos de chumbo da ditadura militar.

Sem sombra de dúvidas que a luta por direitos é constante, a todo momento é preciso estar atento para que esses direitos não sejam tolhidos, mas que sejam defendidos e reafirmados em um sistema democrático.

Por mais que ainda existam obstáculos para a garantia plena de direitos, é pelo desenvolvimento de pesquisas jurídicas que influenciam a doutrina e a jurisprudência, que o sistema judiciário vem caminhando paulatinamente para preservar a vida e a dignidade de todos os sujeitos de gênero e sexualidade. Este fato é percebido por meio da trajetória das decisões e orientações que se fazem presentes nos pareceres dos Tribunais no Brasil, evidenciando assim a necessária evolução de legisladores que não acompanham as transformações e anseios reais da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, V. L. do. **Psicologia da educação**. Natal, RN: EDUFRN, 2007.

ARAÚJO, T. **Uma morte LGBT acontece a cada 28 horas motivada por homofobia**. 2014, [s/p]. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/02/13/assassinatos-gay-brasil_n_4784025.html>. Acesso em: 02 jul. 2021.

ASSIS, C. L. **Teoria queer e a resolução CFP n. 1/99**: uma discussão sobre heteronormatividade versus homonormatividade. Bagoas, Natal, n. 6, 2011.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Edições 70: Ltda, 1977.

BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução Sérgio Milliet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Ministério da mulher, família e dos direitos humanos. Brasília, 2019.

_____. **Medida cautelar na suspensão de liminar 1.248**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/MESTRADO>>

%20COMUNICA%C3%87%C3%83O/ Disciplinas%20%C2%BA%20semestre%202019/Direito %20%C3%A0%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20dimens%C3%B5es%20sociais%20e%20pol %C3%ADticas%20no%20Brasil/Censura%20Bienal%20RJ%202019/Decis%C3%AF%C2%BF %C2%BDo_Presidente_do_STF_Bienal.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2021.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismos e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FEITOSA, L. C. **Gênero e sexualidade no mundo romano: a antiguidade em nossos dias**. História: Questões & Debates, Editora UFPR: Curitiba, n. 48-49, 2008, p. 119-135.

FERNANDES, D.; RESMINI, G. **Biopolítica**. Porto Alegre, UFRS, 2016, [s/p]. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html> Acesso em: 02 jul. 2021.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhon Albuquerque. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

JENKINS, H. **Cultura da convergência**. São Paulo: Aleph, 2008.

LOURO, G. L. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas**. Pro-Posições, v. 19, n. 2 (56), maio-ago. 2008, p. 17-23.

_____. **Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação**. Estudos Feministas, ano 9, 2. semestre, 2001.

MAGALHÃES, J. L. Q. de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MISKOLCI, R. **O armário ampliado: notas sobre sociabilidade homoerótica na era da internet**. Niterói, v. 9, n. 2, p. 171-190, 1. sem. 2009.

PÉRET, F. **Imprensa gay no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2011.

SASSAKI, R. K. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. 6. ed., Rio de Janeiro: WVA, 2005.

SEFFNER, F. **Resistir e(é) multiplicar a circulação entre margens e centro: ideias um pouco desarrumadas**. Bagoas, Natal, n. 4, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros Editores Ltda, 16. ed., 1999.

SOUZA, C. M. de.; DARCIE, M.; GOBBI, M. C. **Cultura participativa no youtube: construção de sentidos de empoderamento feminino no canal Ellora**. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Documents/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado/Marina%20Darcie/MAZZER%20DARCIE%20GOBBI%20-%20Cultura%20Participativa%20no%20YouTube%20Constru%C3%A7%C3%A3o%20de%20sentidos%20de%20empoderamento%20feminino%20no%20canal%20Ellora.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

WEEKS, J. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, G. L. (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 2 ed. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Autêntica, 2003, p. 37-82.

ZAGO, L. F. **Corpo, gênero e sexualidades gays na corda bamba ético-metodológica:** um percurso possível de pesquisa na internet. Cronos, Natal, v. 12, n. 2, jul.-dez. 2011.

A INFLUÊNCIA PATRIARCAL NO DIREITO COMO UM DOS FATORES PRINCIPAIS DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

Isabela Christina Arrieta MASIEIRO¹
Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA²

RESUMO

O movimento feminista desponta ao longo da história como um importante instrumento de conquista dos direitos das mulheres, e de evolução social. Frente a construção androcêntrica do direito, paulatinamente, buscou-se trazer em pauta nas discussões os efeitos e o lado negativo dessa formação. Em outras palavras, reafirmava o quanto a estrutura patriarcal oprime os direitos de as mulheres viverem e conquistarem igualdade, e o reflexo disso era perpetuar a violência doméstica, a opressão e a possibilidade de as mulheres decidirem inclusive sobre a sua própria sexualidade e reprodução. Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar essa influência patriarcal no direito como impeditivo não só de igualdade mas, de decisão inclusive sobre o próprio corpo, deixando lastro no poder de escolha e na legislação como a criminalização do aborto. Para tanto, adota-se o método dedutivo, consistente na revisão da literatura e base de dados, bem como legislação e jurisprudências pertinentes ao tema. Desse modo, necessário de faz a discussão para perceber o quanto o poder patriarcal desafia no desejo de ampliar os direitos das mulheres em especial na legalização do aborto.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Direito Penal; Mulheres; Patriarcado.

ABSTRACT

The feminist movement has emerged throughout history as an important instrument for the conquest of women's rights, and for social evolution. Faced with the androcentric construction of law, he gradually sought to bring into discussion the effects and the negative side of this formation. In other words, it reaffirmed the extent to which the patriarchal structure, oppresses women's rights to live, and to achieve equality and the reflection of this was to perpetuate domestic violence, oppression and the possibility of women even deciding on their own sexuality and reproduction. In this sense, the present work aims to analyze this patriarchal influence on women's rights, as an impediment not only to equality, but also to decisions on the body itself, leaving support in the power of choice and in legislation such as the criminalization of abortion. For this, the deductive method is adopted, which consists of a review of the literature and database, as well as legislation and jurisprudence pertinent to the theme. Thus, it is necessary to make the discussion to realize how much the patriarchal power challenges the desire to expand the rights of women, especially in the legalization of abortion.

KEYWORDS: Abortion; Criminal Law; Women; Patriarchy

1. INTRODUÇÃO

Abordar sobre as questões da criminalização do aborto é trazer à tona realidades muitas

1 Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Pesquisas em direito e gênero, especialmente direitos sexuais e reprodutivos.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos- UNIFIO (2015- 2019). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário. Advogada. Seus principais interesses de pesquisa são voltadas para o estudo dos direitos sociais e os seus mecanismos para a efetividade dos direitos fundamentais, bem como a relação entre os direitos humanos e o multiculturalismo. Foi membro do Grupo de Estudos de Antropologia Jurídica e história do direito no Brasil- Unifio (2015 -2016)

vezes não discutidas pelo direito devido à influência social e religiosa no campo legislativo, que surtem efeitos negativos quando o assunto é colocado em pauta. O anseio dos sujeitos de direitos não é tão somente ver seu direito reconhecido, mas ter a garantia e efetividade dele. Com a evolução das relações sociais, marcadas pelas mobilizações sociais e conflitos, fizeram com que novos direitos fossem despontando, mesmo que não fossem novidade, o reconhecimento se deu de forma tardia.

Nessa toada, surge os direitos sexuais e reprodutivos da mulher que, mesmo com seu caráter imprescindível apenas fora reconhecido após um certo tempo, e como fruto da luta do movimento feminista que paulatinamente, desenvolvendo a discussão e despertando sobre essa necessidade, buscava alcançar a seara política, econômica, psicológica e filosófica. E pensar os direitos sexuais e reprodutivos é descobrir um leque maior de direitos, o poder de decisão sobre o próprio corpo, união entre pessoas do mesmo sexo, questões sobre saúde, etc.

E essa afronta ao direito da mulher, de conquistar liberdade, imbuída pela influência patriarcal, se consolida quando encontra o direito como uma forma de legitimação dessa estrutura machista, quando quem tem o poder de legislar não são mulheres ou sujeitos dispostos a ouvir as maiores interessadas. Assim, a criminalização do aborto encontra nos discursos morais e religiosos a fonte para perpetuar essa opressão sobre o corpo e a sexualidade da mulher.

Essa situação apenas reforça a necessidade dos movimentos feministas, que buscam a igualdade entre os gêneros e de suas contribuições através do direito, pois é ele quem regula a vida em sociedade e, portanto, é ele quem acaba por contribuir para que ocorra essa perpetuação e naturalização das diferenças, que tem como consequência mulheres violentadas dentro de casa, por homens pertencentes à sua família ou então em seus locais de trabalho, espaço este que também precisou ser conquistado e mesmo assim ainda não pode ser considerado um ambiente de igualdade.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar e questionar a influência patriarcal no direito, ou seja, seria de fato a influência patriarcal presente no direito brasileiro um dos fatores da criminalização do aborto? Quais os caminhos para superar esse discurso? Para isso, no primeiro capítulo será feita uma análise da construção histórico jurídica sobre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, de modo a perceber a luta feminista nesse processo de construção de um direito historicamente antigo, mas que o seu reconhecimento se dá de forma gradual, quando as mulheres começam a perceber e adentrar nos espaços de decisão e de mobilização.

No segundo capítulo, pretende-se fazer uma contextualização sobre as disposições do aborto pelo direito brasileiro, de modo a compreender como o ordenamento jurídico trata atualmente essa questão, apresentando as situações de proibição da interrupção da gravidez e as situações em que a prática é permitida, bem como pretende abordar também um pouco sobre o

conceito de abortamento.

Por fim, no terceiro capítulo, será demonstrado como a influência do conceito da família patriarcal, defendida principalmente pelas religiões, faz com que a discussão em torno da interrupção da gravidez se mostre difícil e como isso influenciou diretamente na proibição da prática pelo direito brasileiro, mostrando ainda como é necessária a luta feminista para se evitar os retrocessos no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

2. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER NO BRASIL

Tratar dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, é antes de tudo, retomar o sentido dos direitos, que vem, como esse arcabouço de leis e princípios que regulam as relações sociais, com o intuito de orientar para a vida em comum, o que é importante, as responsabilidades de cada pessoa, mas também suas garantias (PIOVESAN, 2019). Percebe-se, portanto, que vem também com um caráter protetivo, em face daquilo que possa reprimir e colocar em risco a integridade e a vida da pessoa. Haja vista que um dos princípios que norteiam a Constituição Federal é o princípio da dignidade humana.

Nessa toada, é necessário refletir sobre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois como é observado, culturalmente, a vivência da sexualidade e da reprodução foram construídas de forma reprimidas, controladas, cercadas de preconceitos, medos e tabus. A princípio, com a forte influência da religião, fundamentada com a base biológica da preservação da espécie, enraizou-se a ideia de que, a sexualidade fosse compreendida, como um episódio meramente reprodutivo. Evidentemente que, esse pensamento deixou lastros no campo do direito e da própria vivência social (DIAZ; CABRAL; SANTOS, 2004, p.52).

Essa diferenciação biológica do masculino e feminino em que, a figura da mulher nesse contexto era aquela que “gerava a vida”, foi determinante para a construção dos papéis do homem e da mulher na sociedade, suprimindo o papel de protagonista da mulher até sobre sua própria história, reduzindo sua personalidade, naquela que deve ficar em casa, cuidar dos filhos e das atividades domésticas. E essa condição assume também, uma postura de controle e repressão sobre a sexualidade e a vida da mulher, cabendo a ela além das questões da reprodução, como o gestar e amamentar, também o do cuidado e educação dos filhos.

Atualmente, os questionamentos ainda surgem: por quais razões as mulheres se submetiam a viver esse papel? Será que dessa posição que eram colocadas não incomodava ou se rebelavam? Novamente, a religião assume um papel nesse aspecto, pois além da influência no aspecto do controle e da opressão sobre a sexualidade da mulher, trouxe a naturalização e o conformismo, que foram cruciais para essa opressão se tornar uma questão estrutural. Vale dizer, todo o

comportamento que não fosse para a reprodução, tornava-se anormal. E conseqüentemente, as mulheres nasciam dentro dessa estrutura, que assumir o papel passivo, subalterno, tornou-se comum (GOMES, 2003, p.52). No entanto, ao longo do tempo, observa-se histórias de mulheres que embora ocupassem um espaço onde foram colocadas, não escolheram vivê-lo e aproveitavam desse espaço para buscar aprendizados, conhecimento e sabedoria, como era o caso das artesãs, curandeiras e mais tarde as “bruxas”, que eram mulheres que tinham conhecimentos sobre plantas e ervas.

Evidentemente que, essa construção deixa marcas no campo social e do direito. No primeiro, é possível observar a dificuldade das mulheres ao mercado de trabalho e por mais que já tenham conquistado uma importante abertura, há uma disparidade na ocupação dos cargos, quando não ganham menos para desempenhar o mesmo trabalho. É lidar com dupla rotina de trabalho, com a criação dos filhos e ainda a desconfiança no trabalho, sobre suas capacidades e a forma de desempenhar o trabalho. Atribuindo as mulheres não só esse preconceito, mas também com a angústia de reafirmar suas capacidades sobre a desconfiança diária a respeito das atividades que desempenha (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.8).

No campo do direito, o homem era a centralidade das disposições, como o titular dos direitos. Dessa forma, quando surge o movimento feminista, calcado na conscientização trazida com a Declaração universal dos Direitos humanos, rompe com esses obstáculos filosóficos e psicológicos, de modo que, a mulher passa a destacar-se como agente transformador, claro que de forma lenta, porém constante de conscientização e busca por reconquistar os direitos (GOMES, 2003, p.55).

Em termos de regulamentação, do Período Colonial até o Brasil República, não houve nenhuma disposição de relevo. Somente com o início de 1950, com a luta pela reforma do Código Civil, que promulgou a Lei nº 4121/61 conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, mas, que não representou um avanço em termos de direitos efetivos e igualitários (GOMES, 2003, p.57). Era justamente o Período da Era Vargas, em que, socialmente já ficou marcado como uma fase de recuo da democratização do país, logo no campo da sexualidade evidentemente que, não traria avanços.

Há que se enaltecer o papel da luta feminista pelas conquistas dos direitos sexuais e reprodutivos, é em razão dessa luta que se desponta os anseios e reivindicações pelo reconhecimento dos direitos das mulheres, mas principalmente, pela dignidade. O direito de assumir a própria identidade e sua história. Nesse mesmo período, em que começa a luta social contra o período ditatorial, as mulheres se unem nessa luta também por seus direitos civis e políticos, mas traz à baila discussões inclusive sobre a sexualidade e reprodução, que inclusive anos depois, na década de 60, surge o anticoncepcional como um avanço e o poder de escolha sobre a reprodução

(DIAZ; CABRAL; SANTOS, 2004, p.46). Começam a demonstrar que queriam assumir muito mais que o espaço em que foram colocadas socialmente, mas a necessidade de serem reconhecidos como sujeito de direitos.

Assim, a Constituição Federal de 1988 vem como um marco crucial, porque não só cita as mulheres, como as reconhece, positivando a isonomia entre os cônjuges na sociedade conjugal, a proteção à gestante e à empregada-mãe, a não discriminação do trabalho da mulher, etc (GOMES, 2003). E dessa nova fase de reconhecimento constitucional, surgem muitas frentes de organização que ganharam destaque, incluindo por exemplo, à luta pela Anistia como movimento feminino e principalmente de participação em outros espaços de luta:

Assim é que, em seus primeiros anos, mais especificamente entre 1975- 1979, as mulheres, organizadas em grupos, coletivos, associações, buscaram interlocução com sindicatos e universidades, organizaram manifestações, congressos e debates, alcançando um relativo espaço na imprensa e dando visibilidade a suas reivindicações.

Os primeiros passos das feministas foram, portanto, no sentido de estabelecer uma presença pública no país, alcançar legitimidade para sua pauta de reivindicações, ampliar sua base de militância introduzindo-se em outros espaços organizacionais como sindicatos, associações e universidades, refutando, ao mesmo tempo, críticas de alguns setores que viam neste movimento uma ameaça à unidade da oposição organizada então em uma frente única. Alguns setores desta oposição manifestavam certo temor das demandas feministas que traziam outras questões para o debate político, então centrado na restauração da democracia e na crítica ao Estado violador de direitos humanos (PITANGUY, 2003, p.45).

Nota-se que, começaram a perceber que precisavam ocupar os espaços de decisão para conseguir reverter esse contexto de opressão. Não deve ter sido fácil se inserir nesses espaços como se extrai do trecho acima, mas sabiam que precisava alcançar essas posições. Um exemplo dessa participação política no Brasil, que ganhou destaque, ocorreu no período de formulação da Constituição Federal de 1988, ficando conhecida como o “lobby do batom”. Em outras palavras, foi uma ação feminina articulada com inúmeras iniciativas, como a “Mulher e Constituinte” que focou na formação de uma aliança suprapartidária das deputadas e senadoras para fortalecer com os movimentos de mulheres, que teve também como articulação da campanha nacional realizada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com o intuito de que os direitos reivindicados pelo movimento feminista ganhassem espaço no texto da Constituição Federal de 1988 (PEGORER, 2013).

E apesar da construção dos direitos envolverem a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos, a expressão e reconhecimento por “direitos reprodutivos” tem sua origem recente e atrelada ao advento da Rede Nacional pelo Direitos Reprodutivos em 1979, nos Estados Unidos, e passando a ser adotado no começo da década de 1980, e na Europa durante a Campanha Internacional pelo Direito ao aborto (CORREA; PETCKESKY, 1996). Paulatinamente, as mulheres foram desbravando o contexto social, e fazendo observar outros direitos, e até outras formas de se organizar enquanto sociedade de forma que elas pudessem fazer parte e ter seus direitos efetivos.

O movimento feminista começa a desenvolver suas pautas, não só por reconhecimento dos direitos, mas para que de fato, as mulheres pudessem gozar de independência na vida e em sociedade, trabalhar, estudar, enfim, serem o que sonhavam para si. E as manifestações públicas ganham corpo não só no Brasil, mas internacionalmente, refletindo evidentemente, nas discussões dentro do Brasil e ampliando horizontes de novos direitos:

Tanto a versão negativa quanto a versão afirmativa das primeiras formulações relativas aos direitos reprodutivos estavam embasadas nos princípios da igualdade, autonomia pessoal e integridade corporal. Ambas partiam de uma mesma premissa: para que as mulheres atingissem uma posição igual à dos homens na sociedade, deveriam ser respeitadas como agentes morais ativos, com projetos e objetivos próprios; elas mesmas deveriam determinar os usos- sexuais, reprodutivos ou outros- de seus corpos (e mente) (CORRÊA; PETCKESKY, 1996, p.152).

E o movimento foi avançando nas discussões, viu que tratar dos direitos sexuais e reprodutivos era uma necessidade muito mais que social e moral, também de integridade. Dessa forma levou-se a pauta de direito sexual e reprodutivo não mais só como uma questão social, mas também de saúde, sexual e reprodutiva na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) do Cairo, em 1994 (PEGORER, 2013,). Foi um marco importante no qual trouxeram considerações sobre a igualdade de gênero, o planejamento familiar e os conceitos de direitos reprodutivos e reconhecer os direitos reprodutivos propriamente ditos. Porém mais do que isso, foi traçar suas linhas de ações com os países membros:

7.2 [...] A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. [...]

7.3 [...] Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e reprodutivo (ONU, Plataforma do Cairo).

Necessário retomar esses acontecimentos marcantes na história dos direitos sexuais e

reprodutivos que nos faz entender sua influência no Direito Brasileiro e principalmente, a ver a luta pela efetividade desses direitos pós Constituição Federal de 1988. Resta evidente que, depois de tanto tempo, a sociedade construída com o pensamento patriarcal enraizado nas estruturas e instituições, a mudança de paradigma não seria tão rápida, mas o engajamento e as discussões trazidas pelos movimentos feministas foram e são cruciais para essa evolução não só jurídica, mas social por uma equidade.

Em seguida, depois da Conferência do Cairo, a discussão se seguiu para a IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim em 1995, ratificando não só os direitos conquistados, mas ampliando as discussões, desta vez, assumindo o direito sexual e reprodutivo como um direito humano que passa além do direito individual, também para o coletivo, no sentido de que, passa a considerar o reconhecimento do direito do casal de decidir livremente sobre sua sexualidade e reprodução:

94. [...] A saúde reprodutiva implica, assim, a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco, a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. [...] Em consonância com essa definição de saúde reprodutiva, o atendimento à saúde reprodutiva se define como o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, ao evitar e resolver os problemas relacionados com a saúde reprodutiva. Inclui também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais e não meramente a assistência social e o atendimento relativo à reprodução e às enfermidades sexualmente transmissíveis.

95. [...] Os direitos de reprodução abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas legislações nacionais, em documentos internacionais relativos aos direitos humanos e em outros documentos e consensos. Tais direitos têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva.

96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas consequências (ONU, Plataforma de Pequim, 1995).

Nota-se, portanto, que os direitos sexuais e reprodutivos assumem duas categorias, primeiramente, direitos de primeira dimensão, individuais como liberdade e intimidade que como vimos, poder decidir sobre sua sexualidade e reprodução, e paralelo a esses direitos que precisam de reconhecimento e proteção, para complementar, os direitos de segunda dimensão, no qual exigem do Estado uma ação, no sentido de que, é necessário a sua atuação para a efetividade desses direitos, no caso, políticas públicas de saúde e educação sexual e reprodutiva (PIOVESAN, 2012). Com o avanço no reconhecimento desses direitos, frente ao ordenamento até então androcêntrico, é possível notar que de forma gradual vem trazendo reformas e evolução como é o caso da Lei Maria da Penha, mas em muitos quesitos é preciso ampliar o diálogo como no caso do aborto, como

veremos em seguida.

3. A TRATATIVA DO ABORTO PELO DIREITO BRASILEIRO

Antes de se adentrar na questão do tratamento dado ao aborto pelo direito no Brasil, necessário se faz explicar um pouco sobre o que se trata a interrupção da gravidez também sob o ponto de vista médico, uma vez que se trata de um assunto delicado e geralmente é tratado com preconceitos e baseado em sentidos comuns.

Deste modo, “por aborto (ou abortamento), entende-se a interrupção da gestação, voluntária ou não, antes de o feto completar 22 semanas.” (ROSAS, 2018, p. 203) E ainda, quando não se tem conhecimento da idade gestacional, o parâmetro que costuma ser utilizado é o do peso fetal que deve ser menor de 500g, ou ainda a estatura que não deve ultrapassar os 16,5 cm (ROSAS, 2018, p. 203).

Ainda, pode-se dizer que o abortamento é o termo mais correto a ser utilizado e, em outras palavras, trata-se da perda/interrupção de uma gravidez antes que o embrião e posterior feto sejam capazes de vida independente da mãe (PRADO, 2017, p. 84-5). Sendo essas, portanto, as definições técnicas utilizadas pelos médicos obstetras para tratar o assunto.

No entanto, sob o ponto de vista jurídico o aborto é considerado tão somente como sendo a interrupção da gestação com o intuito da morte fetal, não dependendo da idade gestacional (ROSAS, 2018, p. 203). Tanto que o Código Penal ao tratar do aborto em seu artigo 124³, limita-se apenas em proibir sua prática, não trazendo assim uma definição objetiva sobre o que seria provocar um aborto.

Por isso, Aníbal Bruno (1979, p. 155) define o aborto como sendo “a destruição da vida nascente, até o momento em que começa o processo do parto” e desta forma ainda entende que o núcleo do tipo do crime de provocar aborto é interromper o curso da gravidez com a consequente morte do feto, visto que a materialidade do aborto consiste na existência de um feto vivo, havendo, portanto, uma gravidez em curso (BRUNO, 1979, p.160-161).

Ainda cumpre destacar que além da proibição trazida pelo citado artigo 124 do Código Penal que consiste no aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, há nos artigos 125⁴ e 126⁵ a proibição do aborto provocado por terceiro com ou sem o consentimento da gestante, bem como o artigo 127⁶ do mesmo Código traz ainda a forma qualificada do crime, em que a pena é

3 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

4 Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

5 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

6 Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do

agravada caso haja lesão corporal grave ou morte da gestante.

Porém, mesmo proibindo a prática do aborto pela própria gestante ou por terceiro, o artigo 128⁷ do Código Penal traz hipóteses em que o abortamento realizado por médico não é punido, sendo eles o aborto necessário, que é o caso em que a gestante corre risco de vida e o da gravidez resultante de estupro.

Além dessas duas hipóteses previstas no Código Penal desde o ano de 1940, no ano de 2004 a Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde ajuizou a ADPF 54 junto ao Supremo Tribunal Federal a fim de conseguir que a gestante de feto com anencefalia conseguisse a antecipação terapêutica do parto sem a necessidade de apresentar autorização judicial prévia, o que, no ano de 2012 foi julgado procedente pelo STF, passando assim o aborto de feto anencefálico ser também permitido (LUNA, 2018, p. 169) .

Contudo, mesmo diante tamanha conquista dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, cumpre destacar que o julgamento da ADPF 54 foi cercado de mobilizações pela Igreja Católica e de outras religiões que eram contra a prática do abortamento, pois muitos acreditavam se tratar de um aborto eugênico, sem levar em consideração todo o sofrimento da gestante diante de uma gravidez nestas condições, bem como sem considerar o fato de que o abortamento não é obrigatório (LUNA, 2018, p. 170).

Tamanha é a importância de uma regulamentação eficiente a respeito da interrupção da gravidez não desejada que, no ano de 1987, época em que estava sendo escrita a constituinte de 1988, o Movimento de Mulheres apresentou perante a Assembleia a defesa da reivindicação da interrupção da gravidez não desejada, por se tratar de uma questão de saúde integral da mulher e de uma situação muito usada no país, mas sem a devida assistência do sistema público de saúde (TELES, 2017, p. 214). Assim, vale destacar um dos principais argumentos da proposta:

Deve-se respeitar a opinião dos que acreditam que o aborto é pecado, mas não se pode aceitar que essa opinião seja imposta a todos os brasileiros que pensem diferentemente. A proibição legal do aborto só teria sentido se no país como um todo houvesse uma posição unânime e definitiva sobre o momento em que o feto pode ser considerado como ser humano e sobre a sacralidade absoluta da vida do embrião. Não basta defender a vida. É necessário defender a qualidade da vida. A luta pela legalização do aborto faz parte da luta pela maternidade livre, que por sua vez integra a luta pela dignidade humana. (TELES, 2017, p. 219)

No entanto, apesar de ser uma proposta coerente e bem fundamentada, como pôde ser visto nos parágrafos antecedentes, tal reivindicação não foi aceita pela Assembleia e a prática da interrupção da gravidez continuou sendo considerada como crime, havendo apenas alguns avanços

aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

7 Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

na jurisprudência, como o caso da descriminalização do abortamento de feto com anencefalia pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, a luta contra o retrocesso das leis brasileiras continua sendo necessária, visto que em pleno ano de 2021 pode ser votado pelo Senado Federal o projeto de lei nº 5435/2020 chamado de "Estatuto da Gestante", que com o argumento de que visa garantir os direitos da gestante e da maternidade, se utiliza de uma ideologia puramente religiosa e moral para limitar ainda mais os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres brasileiras, pois tenta alterar a Constituição Federal de 1988 para instituir o “direito à vida desde a concepção” (BRASIL, 2021).

Cumprir destacar ainda que referido projeto de lei, além de ter por objetivo proibir completamente o abortamento no Brasil, visto que pretende ofertar uma “bolsa estupro”⁸ através de uma ajuda econômica do Estado para mulheres vítimas de estupro que não possuem condições econômicas para cuidar da criança que nascer, ainda trata o estuprador como genitor e naturaliza a ideia de que a única responsável pelo cuidado e educação dos filhos é a mulher.

Sendo assim, possível perceber que no ordenamento jurídico brasileiro a interrupção da gravidez ainda é tratada de forma cautelosa, tendo restado aos juízes e desembargadores terem que lidar com as situações que aparecem no dia-dia diante da ausência de leis e políticas públicas que garantam o acesso adequado ao abortamento de forma segura, sendo a legislação ainda apegada a questões morais e religiosas.

4. A INFLUÊNCIA PATRIARCAL NO DIREITO COMO FATOR PRINCIPAL PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

No Brasil, a primeira fase do feminismo teve como enfoque os direitos políticos das mulheres, como o direito de serem eleitoras e candidatas, sendo tal questão discutida na Constituição Federal de 1891, porém o projeto não foi aprovado. Contudo, naquela Constituição não foi explicitamente proibido o voto das mulheres, pois a não-exclusão da mulher do texto constitucional se deu por não serem elas consideradas indivíduos dotados de direitos, pelos constituintes (PINTO, 2003, p. 15-16).

A partir dessa situação fica nítido o quanto a mulher foi apagada da história do Brasil, uma vez que não era considerada nem uma sujeita de direitos pelos homens, ora constituintes, e isso se dá, historicamente, pela influência de entidades conservadoras que defendem a família patriarcal, em que a mulher e os filhos são apenas uma propriedades do homem.

8 Art. 11º Na hipótese de a gestante vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde, do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos de um salário-mínimo até a idade de 18 anos da criança, ou até que se efetive o pagamento da pensão alimentícia por parte do genitor ou outro responsável financeiro especificado em Lei, ou venha a ser adotada a criança, se assim for a vontade da gestante, conforme regulamento.

No entanto, é claro que após essa exclusão a luta feminista continuou e, em 1986, quando da eleição dos deputados para o Congresso Constituinte, dos 559 deputados federais eleitos, 26 eram mulheres, resultado de uma mobilização marcante das mulheres de todo o país durante os trabalhos da Constituinte (TELES, 2017, p. 185).

Na data de 26 de agosto de 1986 aconteceu em Brasília o Encontro Nacional da Mulher pela Constituinte, promovido pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e que foi um sucesso e praticamente todas as reivindicações levantadas que foram apresentadas para os constituintes, foram incorporadas ao texto constitucional, exceto ao que dizia respeito ao direito de aborto (TELES, 2017, p. 185).

Porém, a luta das brasileiras feministas em relação ao direito ao aborto foi de extrema importância, visto que apesar de não conseguir sua legalização completa, conseguiu, pelo menos, evitar retrocessos na lei, pois “deputados evangélicos e católicos pretendiam introduzir o direito à vida desde a concepção”, proibindo com isso até os casos em que o Código Penal de 1940 permite a interrupção da gravidez (TELES, 2017, p. 186).

Dito isto, cumpre fazer uma breve digressão ao século XIX, quando aconteceu a Reforma Católica, que veio para acentuar o pudor que já era exigido das mulheres na época, cobrindo assim totalmente os seus corpos e a reconhecendo tão somente como reprodutora, não havendo espaço para o prazer da mulher no exercício de sua sexualidade e, mesmo quando o clitóris foi descoberto, em 1559, foi analisado sob o ponto de vista do homem, contribuindo para a ideia de que à mulher só cabia a função de ser mãe (DEL PRIORE, 2011, p. 25).

Ainda neste sentido, Naiara Andreoli Bittencourt (2015, p. 225) ao discorrer acerca da biopolítica sobre a vida das mulheres e o controle jurídico brasileiro traz que as mulheres tinham (e têm) seus corpos medicados intensa e minuciosamente, principalmente em relação a sua sexualidade, ou seja, há “o adestramento dos corpos femininos para as funções de reprodução e para a anulação de sua sexualidade em prevalência à masculina” (BITTENCOURT, 2015, p. 232).

No Brasil, essa situação de biopolítica relacionada às normas jurídicas recai sobre as mulheres tanto em termos normativos quanto em relação a efetivação de políticas públicas, visto que o Código Penal possui tipos penais exclusivos às mulheres, como o aborto e o infanticídio, assim como é para elas que se voltam as políticas relacionadas ao controle de natalidade e de medicalização através de métodos contraceptivos, sem contar ainda com a responsabilização quase que integral pela geração e reprodução da vida (BITTENCOURT, 2015, p. 239).

E esse controle exercido sobre os corpos das mulheres está relacionado diretamente com a criminalização do aborto, visto que fica claro que o tratamento do aborto pelo ordenamento jurídico tem esse viés controlador pois não é capaz de olhar a mulher em si, mas apenas o feto que possui

tão somente uma expectativa de vida, retirando qualquer autonomia da mulher sobre seu próprio corpo e o deixando à mercê do Estado e, conseqüentemente, dos homens.

Segundo Bruno (1979, p. 156) nos primeiros tempos de Roma não haviam indícios de punição da morte dada ao feto, porém depois começa-se a levar em consideração o direito de paternidade, havendo como início da incriminação do aborto cerca do ano 20 da nossa era, com o reinado do imperador Septimius Severus, em que o aborto era tratado como uma frustração da esperança do pai à sua descendência, assim como ainda ressalta que “foi o cristianismo que introduziu no conceito do aborto a ideia da morte de um ser humano” (BRUNO, 1979, p. 156).

Deste modo, inegável a influência da igreja e, conseqüentemente, do patriarcado na criminalização da interrupção da gravidez, trazendo isso tão somente como uma forma de exercer controle sobre a sexualidade e reprodução da mulher, pois atualmente tem-se viés apenas religioso e moral a criminalização do aborto, visto que é sabido que nenhum método contraceptivo é 100% eficaz, bem como que não há um consenso científico acerca do início da vida, tanto que em algumas situações o próprio ordenamento jurídico se confunde.

5. CONCLUSÃO

A interrupção da gravidez é um assunto extremamente polêmico, tanto em relação à criminalização da prática quanto em relação às questões morais e religiosas e, por esse motivo, mesmo quando o Código Penal autoriza a sua prática, nos casos de risco de vida para a gestante e de gravidez proveniente de estupro, bem como no caso de feto anencefálico, acessar tal direito ainda é difícil.

Conforme exposto, a influência da religião, principalmente católica e evangélica, no direito brasileiro é evidente e esta influência visa proteger a família nos moldes patriarcais, onde a mulher é colocada tão somente como reprodutora e o homem é o seu protetor, ou melhor, proprietário, anulando assim qualquer garantia de direito sexual ou reprodutivo das mulheres, visto que nessa concepção patriarcal a mulher não tem autonomia sobre o próprio corpo.

E a criminalização da interrupção da gravidez é um resquício da influência dessa noção de família patriarcal no direito brasileiro, que como pôde ser visto, foi uma das principais barreiras para não se aceitar o direito ao aborto na constituinte de 1988. Porém, tal situação é extremamente prejudicial, pois fere os direitos fundamentais das mulheres, como direito à dignidade, à saúde, à igualdade, à liberdade, à autonomia, aos direitos sexuais e reprodutivos, entre outros previstos tanto na Constituição de 1988 quando nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil faz parte.

O abortamento sendo crime torna o assunto envolvendo ele um tabu na sociedade, fazendo

com que as mulheres que necessitam acessar o seu direito de interromper uma gravidez proveniente de estupro ou em caso de risco de vida encontrem muitos obstáculos para exercê-lo, visto que muitas vezes os médicos ou se negam a realizar por medo de depois serem penalizados ou pedem inúmeros documentos desnecessários para realizar o procedimento, sem contar ainda a falta de estrutura adequada dos hospitais públicos.

Não obstante, tal situação ainda prejudica o acesso à informação correta sobre o tema, pois as mulheres acabam por não ter noções a respeito de uso correto de contraceptivos ou até mesmo não sabem sobre seus direitos sexuais e reprodutivos, tornando muito pior a situação, pois essa falta de informação e educação sexual adequadas se dá, principalmente, por influência religiosa.

Desta forma, fica mais do que claro que a descriminalização do aborto é uma questão de garantia dos direitos fundamentais das mulheres, uma vez que nos dias de hoje não há mais espaço para a falta de informação e educação adequadas, ainda mais por influência religiosa. Abortamento é questão de saúde sexual e reprodutiva da mulher e o acesso a um procedimento seguro e do qual ela conhece e pode optar por querer realizar ou não é um direito que deve ser a ela garantido.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. **A Biopolítica sobre a Vida das Mulheres e o Controle Jurídico Brasileiro**. *Gênero & Direito*, n. 3, p. 225–245, 2015.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Direito Penal**. In: Diário Oficial da União, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 19 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5.435, de 08 de dezembro de 2020. Dispõe sobre o Estatuto da Gestante. Brasília: Plenário do Senado Federal, 2020. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145760>> Acesso em 25 mar. 2021.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

CORREA, Sônia. PETCHESKY, Rosalind. **Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista**. *Physis: Rev. Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, p. 147- 177, 1996.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

DIAZ, M., CABRAL, F., SANTOS, I. **Os direitos sexuais e reprodutivos**. In: RIBEIRO, C., CAMPUS, M.T.A. (ed). *Afinal, que paz queremos?* Lavras: Editora UFLA, 2004.

GOMES, Renata Raupp. **Os “novos” direitos na perspectiva feminino: a constitucionalização dos direitos das mulheres**. In: WOLKMER, Antônio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os “novos” direitos do Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades*

jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUNA, Naara. **O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público.** In: *Horizontes Antropológicos*, v. 24, n. 52, p. 165–197, 2018.

MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução.** São Paulo: Boitempo, 2014

PEGORER, Mayara Alice Souza. **Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a atuação estatal: o respeito à diferença múltipla como fator orientador de políticas públicas de gênero.** Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 9.ed.rev.e atual.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flavia. **Integrando a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira: desafios e perspectivas.** In: _____ Temas de Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PITANGUY, Jacqueline. **Movimento de Mulheres e Políticas de Gênero no Brasil.** In: MONTANO et al (orgs.). *As políticas públicas de gênero: um modelo para armar- O caso do Brasil.* Santiago: Cepal, jun.2003. p. 23-40. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/12689/lcl1920p.pdf>. Acesso em: 12 mar 2021.

PRADO, Danda. **O que é o aborto.** 1ª ed. Ebook. São Paulo: Editora Brasiliense, 2017.

ROSAS, Cristiano Fernandes. **Interrupção da Gravidez.** In: BOYACIYAN, Krikor. (org.). *Ética em Ginecologia e Obstetrícia.* São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil e outros ensaios.** São Paulo: Editora Alameda, 2017.

A INVISIBILIDADE DO GÊNERO: BIOPODER E OS DIREITOS DA MULHER

Laura Lourenço RODRIGUES¹

RESUMO

O presente artigo objetiva a contextualização da história dos Direitos existentes em nossa sociedade, bem como seu nascimento e a forma como eles são negados a mulher, demonstrando de forma didática os direitos que permeiam tal temática, pontuando os principais marcos legislativos e históricos e ressaltando a importância da tutela dos direitos e garantias fundamentais da mulher como forma de assegurar a todas condições mínimas para uma vida digna, com a prática dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, entre outros. Traça-se um panorama entre a garantia do direito fundamental a igualdade como ponto principal para a discussão atinente a como este direito e muitos outros permitem que a mulher ainda se encontre de forma invisível na sociedade, muito pela criação patriarcal ainda existente, com a exclusão de seu corpo e alusão a tarefas que foram feitas para ela, com participação de meios de comunicação, mídias e o poderio predominantemente masculino que apenas reforçam a temática de submissão feminina. Para a realização do presente artigo, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas, bem como com a utilização de ferramentas demográficas que auxiliam em uma perspectiva mais visível de como a mulher ainda está presente em dados que a submetem a menos poder. Conclui-se pela essencialidade de uma maior repercussão no que tange aos direitos que a mulher possui e a forma como a sociedade a vê, viabilizando que a figura do gênero feminino consiga exercer seus direitos e deveres de forma autônoma.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Mulher. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Igualdade. Invisibilidade da mulher.

ABSTRACT

The aim of this article is to contextualize the history of existing rights in our society, as well as their birth and the way they are denied to women, demonstrating in a didactic way the rights that permeate this theme, pointing out the main legislative and historical milestones and emphasizing of the importance of the protection of the fundamental rights and guarantees to women as a way to ensure all minimum conditions for a dignifies life, according to the practice of the principles of the equality and human dignity, among others. A panorama is traced between the guarantee of the fundamental right to equality as the main point for the discussion regarding how this right and many others allow women to still be invisible in Society, Much by the patriarchal creation that still exists with the exclusion of her body and allusion to tasks that were made for her with the participation of medias and the predominantly male power that reinforce the theme off female submission. To carry out this article, bibliographical and documentary research was carried out in classic and contemporary works, as well as the use of demographic tools that help in a more visible perspective of how women are still present in data that submit them to less power. It is concluded by the essentiality of a greater impact with regard to the rights that women have and the way society sees them, enabling the figure of the female gender to exercise their rights and duties autonomously.

PALAVRAS-CHAVE: Women's Rights. Human Rights. Dignity of the Human Person. Principle of Equality. Invisibility of Women.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho justifica-se pelo interesse de analisar o cenário brasileiro atual a fim

¹ Discente do 8º termo do Curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo da cidade de Presidente Prudente/SP E-mail: rodrigues.laura@hotmail.com.br.

de identificar a evolução dos direitos, adentrando em uma breve pesquisa desde o nascimento dos direitos das mulheres e a forma como eles ainda se encontram invisíveis em nossa sociedade, de modo com que a mulher ainda hoje é submissa à vários padrões enraizados por toda uma história carregada de lutas e adversidades.

Desta forma, antes de adentrarmos nas questões que envolvem toda a invisibilidade que acomete a mulher em nossa sociedade, importante nos atermos ao contexto histórico sobre os direitos que permeiam tal temática.

Os direitos apresentam-se como conjunto de normas, regras, leis e têm por principal objetivo organizar a vida em sociedade. Os direitos estão em todos os aspectos de nossa vida e variam entre as inúmeras sociedades e grupos existentes em nosso mundo.

Os direitos são, em regra, resultado de lutas e conquistas, que buscam manter equilíbrios, frente a uma sociedade plural, com diferentes sexos, raças, religiões, culturas, que precisam conviver de forma que um não ultrapasse a liberdade do outro.

E é nesse sentido que importa ressaltar a difícil tarefa: assegurar que os direitos realmente sirvam a todos, ademais, a ideia de um direito que está acima de todos, intrínsecos ao ser humano e presente na sociedade em quaisquer de seus âmbitos surgiu junto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana é também o resultado da soma de todos os atributos inerentes ao ser humano, que valoriza as diferentes manifestações do ser humano, englobando, portanto, as diferentes raças, etnias, gêneros e diversas manifestações plurais presentes em nossa sociedade.

Dito isso, importa pontuar que a luta pela defesa da igualdade de direitos e deveres para as mulheres não é nova, a todo tempo sempre houve mulheres e homens que se posicionaram a frente de desigualdades, no entanto, apenas com o passar do tempo e com o fortalecimento de estratégias adotadas pelas próprias mulheres é que conseguiu-se uma maior visibilidade de tais reivindicações.

Contudo, embora esteja em crescimento a presença de mulheres no mercado de trabalho e em postos de poder, ainda permeia um pensamento marcante de discriminação das mulheres, vez que uma sociedade que surgiu de pensamentos e ações controladas pelo patriarcado ainda se fazem presentes práticas que a discriminam e a invisibilizam perante toda uma sociedade machista.

Desta forma, a relevância do presente trabalho é sobre as lutas enfrentadas pelo gênero feminino até chegarem a direitos realmente positivados e que realmente funcionem na prática.

Por fim, fácil identificar a caracterização e presença do biopoder ainda em nossa sociedade que afeta diretamente a figura feminina, de modo com que conclui-se que a luta pelos direitos

humanos das mulheres é contínua e essencial para que cada vez mais tenhamos a presença de mulheres em lugares considerados predominantemente “de homens”, levando ideias e formas de pensar a fim de construir uma sociedade com igualdade plena de direitos e deveres a todos.

1.1 Direitos Humanos e a Dignidade Da Pessoa Humana

Partindo do texto constitucional brasileiro, presente no Preâmbulo de nossa Constituição temos que, *ipsis litteris*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Acrescendo a premissa de que existem diversas maneiras quanto a interpretação de nosso ordenamento, o texto constitucional pode ser analisado à luz dos Direitos Humanos, entendidos por Castilho (2011, p. 11-12) como:

A expressão direitos humanos representa o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos [...] Que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

E que, segundo a Organização das Nações Humanas (1948), os direitos humanos são “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”.

Neste cenário, é possível identificar que os direitos humanos são direitos naturais, garantidos a todo e qualquer indivíduo e que possuem uma perspectiva universal.

No Brasil, tais direitos foram fundamentados por meio de nossa Constituição, tal qual preconizado no Preâmbulo citado acima, de forma que quando firmados no ordenamento jurídico, os direitos humanos se tornam direitos fundamentais.

Os direitos humanos são garantias que se adaptam as necessidades de cada momento. Embora a forma como os conhecemos tenha surgido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948, os princípios protetores aos direitos básicos do indivíduo estão presentes em inúmeras situações de nossa história jurídica.

Neste sentido, leciona Castilho (2018, p. 15):

Sem os direitos humanos não teria havido a abolição da escravidão no mundo; não teria havido a emancipação da mulher, rebaixada à condição de inferioridade jurídica, sem trabalho remunerado e sem influência e participação nas decisões políticas da sociedade. Sem Direitos Humanos, nesses setenta anos que nos distancia da última guerra mundial, teríamos a repetição das tragédias de Hiroshima e Nagasaki, com a utilização da bomba

atômica. Finalmente, sem os Direitos Humanos, teriam prevalecido as concepções totalitárias dos regimes que, à direita e à esquerda, superdimensionaram o Estado no combate ao individualismo que acabou sacrificando as liberdades concretas e mínimas de cada um dos que viveram sob esses regimes.

Para Kant, nas palavras de Cunha (2002, p. 85/88), a ideia de dignidade está no reconhecimento de que ao homem não se pode atribuir um valor, devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser humano racional, ou seja, a sua própria vontade livre e autônoma constitui a essência da moral e do direito natural, é algo intrínseco.

Sarlet (2021, p. 118) traz, em relação à dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale em uma primeira perspectiva, que há uma espécie de valor-fonte, o que já fora inclusive objeto de reconhecimento pelo STF nas palavras do Ministro Cezar Peluso pelo Acórdão proferido no HC 87.676/ES:

[...] verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

O princípio da dignidade da pessoa humana é conhecido como um direito essencial, valorado constitucionalmente, seja no âmbito nacional ou internacional. É considerado como um dos fundamentos mais importantes da sociedade brasileira e fundamentado pelo Artigo 1º, inciso III da nossa Constituição Federal.

A posição do princípio da dignidade da pessoa humana não à toa aparece em nosso primeiro artigo, vez que é um postulado central do ordenamento vigente e fundamento principal de nossa República. É um valor que transcende todo o ordenamento, em todos os seus âmbitos, seja ele civil, administrativo, eleitoral, penal, entre outros; orientando também todas as atividades privadas e estatais.

A criação desse princípio surgiu com a ideia de proteção dos direitos mais básicos, considerando que o ser humano é a justificativa para a criação dos direitos fundamentais e a dignidade deste estaria intrínseca na criação e evolução dimensional de tais direitos.

A ideia da dignidade da pessoa humana é sua atuação como proteção mínima, que venha a ser dada a todo o ser humano.

Neste sentido, Piovesan (2000, p. 54/55):

a dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado de direitos e garantias fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos.

Desta forma, a elaboração do histórico documento chamado de Declaração Universal dos

Direitos Humanos surgiu em 10 de dezembro de 1948, após inúmeros acontecimentos, revoluções e guerras, resultando na formação da Organização das Nações Unidas, com o objetivo de trazer paz e justiça a todas as nações do mundo, tornando-se a *norma mater* e propagando-se para as diversas regiões deste mundo. A Declaração Universal é formada por 30 artigos e hoje conta com 192 países signatários.

Para proteção dos direitos inerentes ao ser humano, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é o que gerencia frente aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tais direitos não serão feridos pelos países signatários.

A Declaração Universal trouxe direitos inalienáveis, reconhecendo a dignidade inerente a todos os seres humanos e reconhecendo também que todo ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer condição.

Os Direitos Humanos, segundo a própria organização, visam proteger todos os indivíduos e grupos sociais contra muitas ações e/ou omissões dos que contra a dignidade destes atentarem.

Nesta toada, temos também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, popularmente conhecida como *Pacto de San Jose da Costa Rica* como principal instrumento para a proteção dos direitos civis e políticos, com a finalidade de que a proteção aos direitos humanos seja eficaz nas Américas.

Entretanto, importante entendermos que nem todos os Estados-membros da OEA ratificaram a Convenção Americana, e muitos destes não possuem interesse em participar.

Pontua-se também que a ONU possui outros órgãos como a Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos que constantemente pronunciam-se em relação a casos de violação aos direitos presentes na Declaração Universal em todo o mundo.

Além disso, outro instrumento para garantir que esses direitos não sejam desrespeitados são os tribunais de direitos humanos, que atuam como fiscalizadores, objetivando que os direitos e os princípios estejam presentes como premissas para a organização social e a busca por um mundo justo.

Ademais, cada ser humano possui sua própria dignidade e suas diferenças em relação ao outro, e por isso, merece respeito por parte do Estado e da sociedade, devendo prevalecê-lo, bem como o tratamento igualitário a todos.

Mazuolli (2019, p. 66/69) bem conceitua que a proteção internacional dos direitos humanos é resultado de um progressivo avanço social internacional, sendo desenvolvida em decorrência das necessidades percebidas para um modelo de Direito Internacional voltado a criação de normativos que protegessem os direitos da pessoa humana frente as arbitrariedades cometidas

pelos Estados.

Desta forma, concluir pela importância mundial dos Direitos Humanos e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se tornam fáceis, vez que são as bases para o nascimento de nossos Direitos Fundamentais e fazem parte da nossa história jurídica na luta de que tais direitos não sejam apenas normas sem eficácia garantida.

1.2 Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade

Partindo das premissas fixadas no item anterior, para melhor entendimento, adotaremos o critério também adotado por Miranda (2013, p. 51/52) ao reconhecer que há sentido em dizer que os Direitos Fundamentais são sinônimos dos Direitos Humanos. Todavia, ao dizer Direitos Humanos, há uma acepção mais internacional, enquanto os Direitos Fundamentais fixam-se em uma conotativa interna.

E mais, o critério adotado para o presente estudo é também o trazido por Sarlet (2021, p. 137), veja-se:

[...] importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional.

Neste cerne, a nossa Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos e garantias fundamentais, que foram resultados de inúmeras lutas e revoluções.

Para tanto, Norberto Bobbio (1992, p. 05) afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Neste interim, a pós-modernidade, caracterizada majoritariamente pelo período em que estamos, assim como a modernidade, não possuem um início e nem um final, são apenas formas de pensar.

Entretanto, dois eventos históricos ocorridos entre os séculos XVIII e que se estenderam até o século XX foram de suma importância para o nascimento da modernidade e de nossos direitos fundamentais, são eles: Revolução Industrial, que transformou radicalmente a velocidade e a quantidade das mercadorias produzidas, provocando mudanças econômicas decisivas e consolidando o capitalismo e a Revolução Francesa, a qual rompeu a estrutura social e política do antigo regime e lançou as bases para a criação da política moderna: liberdade, igualdade, fraternidade.

Nesta fase, as revoluções eram os eventos sociais da época, revolucionando o modo de pensar, de viver e de ver o próprio mundo, surgindo junto a elas a busca por novos horizontes e a vontade de lutar por estes.

Historicamente, a Revolução Francesa foi o grande marco na conquista de direitos e garantias fundamentais. E, considerando que o direito moderno vigorava na época, identificamos que a estrutura era rígida, fundada sob uma hierarquização, encontrando no Estado a fonte exclusiva de toda juridicidade. De tal revolução decorreu também a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração ainda não se tratava de uma compilação de direitos universal, porém já revelava uma tendência à universalização dos direitos.

Foi a Revolução Francesa que deu origem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme amplamente exposto no item anterior. A Declaração, assinada em Paris no ano de 1789, estabeleceu parâmetros com validade universal a todos os homens, independentes de raça, língua e crença.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II, no Artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais, assegurando-os por meio de cláusula pétrea, vez que se constituíram em razão do Princípio da dignidade da Pessoa Humana, tal qual relacionamos no item anterior.

Neste sentido Sarlet (2021, p. 120) advoga que a dignidade humana pode aparecer tanto como conteúdo dos direitos quanto fundamento para os mesmos. Parafraseando, pode-se dizer que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode e muitas vezes é tido como *conditio sine quo non* para a existência dos direitos e garantias fundamentais.

Mendes (2008, p. 240) lembra que:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.

Os direitos fundamentais são classificados majoritariamente em dimensões ou gerações de direitos, a medida em que sua evolução aconteceu e ainda acontece de forma gradual, vez que as conquistas de direitos, dos mais diversos que sejam somam-se uns aos outros, ou seja, são complementares e têm como objetivo assegurar uma vida digna a todos.

Dimitri e Martins (2007, p.54) conceituam os direitos fundamentais como:

Direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Neste sentido, certo dizer que os direitos fundamentais possuem valores históricos e,

principalmente sociais, elencados por suas características marcantes, tais como universalidade, complementariedade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade e efetividade.

Já na primeira dimensão ou geração dos direitos fundamentais temos os chamados de direitos individuais e em um primeiro momento possuem um cunho fortemente individualista, vez que são caracterizados por conterem uma proibição ao Estado de abusar de seu poder, ou seja, possuem uma figura negativa de oposição perante o Estado.

Neste cenário, assumem importância os direitos à liberdade, à vida, à igualdade e à propriedade, sendo complementados com diferentes liberdades, principalmente em relação à manifestação e à expressão.

E, ainda, nas palavras de Bonavides (2016, p. 518) há também os chamados direitos civis e políticos, com a inclusão de direitos de participação política e voto, bem como algumas garantias processuais importantes como devido processo legal e habeas corpus.

No que concerne a existência da liberdade, Kant (1993, p.47) reconheceu, assim enunciando:

A liberdade (independência do arbítrio de outrem), na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é esse direito único, primitivo, próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem. A igualdade natural, isto é, a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que estão obrigados com respeito a nós.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais são os chamados direitos sociais e nasceram junto a criação do Estado Social junto a Revolução Industrial, sendo caracterizados por trazerem uma obrigação ao Estado de prestação de serviços, contrapondo a ideia trazida pelos direitos de primeira dimensão.

Segundo Bonavides (2001, p. 343):

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso a prestações positivas; a promover meios, se necessários, para concretizar comando normativos de isonomia.

Assim, a base dos direitos fundamentais de segunda dimensão se deu na premissa de que não adianta liberdade se não houver condições mínimas para exercê-la, tendo relação direta com os direitos de igualdade.

Com isso, surgem deveres que o Estado tem obrigação de fazer ou agir, em prol do indivíduo, com a responsabilidade em dispor de educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia. Outrossim, são criados também os principais direitos trabalhistas.

Já na terceira geração ou dimensão, a preocupação não é mais com o indivíduo e sim com a coletividade, ou seja, são transindividuais, chamados de direitos difusos e coletivos.

Os direitos desta dimensão não pertencem a ninguém de forma isolada e têm origem do resultado da Segunda Guerra Mundial. O surgimento destas normas se relaciona exatamente aos direitos fundamentais do período chamado de pós modernidade, com repercussão em solidariedade e fraternidade, vestidos de diversas mudanças tecnológicas, sociais e ambientais.

Alarcón (2004, p. 81) assim leciona: “a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana”.

Surge, portanto, a necessidade de criação de direitos que buscam reafirmar os conceitos aqui já explicitados: a dignidade da pessoa humana.

E continua Bonavides (2006, p. 563/569): “emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.

Quanto ao surgimento dos direitos de quarta, quinta e sexta dimensão, não há um consenso doutrinário, vez que surgem de novas exigências e internacionalizações, com novas pautas de discussões.

Entretanto, se relacionam diretamente com o chamado período pós-modernidade, Heller (1989, p. 16) bem conceitua o referido período em:

A condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto. O colapso da grande narrativa é um convite direto à coabitação entre várias pequenas narrativas (locais, culturais, étnicas, religiosas, ideológicas).

Neste mesmo sentido, a chamada pós-modernidade, preconizada por Bauman (1998, p. 118), traz exatamente o momento em que vivemos desde a chamada “3ª dimensão ou geração de direitos fundamentais” onde há a constante transformação de vários aspectos da vida moderna, com instabilidades e questionamentos, quebrando a lógica da hierarquização, da ordem, vez que a realidade é muito mais complexa do que simplesmente dois lados.

Apesar de uma construção histórica e de certo modo, absolutamente necessária, ater-se aos acontecimentos que acometem a sociedade para a criação de novas discussões no campo jurídico, filosófico, psicológico e midiático se torna cada vez mais indispensável.

Os direitos fundamentais na pós-modernidade, ainda que seja uma época de incertezas e mudanças globais em nossa sociedade se fazem imprescindíveis, porém, precisam ser repensados em sua aplicação.

Na pós-modernidade os direitos fundamentais são caracterizados exatamente por isso: a complexidade e a necessidade de readequação destes frente a mudança global que vivemos e a necessidade de adequarmos esses direitos a tais mudanças.

Contudo, podemos citar a ideia de Marx, citada por Berman, que se encaixa perfeitamente ao objeto de estudo: “tudo que é sólido desmancha no ar”, representando bem o momento da pós-modernidade.

Neste sentido, bem conduz Marcuse (1999, p. 63/64):

Em outras palavras, é uma recusa a continuar aceitando e a se conformar com a cultura da sociedade estabelecida, não só com as condições econômicas, não só com as instituições políticas, mas com todo o sistema de valores que eles sentem estar apodrecido no âmago. Penso que a esse respeito pode-se de fato falar também de uma revolução cultural. Revolução cultural porque é dirigida contra todo o *establishment* cultural, incluindo a moralidade da sociedade existente.

Com isso, no que tange a evolução dos direitos fundamentais, a cada dia estão sendo mais reconhecidos e positivados por meio de inúmeros instrumentos normativos.

Sendo assim, adentrando a questão da mulher, mencionar que ela fora extremamente negligenciada em toda sociedade nos acomete a discussões de como os direitos, não só os fundamentais, mas o ordenamento como um todo, ainda hoje necessita de lutas para que sejam de fato efetivos, vez que a mulher ainda aparece como gênero frágil.

1.3 Panorama entre a Garantia do Direito Fundamental a Igualdade e os Direitos da Mulher

Embora existam diversos documentos, instrumentos, direitos, institutos, tribunais e assembleias com o objetivo da garantia de direitos humanos e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, na prática ainda há uma grande dificuldade para que não haja violação de referidos direitos.

O ponto principal seria reconhecer que existem desigualdades que não são desigualdades naturais e que muitas vezes são barreiras colocadas pela própria sociedade, que delimita os caminhos que podem percorrer àqueles considerados diferentes.

Nesta toada, pode-se dizer que o direito a igualdade foi o primeiro direito natural, tal como descrito pelos itens anteriores a ser fundamentado pela nossa Constituição Federal e pela Convenção dos Direitos Humanos, vez que é considerado um direito de primeira dimensão, ou seja, sua importância é paralela à importância dada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Leciona Bastos (1995, p. 164) “é o princípio da igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos”

Para Locke, o indivíduo sempre possuiu direitos naturais inalienáveis que não podem ser abdicados, em razão de todos os homens serem livres e iguais.

Outrossim, Pimenta Bueno (1958, p. 412) comenta que:

Qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros

respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma.

De plano, conseguimos extrair que é necessária uma ponderação em relação ao princípio da igualdade, com o objetivo de beneficiar uns em detrimento de outros, proporcionando justiça aos mais necessitados, através de mecanismos que diminuam as desigualdades existentes.

Dentre inúmeros grupos que buscam se igualar aos desiguais, destaca-se o grupo referente ao gênero feminino, objeto de estudo do presente trabalho, vez que ao longo dos anos tem sido desenvolvidas ações das mais diversas em busca de reduzir e, quem sabe, eliminar as desigualdades que acometem o gênero feminino.

Scott (1995, p. 85/86) leciona que “gênero é um elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos” e continua com “o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder”.

Diante do mundo na era pós-modernidade, muitas discussões em torno da identidade de gênero, igualdade de gênero, ideologia de gênero e outros temas relacionados ao gênero entraram e permanecem em pauta.

Entretanto, vejamos que, em uma primeira busca ao seu significado, erroneamente utilizamos em referência ao sexo biológico, desta forma, importante enfatizar que o gênero diz respeito aos aspectos sociais atribuídos ao sexo, sendo este, feminino ou masculino, não se vinculando a características naturais e sim a construções sociais.

Para Scott (1988, p. 13/27) trata-se exatamente disto, de não olharmos para as diferenças biologicamente determinadas e sim para o discurso construído sobre tais diferenças, as convertendo em desigualdades sociais.

Neste ponto, fixa-se a premissa de que gênero se refere a tudo o que fora definido ao longo de tantos anos e o que a própria sociedade entende como papel, função ou comportamento esperado de alguém com base em seu sexo biológico.

Dito isso, fixamos também que o objeto de estudo deste trabalho é em relação a construção social atribuída ao sexo feminino e as diferenças atribuídas entre homens e mulheres, definido, em sua maioria, pela relação de poder entre os dois.

Na história mundial, a participação das mulheres passou a ser observada com mais zelo a partir do século XX. Sobre isto, Tiburi (2018, p. 48) brilhantemente leciona que “os homens produziram discursos, apagaram os textos das mulheres e se tornaram os donos do saber e das leis, inclusive sobre elas, logo, tudo o que se sabe sobre elas foi primeiramente contado por eles”.

Neste contexto, a história da mulher desde inúmeros anos antes de Cristo não se tratava de uma situação uniforme quando comparada ao homem.

Em alguns lugares o sexo feminino tinha alguns poucos direitos de propriedade ou de igualdade legal, porém, sempre dependendo do pai e do marido, figuras do sexo masculino, com suas atividades restringindo-se ao âmbito doméstico.

Em um contexto geral, segundo Teles (1993, p. 19) os casamentos eram arranjados, entre o noivo ou o pai deste e o pai da noiva; as viúvas e seus bens passavam para os cuidados do parente do sexo masculino mais próximo na linha de sucessão e estes, se quisessem podiam até tomá-las como esposas.

Durante séculos a imagem da mulher era apenas de submissão aos homens, a liberdade era apenas para o homem, a função da mulher era reproduzir, criar os filhos e cuidar dos afazeres domésticos, desvendando-se machista ao extremo.

Aristóteles compactuava com tal submissão, vez que acreditava que havia sim uma superioridade na autoridade masculina, seja diante das vontades do casal bem como da necessidade do resguardo das mulheres para a família, cumprindo seu papel de mãe e provendo educação aos filhos, não possuindo vontades e desejos pois quem cumpria o papel de dominação e triunfo era o homem.

E mais, adentrando ao Processo Penal, Fernandes (2015, p. 07) trouxe que “os tipos penais relacionados à mulher protegiam sua religiosidade, posição social, castidade e sexualidade, com elevação da pena em razão da classe social dos envolvidos.”

E continua, Fernandes (2015, p. 08) dizendo “ao mesmo tempo em que se protegia a sexualidade da mulher, autorizava-se o homicídio da mulher surpreendida em adultério”

Contudo, havia presença de mulheres que se excetuavam à regra, entretanto, sempre em minoria, pois quando falamos em liberdade e uma parcial igualdade para as mulheres perante os homens, a referência é sempre em relação as classes altas ou médias.

As mulheres de classes baixas possuíam até igualdade, porém, com os homens do campo, com trabalho difícil e pesado, além de possuírem responsabilidade integral no cuidado com os filhos e serviços domésticos.

Todavia, a reivindicação dos direitos da mulher aconteceu plenamente a partir do século XVIII, com o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa, períodos marcados por lutas e revoluções, conforme breve introdução no item anterior.

Neste período, conforme traz Assman (2007, p.01), Olympe de Gouges propôs a “Declaração dos Direitos da Mulher” em uma tentativa de conquistar a mesma liberdade dada aos homens, comparando com a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, descritos nos itens

anteriores como importante marco no que diz respeito aos direitos fundamentais. Todavia, a proposta de Gouges não conseguiu alavancar aceitação prática.

Saffioti (1969, p. 111) revelou que até o século XIX não tínhamos registro de mulheres frequentando sequer uma universidade, devido ao tratamento dado a homens e mulheres e a inferioridade a que elas eram submetidas.

Diante de tal cenário é que começaram contestações em relação a desigualdade de gênero no que diz respeito ao acesso ao trabalho e a educação.

Ao adentrarmos ao contexto da Revolução Industrial, o número de mulheres que conseguiram empregos fora de suas casas aumentou de forma significativa, passando a assumir importante papel no desenvolvimento econômico das cidades.

Entretanto, as mulheres que assumiam o papel de trabalho eram desvalorizadas, percebendo remuneração inferior à dos homens e sofrendo com a exploração no trabalho, pois ainda pela imposição social, econômica e política, a mulher deveria estar somente voltada para sua família e sua casa.

Com isso, é certo dizer que os movimentos feministas se fortaleceram junto a ideia de modernidade, onde as lutas das mulheres pela diminuição das desigualdades de gênero ganharam impulso.

Após tantas lutas, em pleno século XXI ainda vemos muito da realidade experimentada pelas mulheres há mais de dois séculos acontecer ainda hoje.

Na normativa internacional, por meio de acordos, os direitos das mulheres começaram a ser debatidos como tema central em busca da paz, igualdade e respeito.

A igualdade de direito entre os homens e as mulheres se tornou algo presente até na carta fundante das Nações Unidas. Embora com muitos avanços, há também inúmeros desafios.

Neste caminho, importa frisar que nenhum país no mundo alcançou a igualdade plena entre homens e mulheres.

Vejamos um apontamento de Santos (2009, p. 04) “Apenas em 1879 o governo brasileiro possibilitou às mulheres cursarem o ensino de terceiro grau, mas as que buscaram este caminho estavam sujeitas ao preconceito social por seu comportamento contra a natureza”, ou seja, não possuía forma nenhuma de expressão.

Hahner (1981, p. 84) contextualizando sobre como eram vistas as mulheres no ano de 1891, trouxe que na reunião para a elaboração de uma constituição republicana no Brasil, os homens trouxeram aos debates o sufrágio feminino, entretanto, desacreditando que as mulheres fossem física e mentalmente capazes de suportar os conflitos fora de suas residências.

Com isso, a história buscou definir a luta das mulheres através de ondas, tal qual há a

definição dos direitos fundamentais por meio de dimensões ou gerações. No movimento feminista é comum falarmos na existência de três ondas.

A primeira onda foi ao fim do século XIX e meados do século XX e caracterizou-se pela busca do direito ao voto, participação política e vida pública.

Neste período, havia sufrágio universal para todos os homens brasileiros, alfabetizados e maiores de 21 anos, entretanto, a mulher, invisível nesta sociedade, não era vista como um ser humano dotado de direitos.

O Código Civil de 1916 possuía um sistema patriarcal, em que a mulher casada era capaz, mas não totalmente, sendo dotada de capacidade relativa para os atos de sua própria vida civil.

Nesta linha, Brito (1998, p. 27):

Digno de repulsa, o Código Civil Brasileiro de 1916, insculpido com base em fortíssima concepção patriarcal, pelo qual o casamento gerava a incapacidade civil da mulher, passando o marido a agir em seu nome, não podendo ir a juízo, comerciar ou até exercer uma profissão sem a autorização marital, configurando-se uma situação, a todos os títulos, inconcebível.

O direito ao voto para as mulheres aconteceu apenas em 1932, entretanto, para mulheres casadas, era necessário autorização de seu marido, figura do sexo masculino, enquanto as viúvas e solteiras apenas se possuísem renda própria.

Para tanto, as restrições foram extintas após uma longa luta e busca pela igualdade ao sufrágio que aos homens já vigorava por muito tempo, sendo estendida às mulheres a obrigatoriedade ao voto apenas no ano de 1946.

No que tange a participação política feminina, mais uma conquista foi dizer de forma explícita que não haveria distinção de sexo para acesso a qualquer cargo público no país.

O Código Penal brasileiro de 1940 ainda era marcado por superioridade do homem e submissão da mulher, estabelecendo um liame entre a honra desta e a prática de crimes sexuais pelos homens. Como exemplo, temos que a honestidade da mulher estava presente até como elementar em alguns crimes previstos no Código Penal.

A segunda onda do feminismo teve seu início nos anos 50 e se estendeu até meados dos anos 90, época marcada por uma pauta mais radical, que versava sobre a condição de exploração por conta do sexo feminino e das funções reprodutivas, coincidindo com os movimentos de luta e resistência contra o período de ditadura do Brasil, foi uma fase de luta por direitos reprodutivos, crítica em relação a jornada dupla de trabalho das mulheres, diferença de ganhos econômicos entre homens e mulheres e discussões em relação a sexualidade.

Nesta mesma onda as mulheres conquistaram o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, onde a mulher casada passou a ter sua capacidade plena aos 21 anos. Entretanto, essa capacidade ainda a considerava como colaboradora de seu marido e responsável pelos encargos da família.

Um evento marcante ocorreu no ano de 1975 com a criação do Ano Internacional da Mulher. Neste mesmo ano a Organização das Nações Unidas realizou também uma semana de debates sobre as mulheres.

A terceira, é uma onda mais crítica, que consegue e busca incluir as diferenças entre as mulheres, com comparação de histórias de mulheres de classes sociais diferentes, cores, raças e etnias, introduzindo o conceito de interseccionalidade e assuntos como estupro, patriarcado, sexualidade e empoderamento feminino.

Diante disso, Franchini (2017, p.03) bem menciona:

De qualquer forma, as mulheres de hoje estão vivendo num mundo em que expressões como “feminismo” e “igualdade de gênero” estão pouco a pouco deixando de ser palavras para serem jargões midiáticos, iscas para consumo, e a forma como a próxima onda de feministas vai responder a tudo isso é decisiva para o futuro do próprio movimento feminista.

Na história, como brevemente pudemos perceber, sempre tiveram mulheres que questionaram a naturalização da desigualdade e de falta de oportunidades equivalentes, que derivam das construções sociais de que a mulher é mais apta a tarefas domésticas e de cuidados, o que acaba gerando diversas barreiras para ocupação de cargos de liderança e de permanecer no mercado de trabalho, principalmente quando a mulher possui filhos.

No Brasil, o principal marco é a Constituição Federal de 1988 que possibilitou de uma maneira muito clara que as mulheres conquistassem a igualdade formal pelo Artigo 5º inciso I da Constituição Federal, se tornando, inclusive, cláusula pétrea.

Ainda no campo legislativo, normas de âmbito internacional foram editadas, dentre elas a Convenção Belém do Pará, ratificada em 1995, que serve até os dias atuais como parâmetro para políticas locais de erradicação e formas de enfrentamento e medidas de prevenção em relação a violência contra a mulher.

Nesta Convenção ficou definido em seu artigo 1º o conceito de violência contra a mulher, conforme Azambuja e Nogueira (2018, p. 10):

[...] violência contra mulher significa, nestes termos, qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

Em 2006 foi promulgada a importantíssima Lei Maria da Penha, com a tipificação da violência doméstica, aumento de penas para os agressores e encaminhamento das mulheres em situação de violência a programas e serviços de proteção e de assistência social.

Ao poder executivo coube implementar políticas públicas para promoção dos direitos das mulheres e para coibir a discriminação de gênero, sendo que o judiciário ficou com a missão de garantir, por meio da jurisdição a efetivação dos direitos femininos.

Mas, após todo esse tempo, ainda nos restam algumas lacunas que precisam ser preenchidas.

Cerqueira, Moura e Passinato (2019, p. 10) militam que os dados referentes a violência doméstica em pleno século XXI “contribuem para a reprodução da desigualdade de gênero a partir dos modelos tradicionais fundados nos estereótipos da força e do poder masculino versus a submissão e docilidade feminina”.

No mesmo sentido, o fato da mulher possuir cada vez mais lugar no mercado de trabalho atua como equilíbrio, fazendo que haja um menor nível de violência doméstica, entretanto, não é incontestável e muito menos regra.

Carvalho e Oliveira (2017, p. 06/10) revisam neste sentido, de que o mercado de trabalho possui papel importante na mitigação da violência e de danos em desfavor da mulher, pois representa uma forma de autonomia econômica das mulheres, mas também por atuar em um fato de proteção. Entretanto, segundo eles, a violência doméstica reduz a produtividade das mulheres que a sofrem, significando prejuízos em vários âmbitos tanto para a empresa quanto para o mercado.

Neste contexto, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) a cada ano, cerca de 1,3 milhão de mulheres são agredidas no Brasil.

Trata-se da utilização de um modelo onde a figura masculina dita as regras da casa, oprimindo as vontades da mulher e punindo-a quando desobedece ou realiza ações contrárias à sua vontade, ou seja, vigora ainda o modelo patriarcal, conforme exposto no início deste tópico, tendo relação direta ao entendimento de que o gênero feminino serve apenas para afazeres domésticos e familiares.

Sem pormenorizar, o caminho a ser percorrido para que os homens e mulheres gozem dos mesmos direitos e oportunidades em todos os âmbitos ainda é longo. Segundo o IBGE (2019), no Brasil as mulheres são mais escolarizadas do que os homens, entretanto, ainda não está refletindo no mercado de trabalho.

Apesar disto, em 2019, ocupavam apenas 37,4% dos cargos gerenciais, recebendo, ainda 77,7% do rendimento percebido pela parcela masculina nos mesmos cargos.

No mesmo ano, 19,4% das mulheres tinham nível superior completo, enquanto 15,1% de homens. No entanto, as mulheres representavam 46,8% dos professores de instituições de ensino superior, ou seja, menos da metade.

O Instituto trouxe ainda que em cursos de graduação nas áreas ligadas às ciências exatas,

representam ainda minoria, com 13,3% dos alunos Computação e Tecnologia da Informação e Comunicação sendo mulheres.

Neste contexto, complementa Hahner (1981, p.51) que os jornais feministas também desempenharam um importante papel na disseminação de novas visões entre as mulheres.

E mais, conforme opina Tillio (2012, p.19):

Ou seja, o enfrentamento incluiria o combate (cumprimento das normas penais), a prevenção (ações educativas e culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz), a assistência (atendimento humanizado e qualificado por meio da formação continuada de agentes públicos e da criação de serviços especializados) e a garantia dos direitos humanos (previstos nos tratados internacionais e que promovem o empoderamento, o acesso à justiça e o resgate das mulheres como sujeitos de direitos), destacando ainda a importância do conceito de rede de enfrentamento e de atendimento (ações coordenadas de diferentes áreas governamentais, não-governamentais e da sociedade civil).

Nesta toada, se há um governo em que não procura investir em tais pautas, um sistema de justiça que não reconhece o feminicídio ou mudanças de legislação que vão flexibilizando tais conquistas, por exemplo, não há tratados e leis que consigam assegurar que os direitos da mulher estão resguardados.

Para contribuir com a análise, importa fomentar que em 2019, segundo dados do IBGE (2019) a proporção dos municípios que contavam com delegacias especializadas para o atendimento à mulher era de estranhos 7,5%, enquanto temos no Brasil mais de 5.000 municípios.

A limitação das mulheres, embora com grande avanço em busca de visibilidade, ainda perdura em todos os âmbitos de nossa sociedade, como passaremos a ver de maneira mais aprofundada nos tópicos subsequentes.

É claro que as legislações e tratados internacionais são essenciais como política argumentativa e conseguimos avançar muito nesse sentido, vez que grande parcela feminina tem plena consciência de quais são os seus direitos e quais são as situações que representam afronta a estes. Entretanto, após isto é preciso efetivá-las de maneira visível a todos, com participação de toda a sociedade.

2 BIOPODER E EXCLUSÃO DO CORPO FEMININO

Considerando as discussões preliminares a respeito dos Direitos Fundamentais em paralelo aos Direitos da Mulher surge também os entendimentos em relação ao Poder e de que forma atua para a subserviência do gênero feminino.

Na história o poder a que nos referimos hoje, com a utilização de termos como “empoderamento feminino” passou por muitas discussões e uma grande evolução.

É certo o estereótipo que todos temos: a mulher, por sua própria natureza, responsável

pelos afazeres domésticos, cuidados de seu marido e filhos, sendo responsável pela chamada “vida privada”, enquanto a vida pública é de responsabilidade dos homens, que é a vida por excelência, onde lhes eram dados o cuidado de negócios e política.

Dito isso, conforme já mencionado, a mulher tem uma história carregada de submissão ao poder que por muito tempo fora exercido apenas por indivíduos do sexo masculino, tal qual a construção de discussões em torno dos elementos que permeiam o significado de gênero.

Neste cerne, a palavra poder nos remete a posse e detenção de algo, de alguém ou de algum grupo que se sobrepõe a outrem.

Para Foucault (2015, p.100) o poder:

Parece-me que se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes, as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações, forças encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas, ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais. A condição de possibilidade do poder, em todo caso, o ponto de vista que permite tornar seu exercício inteligível até em seus efeitos mais periféricos e, também, enseja empregar seus mecanismos como chave de inteligibilidade do campo social não deve ser procurada na existência primeira de um ponto central, num foco único de soberania de onde partiriam formas derivadas e descendentes; é o suporte móvel das correlações de forças que, devido a sua desigualdade, induzem continuamente estados de poder, mas sempre localizados e instáveis. Onipresença do poder: não porque tenha o privilégio de agrupar tudo sob sua invencível unidade, mas porque se produz a cada instante, em todos os pontos, ou melhor, em toda relação entre um ponto e outro. O poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares. E “o” poder, no que tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de autorreprodutor, é apenas efeito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apoia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las. Sem dúvida, devemos ser nominalistas: o poder não é uma instituição nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada

Com isso, poderíamos afirmar que o poder não deveria ser percebido como algo que um grupo detém e o outro não, vez que ele, em tese, circula entre as pessoas e relações sociais.

Neste sentido, podemos seguir a caracterização do biopoder conforme Bertolini (2018 p. 03/05) como dois polos de atuação que constituem o biopoder, de um lado as disciplinas do corpo e de outro as regulamentações da população.

Conceituando então biopoder como uma forma de governar a nossa vida, buscando dar condições para garantir a vida do indivíduo, o estado de paz social e bem-estar de toda a sociedade, relaciona-se exatamente com os objetivos da criação dos direitos demonstrados pelo tópico anterior.

Entretanto, pontua-se que à mulher sempre fora lhe dado o espaço de lutas e avanços em busca desses poderes impostos pela própria sociedade, enquanto ao homem o espaço de poderio é natural, apenas pela questão de ser.

O biopoder foi colocado em prática a partir do século XVII, com uma política diferente da

que vigorava na época, qual seja, soberania. Foi com a Era Moderna, conforme Foucault (1988, p. 36) que houve o aperfeiçoamento e o crescimento dos mecanismos de controle, dominação e repressão do corpo e da sexualidade, principalmente no que tange ao corpo feminino.

A chamada biopolítica está voltada a vida e esta passa a ser um objeto de poder, seja dos governantes, do Estado e da própria sociedade. O controle, no entanto, tem como objetivo principal a composição de um costume para o exercício do poder e da dominação.

Neste sentido houve a criação de ferramentas políticas de controle, onde o Estado tem interferência no nosso corpo e a política é voltada para a vida e esta passa a ser um objeto de poder. Como exemplo, temos: controle de doenças, taxa de natalidade, conferência de equipamentos, vacinação, higienização da sociedade, taxa de mortalidade, duração da vida, entre outras.

Com relação ao tema, leciona também Foucault (1999, p. 131) que foi a partir de tais políticas, que tinham objetivo de controlar e reprimir, como forma de poder sobre a vida, através de inúmeras técnicas que se obteve a sujeição dos corpos e o controle das populações.

Contudo, ainda neste tema e aos dispositivos ligados à sexualidade, Freitas e Leal (2017, p. 05) militam que Foucault estabeleceu, a partir do século XVIII o surgimento de conjuntos estratégicos que expandiram os instrumentos estritamente relativos ao poder sobre o sexo, por meio de histerização do corpo da mulher, pedagogização do sexo da criança, socialização das condutas de procriação e a psiquitrização do prazer perverso.

Outrossim, a forma como o biopoder se coloca presente na sociedade ocorre de forma discriminatória, vez que conforme cita Araujo (2020, p. 458) “poder sobre a vida da população decorre desse dispositivo de sexualidade”. Desta forma, partindo de uma análise feminista, fácil identificarmos que à mulher não lhe é dado o direito de escolha sobre temáticas relacionadas a seu próprio corpo, a ela resta a exclusão, tendo seu corpo gerido e disciplinado, apenas por sua natureza.

Freitas e Leal (2017, p.08) ainda continuam e bem traduzem o propósito esperado com a tese foucaultiana de biopoder:

Para a tese foucaultiana, esse biopoder foi primordial para o desenvolvimento do capitalismo, que só estabeleceu com a inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e ainda, pela adequação dos fenômenos que surgem na nova ideia de população aos processos econômicos. Nesse propósito, foram necessárias as instituições de poder, que garantiam a manutenção das relações de poder; bem como, as técnicas de poder que se faziam presentes em todos os níveis do corpo social, que foram utilizadas por vários tipos de instituições: a família, o exército, a escola, a política, a medicina individual ou a administração das coletividades.

No contexto de nossa sociedade, toda a discussão relacionada a temática biopoder se faz mais do que atual e pode-se afirmar que os mecanismos de controle apenas foram modificados para adequar-se às novas realidades da sociedade pós-moderna.

Embora o surgimento do biopoder deu-se em uma sociedade totalmente diferente, esta se

assemelha, de certa forma, ao momento em que nos encontramos. Nossa sociedade encontra-se em acelerada transformação, onde as relações sociais tornam-se mais complexas a cada dia e com a presença massiva de disputas construídas pela ótica do masculino, restando a invisibilidade, deixada à mulher.

A presença de uma mulher no poder, quando acontece, ocorre de forma a submetê-la a regras sociais, impostas pela própria história, a fim de corresponder a um padrão exigido pelo Sistema, pela dominação masculina, com a criação de imperativos estéticos e formas de como ela deve se portar.

Além do que, a pressuposição de estar sempre certo, ainda que com a presença de uma mulher em postos de poder, conforme milita Kulsar (2019, p.71) “é típica dos machistas, que se compreendem os donos da verdade e do poder e não admitem a contestação de sua dominância”.

De outro turno, quando à mulher, não lhe é dado poder, esclarece Spivak (2010, p. 15) que “a mulher como subalterna, não pode falar e quando tenta fazê-lo não encontra os meios para se fazer ouvir”.

Neste sentido, o descompasso existe e é visível, em cargos políticos caracterizados por agregar poder, por exemplo, segundo dados do IBGE (2020), em 2020 contávamos com apenas 14,8% de deputadas federais, 16% vereadoras e apenas 02 entre 22 ministros.

Nesta direção, Araujo (2020, p. 458) contribui com uma definição perfeita de que o objetivo do biopoder está em “investir nos corpos, fazer crer que somos reprimidos torna mais fácil governar, extrair verdades, fomentar saberes, apascentar comportamentos”.

Acresce o autor que (2020, p.458):

Somos governados, viemos de nossa própria constituição histórica e vamos em direção ao outro para podermos enxergar a nós mesmos. O outro pode ser o louco, o anormal, os inferiores, os desajustados, os degenerados. A vida deles ora deve, ora pode ser eliminada. Esse foi o discurso de raça do nazismo, é o discurso do branco dominante, é o discurso de vida normalizada pela dieta x ou y, é o discurso da superioridade masculina, é o discurso da religião quando intolerante.

Dessa forma, identificamos que o surgimento do biopoder contribui para a exclusão não só de corpos femininos, mas de grupos historicamente deixados à margem da sociedade pois caracterizam-se por serem facilmente ajustáveis e governáveis, vez que ficam à deriva dos grupos considerados superiores.

Com isso, as conquistas, discussões e lutas por direitos e espaços que antes majoritariamente masculinos se tornam imprescindíveis para que haja cada vez mais presença feminina em lugares de poder, destaque, política, sucesso, universidades, pesquisa e tecnologia.

3 CONCLUSÃO

Como forma de finalizar a presente discussão, é certo que: a relevância da proteção da mulher, como titular e requerente de seus próprios direitos humanos é totalmente justificável.

A criação de leis por meio de lutas e cada vez mais políticas que permitem a inserção da mulher em todos os ambientes sociais permite um avanço e aperfeiçoamento da ordem jurídica tanto brasileira como mundial, vez que os direitos fundamentais na pós modernidade estão em constante evolução e pareiam com o resto do mundo.

No Brasil, a evolução de nossa sociedade objetiva cada vez mais o surgimento da mulher, chefe de família, empreendedora, trabalhadora, líder em diversas áreas e que não mais se submetem à opressão e depreciação antes realizada frequentemente por pais, maridos ou companheiros.

Ainda, precisamos combater a discriminação e rejeitar o papel acessório dado a mulher, com ações que promovem os direitos humanos das mulheres e reprimam suas violações, entretanto há símbolos de inúmeros avanços em termos de princípios, normas e políticas, em uma grande investida de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.

Outrossim, pontua-se que a luta não cessou, pois ainda há na prática inúmeras formas de violência e discriminação contra a mulher. Mesmo assim, a busca por maior efetividade e garantias aos direitos da mulher de forma que sejam iguais quando comparados aos do homem é contínua e progressivamente vemos o início de uma grande libertação, com legislações diversas, com o fim de buscar a almejada isonomia de gênero.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ARAÚJO, I. L. **15 filósofos: vida e obra**. Editora Manole, 2020. 9788578683801. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788578683801/>. Acesso em: 19mar2021.

Azambuja, MPR; Nogueira C. **Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública**. Saúde e Sociedade 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/V5RjdbVjmmTbDvbqrs7zjzf/abstract/?lang=pt> Acesso em 24/03/2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada: Vidas Contadas e Histórias Vividas**. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. 2014.

BERTOLINI, Jefferson. **O conceito de bipoder em Foucault: Apontamentos Bibliográficos**. Natal: Saberes, 2018.

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 27/02/2021.
- BRITO, Nágila Maria Sales. **O direito e a violência de gênero**. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador, 1998.
- CARVALHO, J. R.; OLIVEIRA, V. H. PCSVDF **Mulher**: pesquisa de condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar contra a mulher. Violência doméstica e seu impacto no mercado de trabalho e na produtividade das mulheres. Relatório II - Primeira Onda – 2016. Fortaleza: UFC/IMP, 2017.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CERQUEIRA, Daniel, MOURA, Rodrigo, PASINATO, Wânia. **Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9705-td2501.pdf> Acesso em 30/03/2021.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio) – São Paulo: Atlas, 2015
- PIOVANI, Flávia. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Grupo GEN, 2019. 9788530987152. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987152/>. Acesso em 25/03/2021.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. 1: A vontade de saber; trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FRANCHINI, B. S. O que são as ondas do feminismo? **Revista QG Feminista**. 2017. Disponível

em: <https://medium.com/qg-feminista/o-que-s%C3%A3o-as-ondas-do-feminismoeeed092dae3a>. Acesso em: 20/03/2021.

HAHNER, June E. **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1837**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1981.

HELLER, Fehér, **A condição política pós-moderna**, tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf Acesso em 21/08/2021.

KANT, Immanuel, **Doutrina do direito**; tradução de Edson Bini – São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Immanuel. "**Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**"; tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

Marcuse, A grande recusa hoje. Petrópolis: Vozes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

BUENO, José Antonio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade**. São Paulo: Livraria Quatro Artes, 1969.

SANTOS, Tania Maria dos. **A mulher nas constituições brasileiras**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf> Acesso em 09/04/2021.

SARLET, I.W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L.G. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021. 9786555593402. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/> Acesso em 20/03/2021.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma Categoria Útil de Análise Histórica**. Educação e Realidade. Porto Alegre, 1995.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

TIBURI, M. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

TILLIO, Rafael de. **Marcos legais internacionais e nacionais para o enfrentamento à violência contra as mulheres: Um percurso histórico Uberaba, Brasil**, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2019.

A QUARTA ONDA DOS FEMINISMOS E A RESSIGNIFICAÇÃO DA CRÍTICA FEMINISTA NA TEORIA DE NANCY FRASER

Júlia Maria FELICIANO¹
Samia Moda CIRINO²

RESUMO

O presente artigo intenta verificar se os movimentos sociais organizados por meio da internet e que obtiveram destaque a partir de 2012, em especial aqueles autodenominados como ciberfeminismo, podem ser identificados como quarta onda dos feminismos. Para esse escopo, inicialmente, realiza uma descrição histórica dos movimentos sociais e críticas feministas, em um recorte das chamadas ondas dos feminismos, de modo a evidenciar que esses movimentos feministas de 2012 são uma retomada das pautas das fases anteriores, contudo, com o reforço da sociedade informacional. O trabalho realiza um levantamento bibliográfico com uma abordagem crítica, tendo por base a teoria de justiça de gênero de Nancy Fraser, visto que a autora evidencia como as reivindicações dos feminismos, principalmente da segunda onda, não foram alcançadas, mas apropriadas e ressignificadas pelo capitalismo sob a égide neoliberal. Como resultado, verificou-se que o local de debate na esfera pública encontrado pelas feministas nas redes sociais não representa uma ruptura das principais pautas de reivindicações das mulheres de modo a permitir identificar uma quarta onda dos feminismos. Essas análises estão alinhadas aos apontamentos feitos por Nancy Fraser, sobre a necessidade de retomada das pautas de ondas anteriores dos feminismos, principalmente da segunda fase, no que tange aos seus aspectos econômico, político e cultural para efetiva justiça de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Ciberfeminismo; movimentos sociais; ondas dos feminismos; justiça de gênero.

ABSTRACT

This article intends to verify if social movements organized through the internet that gained notoriety since 2012, especially those denominated as cyberfeminism, can be identified as the fourth wave of feminisms. For this purpose, initially, realizes a historical description of social movements and feminist criticism, with a focus on the called waves of feminisms, in order to demonstrate that these feminist movements of 2012 are a resumption of the agendas of the previous phases, however, with the reinforcement of the information society. The paper realizes a bibliographical survey with a critical approach based on Nancy Fraser's theory of gender justice, considering the author demonstrates how the claims of feminisms, especially of the second wave, were not achieved, but were appropriated and ressignified for neoliberal capitalism. It is concluded that the place of debate in the public sphere found by feminists on social networks does not represent a break from the main agendas of women's demands, so as to allow the identification of a fourth wave. These analyses are in line with the points made by Nancy Fraser, about the need to resume the agendas of previous waves of feminisms, especially the second wave, regarding its economic, political and cultural aspects for effective gender justice.

KEY WORDS: Cyberfeminism; social movements; waves of feminisms; gender justice.

1 Faculdades Londrina (FL). Graduanda no Curso de Direito. E-mail: juliam10@gmail.com.

2 Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito e da Graduação em Direito das Faculdades Londrina (FL). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia (SDD) da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: samiamoda@hotmail.com

INTRODUÇÃO

No final do século XIX início do século XX a dificuldade de acesso das mulheres ao âmbito público fez surgir movimentos feministas, como o sufragista, por meio do qual as mulheres passaram a reivindicar a igualdade formal com os homens, como votar e ser votada, além de direitos civis, coincidentes com o Feminismo Liberal. Em meados do século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento de uma igualdade formal já não era suficiente, de modo que as mulheres buscaram sair do âmbito privado e ingressar na esfera pública como pares aos homens. Nesse sentido, a união das reivindicações e das mulheres tomaram força e visibilidade com a busca pela politização daquilo que era considerado privado e, por consequência, as reivindicações por justiça em situações como, violência doméstica, estupro dentro do casamento, entre outros. Já a partir de 1990 os feminismos dividem-se entre as reivindicações em torno de lutas identitárias e as novas teorias feministas voltadas ao aspecto mais amplo do estudo das relações de gênero, buscando romper com as imposições binárias entre sexo biológico e gênero.

Não obstante, uma nova acepção econômica surgia no final década 1980 – o neoliberalismo. Essa nova ideologia, conforme será apontado no presente trabalho, aproveitou-se das reivindicações das mulheres pelo ingresso à esfera pública para aumentar a mão de obra nas empresas com remunerações menores, de modo a ressignificar as pautas feministas por liberdade econômica. Além disso, o neoliberalismo, com suas pautas sociais regressivas, enfraqueceu as políticas públicas dos Estados, focando em questões culturais, de modo a marginalizar os problemas econômicos, que necessitam de redistribuição, e os políticos, que galgam por representação.

Diante desse contexto, o presente trabalho parte de uma abordagem crítica com base na teoria de justiça de gênero de Nancy Fraser, fazendo um levantamento bibliográfico dos movimentos feministas e das novas formas de se manifestar que surgiram com a globalização e a sociedade informacional, denominados de ciberfeminismo. Isso em razão de os atuais movimentos feministas utilizarem principalmente o espaço virtual, como sites e *blogs*, redes sociais, como o *Twitter*, e as *hashtag*, com intuito de expor a violência de gênero e convocar as movimentações nas ruas.

Ainda, com o benefício da visão retrospectiva, utiliza-se de apontamentos feitos por Hester Eisenstein e da teoria de Nancy Fraser para demonstrar como o novo discurso econômico do final dos anos 1980, o neoliberalismo, apropriou-se das demandas feministas das décadas 1960 – 1980, de forma a transformá-las em políticas identitárias que permeiam apenas a esfera subjetiva da pessoa. Com isso, o indivíduo deve conquistar o reconhecimento e a igualdade com base em uma autoafirmação na sociedade, retirando a obrigação dos Estados de fomentar políticas públicas que assegurem efetivamente a igualdade de gênero.

Por meio dessas análises, intenta-se verificar se os movimentos feministas organizados por meio da internet, principalmente a partir de 2012, representam uma inovação ou ruptura com as reivindicações das fases anteriores dos feminismos, de modo a se identificar uma quarta onda dos feminismos. Essas análises são orientadas pela teoria de justiça de gênero desenvolvida por Nancy Fraser, uma vez que, ao abordar as três principais dimensões das pautas de reivindicações feministas, ou seja, redistribuição, reconhecimento e representação, é capaz de estabelecer uma crítica sobre as atuais demandas do ciberfeminismo.

1 AS ONDAS DOS FEMINISMOS

Os feminismos, como construções teóricas e movimentos sociais, possuem variadas vertentes, desde o feminismo liberal ao feminismo marxista, radical, negro, decoloniais, entre outros. Suas pautas de reivindicações não estão mais presentes apenas na esfera privada, como outrora. Isto é, o que antes era considerado pessoal passou a ser político. Não obstante, o que hoje é conhecido como feminismos nem sempre se denominou assim. Nesse sentido, faz-se necessário abordar a formação desse movimento social e teoria acadêmica, cujas fases são divididas no que se denomina de *ondas dos feminismos*. Sob um olhar da teoria de Nicholson (2015, p.1-5), a divisão das épocas dos movimentos feministas em ondas possui como base o avanço das ideias em conjunto à mudança das reivindicações.

Com a Revolução Francesa, em 1789, os ideais burgueses estavam em ascendência e a busca por Liberdade, Igualdade e Fraternidade, paradigmas da modernidade, culminou na *Declaração do Homem e do Cidadão* (GANDHI, 2018, n.p.). Entretanto, os direitos consagrados no referido documento não compreendiam as mulheres e, sequer, os homens pobres e negros da época, o que coloca em questão a propagada universalidade de direitos. Nesse contexto, mulheres como Olympe de Gouges e Mary Wollstone passaram a questionar e reivindicar pelos mesmos direitos que os homens, sendo que, em 1791, Gouges escreveu a *Declaração da Mulher e da Cidadã* a qual conferia às mulheres os mesmos direitos que os homens. A autora foi condenada à morte na guilhotina, em novembro de 1793, por ir contra os valores republicanos³.

Não obstante as tentativas de sufocar as reivindicações feministas por meio da violência institucionalizada, as lutas sociais por igualdade entre homens e mulheres ganharam força, dando ensejo, principalmente no final do século XIX e início do século XX, ao denominado *movimento sufragista*, cujo principal objetivo era a conquista do direito de votar e ser votada (FRASER, 2007a, p.291). Esse momento histórico marcou a *primeira onda dos feminismos*, cujas principais pautas,

3 Disponível em <<https://www.geledes.org.br/pioneira-do-feminismo-que-foi-parar-na-guilhotina/>>. Acesso em: 13/09/2021.

coincidentes com os ideais do liberalismo, permitem sua identificação como *Feminismo Liberal*, arranhando a superfície patriarcal, mas sem romper com os limites sociais (CIRINO, 2021, p. 263). O movimento tomou grandes proporções com a condução de feministas liberais – influenciadas por mulheres como Wollstonecraft e Harriet Taylor –, as quais também demandavam melhores salários, condições de higiene e saúde no trabalho (GREGORI, 2017, p.48-50).

Após as conquistas no início do século XX decorrentes dessa primeira fase, o movimento das mulheres voltou a ter visibilidade na década de 1960, marcando o início da *segunda onda dos feminismos*, cujas vertentes variam desde o feminismo radical, feminismo marxista, feminismos negros, entre outros. Naquele momento, as reivindicações feministas uniam-se principalmente nas questões sociais – influenciadas pelas publicações como *A mística feminina*, em 1963, de Betty Friedan e o *Segundo Sexo*, publicado em 1949, com autoria de Simone de Beauvoir.

Na época, se autodenominaram como feministas, unidas em uma segunda onda do movimento social feminista, dando continuidade à *Primeira onda do feminismo*. Importante ressaltar o que Nicholson aponta (2015, p.5) sobre as reivindicações ao longo do século, dado que os movimentos feministas seriam melhor representados na teoria por comparação à um caleidoscópio. Visto que cada momento possuía demandas específicas diferentes das anteriores, por exemplo, o direito ao sufrágio das mulheres; as reivindicações do “O pessoal é Político”; até as teorias identitárias e aqueles das quais questionavam gênero, justiça e a performance do feminino, ou seja, as pós-identitárias.

A segunda onda do feminismo teve grande influência do movimento social Nova Esquerda (*New Left*), o qual questionava as estruturas sociais democráticas e econômicas estabelecidas (FRASER, 2007a, p. 209). Ao longo das décadas de 1960 até 1980, o movimento feminista questionou o papel da mulher na sociedade, a divisão sexual do trabalho, bem como a divisão entre esfera pública e privada, trazendo à tona, por exemplo, a violência doméstica no casamento. Assim, o movimento criou o *slogan* “O pessoal é político” para expor e buscar a libertação das mulheres. Para Flávia Biroli e Luis Miguel (2014, p.31) deve-se refletir sobre “a dualidade entre esfera pública e privada”, expondo que a construção de uma esfera privada acaba por marginalizar as mulheres ao âmbito doméstico, onde os princípios da justiça não chegam, dado que nas relações privadas há uma limitação da atuação do Estado. Tal privacidade ainda mata cotidianamente mulheres que estão impostas a uma posição de subordinação e dependência, portanto, a ruptura dessa dualidade é necessária para a construção de uma sociedade democrática (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.33;39;42).

Para Nancy Fraser (2009a, p.18-21), a segunda onda do feminismo lutava contra quatro principais problemas: (I) *economicismo*, ou seja, o olhar de que os problemas sociais e políticos são

apenas decorrência das questões econômicas; (II) *androcentrismo*, representado pela ideia de salário-família provido unicamente pelos esforços do homem assalariado, marginalizando os trabalhos domésticos, costumeiramente realizados por mulheres; (III) *estatismo*, consistente no tratamento de injustiças como questões técnicas, não sendo passível uma discussão amplamente social; (IV) o *westfalianismo*, o qual representa uma noção territorial que ganhou força com o pós-guerra (1945), limitando as reivindicações apenas dentro do território do Estado em que os reivindicantes pertencem, não ultrapassando as fronteiras geopolíticas.

Ainda, entre as décadas de 1960 e 1980, ocorreram subdivisões do feminismo em vertentes, entre as quais obtiveram maior visibilidade a do feminismo radical, o feminismo marxista e o feminismo negro (MIRANDA, 2018, n.p.). O feminismo radical foi influenciado pelas lutas por direitos civis – propriedade, divórcio, etc. –, questionando o sistema patriarcal que oprime e domina as mulheres e desafiando a noção dos papéis tradicionais de gênero, como a objetificação sexual (MIRANDA, 2018, n.p.). Como exemplo, o *Movimento de libertação das mulheres (Women's liberation movement)*, criado pelo feminismo radical, tinha o intuito de dar voz às reivindicações da pauta e expandi-la. Sua principal busca era pela emancipação da mulher, de forma a libertá-la das imposições no que tange ao sexo, isto é, eliminar o “se portar como mulher” (MIRANDA, 2018, n.p.).

Para essa vertente dos feminismos, o sexo é algo material, determinado pelas propriedades funcionais da reprodução sexual. Já o gênero não é identidade, sendo associado e imposto a partir do sexo. E, por consequência de sua imposição, limita as mulheres, retirando suas individualidades, as desumanizando e rompendo o acesso delas aos direitos básicos existentes. O Patriarcado é compreendido nessa vertente como a fonte mais antiga e profunda de opressão das mulheres, ou seja, o maior meio de dominação (MIRANDA, 2018, n.p.).

Nesse momento histórico também se destacam as pautas do feminismo marxista, que visava explicar a situação das mulheres a partir de três eixos principais: classe, raça e gênero (SCOTT, 1995, p.71). Tal perspectiva surge da importância de analisar a mulher como sujeito político, indo além da questão de gênero, observando também os problemas de classe. Para as feministas marxistas, a divisão sexual do trabalho deve ser enfrentada de forma determinante, uma vez que a construção social do feminino, com a imposição ao trabalho reprodutivo não pago, faz com que as mulheres tenham chances mínimas ou nenhuma chance de galgar aos cargos de poder, sejam eles dentro de uma empresa privada ou no âmbito público (BIROLI, 2018, p.24).

Há, ainda, uma terceira vertente que conquistou visibilidade – o feminismo negro. Dentro das pautas dos movimentos feministas da segunda onda, o ponto que mais se destacou no início da década de 1960 foi a saída massiva de mulheres essencialmente do âmbito privado, doméstico, para

o âmbito público como trabalhadoras assalariadas. Entretanto, essas reivindicações não abrangiam as mulheres negras e pobres, as quais já faziam parte da classe operária, principalmente como empregadas domésticas (FERNANDES, 2016, p.694-695). Nesse sentido, Samia Moda Cirino (2021, p.264) aponta a “terceirização da opressão, pois muitas mulheres somente conseguem alcançar determinadas posições na estrutura ocupacional em razão do trabalho doméstico e de cuidados de mulheres de classes menos favorecidas”.

Por conseguinte, as mulheres negras passaram a questionar os feminismos, expondo sua hegemonia, dado que, até então, possuíam um olhar apenas para os problemas sociais de gênero a partir de uma supremacia branca, portanto, ignorando as questões raciais (FERNANDES, 2016, p.697). Danubia Fernandes (2016, p.695) expõe como a mulher negra, ao longo da história, sofreu duplamente, por ser mulher e por ser negra. Isto é, as injustiças de gênero e raça emanam de um sistema colonial branco que desumanizou o corpo negro por vê-lo como inferior, menos humano. Por isso, a pauta do feminismo negro é ampla, alcançando desde a reificação do corpo da mulher negra para fins específicos, como a hiper sexualização, até o acesso à educação, combate à pobreza, fim do genocídio negro, direitos trabalhistas para empregadas domésticas, entre outros (FERNANDES, 2016, p.701).

A resignificação das demandas feministas, principalmente a partir da década de 1990, deu ensejo a novas teorias, abordando um aspecto de autoafirmação social, no sentido de que os problemas apontados pelas feministas da segunda onda não deveriam ser tratados como questões de justiça social, uma vez que eram próprios e individuais. Com base nisso, surgiu a *terceira onda dos feminismos* que, inicialmente, passou a ser identificado com os movimentos identitários que eclodiram à época, haja vista que ressaltavam a diferença, tendo como principais pautas as lutas por reconhecimento de grupos (FRASER, 2007b, p.106). Porém, a consequência foi a substituição das lutas feministas por justiça redistributiva para as de reconhecimento, além de um problema de reificação, haja vista que os contextos multiculturais e subjetivos foram eliminados (FRASER, 2000, p.603).

Com isso, para Fraser (2009a, p.23), as pressões feitas pelos movimentos sociais nas décadas anteriores, como a *New Left* (Nova Esquerda), foram obscurecidas, portanto, com um economicismo truncado, as reivindicações por reconhecimento e culturalismo passaram a ter maior evidência. Além disso, as resignificações das críticas ao salário-família e à divisão sexual do trabalho foram alinhadas ao ideal do neoliberalismo, o qual vendeu o discurso de emancipação e empoderamento a partir do trabalho, contudo, desvalorizou os trabalhos realizados por mulheres, reestruturando a hierarquia da estrutura ocupacional, onde o gerenciamento era feito predominantemente por homens (EISENTEIN, 2005, p. 500). Por fim, as demandas de estatismo e

contra o westfalianismo foram utilizadas para afastar os Estados da economia, deixando o mercado mais liberal, e expandir o controle dos Estados economicamente mais fortes sobre aqueles considerados mais fracos (FRASER, p.2009a, p.24-26).

Inobstante, as novas reivindicações por reconhecimento impunham uma identidade de grupo, mais especificamente uma identidade ideal feminina. As mulheres deveriam agir como se fossem iguais, colocando um véu sobre a heterogeneidade do grupo. Portanto, para Fraser (2007b, p.106-107), agir como se fossem iguais não basta para inserção das mulheres em igualdade de participação na esfera pública. Para a real paridade de participação das mulheres na esfera pública, a autora (FRASER, 2007b, p.109), desenvolveu uma teoria de justiça de gênero tridimensional, sendo elas a dimensão de *Redistribuição, Reconhecimento e Representação*.

Para tanto, Fraser (2000, p.605) afirma ser necessário um *modelo de status*, como forma alternativa para a análise do *Reconhecimento* expandindo os problemas de gênero para a esfera política. O objetivo consiste em “desinstitucionalizar os padrões da valoração cultural que impedem a paridade de participação” (FRASER, 2000, p.605). Sua teoria de justiça visa a transformar o *status* social atribuído aos grupos subalternos, como as mulheres, substituindo os padrões de valoração cultural para aqueles que promovam a paridade de participação (FRASER, 2000, p.605-606).

Não obstante, ao longo da terceira onda, feministas que não concordavam com a ressignificação feita pelas políticas identitárias dividiram o movimento, construindo as *correntes pós-identitárias*. Essas perspectivas deslocaram as análises para os estudos das relações de gênero com objetivo desconstruir as identidades de gênero, sexo e sexualidade, de modo a ampliar o escopo político dos movimentos feministas, o que requereu certa aproximação com as teorias psicanalíticas e pós-estruturalistas (CIRINO, 2017, p. 56-57).

Nesse aspecto, Joan Scott (1995, p.73) elucida que novas abordagens começaram a ser utilizadas no que tange ao gênero, sexo e sexualidade. Nesse sentido, as feministas pós-identitárias abriram questionamentos quanto às relações de gênero, de modo que não havia sido feito com a mesma intensidade e objetivo na segunda onda (SCOTT, 1995, p. 84; 87). Levantaram questionamentos como: O que é feminilidade? O que é ser mulher? O “ser mulher” está atrelado ao biológico? O que é gênero? É um constructo social e/ou uma imposição?

Uma das principais autoras dessa época é Judith Butler. Sua teoria sobre problemas de gênero é tão relevante que conseguiu abranger o que viria ser a *teoria queer*, pelo questionamento da sexualidade, do corpo, do gênero, etc. (CASCAIS, 2019, p. 26). A teoria *queer* tem como objetivo descategorizar. Questiona o sujeito, o sistema binário homem/mulher, a heterossexualidade, e busca ressignificar o que é o sexo e o gênero, para que o sujeito possa ter a

liberdade de decidir (CASCAIS, 2019, p.31-35).

Além das ondas acima mencionadas, a partir da revolução tecnológica possibilitada pela internet e o advento das redes sociais e aplicativos de celular, surge nos feminismos o questionamento sobre uma quarta onda, identificada como *ciberfeminismo*, a qual será analisada de forma mais detida na próxima seção.

2 O CIBERFEMINISMO: QUARTA ONDA DOS FEMINISMOS?

Como visto, o questionamento quanto ao sujeito, à imposição binária e as injustiças advindas da discriminação de gênero ganharam força no final da década de 1980, momento em que se destaca a crítica de Donna J. Haraway, ao publicar em 1985 o *Manifesto Ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*. Nesse manifesto a autora expressou uma nova perspectiva à terminologia binária de homem/mulher e, principalmente, a imposição naturalizada do que é ser mulher (ROCHA, 2017, p. 57).

Nesse texto, Haraway (2016, p.35-37) supõe a conexão entre mulher e um ciborgue como “um organismo cibernético, um híbrido de máquina e organismo, uma criatura de realidade social e também uma criatura de ficção”. Com isso, ela faz uma analogia entre o humano e a máquina de uma maneira irônica, sem fugir dos ideais do feminismo e socialismo. O escopo de seu texto era gerar argumentos para causar debates e uma ruptura nas imposições patriarcais, assim, buscando uma cultura socialista-feminista em um mundo pós-gênero, portanto, sem imposições binárias de gênero (HARAWAY, 2016, p.37-39).

Em 1991 o grupo australiano *VNS Matrix* passou a utilizar o manifesto de Haraway para fundamentar os ideais do grupo com o objetivo de gerar novos argumentos dentro do feminismo pós-identitário. De modo a incorporar as mudanças da sociedade informacional, as militantes do grupo, constituído por mulheres, se autoproclamaram como *ciberfeministas* (ROCHA, 2017, p.58). Por conseguinte, o termo *ciberfeminismo* passou a ser utilizado para abranger o conjunto de estratégias estético-políticas-comunicacionais dentro do movimento. As feministas denominadas como *Tecno-utópicas* também passaram empregar o termo, visto que consideravam a tecnologia um meio de desestruturar as divisões de sexo e gênero. Além disso, o termo também servia para denominar a corrente artística e de pensamentos críticos da década de 1990 (ROCHA, 2017, p.58-60).

As manifestações do grupo australiano *VNS Matrix* ascenderam e se globalizaram, influenciando outros campos que atuavam sobre as subjetividades femininas, por exemplo, a *Arte feminista* (LEMOS, 2009, p.20). A *arte feminista* emergiu da crítica ao *Pop Art*⁴, desenvolvendo-se

4 De acordo com Vinícius Giba (2014, n.p.), o *Pop Art* foi um movimento artístico que surgiu na década de 1950 com

posteriormente em uma crítica própria. Manifestavam-se com artes performáticas que tinham por intuito a politização do corpo feminino em busca de contestar a visão masculinizada existente, isto é, uma crítica literária feminista (LEMOS, 2009, p.24-25).

No Brasil, o ciberfeminismo foi tardio, ocasionado, principalmente, pela *CEMINA* – Comunicação, Educação e Informação de Gênero -, sendo que, em 2009, foi transformado no *Observatório Brasil da Igualdade de Gênero*, o qual buscava contribuir na promoção da igualdade de gênero, promover e produzir o acesso à informação, entre outros (LEMOS, 2009, p.83).

Contudo, após os anos 2000, “as discussões ao redor do tema não eram mais tão intensas como nos anos 1990”, perdendo visibilidade das demandas e dos ativismos (LEMOS, 2009, p.36). Não obstante, o esforço desse movimento político-social sempre se deu em torno dos questionamentos sobre identidades, reconhecimento e, principalmente, a imposição binária de gênero. Com o aumento da tecnologia, o debate passou a ser exposto na Internet. Dessa forma, o ciberfeminismo apropriou-se das redes de tecnologia, criando assim um sistema de comunicação que favorecia os discursos multiculturais e globalizados (LEMOS, 2009, p. 36-40).

Em 2012 os movimentos feministas tomaram outros contornos de ativismo, ao utilizar massivamente a internet como meio de comunicação, organização e chamamentos para atos. Nesse sentido, à medida que a teoria ciberfeminista foi perdendo força logo após os anos 2000, ela foi ganhando novo espaço a partir dos movimentos sociais de 2012, porém, agora já estabelecido na sociedade em rede (ROCHA, 2017, p.46). Nicholson (2015, p.2) faz a ressalva no sentido de que o feminismo nunca esteve morto, nem após o movimento sufragista e nem após a terceira onda do feminismo, entre os anos 2000 e 2012, estava apenas silencioso (ROCHA, 2017. p. 60). Nesse sentido, em 2012, algumas ativistas apoiaram-se na teoria de Donna J. Haraway e das ciberfeministas da década 1990 com objetivo de nomear e embasar os atos dos movimentos que instituíram o principal ponto do feminismo da época – os relatos sobre experiências e traumas já vividos (ROCHA, 2017, p.59-70).

Em 2013 os feminismos na *web* tomaram proporções maiores, com campanhas para que mulheres de todo o mundo compartilhassem suas experiências sofridas por assédio sexual, discriminação no trabalho e nas ruas (COCHRANE, 2013). A manifestação de rua, que se tornou um eixo das lutas feministas dessa época, tem por origem Toronto no Canadá em 2011. É a *Slut Walk* (Caminhada das vadias). Resultado da fala de um policial, de que mulheres não deveriam se vestir com determinadas roupas para não parecerem vadias e, por consequência, não serem vítimas de crimes sexuais (MARTINI; PUHL, 2015, p.1-2). Ao logo desses anos os movimentos feministas

a intenção de causar questionamentos, ao juntar, em um mesmo quadro, desenhos e histórias em quadrinhos já existentes e denominá-los de arte original, criticando a sociedade de consumo e expondo que não existe originalidade.

reincorporaram a frase “O pessoal é Político” - utilizada pelas feministas da segunda onda - nas manifestações na internet e fora dela, ou seja, nas ruas. Ademais, os atos dos feminismos que surgem a partir de então são definidos “pelo pragmatismo, inclusão e humor” (COCHRANE, 2013).

No Brasil, a partir de 2012, pelas ruas do país ocorreram grandes manifestações contra discriminação de raça, sexualidade e gênero. O principal *slogan* era “Se ser livre é ser vadia, então somos vadias” (SAADS, 2013). Frase essa que surgiu no *Manifesto 2011: Carta da Marcha das vadias*, que deu suporte ao principal ato de rua da época: a *Marcha das Vadias* (SAADS, 2013). Em 2015, os movimentos feministas no Brasil tiveram forte presença na internet com *hashtags* sendo criadas – influência das campanhas de 2013 nos Estados Unidos - para campanhas de compartilhamento de experiências. Por exemplo, a *hashtag* que rodou tanto no *Twitter* como no *Facebook*, “#meuamigosecreto”, movimentando a internet com as narrativas sobre violência de gênero, antes não expostas publicamente. Outro exemplo é “#PrimeiroAssédio”, o qual expôs alguns casos de assédio sexual e estupro, assim, fomentando o debate de como a maioria das mulheres já sofreu algum assédio na vida e com qual idade elas tiveram o primeiro contato com a violência de gênero (CAZARRÉ, 2015).

Uma potência desse movimento feminista, identificada por Rocha (2017, p. 47), reside na capacidade subversiva. Por exemplo, o Observatório Brasil da Igualdade de Gênero utiliza da Rede (internet) como instrumento de análise e articulações políticas sociais (ROCHA, 2017, p. 49). Em outras palavras, a partir do advento da Internet os movimentos sociais podem ser multi-identitários, incluindo diversas demandas, visto que a Rede (Internet) possui uma amplitude global, regional e local. Portanto, é possível o debate e troca de vivências a partir do fluxo tecnológico. Como resultado, ajuda-se nos processos de formulações de novos ideais emancipatórios e de luta política (ROCHA, 2017, p. 55).

O feminismo dessa época, para Kira Cochrane (2013), deu início a uma nova onda do feminismo, denominada de *quarta onda*, reivindicando Reconhecimento e Representação para todas as mulheres, a união em um feminismo interseccional, bem como o controle das mulheres sob seus próprios corpos e decisões reprodutivas, além da busca pela punição adequada para os crimes sexuais, discriminação sexual no trabalho, entre outros (COCHRANE, 2013; ROCHA, 2015. p.70-78). Logo, a Internet tornou-se uma extensão dos campos feministas. Portanto, a característica essencial da considerada quarta onda do feminismo é, justamente, a massificação dos movimentos feministas, a militância digital e transacional e a diversidade trazida pelo feminismo interseccional - este que adota vários marcadores sociais para combate às suas desigualdades (PEREZ; RICOLDI, 2019, n.p.).

Não obstante, à luz da teoria crítica de Nancy Fraser (2009a, p.31), esses novos

movimentos sociais não permitem afirmar o surgimento de uma quarta onda dos feminismos, eis que para a autora as reivindicações são uma espécie de continuidade das lutas dos feminismos da segunda onda, cujas pautas foram indevidamente apropriadas e ressignificadas pelo neoliberalismo e capitalismo financeirizado a partir da década de 1980, conforme será exposto na próxima seção.

3 A RESSIGNIFICAÇÃO DA CRÍTICA FEMINISTA DA SEGUNDA ONDA

Como exposto anteriormente, Fraser destaca que as demandas feministas da segunda onda podem ser separadas em quatro pontos: (I) o economicismo, (II) o androcentrismo, (III) o estatismo e o (IV) Westfalianismo. Nesse aspecto, as reivindicações dos movimentos sociais que iniciaram em 2012 são, majoritariamente, as mesmas da segunda onda do feminismo. O diferencial é que agora as demandas possuem também a publicidade e a extensão trazida pela Internet. Isso ocorre, pois as demandas das décadas de 1960, 1970 e 1980 não foram realmente conquistadas, mas ressignificadas pelo discurso capitalista neoliberal (FRASER, 2009a, p.13-14).

Assim, quanto à existência de uma quarta onda, é possível encontrar divergências primordiais. O primeiro ponto na visão de Fraser (2009a, p. 16) refere-se à crítica das feministas aos movimentos sociais pelo uso do poder político com foco nos problemas sociais e econômicos. A autora expõe que as questões sociais eram tratadas apenas por uma visão econômica, a qual buscava políticas públicas que superassem a exploração, privação e a marginalização. Contudo, outras formas de injustiça foram ignoradas, como a cultural ou simbólica (FRASER, 1996, p. 12; 2009, p. 16). Para a superação do olhar unicamente econômico é necessário o que Fraser (2009a, p.16) chama de “anti-economicismo”.

À vista disso, as feministas passaram a questionar os movimentos sociais que demandavam mudanças, apenas, contra as injustiças econômicas. Tornou-se possível a visualização de outras injustiças que ocorriam na esfera pública e privada, tais como a violência doméstica, assédio sexual e também a bivalência das injustiças de raça/gênero, entre muitas outras (FRASER, 2009a, p.18-19). Tais problemas fazem parte das injustiças culturais ou simbólicas. Ou seja, formas específicas de injustiça de gênero que impedem os atores sociais dos grupos subalternos de participar como iguais dentro da esfera pública (FRASER, 2000, p.611).

A busca para politizar o pessoal foi uma das consequências advindas desses novos questionamentos e demandas. Além disso, rejeitou-se a primazia de classe, reinterpretando a complexidade da injustiça distributiva, uma vez que ela não é, necessariamente, efeito indireto de uma injustiça cultural ou política (FRASER, 1996.p.19).

Para Fraser (2009a, p.18), as feministas se uniram a outros movimentos emancipatórios para romper o imaginário restritivo e economicista do capitalismo organizado pelo Estado. Dessa

forma, um feminismo interseccional ganhou força.

Concomitantemente a essa união entre os movimentos, outras problemáticas foram expostas, por exemplo, a crítica especificamente feminista quanto à injustiça de gênero relacionada ao androcentrismo e o salário-família. Para Fraser (2009a, p.19), o anti-androcentrismo rejeitava a construção do homem como chefe e único provedor da família. A construção do homem provedor ganhou força com o Capitalismo Administrado pelo Estado, pois as institucionalizações políticas não garantiam a todas direitos iguais aos homens, por exemplo, salários iguais pelo mesmo trabalho com mesmas condições. A falta de políticas públicas igualitárias deu-se, também, pelo ideal de salário-família – este que colocava o homem como provedor assalariado da casa e a mulher como a principal responsável pelas obrigações domésticas e reprodutivas não pagas (FRASER, 2009a, p.16; 19). Tais injustiças, decorrentes da divisão sexual do trabalho, conectam as relações de gênero diretamente às injustiças econômicas, de modo a regular o acesso das mulheres a recursos que provêm sua emancipação e permitem a possibilidades delas galgarem cargos no âmbito público (BIROLI, 2018, p.12).

Portanto, a crítica ao androcentrismo consiste em desinstitucionalizar o ideal imposto pelo capitalismo organizado pelo Estado, que reforça compreensões que desvalorizam o trabalho feminino, impedindo a entrada das mulheres na esfera pública em paridade com os homens e, conseqüentemente, as marginalizam aos trabalhos não pagos de reprodução social (FRASER, 2009a, p.16). Portanto, a crítica das feministas ao salário-família buscava valorizar o trabalho feminino, bem como eliminar a imposição ao trabalho reprodutivo e doméstico não pago (FRASER, 2009a, p.19).

Entretanto, não basta os feminismos estarem inseridos em disputas, devem também conseguir levar os questionamentos e as demandas até a esfera pública democrática (FRASER, 1990, p.11). Para isso, o Estado deve ser democrático, anti-hierárquico, popular e ter igualdade de participação, uma paridade participativa (FRASER, 2009a, p.20). Flávia Biroli e Luís Felipe Miguel (2014, p.32-34) apontam que um Estado Democrático não é possível se a ideia dúplice de esfera privada/pública não for abandonada, pois o pessoal é político no momento em que os direitos individuais e coletivos das mulheres não são assegurados institucionalmente, de forma a refletir os papéis sociais, dando visibilidade às reivindicações que possam garantir a paridade de participação.

Sabendo da necessidade de um Estado paritário democrático, as feministas da segunda onda criticaram o modelo gerencial e tecnocrático do modelo estatista (FRASER, 2009a, p. 17). O estatismo do Estado de Bem Estar Social foi rejeitado pelas feministas da época em razão de não tratarem a população como cidadãos ativos, mas sim como clientes, consumidores e contribuintes. Assim, o problema encontra-se na despolitização desse modelo, pois assuntos sociais que deveriam

ser tratados politicamente como justiças sociais foram abordados como assuntos técnicos, sendo “solucionados mediante o cálculo de expert ou de negociações corporativas” (FRASER, 2009a, p. 17).

Em busca da transformação de valores, tratamento e do próprio modelo de Estado, o anti-estatismo entrou na pauta da segunda onda dos feminismos. As críticas deram origem ao movimento democratizante que introduziu uma análise de gênero nas interpretações masculinizadas e institucionalizadas (FRASER, 2009a, p. 20). Ainda, o alcance das reivindicações não pode ser limitado em espaços territoriais, pois não são suficientes para alcançar a justiça social de gênero. Nesse sentido que Fraser trata em seu quarto ponto das demandas da segunda onda, o imaginário político do westfalianismo (FRASER, 2009, p. 20-22; 2009b, p. 26-28).

O anti-Westfalianismo é a crítica feminista entrelaçada com a crítica ao imperialismo. Entretanto, não obteve tanta força e apoio, pois o movimento se dividiu entre contra e a favor (FRASER, 2009a, p.27). A problemática da divisão do espaço político em espaços territoriais é encontrada ao analisar os benefícios dados aos grupos dominantes que enfraquecem os grupos subalternos e acabam por promover maiores injustiças e fortalecer aquelas já existentes (FRASER, 2009b, p. 11). Além disso, a divisão entre espaços territoriais impede reivindicações transnacionais e as marginalizam, conseqüentemente fortalece o imperialismo (FRASER, 2009a, p. 20).

Em decorrência da divisão dentro do movimento feministas referente às reivindicações anti-imperialista e contra o westfalianismo, além das dificuldades de comunicação entre os movimentos sociais de países diferentes, as reivindicações foram enfraquecendo e dando espaço a outros discursos. Por exemplo, o discurso de Bush, que utilizou do ideal de globalização anti-imperialista para justificar a guerra ao terror. Com isso, os Estados Unidos justificaram as invasões para “manter a paz” às localidades majoritariamente mulçumanas (FRASER, 2009a, p. 20-22; EISENSTEIN, 2005, p. 509).

Além disso, a preocupação com mais de um eixo de injustiça foi perdendo força conforme o avanço do neoliberalismo. O discurso cultural ganhou o foco no final da década de 1980 junto com aparecimento das políticas identitárias (FRASER, 2007a, p.293). Com a ascensão das políticas identitárias, que tinham o reconhecimento como uma questão de autorrealização (FRASER, 1996, p.24), o discurso meritocrático do neoliberalismo passou a ter base dentro das críticas feministas (FRASER, 2009a, p.18). Dessa forma, o declínio dos pensamentos e movimentos progressistas, como os da *New Left*, deu ensejo ao “novo espírito do capitalismo” (Boltanski; Chiapello, 2007, p.351), em que o mercado controla as políticas e as críticas sociais são suprimidas. Logo, as críticas ao economicismo foram ressignificadas trocando demandas por justiça distributiva de gênero truncadas por demandas culturais truncadas (FRASER, 2007a, p. 295).

Nessa lógica e sob uma visão retrospectiva, Hester Eisenstein (2005, p.500) indaga, quanto à ascensão do neoliberalismo, a supressão das reivindicações por redistribuição e o surgimento das políticas identitárias. Para a autora houve uma “conexão perigosa” entre os movimentos sociais de 1970-1990, principalmente os feminismos e o novo espírito do capitalismo que se reinventava na década de 1990. Isto é, as reivindicações dos feminismos, principalmente das feministas radicais e liberais, pela liberdade das mulheres, bem como o desmantelamento de políticas governamentais e regras sociais que desvalorizavam o trabalho da mulher e impunham o trabalho doméstico/reprodutivo não pago, foi útil ao capitalismo (EISENSTEIN, 2005. p.499).

Desse modo, surgia o que Nancy Fraser (2009a, p.22-23) chama de resignificação das críticas feministas. De um imaginário feminista em busca de justiça distributiva, cultural e política para uma transformação cultural flexível ao capitalismo neoliberal de mercado (FRASER, 2007a, p. 293). Da mudança cultural entre as críticas, reivindicações e debates de gênero para uma implementação de ideologias que corroborassem com o neoliberalismo (FRASER, 2007a, P.299).

Os ideais neoliberais e o capitalismo flexível resignificaram, também, as críticas feministas quanto ao androcentrismo e salário família. A busca feminista pela emancipação das mulheres culminou no discurso meritocrata com uma alta degradação das condições de trabalho, principalmente trabalhos realizados por mulheres (FRASER, 2009a, p. 25). Eisenstein (2005, p.490-491) exemplifica esse aproveitamento neoliberal das críticas ao expor que, entre 1970 e 2000, houve um aumento de 53 milhões (60%) de mulheres trabalhando na indústria, contudo os trabalhos aplicados às mulheres eram de baixo salário. Enquanto isso, o aumento nos trabalhos com boa remuneração foi ocupado por homens, tendo um aumento de 15% (26 milhões para 30 milhões).

Observa-se a substituição para o modelo de família com dois assalariados, entretanto, com menos segurança no emprego, padrões de vida menores, aumento de horas trabalhadas, entre outros (FRASER, 2009a, p.25). Essa substituição foi realizada pelo discurso do capitalismo sob a égide neoliberal, que atrelou a emancipação feminina ao acúmulo capitalista (FRASER, 2009a, p.26). Essa substituição se deu por conta da legitimação dada pela crítica feminista resignificada, esta que, involuntariamente, valorizou o trabalho assalariado, independentemente das condições de trabalho (FRASER, 2009a, p. 25-26).

Além disso, a busca feminista por um Estado que analisasse e realizasse políticas públicas para alcançar a justiça social de gênero também foi resignificada (FRASER, 2009a, p.20). A ideia era um Estado que promovesse empoderamento aos cidadãos, entretanto o discurso neoliberal aproveitou para enfraquecer as políticas macroeconômicas de combate à pobreza do Estado de Bem Estar Social. Por conseguinte, houve a substituição dessas políticas para empréstimos de microcréditos que tiravam a responsabilidade do Estado e fortaleciam a ideia de autoajuda entre os

cidadãos (FRASER, 2009a, p.25-26; EISENSTEIN, p.503; 509). Ou seja, aqueles movimentos democratizantes criados para alcançar um Estado paritário e democrático, assim como os feminismos, perderam força, mesmo com a sociedade tornando-se globalizada (FRASER, 2009a, p.22).

Com a globalização a ideia de não legitimidade para reivindicações que fossem além do próprio Estado foi enfraquecendo, mas o custo foi uma nova ideologia de controle nas decisões soberanas dos países (FRASER, 2009a, p. 27). O exemplo utilizado por Fraser (2009a, p.28) refere-se as campanhas humanitárias que focaram apenas nas questões culturais de violência e reprodução, excluindo questões relacionadas aos problemas econômicos e políticos.

Com parte das ressignificações expostas, é possível observar que as pautas dos movimentos feministas de 2012-2015, na verdade, retomaram as demandas da segunda onda dos feminismos - antes delas serem ressignificadas no discurso neoliberal. Ainda nessa retomada, utiliza-se o que era um projeto de conexão via internet na década de 1990 e atualmente é realidade: o mundo interligado pelo ciberespaço. Porém o fato de a internet e redes sociais permitirem um novo espaço de discussão e novas formas de lutas das pautas feministas não representa, necessariamente, uma nova onda, considerando que as pautas da segunda onda persistem. Ainda se reivindica por uma distribuição econômica igualitária; busca-se a ruptura da divisão sexual do trabalho e o reconhecimento no âmbito público; assim como se expandem as lutas para um feminismo transnacional em que as pessoas sejam vistas como cidadãs ativas dos processos político e não apenas contribuintes fiscais. Nesse sentido, as reivindicações com a nova forma de reivindicar, via Internet, deve ir na direção das lutas por justiça de gênero. Para tanto, Fraser (2009, p.31-32) aponta ser necessário uma teoria e movimentos feministas capazes de abranger as três dimensões de injustiças - econômica, social e política.

CONCLUSÃO

Os feminismos, como movimentos sociais e construções teóricas, são formados por diversas fases, denominadas de ondas, justamente porque o término de uma onda não representa exatamente o fim das demandas anteriores, mas a continuidade das lutas entre avanços e retrocessos nos diversos contextos históricos. Nesse sentido, abrangeram desde as lutas por sufrágio das mulheres; a busca pela ruptura entre a esfera pública e privada; a inserção das mulheres na sociedade como trabalhadoras assalariadas; a amizade perigosa entre as demandas dos movimentos sociais com o novo discurso do capitalismo, agora neoliberal e financeirizado; até as novas formas de se manifestar que o mundo cibernético proporciona.

Não obstante essa diversidade de pautas, o presente trabalho expôs à luz da teoria crítica de

Nancy Fraser que, mesmo, com manifestações mundiais organizadas via internet com igual intuito, as feministas ainda buscam a conquista dos mesmos direitos desde a década de 1960, logo, não se trata de uma nova e quarta onda dos feminismos. Além disso, como afirmam Arruzza, Bhattacharya e Fraser (2019, p.39), essas novas maneiras de reivindicar por meio de plataformas digitais representam um risco de tornar as pautas feministas “uma *hashtag* do momento e um veículo de autopromoção, menos aplicado a libertar a minoria”. Isto é, mesmo com a velocidade e alcance dos espaços compartilhados da internet, os movimentos sociais devem assumir uma posição firme de resgate às lutas por justiça de gênero.

Ainda, as autoras (ARRUZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p.28; 39) apontam que as alternativas impostas aos movimentos sociais pelo neoliberalismo chegaram ao ponto de romper com as condições de vida da vasta maioria das pessoas, de tal modo a se encontrar em uma encruzilhada do discurso meritocrata para emancipação e as críticas, por exemplo, do feminismo marxista. A autoras afirma que deve-se utilizar do atual momento para um ativismo feminista *combativo*. Como exemplo, o resgate às raízes dos movimentos feministas socialistas com a classe trabalhadora unidos a um movimento transnacional deu ensejo a uma nova forma de greve - a greve feminista das mulheres que ocorreram em março de 2017 e 2018.

Essa nova forma de reivindicar expõe um dos principais agentes das injustiças de gênero: a divisão sexual do trabalho. Dado que as mulheres paralisando os trabalhos remunerados e, principalmente, não remunerado torna visível “o papel indispensável desempenhado pelo trabalho determinado pelo gênero e não remunerado pela sociedade capitalista” (ARRUZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019, p.33). Portanto, é necessário um feminismo sem precedentes na luta de classe. O que Arruzza, Bhattacharya e Fraser (2019, p.34) chamam de feminismo para os 99%, isto é, uma teoria e movimento feminista social que seja internacionalista, ambientalista, antirracista e anticapitalista, para assim, conquistar a superação das reificações feitas pelo neoliberalismo e romper as injustiças sociais de gênero.

REFERÊNCIAS

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99%: um manifesto**. São Paulo: Boitempo, 2019.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. Boitempo: 2018.

BOLTANSKI, L; CHIAPELLO, E. **The new spirit of capitalism**. 3º ed. Verso: Londres, 2007.

CASCAIS, António Fernando. Performatividade de gênero, performatividade queer e o queering como método: uma introdução. *Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher*, Lisboa, n. extra, p. 25-36, out. 2019. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-

68852019000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15/09/2021.

CAZARRÉ, Marieta. **2015: o ano das mulheres**. Agência Brasil. 2015. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-12/2015-o-ano-das-mulheres>>. Acesso em: 13/09/2021.

CIRINO, Samia Moda. **(Des)Construção da identidade de gênero: inserção crítica ao sujeito do feminismo e o reconhecimento do trabalho da mulher**. Tese Doutorado - Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2017. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49416/R%20-%20T%20-%20SAMIA%20MODA%20CIRINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10/09/2021.

CIRINO, Samia Moda. Teletrabalho de mulheres durante a pandemia e o discurso do Feminismo Liberal. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. 2021. p. 251-276. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/26025>>. Acesso em: 13/09/2021.

CHATLER, K; BURNS, D. Metodologias feministas. In: **Teoria e métodos de pesquisa social**. SOMEKH, Bridget; LEWIN, Cathy (org.). Rio de Janeiro: Editora vozes, pp.111-120, 2015.

COCHRANE, Kira. **The fourth wave of feminism: meet the rebel women**. The Guardian. 2013. Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2013/dec/10/fourth-wave-feminism-rebel-women>>. Acesso em: 10/09/2021.

EISENSTEIN, Hester. A Dangerous Liaison? Feminism and Corporate Globalization. **Science & Society**. vol. 69. ed.3. p.487-518, 2005.

EVARISTO, Thamiris. Feminismos: o feminismo marxista. **Cientistas feministas**: 2015. Disponível em <<https://cientistasfeministas.wordpress.com/2015/07/31/feminismos-o-feminismo-marxista/>>. Acesso em: 15/09/2021.

FERNANDES, Danubia de Andrade. O gênero negro: apontamentos sobre gênero, feminismo e negritude. **Revista Estudos Feministas. Florianópolis**, v. 24, n. 3, p. 691-713, 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2016000300691&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15/09/2020.

FRASER, Nancy. La lucha por las necesidades: esbozo de una teoría crítica socialista-feminista de la cultura política del capitalismo tardío. **Debate Feminista**. Março, 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1991.3.1493>>. Acesso em: 30/06/2021.

FRASER, Nancy. **Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation**. p.3-67, Stanford University: 1996.

FRASER, Nancy. Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. **New Left Review**, nº 3. 2000.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**, São Paulo, n.14/15, p.1-382, 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109>>. Acesso em: 05/07/2021.

- FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Revista Estudos feministas**, Florianópolis, v.15. n. 2, p. 291-308, maio/agosto 2007a. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2007000200002/1781>>. Acesso em: 21/06/2021.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Revista **Lua nova**, São Paulo, pp. 70-138, 2007b. Disponível em <<http://www.cedec.org.br/mediacoes-dificeis---ano-2007---no-70>>. Acesso em: 20/06/2021.
- FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. Revista **Mediações**, Londrina, v.14. p. 11-33, 2009a. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505/3782>>. Acesso em: 23/06/2021.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. Revista **Lua Nova**, São Paulo, 77: 11-39, 2009b. Disponível em <<http://www.cedec.org.br/caminhos-da-teoria---ano-2009---no-77>>. Acesso em: 21/06/2021.
- FRASER, Nancy. *How feminism became capitalism's handmaiden, and how to reclaim it*. **The Guardian**. Outubro, 2013. Disponível em <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/oct/14/feminism-capitalist-handmaiden-neoliberal>>. Acesso em: 30/06/2021.
- FRASER, Nancy; JAEGGI, Rahel. **Capitalismo em debate: uma conversa na teoria crítica**. São Paulo: Boitempo, 2020.
- GANDHI, Anuradha. **Sobre as Correntes Filosóficas dentro do Movimento Feminista**. 2º ed. Nova cultura: 2018.
- GIBA, Vinícius. O que foi a pop art? **Super interessante**. 2014. Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-a-pop-art/>>. Acesso em: 19/09/2021.
- GREGORI, Juciane de. Feminismos e Resistência: trajetória histórica da luta política para conquista de direitos. Uberlândia: **Caderno Espaço Feminino**. 2017. p.47-68. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/38949>>. Acesso em: 10/09/2021.
- HANSEL, Tiago Fernandes. Da luta pelo sufrágio à presidência do Brasil. **Revista Alamedas**, Toledo-PR. v.5. n. 1, p.1-17. 2017. Disponível em <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/17086>>. Acesso em: 14/09/2021.
- HARAWAY, Donna. *A Cyborg Manifesto: Science, technology and socialist-feminism*. Universidade de Minnesota Press. 2016. **ProQuest Ebook Central**. Disponível em <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/warw/detail.action?docID=4392065>>. Acesso em: 16/09/2021.
- LEMOS, Marine Gazire. **Ciberfeminismo: Novos discursos do feminino em redes eletrônicas**. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5260>>. Acesso em: 13/09/2021.
- MARTINI, Júlia L.; PUHL, Paula R. **Marcha das Vadias: Um movimento social na era da**

comunicação digital em rede. 10º Encontro Nacional de História da Mídia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2015. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais1/encontros-nacionais/10o-encontro-2015/historia-da-midia-digital/marcha-das-vadias-ummovimento-social-na-era-da-comunicacao-digital-em-rede/view>>. Acesso em: 15/09/2021.

MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política:** uma introdução. Boitempo, 2014.

MIRANDA, Jéssica. Breve introdução ao feminismo radical. **QG Feminista:** 2018. Disponível em <<https://medium.com/qg-feminista/breve-introducao-ao-feminismo-radical-186bb226be40>>. Acesso em: 19/09/2021.

OBSERVATÓRIO Brasil da igualdade de gênero. Disponível em <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/quem-somos/missao-e-objetivos-1>>. Acesso em: 15/09/2021.

PEREZ, Olívia Cristina; RICOLDI, Arlene Martinez. A Quarta Onda Feminista: Interseccional, Digital e Coletiva. **Anais X Congresso Latino-americana de Ciência Política.** 2019. n.p. Disponível em <<https://alacip.org/cong19/25-perez-19.pdf>>. Acesso em: 15/09/2021.

ROCHA, Fernanda de Brito Mota. **A quarta onda do feminismo: um fenômeno do ativismo digital.** Repositório Jesuíta: 2017. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6728>>. Acesso em: 20/09/2021.

SAADS. **Carta Manifesto da Marcha das Vadias de Brasília – Por que marchamos?** Marcha das Vadias Distrito Federal: 2012. Disponível em <<https://marchadasvadiasdf.wordpress.com/manifesto-porque-marchamos/>>. Acesso em: 15/09/2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação realidade:** p. 71-99, 1995.

AS PLATAFORMAS DIGITAIS E AS NOVAS CONCEPÇÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA (SEXUAL) DE GÊNERO

Beatriz Egea SEMENSATO¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise científica – através dos métodos histórico, sociológico, estatístico, descritivo e hipotético-dedutivo, além do uso de material bibliográfico e jurisprudencial – acerca das novas noções de violência (sexual) de gênero perpetradas pelo advento e popularização das plataformas digitais. Focado em uma perspectiva de gênero, este artigo tem como objetivo traçar um panorama evolutivo da cultura sistêmica de violência contra o sexo feminino e os novos moldes assumidos por ela dentro dos ambientes virtuais. Pretende-se suscitar e relacionar a difusão da *Internet* à – praticamente – ilimitada facilitação no cometimento de atentados contra a dignidade sexual de mulheres e meninas, que se veem à mercê de um instrumento de coerção perigosamente acessível e transnacional.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero. Plataformas digitais. Dignidade sexual. Crimes sexuais.

ABSTRACT

The present work seeks to carry out a scientific analysis – through historical, sociological, statistical, descriptive and hypothetical-deductive methods, in addition to the use of bibliographical and jurisprudential material – on the new notions of gender (sexual) violence perpetrated by the advent and popularization of digital platforms. Focused on a gender perspective, this article aims to draw an evolutionary panorama of the systemic culture of violence against women and the new molds assumed by it within virtual environments. It is intended to raise and relate the diffusion of the Internet to – practically – unlimited facilitation in the commission of attacks against the sexual dignity of women and girls, who see themselves at the mercy of a dangerously accessible and transnational instrument of coercion.

KEYWORDS: Gender violence. Digital platforms. Sexual dignity. Sex crimes.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a popularização e conseqüente exploração mercante da *Internet* a partir de meados dos anos '90 culminaram em uma série de mudanças – estruturais, profundas e complexas – nas relações interpessoais e formas de se consumir conteúdo, seja ele de caráter informativo, audiovisual ou simplesmente midiático.

Uma pesquisa (TIC DOMICÍLIOS, 2019) realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC) revelou que, no Brasil, a porcentagem de

1 Discente do 8º Termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, e-mail be_semensato@hotmail.com.

2 Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal e Prática Jurídica Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista

domicílios com acesso à *Internet* chegou à 71% no ano de realização do mapeamento, correspondendo, portanto, a mais da metade da população. Referida coleta de dados também demonstrou que a porcentagem de usuários chegou à 74%, o que equivale à aproximadamente 134 milhões de pessoas.

É evidente e natural que os efeitos deste cenário extremamente globalizado e conectado se estendam à esfera jurídica nos mais diversos aspectos, especialmente no tocante à direitos fundamentais – como a dignidade da pessoa humana, nesta inclusa, por óbvio, a dignidade sexual – e da personalidade, tais como o direito à intimidade, imagem e honra.

Analisar os reflexos no campo do direito, no entanto, não implica na exclusão do viés sociológico e histórico que embasa toda essa estrutura. Pelo contrário, a interdisciplinaridade entre essas ciências é indispensável ao estudo aqui proposto, onde é perfeitamente adequada e cabível a máxima de Heródoto: “Pensar o passado para compreender o presente e idealizar o futuro”.

Por este motivo, o presente trabalho partiu, inicialmente, de uma conceituação teórica a respeito dos sistemas que sustentam a violência de gênero *lato sensu*, passando, então, à um singelo traçado histórico. Em seguida, foi realizado um recorte jurídico entre a relação desta violenta cultura sistêmica e os crimes contra a dignidade sexual, tão amparados pelo controle social dos corpos femininos, que, por sua vez, é legitimado por uma construção de gênero distorcida. Ainda, procedeu-se à um panorama da realidade nacional, adequando a ela as premissas firmadas anteriormente, as quais, uma vez estabelecidas, conduziram à análise do tema propriamente dito, qual seja, as novas noções de violência sexual de gênero dentro dos ambientes virtuais.

A importância e relevância social deste estudo se justifica pela contrapartida negativa e perigosa inerente à difusão da *Internet* na sociedade, que vem se tornando um meio cada vez mais propício à reprodução da violência de gênero, principalmente em razão da dificuldade de controle, não só das condutas em si, mas do alcance e proporção que elas podem tomar.

Desta forma, o objetivo principal da presente pesquisa reside, antes de qualquer coisa, na compreensão de que tipo de violência se está lidando, suas peculiaridades, contornos e periculosidade, para que assim seja possível a elaboração de propostas de intervenção e adaptação do direito penal como o conhecemos, de modo a garantir domínios cibernéticos minimamente seguros.

Para fins de aprofundamento teórico no tema, foram utilizados, além do material bibliográfico e jurisprudencial, os métodos histórico e sociológico, no sentido de demonstrar as origens da violência sexual de gênero e a forma como ela se adaptou aos ambientes virtuais tão presentes em nosso meio, estatístico, para traduzir a teoria aplicada em dados reais, bem como o descritivo e hipotético-dedutivo, construindo premissas e hipóteses a partir do objeto de estudo,

qual seja, as plataformas virtuais como meio de perpetuação dos crimes sexuais sob um viés de gênero.

2 DA CULTURA SISTÊMICA E ESTRUTURAL DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Compreender a violência de gênero – e o próprio Direito nela envolto – sob uma abordagem sistêmica significa dirigir o olhar não somente ao indivíduo, de maneira isolada, mas também considerar seu contexto e a complexidade de relações e comportamentos ali presentes.

Uma análise científica acerca do surgimento e manutenção da violência deverá levar em consideração fatores biológicos, psicológicos, sociais, culturais e econômicos, partindo da relação dialética entre indivíduo e sociedade, tal como ensinam Marx e Engels (1971, p. 146):

O homem desenvolverá sua verdadeira natureza no seio da sociedade e somente ali; razão pela qual devemos medir o poder de sua natureza não pelo poder do indivíduo concreto, mas pelo poder da sociedade

Para tanto, necessário se faz estabelecer algumas premissas teóricas.

2.1 Conceituação e apanhado histórico

Conceituar violência de gênero implica, *a priori*, em esclarecer qual é, de fato, o significado de *gênero*, apesar das divergências conceituais no campo da sociologia, filosofia e literatura feminista.

A respeito de gênero, Saffioti (2004, p. 44 e 45) defende que:

Este conceito não se resume a uma categoria de análise, como muitas estudiosas pensam, não obstante apresentar muita utilidade enquanto tal. Gênero também diz respeito a uma categoria histórica, cuja investigação tem demandado muito investimento intelectual. Enquanto categoria histórica, o gênero pode ser concebido em várias instâncias: como aparelho semiótico (LAURETIS, 1987); como símbolos culturais evocadores de representações, conceitos normativos como grade de interpretação de significados, organizações e instituições sociais, identidade subjetiva (SCOTT, 1988); como divisões e atribuições assimétricas de características e potencialidades (FLAX, 1987); como, numa certa instância, uma gramática sexual, regulando não apenas relações homem-mulher, mas também relações homem-homem e relações mulher-mulher (SAFFIOTI, 1992, 1997b; SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995), etc.

Saffioti (2004, p. 45) ainda sintetiza o ponto teórico consensual dentro do feminismo. Segundo ela “cada feminista enfatiza determinado aspecto de gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino”.

Fato é que essa construção social embasou – e ainda embasa – as mais diversas modalidades de violência, tais como violência sexual, estrutural, física, psicológica, dentre outras subcategorias, produtos da própria história do gênero.

Partindo do pressuposto que a construção do gênero é uma construção histórica, seria impossível – ou, no mínimo, falho e incompleto – tratar desta história sem fazer alusão ao conceito

de *patriarcado*, que, para Hartman (1979, p.11, tradução minha) é:

[...] um conjunto de relações sociais entre os homens, que têm uma base material e que, embora hierárquicas, estabelecem ou criam interdependência e solidariedade entre os homens que lhes permitem dominar as mulheres.

Embora as abordagens teórico-feministas acerca do patriarcado ainda não sejam homogêneas, existe certa concordância conceitual em entendê-lo enquanto poder e dominação do masculino sobre o feminino, no sentido de ideologia e estrutura, como apresenta Larrauri (2007, p.18, tradução minha):

O elemento estrutural do patriarcado pode ser visto no baixo status que as mulheres geralmente ocupam em relação aos homens na família e nas instituições econômicas, educacionais, políticas e jurídicas. O elemento ideológico se reflete nos valores, crenças e normas referentes à <<legitimidade>> da dominação masculina em todas as esferas sociais.

Os fenômenos do patriarcado, sexismo e as noções históricas de sobreposição de um sexo sobre o outro remontam à própria Grécia Antiga e, mesmo então, a religião tinha um importantíssimo papel na perpetuação destes pensamentos, como ensina Puleo (2004, p. 13):

Por exemplo, na Grécia, os mitos contavam que, devido à *curiosidade própria de seu sexo*, Pandora tinha aberto a caixa de todos os males do mundo e, em consequência, as mulheres eram responsáveis por haver desencadeado todo o tipo de desgraça. A religião é outro dos discursos de legitimação mais importantes. As grandes religiões têm justificado ao longo dos tempos os âmbitos e condutas próprios de cada sexo.

Em Roma, as mulheres eram excluídas social, jurídica e politicamente, sendo colocadas no mesmo patamar que os escravos e as crianças. “Elas nunca foram consideradas cidadãs e, portanto, não podiam exercer cargos públicos” (FUNARI, 2002, p. 94), se restringindo a função de procriadoras.

O modelo judaico-cristão manteve, em sua essência, essa mesma estrutura, ao passo que retratou a mulher como a pecadora culpada pela expulsão dos homens do paraíso, pregando ideais de total passividade, pois, como bem elucida Nunes (1987, p. 68), “a submissão, a contenção e a obediência são as virtudes da mulher ideal, como vemos em muitos textos bíblicos”, sendo evidente o papel exercido pela cultura cristã na posição imposta às mulheres nas sociedades ocidentais.

Inegável que a repetição histórica de um mesmo discurso tem o condão de macular os comportamentos sociais, naturalizando aquilo que, na verdade, não é *inerente* à natureza humana, e sim produto de padrões legitimados ao longo de séculos.

Partindo dessa ideia, não é surpreendente, tampouco inesperado, que estes padrões sociais se consubstanciem através da chamada violência de gênero.

Por violência de gênero entende-se toda e qualquer violência perpetuada em razão da condição de inferioridade socialmente imposta à mulher, resultado das relações de poder e dominação. Para Teles e Melo (2002, p. 18):

Violência de gênero é [...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas.

Tal violência pode ser de ordem física, psicológica, econômica ou *sexual*, sendo esta última a concentração do presente estudo, a qual será detalhadamente retratada na seção seguinte.

2.2 Gênero, controle dos corpos femininos e crimes contra a dignidade sexual

O contratualismo, teoria político-filosófica manifesta, principalmente, através de pensadores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, possui como narrativa básica – salvaguardadas as diferentes bases metodológicas e fundamentações destes autores – a passagem do estado de natureza para a criação do Estado social, possibilitada pela celebração do chamado contrato social, uma obrigação política estabelecida entre homens livres.

O contrato original simboliza, em tese, os ideais de liberdade e igualdade, os quais, no entanto, foram idealizados por homens e para homens, sendo que eles, e somente eles, são tidos como reais contratantes e destinatários deste contrato.

Segundo Pateman (1993, p. 15), os teóricos do contrato social dos séculos XVII e XVIII teriam contado apenas metade da história do contrato original, silenciando-se sobre a outra parte: a história do contrato sexual, sufocada nas versões tradicionais do contratualismo e que:

[...] também trata da gênese do direito político e explica porque o exercício desse direito é legitimado; porém, essa história trata do direito político enquanto direito patriarcal ou instância do sexual – o poder que os homens exercem sobre as mulheres. A metade perdida da história conta como uma forma caracteristicamente moderna de patriarcado se estabelece. A nova sociedade civil criada através do contrato original é uma ordem social patriarcal. (PATEMAN, 1993, p. 15 e 16).

Desta forma, a liberdade civil tão idealizada anteriormente não seria universal, e sim um atributo masculino, totalmente dependente do direito patriarcal (PATEMAN, 1993, p. 17 e 19).

Nesse sentido, ao realizar uma releitura da teoria política sob a ótica do feminismo, Pateman (1993, p. 21) ressalta que o mesmo contrato concebido como “fundador da igualdade” é aquele que coloca as mulheres em situação de inferioridade, nascendo da assimetria sexual e a perpetuando em seus termos. Para a autora, o pacto original seria tanto social quanto sexual, ou seja, composto por liberdade e sujeição, porém esta última seria ignorada:

O pacto original é tanto um contrato sexual quando social: é sexual no sentido de patriarcal -, isto é, o contrato cria o direito político dos homens sobre as mulheres -, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres. O contrato original cria o que chamarei, seguindo Adrienne Rich, de “lei do direito sexual masculino”. O contrato está longe de se contrapor ao patriarcado; ele é o meio pelo qual se constitui o patriarcado moderno (PATEMAN, 1993, p. 17).

O contrato sexual e o acesso irrestrito dos homens aos corpos femininos estão totalmente

interligados ao regime patriarcal e, ao tratar deste último, Saffioti (2004, p. 105) afirma que:

Neste regime, as mulheres são objetos da satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também como grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores.

Neste cenário é que se inserem os crimes contra a dignidade sexual, não apenas enquanto ato sexual violento, mas como estrutura de poder problemática e distorcida.

A dimensão simbólica da violência sexual contra mulheres se reporta às noções de poder e dominação, importantes auxiliares na compreensão do papel feminino e da condição de mulher na sociedade. A gênese dos crimes sexuais está na subjugação, no exercício de poder e domínio sobre os corpos femininos.

Como bem elucida Oliveira (2007, p. 456):

A violência sexual contra as mulheres não decorre do desejo sexual ou amoroso. Ao contrário, é uma demonstração extrema de poder do homem sobre as mulheres, na subjugação do seu corpo, tornado objeto, e da sua autonomia como sujeito. É também uma forma de agressão entre homens, já que a posse sexual do corpo de uma mulher incorpora o significado simbólico de aviltamento e humilhação dos homens com que esta mulher mantém qualquer tipo de relação. Ou, dito de outra forma, de quem esta mulher é “posse”. Não é à toa que, historicamente, o estupro das mulheres tem sido usado em guerras como símbolo de conquista e da barbárie que circunda este tipo de situação.

Portanto, é possível concluir que existe uma carga simbólica na violência sexual de modo geral, sendo que ela é um dos muitos meios – talvez estando entre os piores – através dos quais se perpetua o poder, a dominação e o acesso irrestrito aos corpos femininos, a partir de uma construção histórica, social e, acima de tudo, desigual de gênero.

2.3 Panorama da realidade brasileira

Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o Ministério da Saúde (Pesquisa Nacional de Saúde, 2019) apontou que, no Brasil, em 2019, 1,2 milhão da população (0,8%) sofreu algum tipo de violência sexual nos doze meses anteriores à entrevista, sendo que, de todas as pessoas que foram vítimas, 72,7% eram mulheres.

A pesquisa considerou as seguintes modalidades de agressão sexual: se a vítima foi tocada, manipulada, beijada ou teve partes do corpo expostas contra a vontade, bem como se foi ameaçada ou forçada a ter relações sexuais ou quaisquer atos sexuais contra a sua vontade.

Para as pessoas que disseram não ter sofrido agressão sexual nos doze meses anteriores à coleta de dados, foi perguntado se já haviam sofrido este tipo de violência alguma vez na vida, o que resultou na estimativa de que 9,4 milhões de pessoas de 18 anos ou mais de idade foram vítimas de violência sexual, independentemente do período de referência. Segundo a pesquisa, isso corresponde a 5,9% da população, 2,5% dos homens e 8,9% das mulheres.

Os dados acima transcritos retratam, estatisticamente, o cenário brasileiro de desigualdade de gênero, que afeta mais profundamente o sexo feminino.

Outra pesquisa (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2019), feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ao se debruçar especificamente sobre o crime de estupro, constatou que 63,8% dos estupros são cometidos contra vulneráveis – aqueles considerados juridicamente incapazes de consentir com a relação sexual, seja em razão da idade, como é o caso da pessoa menor de quatorze anos, ou outra circunstância, por exemplo, alguém que esteja sob efeito de drogas, enfermo ou ainda pessoa com deficiência, nos moldes da Lei 12.015/09.

A análise supra considerou os crimes registrados nos anos de 2017 e 2018 pelo conjunto das unidades da Federação. De acordo com os registros de estupro e estupro de vulnerável destes períodos, 81,8% das vítimas eram mulheres e meninas. No tocante ao recorte racial da vitimização, as pessoas negras correspondem a mais da metade do número de vítimas (50,9%).

Novamente, os dados evidenciam a desigualdade de gênero como uma das principais raízes da violência sexual no Brasil, amparada pelas estruturas de poder e dominação explanadas na seção anterior, sobretudo com relação aos crimes praticados contra vulneráveis, cuja condição de vulnerabilidade facilita a perpetuação de tais estruturas.

Ademais, em ambas as pesquisas realizadas, a maioria das vítimas possuía algum vínculo com os abusadores, entre eles (ex) cônjuges, (ex) companheiros ou (ex) namorados.

É claro que não se deslegitima a violência sexual praticada contra o sexo masculino, mas estatisticamente existe no Brasil uma maior tendência de estes tipos de crimes sejam perpetrados em desfavor de mulheres e meninas, havendo uma clara manifestação dos papéis de gênero enraizados na cultura do país.

2.4 Plataformas virtuais e as novas concepções acerca da violência (sexual) de gênero

Conforme elucidada Ferreira (2000, p. 211 e 212), a informática a serviço da delinquência é uma das muitas relações desta com o Direito Penal, sendo que o campo dos crimes sexuais, por óbvio, não é isento à tal desdobramento.

Para Crespo (2011, p. 37):

A sincronia entre a criminalidade informática e as peculiaridades da sociedade pós industrial já foi explicitada pela doutrina. Diz-se que a revolução informática teve e seguirá tendo profundo impacto nas instituições sociais, políticas e financeiras do mundo, chegando-se ao ponto de se cogitar a implantação de neurônios artificiais em substituição a células danificadas. Em contrapartida a essas maravilhosas benesses, a evolução tecnológica gerou novas formas de práticas ilícitas. A ética relacionada à tecnologia é quase inexistente, e os criminosos exploram lacunas legais para se manterem ilesos. O computador é como o “calcanhar de Aquiles” da sociedade pós-industrial.

A lógica do autor se aplica plenamente aos crimes sexuais, talvez de forma ainda mais

peculiar do que nos demais delitos, isto porque, naqueles, além das plataformas virtuais serem um meio criminoso propriamente dito, também são – do ponto de vista sociológico – um mecanismo novo de perpetuação das noções desiguais de gênero tratadas nos itens anteriores deste trabalho.

Inegável que o advento e popularização da *Internet* criaram um novo espaço social, com organização e peculiaridades próprias, onde o fenômeno da globalização e a velocidade da informação dificultam o controle estatal, além de esbarrarem em outras discussões jurídicas, como transnacionalidade e competência.

Todavia, em que pese os crimes contra a dignidade sexual, enquanto crimes digitais que podem ser, sejam também marcados pelos entraves jurídicos citados, bem como pelas dificuldades de controle da proporção que tais condutas virtuais podem tomar em um ambiente digital – trazendo, em virtude disso, maior sofrimento à vítima, ante a publicidade ampla –, existe um ponto que permanece, em sua essência, inalterado, qual seja, a estrutura embasadora dos crimes sexuais.

Por estrutura embasadora entende-se o patriarcado, o controle dos corpos femininos, a objetificação, o exercício de poder e dominação, todos maximizados pela publicização e o alcance praticamente imensurável permitidos pela rede mundial de computadores. Tal premissa fica muito clara a partir da jurisprudência a seguir exposta:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIVULGAÇÃO DE CENAS DE CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DE ADOLESCENTE. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE ACENTUADA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DO ENVOLVIDO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO DESDE A ÉPOCA DOS FATOS. MANDADO DE PRISÃO AINDA NÃO CUMPRIDO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DE CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O STF, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Não há ilegalidade na ordenação da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária a bem da ordem pública, dada a reprovabilidade excessiva da conduta do agente, evitando, inclusive, a reprodução de fatos de igual gravidade e natureza. 3. Caso em que o paciente é investigado de se utilizar da rápida divulgação pelo alcance da rede mundial de computadores (internet), para expor em sites sociais, imagens da prática de abusos sexuais, consistentes em diversas conjunções carnavais e outros atos libidinosos cometidos por inúmeros agentes contra uma adolescente de 14 (quatorze) anos de idade à época dos fatos. Some-se a isso, ter o indiciado publicado dizeres jocosos, demonstrando um total desprezo à ofendida, bem como à gravidade dos delitos por ele veiculados. 4. O fato de o mandado de prisão não ter sido cumprido, estando o paciente em local incerto e não sabido desde a instauração do inquérito policial, reforça a necessidade da segregação, para assegurar a aplicação da lei penal. 5. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 6. Incabível a aplicação de cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada ante a presença dos requisitos autorizadores do sequestro

O *Habeas-corpus* acima carreado versa sobre o crime de divulgação de cena de estupro de vulnerável, *in casu*, um estupro coletivo perpetrado contra uma adolescente de quatorze anos. A divulgação feita pelo paciente se deu através das redes sociais *Facebook* e *Twitter*, acompanhada de legendas com teor pornográfico e de intenção cômica.

O próprio crime de divulgação de cena de estupro ou, sem o consentimento da vítima, de cena de sexo, nudez ou pornografia por meio da internet (artigo 218-C, caput do Código Penal - Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018), é um exemplo claro da reprodução patriarcal dos crimes sexuais virtuais, bem como do tratamento dado aos corpos de mulheres e meninas, tidos como objetos à serviço de um doentio entretenimento masculino ou, ainda, da vingança – como é o caso dos crimes de pornografia de vingança (artigo 218-C, §1º do Código Penal - Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) – materializada na reafirmação de poder sobre o corpo de outrem, com o objetivo de expor e constranger, na maior parte dos casos em virtude do fim de um relacionamento.

A construção desigual de gênero também tem impactos em crimes puramente virtuais, como o de *Sextorsão*, onde a intimidade – na maioria das vezes, a de mulheres, pois socialmente a sexualidade feminina sofre mais repressão – é objeto de barganha com a finalidade de obter vantagem. Inexistindo previsão específica, tal crime se submeterá às penas cominadas no artigo 158 do código penalista brasileiro, não havendo sequer uma causa de aumento de pena que trate desta modalidade peculiar de extorsão, qual seja, aquela de cunho sexual cometida por meio de uma plataforma digital.

O mesmo cenário se aplica ao estupro virtual, ao assédio e importunação sexuais por meio da *Internet*, provando que não é necessária aproximação física para subjugar, constranger e exercer controle sobre os corpos das mulheres.

No caso do estupro virtual, este restará caracterizado quando o autor se valer da rede mundial de computadores para perpetrar a conduta tipificada no artigo 213 do Código Penal, ou seja, quando, mediante violência ou grave ameaça, a vítima for constrangida, através da *Internet*, a ter conjunção carnal ou praticar/permitir outro ato libidinoso. O fato de inexistir contato físico não desqualifica o crime, basta pensar no exemplo clássico do agente que, por meio violento e/ou ameaçador, exige que outrem pratique sexo ou atos libidinosos em frente a uma *webcam*.

Neste mesmo sentido, também é possível vislumbrar as condutas previstas nos artigos 215-A (importunação sexual) e 216-A (assédio sexual) do Código Penal dentro dos ambientes virtuais. Em se tratando do primeiro, é muito comum que mulheres e meninas recebam através das

plataformas digitais, especialmente de homens, imagens ou vídeos não solicitados destes praticando atos libidinosos em face delas (vítimas), sem a sua anuência e com o objetivo de satisfazer a própria lascívia. Com relação ao crime de assédio sexual, partindo do pressuposto de que para a sua verificação não é preciso, necessariamente, que os envolvidos estejam *dentro* do ambiente de trabalho, bastando que o crime ocorra *por conta dele* e que o agente tenha se prevaído de sua condição hierárquica para tanto, não é difícil enxergar que este tipo de constrangimento pode se dar por meios virtuais.

Perceptível, portanto, que, de fato, o advento das plataformas virtuais trouxe mudanças importantes no tocante ao controle estatal sobre a violência sexual perpetrada nestes meios – e aqui ressalta-se a falta de aparato técnico-informático do Estado para tanto – impondo, ainda, um constrangimento público muito maior para as vítimas deste tipo de delito virtual. Entretanto, também é preciso reconhecer a parcela de culpa de nossa cultura desigual de gênero, que apenas foi adaptada para um outro ambiente, mantendo-se as raízes do problema.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho nos permite concluir que, embora existam inúmeros benefícios trazidos pelo avanço tecnológico, também há uma contraparte negativa e perigosa que não se pode simplesmente ignorar.

Ampliar os ambientes e as formas de contato social naturalmente implica em alterar substancial e complexamente a forma com que se dão as relações interpessoais, que não necessariamente estarão em harmonia com o espírito da lei.

Embora não se negue essas novas concepções, que também se aplicam aos crimes sexuais, como já explanado, não se pode compreender as condutas virtuais atentatórias contra a dignidade sexual como um problema puramente jurídico, mas também social, histórico e cultural.

Existem, sim, novos desafios à justiça e à máquina estatal no sentido de enfrentar a acessibilidade e alcance delituosos da rede mundial de computadores, que naturalmente maximizam os danos causados às vítimas destes tipos de crimes, cujo bem jurídico tutelado é tão sensível.

Não basta, no entanto, que as intervenções e políticas públicas se deem tão somente no campo repressivo e punitivo. Embora necessário, é igualmente importante agir de maneira preventiva, tratando as raízes do problema, o que significa investir – principalmente – em educação, inclusive sexual, na infância e adolescência.

Os meninos de hoje serão os homens de amanhã, por isso garantir que eles sejam criados de maneira mais sensível, emocionalmente inteligente e empática, ensinando-os sobre respeito, consentimento e tantos outros valores, é indispensável. A longo prazo, essa é a alternativa mais

viável: desfazer, ainda que gradualmente, a sistemática da violência de gênero.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. **Habeas-corpus**. Divulgação de cena de estupro de vulnerável. *Habeas-corpus* n.º 387.082 RJ 2017/0020931-1, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministro Jorge Mussi. T5 – Quinta Turma. Brasília, Data do Julgamento: 08/08/2017, Data da Publicação: 17/08/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860708321/habeas-corpus-hc-387082-rj-2017-0020931-1/inteiro-teor-860708397>. Acesso em 10 de maio de 2021.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (CETIC.BR). **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. 2019. Disponível em: https://www.cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em 22 de abril de 2021.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; ALMEIDA, Natália Kelle Dias. **A violência estrutural**. Revista Seminário Estudantil de Produção Acadêmica, UNIFACS, v. 11, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/viewFile/323/270>. Acesso em 22 de abril de 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Yonara de Vasconcelos. **A evolução do direito penal frente às novas tecnologias: um estudo sobre os crimes virtuais de natureza sexual**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito). UniCesumar – Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2018. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/770>. Acesso em 25 de junho de 2021.

FUNARI, Pedro Paulo A. **Grécia e Roma**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública**. Ano 13, 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em 30 de abril de 2021.

FERREIRA, Ivette Senise. **A criminalidade informática**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

FRANÇA, Anne Jemima Marques França. BARBOSA, Igor de Andrade. **Crimes Virtuais: Uma Discussão Sobre A Violação Do Direito À Intimidade Da Vítima e Os Novos Crimes Contra a Dignidade Sexual Da Mulher**. Portal Âmbito Jurídico. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-discussao-sobre-a-violacao-do-direito-a-intimidade-da-vitima-e-os-novos-crimes-contr-a-dignidade-sexual-da>

mulher/. Acesso em 20 de maio de 2021.

GONÇALVES, Raquel Cristina Possolo. SILVA, Bárbara Batalha da. **Gênero, poder e um sinalagma até então extorquido: O contrato sexual silenciado pelas teorias do contrato social.** Interfaces Científicas - Dossiê Gênero e Direito, v.7 n.3, 2019, 117–134. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/7671>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

HARTMANN, Heidi. **The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a More progressive Union.** Capital and Class, nº 8, p. 1-33, 1979.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saúde: 2019: acidentes, violências, doenças transmissíveis, atividade sexual, características do trabalho e apoio social:** Brasil / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento, [Ministério da Saúde]. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101800>. Acesso em 30 de abril de 2021.

LARRUARI, Elena. **Criminología Crítica y violencia de género.** Madrid: Editorial Trotta, 2007.

LEÃO, Andreza Marques de Castro. NETO, Francisco de Paiva Lima. WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. **Ideologia judaico-cristã: A violência simbólica contra a mulher transmitida historicamente e reproduzida pelos agentes escolares.** Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação, ISSN-e 1982-5587, vol. 10, nº 3, 2015, p. 986-1006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6203081>. Acesso em 24 de abril de 2021.

LISBOA, Manuel. BARROSO, Zélia. PATRÍCIO, Joana. LEANDRO, Alexandra. **Violência e Gênero – Inquérito Nacional sobre a Violência Exercida contra Mulheres e Homens.** Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero. Coleção Estudos de Gênero 6. Lisboa, 2009. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56714/1/Viol_ncia_e_G_nero.pdf. Acesso em 24 de abril de 2021.

Lucchesi, Â. T., & Hernandez, E. F. T. (2018). **Crimes virtuais: cyberbullying, revenge porn, sextortion, estupro virtual.** Revista Officium: estudos de direito, v.1, n.1, 2018. Disponível em: <https://facdombosco.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/%C3%82ngela-Tereza-Lucchesi-Erika-Fernanda-Tangerino-Hernandez-crimes-virtuais-Copia.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.

MARX, K. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos.** 4º Ed., São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MARX, K. Engels, F. **La Sagrada Família.** 2º Ed., Buenos Aires: Editora Claridad, 1971.

MACHADO, Luís Antônio Licks Missel. SILVA, Jardel Luís da. **Crimes digitais: O aumento da complexidade das relações sociais e os novos espaços de intervenção estatal.** Revista Eletrônica de Ciências Contábeis, n.3, p. 64-73, 2013. Disponível em: <http://seer.faccat.br/index.php/contabeis/article/view/76/0>. Acesso em 30 de abril de 2021.

MORGANTE, Mirela Marin. **O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico.** Anais do XVI Encontro Regional de História do Anpuh-Rio: Saberes e Práticas científicas. Rio de Janeiro,

2014. Disponível em:

http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf. Acesso em 25 de abril de 2021.

MARTINS, Nereida Soares. **A maldição das filhas de Eva: uma história de culpa e repressão ao feminino na cultura judaico-cristã**. ANPUHPB. XIII Anais. Universidade Federal da Paraíba, 2008. Disponível em: http://www.anpuhpb.org/anais_xiii_eeph/textos/ST%2008%20-%20Nereida%20Soares%20Martins%20da%20Silva%20TC.PDF. Acesso em 23 de abril de 2021.

NUNES, C. **Desvendando a sexualidade**. Campinas: Papirus, 1987.

NETO, Veríssimo Alves. **Considerações acerca do estupro virtual**. Monografia Graduação – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, 2019. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/1866/1/Ver%c3%adssimo%20Alves%20Neto%20%e2%80%93%20TCC%20Monografia%20%e2%80%93%20Direito.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. Fórum: Violência sexual e saúde. Introdução. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 455-458, fev. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n2/22.pdf>. Acesso em 26 de abril de 2021.

PULEO, Alicia. **Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro**. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Orgs.). Políticas públicas e igualdade de gênero. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p.13-34.

PINAF, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade**. *Histórica: Revista online do arquivo público do estado de São Paulo*, n. 21, Ed. 3º, 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>. Acesso em 23 de abril de 2021.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Editora Paz & Terra. Rio de Janeiro, 1993.

RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. **Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau**. *Revista Prisma Jurídico*, vol. 16, núm. 1, 2017, pp. 3-24 Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93453803002.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2021

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1º Ed, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004 (Coleção Brasil Urgente).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia: Entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo**. Oficina nº 107 do Centro de Estudos Sociais. Coimbra, 1998. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/11002/1/Reinventar%20a%20Democracia.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2021.

SANTOS, Maria Gabriela Casú Amaro dos. **Crimes sexuais virtuais e suas novas formas de tecnologia e comunicação**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito). UniCesumar – Centro

Universitário de Maringá, Maringá, 2018. Disponível em:

<http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/5497>. Acesso em 24 de junho de 2021.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O Que É Violência contra a Mulher**. Editora Brasiliense. São Paulo, 2002.

VIANA, Alba Jean Batista; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. **O poder (in)visível da violência sexual: abordagens sociológicas de Pierre Bourdieu**. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 45, n. 2, p. 155-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/18014>. Acesso em 26 de abril de 2021.

CONQUISTAS E DESAFIOS NO COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA

Luiz Miguel Albanezi Napolitano ROCHA¹
Maria Giovana CALDEIRA²

RESUMO

O presente artigo visa analisar criticamente a efetividade da Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, com base nos conceitos sociológicos de violência de gênero e violência doméstica, da descrição histórica do papel atribuído à mulher na sociedade e da evolução normativa no âmbito da proteção dos direitos das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro. As altas estatísticas da violência contra a mulher no Brasil, apesar do teor do dispositivo legal objeto deste trabalho, suscitam a busca pela superação dos pontos em que a omissão estatal inviabiliza seu pleno funcionamento. Neste sentido, a partir do método dedutivo, considerando aspectos históricos da sociedade, tratou-se de apontar os principais desafios para a efetivação da Lei Maria da Penha, bem como elencar possíveis soluções práticas e legais para os problemas levantados, de modo a combater a violência de gênero que tem se perpetuado no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos; Eficácia normativa; Gênero; Violência doméstica.

ABSTRACT

This article aims to critically analyze the effectiveness of Law number 11.340/2006, known as the Maria da Penha Law, based on the sociological concepts of gender violence and domestic violence, the historical description of the role attributed to women in society and its normative evolution in the scope of the protection of women's rights in the Brazilian legal system. The high statistics of violence against women in Brazil, despite the content of the legal provision that is the object of this work, raise the search for the points overcoming in which the state's omission prevents its full functioning. In this sense, from the deductive method, considering historical aspects of society, the main challenges for the implementation of the Maria da Penha Law were pointed out, as well as listing possible practical and legal solutions to the raised problems, in order to combat the gender violence that has been perpetuated in Brazil.

KEYWORDS: Rights; Normative effectiveness; Genre; Domestic Violence.

1. INTRODUÇÃO

Pessoas do sexo feminino correspondem a 52,2% da população brasileira, ou seja, cerca de 109,3 milhões, de acordo com estatísticas da PNS (Pesquisa Nacional de Saúde) publicados em 2019. Apesar de constituírem maioria numérica, as mulheres possuem pouca representatividade econômica, política e social frente aos homens. É estabelecido em todo o ordenamento jurídico brasileiro a igualdade entre homens e mulheres perante a lei.

No entanto, a análise de dados como a diferença salarial no exercício da mesma função,

1 Estudante de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (ingresso em 2020), Técnico em Regência formado pela Escola Técnica Estadual Jacinto Ferreira de Sá (conclusão em 2019)

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) através do CNPq. Atuação de pesquisas na área de Democracia e Direitos Fundamentais relacionadas aos Direitos das Mulheres.

por exemplo, evidencia que a eficácia normativa da igualdade de gênero não é absoluta como se presume ser. Os altos índices de violência contra a mulher, exteriorizada principalmente através da violência doméstica, são consequência do machismo estrutural presente desde os princípios da constituição da sociedade brasileira.

Tais fatos, em contradição com o disposto na legislação, exigiram a criação de novos mecanismos de proteção à mulher. A Lei n.º 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha, figura como o mais importante destes mecanismos, e tem como principais objetivos estipular punições adequadas e coibir a violência contra a mulher. Apesar de seu excelente texto, e das muitas melhorias advindas desde sua promulgação, a plena efetivação desta lei é afetada pela omissão do estado, na prática de alguns de seus principais pontos.

Este trabalho propõe-se a encontrar, por meio do método dedutivo, considerando aspectos culturais, sociológicos e históricos, as origens da desigualdade nas relações entre homens e mulheres como precursor da violência de gênero, que deu razão à criação de dispositivos como a Lei Maria da Penha. A partir de estudos, estatísticas, obras literárias e de análises jurídicas, é possível compreender as principais falhas que impedem o pleno cumprimento desta lei, e indicar soluções para que suas proposições sejam mais efetivas.

2. CONCEITO DE GÊNERO

A historiadora Joan Scott propõe "gênero" como elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e uma forma primária de significar as relações de poder (SCOTT, 1995, p.86). Gênero se trata, portanto, do elemento subjetivo que uma sociedade determina, de acordo com seus aspectos culturais, para o sexo feminino e para o sexo masculino. A construção de gênero é promovida pelas classes dominantes e integra o pensamento popular, impactando as relações pessoais e coletivas entre os sexos.

Historicamente no mundo cristão ocidental, o feminino aparece associado a figuras antitéticas. Ora culpada e pecadora, ora inocente e santa. A visão da mulher que predomina durante a Idade Média a vincula à pecadora Eva, dissonante do ideal feminino, a Virgem Maria (MURARO, 1993). Séculos de intensa doutrinação religiosa e produção literária/científica quase restrita aos homens, por óbvio, reiteraram a já predominante ideia de superioridade masculina e patriarcado. Em "A História do Medo", Delumeau traz representações da mulher na literatura medieval, como a segunda parte da obra "De statu et planctu Ecclesiae", de Frei Álvaro Pais, que consiste em uma lista com 102 "más ações" femininas.

Toda malícia não é nada perto de uma malícia de mulher [...]. A mulher, o que é ela se não a inimiga da amizade, a pena inelutável, o mal necessário, a tentação natural, a calamidade desejável, o perigo doméstico, o flagelo deletável, o mal por natureza pintado de cores

claras? [...] Uma mulher que chora é uma mentira [...]. Uma mulher que pensa sozinha pensa para mal. (DELUMEAU, p. 488, 2009)

Apesar da significativa evolução dos direitos das mulheres ocorrida na Idade Contemporânea, sobretudo no século XX, é evidente que o perpétuo controle dos homens sobre as instituições básicas da civilização ocidental - igreja, escola, família e Estado - estabeleceu o patriarcado e estruturam na sociedade um ideal de mulher “perfeita” (MELO; TELLES, 2002). A boa mulher deve se casar e ter filhos, além de ser delicada, quieta, e sempre submissa a uma figura masculina, seja pai, irmão ou esposo. A má mulher é libertina, faladora e desobediente. Essa atribuição de “papéis” é um exemplo da definição de gênero de Scott.

No artigo "Gênero, o que é isso?", Maria Eunice Figueiredo Guedes busca exemplos do machismo estrutural no idioma brasileiro. No Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o significado da palavra homem é apontado como "qualquer indivíduo pertencente à espécie animal que apresenta o maior grau de complexidade na escala evolutiva" (*apud* FERREIRA, 1995, p. 6). Já a palavra mulher aparece como "o ser humano do sexo feminino capaz de conceber e partir outros seres humanos e que se distingue do homem por essas características". Complementa ainda a autora que das expressões relativas à mulher assinaladas por Ferreira, somente duas não têm significado pejorativo.

[...] nós temos, na verdade, um diferencial de pesos/poderes para os termos Mulher e Homem. A Mulher, no sentido da construção da língua, do significado social do termo que a deveria nomear, só existe como Meretriz ou Reprodutora, não tendo função social fora dessas denominações. (GUEDES, 1995, p. 6)

VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Entende-se por violência de gênero a “questão cultural que se situa no incentivo da sociedade para que os homens exerçam sua força de dominação e potência contra as mulheres” (OLIVEIRA, 2010). O machismo estrutural desequilibra o poder entre os sexos, criando condições para que o homem sinta-se legitimado a recorrer à violência (BIANCHINI, 2015). Assim, entende-se que todas as categorias de violência contra a mulher (doméstica, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) não existem isoladamente da violência de gênero, e sim, são suas consequências.

O falocentrismo, existente em maior ou menor intensidade em todas as sociedades, faz da violência de gênero fenômeno onipresente, que não toma conhecimento de fronteiras, classes sociais, cultura, grau de desenvolvimento econômico, local, etapa da vida das vítimas e característica do agressor (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995, p. 8). O relatório *Global, regional and national estimates for intimate partner violence against women and global and regional estimates for non-*

partner sexual violence against women, desenvolvido pela OMS (Organização Mundial da Saúde), mostra que uma a cada três mulheres em todo o mundo já sofreu violência física e/ou sexual de seu parceiro íntimo durante a vida. Estes dados alarmantes evidenciam o caráter epidêmico da violência de gênero.

As assustadoras estatísticas da violência de gênero no Brasil se contrapõem ao estabelecido no ordenamento jurídico, evidenciando a dificuldade estatal para com a efetiva proteção dos direitos da mulher no âmbito das relações de gênero. Grande parte dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário versam sobre esta matéria. Como exemplo, a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, promulgada em 1984:

Artigo 1º. Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Artigo 3º. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

A Constituição Federal estabelece no inciso I do artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres, e no § 8º do artigo 226 a responsabilidade do estado para com o combate à violência familiar. A atenção dos constituintes de 1988 para com a proteção dos direitos da mulher é breve, mas significativa, tendo em vista que nenhuma das cartas magnas anteriores fazem menção ou possuem dispositivos específicos a este respeito.

Em 2020, 105.671 denúncias de violência contra a mulher foram registradas no Ligue 180 (Central de Atendimento à Mulher) e no Ligue 100 (Disque Direitos Humanos), sendo 72% destes registros referentes a violência doméstica e familiar, segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Mostra uma pesquisa do Instituto Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que cerca de 17 milhões de mulheres sofreram violência física, psicológica ou sexual neste mesmo ano, sendo 48,8% dos crimes cometidos dentro de casa.

A pesquisa "A Dor e a Luta: Números do Femicídio", elaborada por pesquisadoras da Rede de Observatórios da Segurança, expõe dados da violência contra a mulher em cinco estados (Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo) durante o ano de 2020. Em 66% dos casos de agressão registrados, os criminosos eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas.

A partir dos conceitos de violência de gênero e violência doméstica, da análise histórica e das estatísticas apresentadas, é possível compreender a necessidade de legislação complementar cuja matéria é a proteção dos direitos da mulher, seja com a criação de tipo penal específico para o assassinato de uma mulher em razão de sua condição de gênero, vide Lei n.º 13.104/2015 (Lei do

Feminicídio), entre outros dispositivos em qualquer campo do direito que possam coibir atos de violentos contra a mulher.

2. A LEI 11.340 COMO ASPECTO EMANCIPADOR FRENTE AO DIREITOS DAS MULHERES

A violência de gênero se perpetua de forma longínqua e cultural na sociedade, tendo tomado maior relevância na atualidade com a luta por direitos das mulheres. Com mais informações fornecidas, se mostra um elemento existente dentro de muitos domicílios e famílias, com mulheres de todas as raças e classes sociais tendo suas vidas afetadas diariamente. Assim, o combate em busca da eliminação da violência doméstica perfaz em um critério de suma importância para o desenvolvimento da sociedade e da mulher.

De modo a estabelecer mecanismos normativos específicos para dar assistência e proteção da mulher que vive em situação de violência doméstica e familiar, e constatar que todas as pessoas têm direito a uma vida sem violência, discriminação e humilhação bem como a garantia à mulher de sua integridade física, psicológica e sexual, a Lei Maria da Penha mostra um avanço significativo para mudança dessa mentalidade habituada a inferiorizar os direitos e vidas femininas, recolocando-as em posição de sujeito de direitos.

A expressão mulheres em situação de violência foi consolidada e indica a recuperação da condição de sujeito. Ao mesmo tempo, a expressão permite perceber o caráter transitório desta condição, fato que projeta o objetivo da Lei, que é a superação da situação momentânea de violência em que vivem estas mulheres. (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 146).

A Lei n.º 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, instituída em 7 de agosto de 2006 e batizada com este nome em homenagem a uma vítima da violência e ícone da luta contra a violência doméstica no Brasil, Maria da Penha Maia, foi uma conquista inédita para as mulheres brasileiras. Ao abarcar diferentes áreas no ordenamento jurídico e possuir reflexos não apenas penais, como também processuais, civis e trabalhistas, criando juizados especiais para os crimes previstos nessa legislação, estabelecendo medidas de assistência e proteção às vítimas, além de assegurar a criação de políticas públicas para a garantia dos direitos da mulher.

No cenário jurídico brasileiro a legislação teve seu embasamento em virtude da exigência de criação de medidas de proteção à mulher por parte da Convenção de Belém do Pará, após o caso de Maria da Penha Maia ter sido levado à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Posteriormente, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em 9 de junho de 1994 teve sua ratificação pela República Federativa do Brasil. Isso é mostrado no Art. 1º da Lei n.º 11.340/2006:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006)

Nessa mesma análise, nas palavras de Alice Bianchini e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p.3):

[...] a Comissão recomendou ao Brasil, dentre outras medidas, prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país, particularmente o seguinte: a) medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e) incluir em seus planos pedagógicos, unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará de 1994, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Nessa perspectiva, o referido Tratado Internacional foi fundamental para firmar ensejos na luta da violência contra a mulher, pois reconhece a prática como uma violação dos direitos humanos e fundamentais, limitando a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades, constituindo uma ofensa contra a dignidade humana, reconhecendo pertencer a uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994)

A Lei Maria da Penha demoveu a invisibilidade e o silêncio que até então a mulher tinha em razão das hostilidades acometidas no lar. Dessarte, determinando em quatro artigos a quem a lei é direcionada, ressalta ainda a responsabilidade da família, da sociedade e do poder público para que todas as mulheres possam ter o exercício pleno dos seus direitos. Posto isso, representou um claro movimento legislativo na direção de garantir à segurança das mulheres agredidas o acesso efetivo à justiça, reparação e proteção.

A norma busca atenuar a realidade estrutural de discriminação social e cultural que enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, necessita de providências na tutelação dos bens protegidos pela Constituição Federal, quer

materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial para aqueles que se encontram em um grau maior de vulnerabilidade, alcançando uma equidade, tendo em vista que a referida celeuma busca atingir aquilo que a justiça do ordenamento jurídico anterior a lei não conseguia sanar. À vista disso, o Acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 do Distrito Federal decidiu:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros. (BRASIL, 2012, p.14)

Dados do IPEA realizados sobre o assunto mostram que as especificidades da violência contra as mulheres são evidenciadas quando comparadas ao local de agressão. Segundo a pesquisa, 43% das mulheres que sofreram agressão física estavam em sua residência na referida ocasião, número muito acima nos mesmos casos com homens, que ficam abaixo de 12%. Quanto aos vínculos entre as vítimas e seus agressores, a maior parte das agressões contra as mulheres se perpetra por pessoas próximas e conhecidas, como parentes, cônjuges e ex-cônjuges.

Nesse intermédio, a Lei n.º 11.340 é fruto de uma ação afirmativa que não existe para desrespeitar a isonomia de direitos, mas sim para respeitar a Constituição Federal à linha do princípio aristotélico, em que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.” Desse modo, sua afirmação respeita o princípio de proporcionalidade na ausência de vedação à proteção deficiente.

Heleieth Saffioti (2004) lembra que na sociedade patriarcal em que vivemos, existe uma forte banalização da violência de forma que há determinado incentivo para que os homens possam exercer sua virilidade baseada na força e dominação como forma de organização social de gênero. Assim, é “normal e natural que os homens maltratem suas mulheres, assim como que pais e mães maltratem seus filhos, ratificando, deste modo, a pedagogia da violência.” (p.74)

Nas famílias, a prática da violência doméstica se alonga, pois, o agressor exerce um poder hierárquico sobre a vítima, que se cala ante ameaças e violências psicológicas, com atitudes amistosas posteriormente a cada episódio de violência. Por isso considera-se uma prática repetitiva, visto que as partes envolvidas estão muito próximas, pois convivem, coabitam, e muitas mulheres não possuem outra forma de sobrevivência fora naquele ambiente.

Entretanto, compreendida na violência de gênero, a violência familiar pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele, extrapolando os limites do domicílio. A violência doméstica apresenta pontos de sobreposição com a familiar. Atinge, porém, também pessoas que, não

pertencendo à família, vivem, parcial ou integralmente, no domicílio do agressor, segundo o Art. 5º, da LMP:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Desse modo, o rol de combate a violência contra mulher não se priva apenas no ambiente privado doméstico, mas também se estende de forma mais abrangente para fora do convívio familiar, necessitando que possua episódios de afeto anteriores com a vítima e seu agressor, sendo um instrumento fundamental que busca garantir a emancipação da justiça e segurança para as mulheres brasileiras.

Apesar do seu incontestável avanço e um grande passo na busca de isonomia de gênero descrevendo diversas situações nas quais protegem as mulheres da violência doméstica e familiar, a norma muitas vezes apenas é concretizada no campo teórico jurídico, enquanto no prático ainda há muito a se alcançar para que de fato o que narrado se consume.

3. A FALTA DE ESPECIALIZAÇÃO PELO PODER PÚBLICO COMO EMPECILHO NA EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha foi um mecanismo enérgico na proteção dos direitos e da vida das mulheres que são vítimas de violência majoritariamente dentro de um contexto específico: em seus próprios lares, esses que, na verdade, deveriam ser sinônimos de segurança e paz. Com destaque aos êxitos propostos pela lei, conferindo às mulheres amparo não apenas no meio penal, mas como centro de políticas públicas em áreas distintas, emancipando o enfrentamento. A despeito, mesmo após 15 anos desde a sua promulgação, inúmeras são as críticas acerca da omissão estatal e do poder público na efetiva aplicação da legislação.

Uma das grandes problemáticas que se perfazem diante de uma lei tão bem elaborada e reconhecida mundialmente diante de seu avanço e importância, consiste muitas vezes na falta de atuação do Poder Público. O Estado, garantidor da seguridade das mulheres vítimas das violências elencadas na referida lei atua em situação contrária, sendo presente como um precursor e responsável pela manutenção destas, enquanto o que deveria ilustrar em um cenário prático era a garantia da norma.

Dentre os obstáculos apresentados, a falta de estrutura dos órgãos governamentais falham

frente a não especialização de seus agentes e falta de pontos de atendimento para atuar com o tema. O Art. 10-A da lei ilustra ser preciso um atendimento especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados, visto como um direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar no momento da denúncia, o que não se vislumbra dentro de um cenário prático. Também, como elenca o Art. 12-A:

Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), de Núcleos Investigativos de Femicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher. (BRASIL, 2006)

Segundo uma pesquisa apresentada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao ano de 2018, mais de 90% das cidades brasileiras não possuem Delegacias Especializadas Atendimento à Mulher (DEAMs). Diante dessa realidade, os casos de violência doméstica são atendidos por delegacias comuns com alta demanda de crimes. Unido a isso, a não capacitação de funcionários que vão lidar com tal situação faz com que se perpetue a cultura machista que existe na sociedade, enxergando controle social sobre a vida das mulheres.

Nesse sentido, além da violência representada por diversas condutas que ocasionaram na necessidade de amparo - como físicas, morais, psicológicas, patrimoniais - quando a vítima vai buscar ajuda e realizar denúncias, não encontra proteção pela falta de treinamento e sensibilidade para atender mulheres nessa condição, tornando-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema que expressa e reproduz, no que lhe concerne, a violência estrutural de gênero mais uma vez.

É relevante ressaltar que durante o ato de denúncia, a mulher por vezes sofre uma vitimização secundária, ao passo que o agente público possuidor do papel de resolver o problema de modo digno, acaba por julgá-la, não resguardando essa vítima, culpabilizando-as pela agressão sofrida. (TENÓRIO, 2018, p. 228). Essas hostilidade e suas vertentes são orientados pela ausência de crença na palavra da vítima e excessivos detalhes perguntados às mulheres, colocando em evidência a presunção de não veracidade de seus relatos.

Nesse sentido, conforme Andreucci (2016 *apud* QUEIROZ, 2017):

Como exemplos de vitimização secundária pode-se citar o mau atendimento que eventualmente recebe a vítima em delegacias de polícia, institutos médico-legais, fóruns e varas criminais. Também o preconceito da sociedade, amigos e pessoas da família em relação à vitimização primária. Na maioria dos casos, a vítima comparece sozinha e às suas expensas às repartições policiais e fóruns, enfrentando toda a sorte de dificuldades, não tendo geralmente um advogado a acompanhá-la, aconselhá-la ou instruí-la (ANDREUCCI, 2016, s.p).

Nessas circunstâncias, nota Montenegro (2015), o fato de não escutar os interesses das vítimas nem ajudar a compreender a própria violência, tampouco contribuir para uma melhor

relação entre os gêneros, afastando o protagonismo da vítima; a violência institucionalizada da estrutura do sistema de justiça também patriarcal.

A meta dos governos estaduais deve ser a implantação de novas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, ação que não necessariamente significa a locação ou construção de novos prédios, mas sim a adequação das delegacias comuns, em questão de planejamento imobiliário e contratação de pessoal. Na hipótese de dificuldade orçamentária, os entes federativos têm como alternativa a capacitação dos profissionais lotados em delegacias comuns. Através de cursos produzidos e oferecidos pela respectiva Secretaria de Segurança Pública em parceria com instituições de ensino superior, estes servidores podem ser capacitados no sentido de melhor compreender a violência contra a mulher, e prestar o devido atendimento às vítimas, dado que 42% das mulheres vítimas de violência não encontram acolhimento em delegacias, de acordo com pesquisa do Datafolha.

A tecnologização do atendimento às mulheres de violência é opção que facilita as denúncias. Em parceria com estudantes e pesquisadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro desenvolveu o aplicativo Maria da Penha Virtual, que possibilita a solicitação de medida protetiva de urgência sem que a vítima precise se dirigir a uma delegacia. Até o momento, apenas ocorrências da cidade do Rio de Janeiro são abrangidas pelo Maria da Penha Virtual. No entanto, deve-se considerar a extensão do aplicativo a todo o território nacional, tendo em vista sua eficiência. Em apenas dois meses de funcionamento, a ferramenta beneficiou 39 mulheres na capital carioca.

Diante das faltas do poder público, a iniciativa privada vem se destacando em ações de combate à violência contra a mulher. Sendo a função social princípio da atividade empresarial, e, tendo em vista o amplo alcance populacional de muitas empresas, ações de *marketing* promovidas por estes entes privados figuram como importante meio de conscientização. Em 2018, a Magazine Luiza, maior varejista do Brasil, lançou a campanha "Eu meto a colher, sim". A ação consistiu na venda de colheres grafadas com o texto "Em briga de marido e mulher, tem que meter a colher, sim. Ligue 180 e denuncie", pelo valor simbólico de R\$1,80. Além da crítica a um dos mais famosos ditados machistas, que incentiva a inércia perante casos de violência doméstica, todo o valor arrecadado com a venda das colheres foi revertido para a ONG Mete a Colher, e para o Instituto Patrícia Galvão.

4. CONCLUSÃO

Como discutido inicialmente na pesquisa, a violência de gênero concerne de qualquer agressão contra os direitos das mulheres e se expande através de critérios construídos histórica e

culturalmente, pré definindo os papéis de gênero, colocando em determinadas posições sociais que favorecem a violência contra uns e a dominação por outros, mediadas por diferenças sexuais. Em consequência, padrões rígidos e conservadores se estendem na sociedade, causando graves consequências na vida das mulheres. Nesse marco, esse machismo estrutural naturaliza a violência de gênero que encontra suporte na cultura brasileira, o que dificulta ainda mais a quebra de paradigmas.

Diante desse fator, a Lei Maria da Penha foi uma ferramenta fundamental no combate à violência contra a mulher através de ações ou omissões, garantindo indubitáveis avanços na esfera de proteção às vítimas da por critérios de gênero. Buscou fomentar uma proteção aos direitos humanos e fundamentais das mulheres, tentando atenuar as discriminações históricas e endossando a necessidade de uma especificidade para essa questão, que coloca em risco as integridades, dignidades e vidas femininas. Em vista disso, a norma enumera as circunstâncias de agressões na esfera doméstica por pessoas da família e convívio, pontuando questões que vão desde a definição dos tipos de violência, assistencialismo, atendimento, procedimentos.

Contudo, apesar do amparo existente na letra da referida lei, há incongruências que se expressam no campo prático da sua atuação. Dentre as ineficácias que podem ser apontadas, o referido trabalho buscou analisar a problemática envolvida dentro de seus artigos 10 e 12, do que se trata do atendimento das vítimas por funcionários hábeis que entendem os casos, fornecendo não apenas informações, mas transmitam segurança para as mulheres que se encontram dentro dessas situações de risco e vulnerabilidade. Junto a isso, o baixo número de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) e centros especializados que estão presentes em apenas uma pequena porcentagem de cidades brasileiras, enquanto as estatísticas mostram que a violência doméstica não está diminuindo.

Nesse sentido, analisando a violência de gênero no contexto apresentado, nota-se que continua se expressando pelo próprio Estado, agente responsável por não concretizar as políticas públicas que ensejam sobre as garantias das mulheres. Quando não há preparo dos profissionais dentro de um contexto estrutural patriarcal, por vezes as vítimas acabam sendo culpabilizadas indiretamente o que as leva a serem duplamente vítimas, dessa vez pela vitimização secundária.

Dessa forma, faz-se necessário uma norma de grande necessidade como a Lei Maria da Penha receba maior atenção pelo Poder Público para que ela garanta às mulheres vítimas, sua efetividade e aplicação, não ficando situada apenas dentro de um horizonte teórico, como também fixando-se, na prática. A especialização de funcionários dentro de uma cultura machista é papel fundamental a se fazer, através de cursos profissionalizantes e campanhas, bem como a implementação de maiores números de Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher tendo

em visto a precariedade no baixo números de locais é notório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Em 91,7% das cidades do país, não há delegacia de atendimento à mulher.** 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-09/em-917-das-cidades-do-pais-nao-ha-delegacia-de-atendimento-mulher>. Acesso em 20 set. 2021.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **A valorização da vítima no processo penal brasileiro.** mar. 2016. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/a-valorizacao-da-vitima-no-processo-penal-brasileiro-por-ricardo-antonio-andreucci/>

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. VINTE ANOS DA CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ E A LEI MARIA DA PENHA. **Estudos Feministas**, Florianópolis p. 501-517, jul. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/wYWJZYYQrcvnxVjx6q88M6f/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09 set. 2021

BIANCHINI, Alice. **O que é "violência baseada no gênero"?: Art. 5º da Lei Maria da Penha.** Jusbrasil. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/312151601/o-que-e-violencia-baseada-no-genero>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL.** 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 11 set. 2021

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DEARO, Guilherme. **Magazine Luiza vende colheres para você meter em brigas por aí: Ação da marca venderá colheres para falar contra a violência doméstica no Dia Internacional da Mulher.** 2018. Disponível em: <https://exame.com/marketing/magazine-luiza-vende-colheres-para-voce-meter-em-brigas-por-ai/>. Acesso em: 29 set. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019: percepção do estado de saúde, estilos de vida e doenças crônicas. Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação.** 2020. Disponível em: [Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf) . Acesso em: 29 set. 2021.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente (1300-1800): uma cidade sitiada.** Tradução: Maria Lúcia Machado, Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais**. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/FBSP_Policia_precisa_falar_estupro_2016.pdf . Acesso em: 29 set. 2021.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. **Gênero, o que é isso?**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 15, p. 4-11, 1995.

IPEA. **A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**. 2020. Cíntia Liara Engel. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violencia_contra_mulher.pdf. Acesso em: 09 set. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; BIANCHINI, Alice. **Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha): constitucionalidade e convencionalidade**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740418174218181901.pdf>. Acesso em: 27 agos. 2021

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Renavan; 2015.

MURARO, Rose Marie. **A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1995.

OLIVEIRA, Glaucia Fontes de. **Violência de gênero e a lei Maria da Penha**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29209>. Acesso em: 09 set. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 1ªed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 74

SCOTT, Joan. **Gênero: Uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul/dez 1995.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Assessoria de Comunicação. Aplicativo Maria da Penha já ajuda mulheres a denunciar a violência doméstica**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7873250>. Acesso em: 29 set. 2021.

CORPOS MODIFICADOS: DA ESSÊNCIA À APARÊNCIA A PARTIR DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.

Ronaldo Sergio DUARTE¹

RESUMO

O corpo humano merece ser visto sob característica física, moral (psíquica) e intelectual sendo necessário que tais aspectos mantenham-se em integridade sob pena de descaracterizar-se o elemento personalidade como direito de natureza fundamental e inerente à pessoa. Investigar a essência jurídica do corpo é indispensável para o entendimento dos direitos de personalidade, havendo um enlace entre a essência e a aparência através das modificações corporais. A tutela dos direitos da personalidade, remetendo o tema à pesquisa de bibliografia correlata e método hipotético-dedutivo, se deve à evolução no entendimento antes dualista de corpo e alma que merece ser enfrentado sob o ponto de vista jurídico. Conclui-se que as body modifications se mostram como elemento de inclusão social através de uma cultura própria do corpo sendo possível esta tutela de forma integral, mas sem extrapolar os limites da ética humana.

PALAVRAS-CHAVES: Corpo Humano – Modificações Corporais - Direitos da Personalidade – Tutela Jurídica – Inclusão Social.

ABSTRACT

The human body deserves to be seen under physical, moral (psychic) and intellectual characteristics, being necessary that such aspects remain in integrity under penalty of mischaracterizing the personality element as a fundamental right inherent to the person. Investigating the legal essence of the body is essential for understanding personality rights, with a link between essence and appearance through body modifications. The protection of personality rights, referring the theme to the research of related bibliography and hypothetical-deductive method, is due to the evolution in the previously dualistic understanding of body and soul that deserves to be faced from the legal point of view. It is concluded that the body modifications are shown as an element of social inclusion through a culture proper to the body, being possible this protection in an integral way, but without extrapolating the limits of human ethics.

KEY-WORDS: Human Body – Body Modifications - Personality Rights – Legal Protection – Social Inclusion.

INTRODUÇÃO

Mudanças sociais acontecem todos os dias e os traços de distinção do modo de vida contemporâneo é visível quando falamos em costumes, valores e pensamentos aliado aos avanços tecnológicos que torna a sociedade complexa e pluralista. Uma real mindset cultural mostrada, inclusive, através da aparência física.

Sociedades contemporâneas requerem organização social, econômica e política arraigadas em princípios basilares que culminam em um sistema jurídico fortemente baseado na pessoa, ao contrário de como era antes onde se viam regras e normas preocupadas tão somente com o Estado e

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (1993). Atualmente é procurador jurídico da Prefeitura Municipal de Marília . Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito

com o patrimônio.

A mente humana transita através de um doping cerebral que potencializa e demanda um desempenho além do meramente trivial ou medíocre, exigindo de cada indivíduo uma performance que estrangula o nosso ser como pessoa. É necessário, contudo, transpor tais dificuldades impostas culturalmente pela própria sociedade e sob a perspectiva jurídica obter do sistema como um todo a proteção a todas as pessoas de forma isonômica no âmbito de cada particularidade ou individualidade.

A vida do ser humano, portanto, depende essencialmente do corpo que esteja em condições de saúde física e mental. Não obstante as questões religiosas e espiritualizadas, o corpo humano contém um aspecto físico, moral (psíquico) e intelectual sendo necessário que tais atributos e individualidades mantenham-se em integridade sob pena de descaracterizar-se a personalidade como direito inerente à essência humana.

É cediço que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também o bem estar físico e mental (OMS). Por isso, investigar a essência jurídica do corpo sob o ponto de vista de sua integridade física, moral e intelectual é necessário para o perfeito entendimento dos direitos de personalidade, direito subjetivo da pessoa.

Há uma forte ligação entre a sociedade e o corpo humano cujo elo se aperfeiçoa na medida em que a personalidade não mais se identifica apenas com o comportamento ou modo de ser, mas também com a aparência da pessoa, com o modo de se apresentar.

Entender o âmago do pensamento humano e as vontades de nossa alma não se inserem no campo jurídico, mas a tutela de proteção do que sentimos e exteriorizamos em nossos comportamentos através das mudanças que voluntariamente fazemos em nossos corpos é inerente à personalidade havendo uma evolução no entendimento antes dualista de corpo e alma que merece ser enfrentado sob o ponto de vista jurídico.

Entender que as body modifications possuem tutela jurídica de proteção através dos direitos da personalidade implica em fazer inserções em assuntos de estética e ética corporal, inclusão social através da cultura do corpo e direito à felicidade por meio da concretização da dignidade humana e do modo de levar a essência humana ser conhecida por meio da aparência física de cada pessoa.

Por isso, a personalidade está associada inevitavelmente à pessoa com ou sem mudanças do corpo o que leva a pesquisar o assunto através do método de dedução partindo de uma premissa verdadeira de que a essência de cada pessoa se revela também por sua aparência de modo a concluir que é possível a proteção jurídica da pessoa que esteja em sintonia com a forma física de se apresentar ao mundo, inclusive, considerando as modificações corporais que tenha realizado sem,

contudo, extrapolar a ética humana.

1. CORPO E DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE PLURALISTA: CONTRAPONTO AO DUALISMO ARISTOTÉLICO E CARTESIANO:

O corpo sempre foi objeto de estudos e reflexões da própria humanidade, havendo profundas interpretações a respeito, em especial porque tratamos o corpo sob a ótica terrestre, tangível e instintiva do homem.

Mas o corpo não está só, depende da alma que nele se encontra e habita de forma sobrenatural sem que um se sobreponha ao outro; na sequência destas discussões, pode-se perceber que a alma recebeu *status* moral e o corpo, ao contrário, como consequência perdeu a relevância que lhe é inerente dado que o pecado do homem interfere diretamente no seu comportamento, sem contar que o seu valor moral, na visão clássica e medieval, foi relegado ao ostracismo.

Havendo dualidade, não há ética ou moral para o corpo humano, somente para a alma, tal como o pensamento sob a perspectiva platônica, aristotélica e cartesiana. Era bem a clara a posição dos filósofos da época em valorizar a alma em face do corpo, um valor supremo diante do corpo terreno.

Através do pensamento de Platão (428-347 A.C.), a alma estava encarcerada no corpo, era perfeita e eterna onde Dumont e Preto (2005), se apegando ao filósofo clássico, vem a dizer que:

As atividades relacionadas ao intelecto eram consideradas nobres, reservadas à aristocracia, fomentando o chamado “ócio prestigioso” e, relegando às classes inferiores, os trabalhos braçais.

Assim, Platão é apontado como o filósofo que dá início ao pensamento que separa e contrapõe corpo e alma, tese que influenciou o pensamento ocidental e teológico cristão. Em sua percepção, defendia que uma parte é corruptível e mutável, isto é, o corpo; outra, eterna e liga-se com o divino, a alma.

Pela narrativa de Herman (2017), há nítido dualismo entre corpo e alma que é a base do ensinamento platônico:

Conforme Platão apresenta no *Fédon*, corpo e alma se opõem, sendo que o corpo realiza a inserção no mundo sensível e deve ser submetido à atividade racional da alma, numa busca de afastamento das pulsões e dos afetos. A alma é um princípio vital, capaz de conhecimento lógico, e apta a chegar à verdade.

Em sequência surge o pensamento de Aristóteles (384-322 a.C. apud HERMAN, 2017) em que o corpo molda a forma da alma. Tudo depende dos sentimentos, da consciência, havendo interação entre o que é físico e o que é psíquico.

Por esta razão é que Santo Agostinho (354-430 d.C apud DUMONT e PRETO, 2005), tendo por base esta influência aristotélica, vai declarar:

Eu não existiria, meu Deus, de modo algum existiria, se vós não estivésseis em mim; ou melhor, eu não existiria se não estivesse em vós, de quem, por quem e em quem todas as coisas têm o ser.

Vários pensadores na história refletem e divergem, portanto, acerca das percepções do corpo humano fazendo existir conflitos filosóficos que marcaram o pensamento ocidental influenciado, inclusive, pelos teólogos e filósofos da época renascentista e medieval.

Além disso, é certo que a idade média foi responsável pela formação das bases religiosas, morais e filosóficas do ser humano e conseqüentemente do corpo e alma, fato que reflete no contexto atual dos direitos de personalidade.

René Descartes (1596-1650), originariamente, via divisão entre corpo e alma como busca de um fundamento em que Hermann (2017) tira a base de sua conclusão:

Estes são radicalmente distintos: à alma correspondem o pensamento, a liberdade e a atividade; ao corpo correspondem a extensão, o determinismo e a passividade, revelando uma concepção mecanicista de corpo e indicando a obscuridade e a confusão geradas pelo sensível.

É o pensamento dualista psicofísico onde se verifica a vitória do furor no conflito de corpo e alma.

Esta é a ilação de Descartes (1973, p.142):

E, embora talvez (ou, antes, certamente, como direi logo mais) eu tenha um corpo ao qual estou muito estreitamente conjugado, todavia, já que, de um lado, tenho uma ideia clara e distinta de mim mesmo, na medida em que sou apenas uma coisa pensante e inextensa, e que, de outro, tenho uma ideia distinta de corpo, na medida em que é apenas uma coisa extensa e que não pensa, é certo que este eu é minha alma, pela qual eu sou o que sou, é inteira e verdadeiramente distinta de meu corpo e que ela pode ser e existir sem ele.

Mas a questão do corpo nos dias atuais, levando em conta o dualismo outrora enfrentado por grandes filósofos, é que há uma continuidade com a alma e nisto reside o fundamento para justificar a proteção jurídica não só do corpo material, terreno, mas também daquilo que chamamos de alma (mente), do que é racional, afetivo e ético.

Desta forma, pode-se questionar se nossos sentimentos podem ampliar a compreensão de um direito, em especial de um direito da personalidade, bem como de que a valorização do afeto ou do que sentimos sobre nós mesmos pode determinar um direito de personalidade.

A resposta, a nosso ver, é certamente que sim porque os direitos de personalidade correspondem a tudo o que somos e pensamos, isto é, o que podemos ver (material) e o que podemos sentir (imaterial).

Esta concepção dualista – com base em Platão, Aristóteles (ética a Nicomaco), Descartes e combatida, ao final, por Espinoza – foi a base de que o corpo carregava o mal, o vício, o pecado, enquanto a alma mantinha-se em uma perspectiva de pureza.

A tradição da filosofia antiga, portanto, entendia que a vida feliz dependia da saúde do

corpo e serenidade do espírito (EPICURO, Carta a Meneceu).

Todavia, este pensamento dualista sofre uma ruptura na medida em que o corpo passa a ter significado importante porque tomamos decisões e temos sentimentos a partir do que é visível, audível e tangível e isto não é possível pela alma ou espírito.

Para Baruch Espinoza (199), o corpo era a continuidade da alma porque os pensamentos se materializavam com a emoção:

Mas falta muito para que todos se deixem facilmente se conduzir apenas pela razão; cada um se deixa levar por seu prazer e, mais amiúde, a avareza, a glória, a inveja, o ódio etc. ocupam a mente, de tal sorte que a razão não tem qualquer lugar.

O corpo existe através de uma identidade moral e consciência própria de nós mesmos de modo que isso tem repercussões na formação de nossa personalidade e, conseqüentemente, na mudança de paradigmas para a formação dos direitos de personalidade lastreados na dignidade da pessoa humana.

Não é demasiado dizer, a título de exploração, que existe ainda uma visão teológica cristã do corpo que é tricotômica (teoria tricotômica do homem), ou seja, vários teólogos entendem o ser humano como um espírito que está associado à alma e que habita num corpo.

A teoria tricotômica diz que o espírito estaria mais ligado a Deus (em relacionamento direto com Deus adorando-o), e alma abarca o seu intelecto, suas emoções e sua vontade (GRUDEM, 2009. p. 388).

O que afinal interessa ao presente estudo é perquirir a concepção filosófica do corpo a fim de dar fundamento à proteção jurídica da personalidade do homem, em especial no âmbito de uma sociedade pluralista onde se valoriza extremamente a visão do corpo através da criação de estereótipos que são moldados pela mídia moderna e que, ao final, esquece-se dos sentimentos, da consciência, enfim da questão psicológica que diz respeito à essência humana.

Viver como queremos dando relevo apenas ao que de fato somos em nosso interior, sem se preocupar com o que as demais pessoas vão pensar e falar se refere à autodeterminação como direito de personalidade. Para o professor Calixto (2016), em artigo que trata da alteridade em Levinas:

Essa é a razão pela qual seu convite para passarmos além do ser e pensarmos além da essência não deveria não carregar consigo um estranhamento. Ele nos é estranho para nós aristotélico-platônico-parmenidianos. Afinal o que poderia haver além do ser senão nada? Pois nada ou menos que isso é impossível de pensar. O que poderia haver além da existência, senão sua própria privação? Nossa inteligência, toda direcionada ao existir, toda empenhada e comovida pelo desejo de permanecer e prevalecer-se na existência, decreta de imediato, como inepto quem se aventuraria aceitar tal convite. Afinal o que há de mais importante que a existência em geral e, sobretudo, nossa *própria* existência, ainda que perpetuada em seres que apenas se parecem conosco? Eis exatamente o nó umbilical do desafio inovador do pensamento levinassiano.

O nosso corpo serve então para revelar o que de fato corresponde à nossa essência porque não se pode dissociar essência (alma) de aparência (corpo) de modo que todas as modificações que voluntariamente fazemos em nosso corpo reflete a personalidade de cada um e por derradeiro acarreta determinada proteção jurídica através da invocação dos direitos de personalidade.

Esta questão é importante na medida em que estudamos os direitos da personalidade e pela base jus filosófica o corpo humano tem valor, assim como sua integridade psicológica. O que não se pode esperar é o que a sociedade moderna tem feito do corpo impondo o padrão de beleza física que obviamente não está enquadrada na beleza antes psíquica que podemos oferecer como pessoa.

Sob este molde publicitário do corpo Dumont e Preto (2005), dá-nos o tom:

Como percebemos, durante séculos, o mundo esteve preso primeiramente a uma visão idealista e depois materialista, chegando atualmente ao mundo globalizado, fortemente influenciado pela mídia, onde o valor dado ao corpo está relacionado à lógica de mercado.

Por tais razões, o corpo humano merece o enfrentamento do ponto de vista de sua completude que abarca também a integridade psíquica (alma) porque, afinal, direitos de personalidade também leva em conta os sentimentos, o pensar, o identificar-se e autodeterminar-se, enfim, tudo que diz respeito à pessoa e as modificações corporais refletem exatamente a personalidade e individualidade da cada um, situação que sobeja, de forma manifesta, a tutela jurídica fundada na dignidade humana.

2. METAMORFOSE DO CORPO E TIRANIA ESTÉTICA:

Ao tratarmos do corpo humano e os direitos de personalidade devemos nos reportar, inicialmente, ao seu fundamento legal que se encontra, especificamente, nos art. 13 e 15, do Código Civil², sem prejuízo de outras disposições legais e normativas já que se referem a direitos de cláusula aberta.

Ainda, a I Jornada de Direito Civil diz, através do enunciado 6, que “a expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

Apesar do alcance restrito deste trabalho, é interessante trazer a abrangência de integridade física para os fins jurídicos, isto é, compreende direito à vida, ao corpo, a parte separadas do corpo, ao corpo sem vida, à identidade genética, autodeterminação do paciente.

Neste sentido, para Chaves (1986, p. 23), o direito sobre o corpo é “de caráter especial, tendo por conteúdo a livre disposição do corpo, dentro dos limites assinalados pelo direito

2 “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

positivo”.

Quanto à integridade moral (psíquica), é cediço na doutrina que abarca a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade religiosa, o direito autoral como a criação artística e científica, enfim, valores morais.

Por fim, a integridade intelectual compreende o direito à imagem, à honra, à privacidade, intimidade, nome, liberdade, direito à identidade sexual e direito à autodeterminação informativa.

A personalidade é inerente ao homem e os direitos dela decorrentes – direitos inatos – merecem proteção e tutela jurídica dada a importância que leva em conta o fundamento de existência do próprio ser humano, isto é, a dignidade da pessoa humana (MORAES, 2010).

Para Sena e Diniz (2017):

Os direitos de personalidade são classificados em três dimensões distintas: integridade física (tutela do corpo humano); integridade moral (valores do ser humano); e integridade intelectual (inteligência humana), que estão fundamentadas nos elementos que compõe a pessoa humana (corpo, alma e intelecto).

Em uma sociedade complexa em que as pessoas imprimem um ritmo de perfeição e desempenho a elas próprias, não se pode ter conexão com o mundo e com as pessoas sem um mínimo de proteção aos direitos de suas personalidades, mormente pelo fato de que há em evidência um narcisismo coletivo, mas com esvaziamento do indivíduo como pessoa.

Isto porque, o nosso corpo diz muito (ou tudo) do que somos, ele determina oportunidade de trabalho, ascensão social, com ou sem dieta, com ou sem cirurgia e que resume a essência humana. Desta, parte-se para a aparência física sendo a primeira condição para a felicidade.

Na sociedade moderna, passamos a ter determinado valor pela aparência física e corporal já que há valor estético que demonstra parte real de nossa personalidade.

Para Gomes da Silva (2011), o corpo e as modificações corporais provocam uma tirania estética que irradia a reação de quem olha:

O eu, exteriorizado desse modo, exerce uma “tirania da estética”, visto que o corpo é capturado cada vez mais pelo olhar do outro, provocando não só um esvaziamento da interioridade, no sentido de um espaço íntimo e privado, da própria subjetividade, como também tem engendrado as novas modalidades de somatizações psíquicas – anorexias, distimias, bulimias, etc., conformando assim as novas bioidentidades que, na verdade, nada mais são do que predicativas da moral das sensações.

Mas este esvaziamento decorrente da metamorfose do corpo somente ocorre quando está por trás a sociedade do consumo, do espetáculo, quando o império da moda e da publicidade imprime um comportamento doentio que domina a essência humana através da cultura da imagem e da beleza.

As pessoas possuem direito ao seu próprio corpo, mas a autonomia corporal se mostra em sintonia com as modificações corporais?

A pergunta é pertinente porque as chamadas *body modifications* são uma forma de expressão da própria identidade de modo que a questão merece ser enquadrada entre os limites da disposição do corpo como instrumento de desenvolvimento da personalidade e a mudança corporal apenas como ato físico de mutilação posto serem conceitos diversos e antagônicos.

As *body modifications* possuem íntima relação com o direito à identidade pessoal o que justifica seu enquadramento nos direitos de personalidade. Todavia, este encaixe jurídico não poderia justificar uma tirania estética cuja mudança do corpo sirva como ato de comportamento social fora do padrão psíquico e de saúde conhecidos pela psicologia e medicina psiquiátrica.

A tolerância à modificação corporal é encontrada sob a égide do direito ao corpo e respectiva liberdade, onde a licitude dos procedimentos para a prática da *body modification* não pode ir além de alterações corporais que se distanciam das características humanas uma vez que a sua finalidade é encontrar a dignidade humana.

Práticas extremas não seriam admitidas ou admissíveis, tais como autolesão, pois, tratam-se da inviolabilidade do corpo humano e proteção da saúde em face da modificação corporal extrema.

A questão da tirania da estética deforma o direito à identidade e reflete nos direitos de personalidade quando as modificações corporais passam a ofuscar a essência tão somente pela aparência capturada pelos outros e isto tende a causar perigo, fato que não pode ser tutelado pelos direitos de personalidade.

Na visão da psicologia feita por Alexandra Rodrigues (2011), as *body modifications* podem revelar essencialmente a mutilação do corpo:

A priori, falar em *Body Modifications* é falar de uma sofrida busca pelo que há de abjeto, por um corpo violado em suas funções biológicas, psíquicas e sociais; é falar de corpos mut(i)lados – “mut” (mutação) dos possíveis “lados” desse corpo – ou, etimologicamente, corpo estropiado, que sofre diminuições.

As mudanças corporais modificam a aparência física original de modo que ao alterar o corpo humano surge, por derradeiro, uma nova identidade que, em muitos casos e propositadamente, a personalidade formada em sua gênese é também alterada ou lapidada para se amoldar à nova aparência.

Saliente-se que o corpo assim como suas modificações refletem o pensamento que a pessoa tem de si mesma. Neste sentido, é a fala de Melo e Obregon (2019):

Assim, fogem do enquadramento social, manifestam sua personalidade, resistem aos padrões aceitos como normais. Surge daí novas formas corporais que quase sempre causam desconforto e estranhamento pela sociedade, práticas estas consideradas bizarras. Eles tentam, assim, exaltar sua personalidade em que a identidade pessoal é considerada um direito que tem por finalidade a preservação da sua individualidade.

A metamorfose corporal não pode, portanto, se transformar em tirania do corpo através de

uma estética extremada sob pena de estrangular o direito à autonomia e à identidade já que há limites no seu exercício. Vale dizer, a essência deve caminhar na mesma perspectiva da aparência ainda que esta venha a ofuscar aquela, mas nunca subtraí-la por completo.

Por isso, vale a pena transcrever aqui a narrativa de Moraes e Castro (2014):

O corpo assume a autorreflexividade, tornando definitivamente obsoleta não só a clássica separação entre mente e corpo, como também a dicotomia entre exterioridade e interioridade, de modo a se inscrever nos espaços relacionais que fazem com que o sujeito se constitua com e a partir do outro. Nessas situações de modificação corporal voluntária, trata-se de uma disposição corporal calcada na aptidão para congregação da melhor maneira possível as esferas física e psíquica, ainda que essa tarefa implique redução concreta da primeira para satisfazer aos anseios da segunda, à semelhança do que ocorre na objeção de consciência.

Sob esta ótica, o corpo humano e tudo o que há de modificação voluntária nele vai além da natureza orgânica e passa a representar o caráter social e cultural da pessoa em especial porque nunca se valorizou a beleza e saúde como nos tempos atuais.

Assim, o corpo tem valor cultural e social porque no entendimento de Justo e Camargo (2012) a imagem corporal é multifacetada uma vez que inclui questões emocionais e comportamentais que interagem.

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A SINERGIA COM A INCLUSÃO SOCIAL ATRAVÉS DA CULTURA DO CORPO:

Atualmente, o corpo representa um complexo conjunto de imagens que classificam e indicam diferenças sociais e as denominadas bioidentidades. De tudo o que o corpo traz como aparência externa reflete na essência e na inclusão social da pessoa.

Há uma corrida verdadeira para um desempenho social através da cultura do corpo, fenômeno que desgasta a essência por conta do stress emocional. Como bem adverte Han (2015, p. 37-38) ao descrever a sociedade do cansaço:

Como contraponto, a sociedade do desempenho e a sociedade ativa geram um cansaço e esgotamento excessivos. Esses estados psíquicos são característicos de um mundo que se tornou pobre em negatividade e que é dominado por um excesso de positividade. Não são reações imunológicas que pressupõem uma negatividade do outro imunológico. Ao contrário, são causadas por um excesso de positividade. O excesso da elevação do desempenho leva a um infarto da alma.

Com efeito, o corpo humano não se dissocia da alma, da personalidade que abriga aspectos que fazem parte de um todo, mas que merecem andar em sintonia com o modo de viver de cada indivíduo na perspectiva de uma sociedade complexa e multicultural, não obstante as exigências de alta performance do ser humano como pessoa sociável.

Daí a importância dos direitos de personalidade, em especial no que toca à questão da identidade e da autodeterminação. Em sociedades complexas que se dizem democráticas e de

direito, é importante lembrar de Habermas (2002, p. 165), quando retrata a inclusão do outro:

Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu sua identidade – e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertaram das tradições da sua origem.

É neste ponto que Saavedra e Sobottka (2008), citando a teoria do reconhecimento de Honneth, advertem que o pluralismo deve permitir uma concepção de vida para que seja feita uma avaliação social da moralidade em que se luta pelo reconhecimento de um direito:

Essa espécie de tensão social que oscila permanentemente entre a ampliação de um pluralismo valorativo que permita o desenvolvimento da concepção individual de vida boa e a definição de um pano de fundo moral que sirva de ponto de referência para avaliação social da moralidade faz da sociedade moderna uma espécie de arena na qual se desenvolve ininterruptamente uma luta por reconhecimento: os diversos grupos sociais precisam desenvolver a capacidade de influenciar a vida pública a fim de que sua concepção de vida boa encontre reconhecimento social e passe, então, a fazer parte do sistema de referência moral que constitui a auto compreensão cultural e moral da comunidade em que estão inseridos.

Trata-se, portanto, de uma luta por reconhecimento inerente ao conjunto de reivindicações como atores sociais de uma comunidade pluralista e no caso dos direitos de personalidade há uma consequência óbvia de que o corpo como sujeito de direito não se prende só ao fator biológico e orgânico, mas também cultural e psicológico.

Assim, a autodeterminação e o direito à identidade na forma mais ampla possível estão inseridos no plano de reconhecimento do próprio direito, neste caso, como direito de personalidade.

Segundo Honneth (2003, p. 270 apud SAAVEDRA e SOBOTTKA, 2008), o reconhecimento de uma reivindicação social depende do estágio moral em que ela se encontra:

Dessa forma, os sentimentos morais assumem a função de aceleração ou retardamento da evolução moral e histórica da sociedade e o modelo da luta por reconhecimento passa a ser visto como o ponto de vista normativo, a partir do qual é possível definir o estágio atual do desenvolvimento moral da sociedade.

Não obstante o reconhecimento de direitos que se imprime pela sociedade contemporânea, o certo é que tratando-se de direitos de personalidade é fácil perceber que estes estão imbricados com o corpo – em sua completude – porque com ele nascem e com ele morrem, isto, contudo, na concepção tradicional.

Com o aprofundamento das reflexões acerca dos direitos de personalidade – tal é a importância da tipificação jurídica correspondente – temos atualmente reflexos jurídicos antes do nascimento assim como após a morte do homem.

Isto porque, com o nascituro já se observa a tutela jurídica referente à imagem, integridade física, bem como após a morte quando por exemplo se trata de direito à honra, ao corpo, enfim, as hipóteses se arrastam pela dimensão jurídica que não se limita à letra seca da lei, ao contrário, depende manifestamente do que é inerente à dignidade humana.

Tudo o que se refere às características da pessoa possui proteção jurídica tendo Szaniawski (2005, p. 20) afirmado que “os direitos de personalidade consistem na proteção de atributos da personalidade humana”.

Neste sentido, como se referem a direitos inerentes à personalidade humana são considerados indisponíveis por ingressarem na esfera dos direitos fundamentais que, por óbvio, merecem proteção jurídica e que, através da teoria do reconhecimento de Honneth, há uma necessidade de cavar espaços sociais através de mudanças corporais que mereçam tutela jurídica.

E neste sentido, invocando a autodeterminação, é relevante que os direitos de personalidade estejam em perfeita sintonia com a concepção moderna de corpo e do que nós podemos fazer com ele no âmbito de um conjunto de valores morais aceitáveis quando se trata da inclusão do outro na perspectiva de um Estado Democrático cujo fundamento é promover o bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou outra forma de discriminação (art. 3º, IV, CF).

O limite só existe em uma sociedade que não seja livre, justa e solidária. O alcance, portanto, é a dignidade humana, em especial daqueles que pretendem demonstrar sua essência através de sua aparência, agora modificada.

A questão é que *as body modifications* estão associadas à personalidade e quanto melhor for sua aparência no formato modulado pela sociedade moderna mais chances de ser feliz teremos.

No âmbito dos direitos da personalidade (com fundamento da dignidade humana), inclui-se o direito ao corpo e autonomia da vontade cujo exercício protege a vida e integridade física de modo a permitir formas de agir que incluem socialmente a pessoa.

Mas há vantagens nisto tudo na medida em que décadas atrás era exclusivamente sua roupa que dizia quem você era, portanto, os trajes comportados e caros já excluía os menos abastados.

Atualmente os corpos dizem até mais que as roupas e de forma democrática conseguem incluir a pessoa na sociedade ou ao menos em grupos de mesmo pensamento. É a *mindset* corporal. Para Adorno e Horkheimer (1947, p. 109), “na civilização ocidental e provavelmente em toda a civilização, o corpo é tabu, objeto de atração e repulsão”.

De qualquer forma, o corpo é expressão da identidade do ser humano manifestada na dimensão social e individual, o que traduz um direito de personalidade tutelado pela lei. Todavia, há ponderações a serem feitas quanto aos limites de exercício deste direito.

Assim, para Gozzo e Moinhos (2014) os referidos limites estão na lei e nos bons costumes:

Em razão disto, o ordenamento jurídico coíbe a prática de atos que possam vir a comprometer o bem maior que é o direito à vida. Isto acontece basicamente por meio dos bons costumes e da lei, procurando regulamentar os limites possíveis de disposição do corpo humano, contra todo e qualquer comportamento em sentido contrário, como sua destruição ou a violação de sua integridade.

A conveniente interpretação decorrente do art. 11 do C.C. e do Enunciado 139 da Jornada de Direito Civil³ envolve a ponderação dos interesses contrapostos revelados em cada caso em concreto a fim de garantir que a verdadeira simetria entre eles apenas é alcançada por meio do princípio da dignidade humana.

A inclusão social através do corpo envolve uma cultura de aproximação da pessoa com os demais sendo que as mudanças corporais revelam a respectiva identidade e essência para este fim, qual seja, de desenvolvimento da personalidade que mereça a tutela jurídica. O contrário disso demonstra comportamento narcísico que afasta a pessoa e a faz ser excluída por comportamento próprio.

Nesta tessitura, é o pensamento do filósofo sul-coreano Hang (2017, p. 07) onde:

O sujeito narcísico, ao contrário, não consegue estabelecer claramente seus limites. Assim, desaparecem os limites entre ele e o outro. O mundo se lhe afigura como sombreamentos projetados de si mesmo. Ele não consegue perceber o outro em sua alteridade e reconhecer essa alteridade. Ele só encontra significação ali onde consegue reconhecer de algum modo a si mesmo. Vagueia aleatoriamente nas sombras de si mesmo até que se afoga em si mesmo.

Mas nesta perspectiva, há uma forte manifestação reducionista do outro, anulando a presença ou o sentimento em relação ao conjunto social o que a faz ter um sentimento dualista entre corpo (aparência) e alma (essência) prevalecendo o corpo, agora modificado, para satisfazer exclusivamente sua imagem.

Resta saber se haverá inclusão social através de comportamentos individualistas que enalteçam tão somente o corpo e as respectivas mudanças corporais em detrimento da essência da pessoa.

Como bem retratado na música Momento VIII de Arnaldo Antunes “o corpo tem alguém como recheio”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos e reflexões sobre o corpo humano sofreram influências filosóficas ao longo da história que culminou na proteção jurídica sob a perspectiva da integridade física, moral e psíquica, fenômeno que consubstancia o conceito de personalidade e por consequência nos levou aos direitos de personalidade.

Assim, os direitos de personalidade como direitos inalienáveis, indisponíveis, imprescritíveis, oponíveis, impenhoráveis, vitalícios, porque inerentes à pessoa humana, gozam de

3 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Enunciado 139 – Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

proteção jurídica de índole constitucional porquanto são considerados direitos fundamentais.

E por tal enquadramento são direitos que protegem todas as pessoas, sem distinção alguma, seja pela cor, sexo, gênero, raça, enfim, a proteção e tutela jurídica se estende a todos, indistintamente, a fim de valer a letra da Constituição Federal quanto à existência e objetivos fundamentais do nosso país (art. 1º e 3º da CF).

Portanto, o corpo se relaciona com a personalidade e esta, tutelada pelas normas jurídicas, protegem as pessoas independentemente da aparência que elas ostentam, em especial quando realizam mudanças no corpo de forma voluntária no sentido de se ‘adequarem’ à sua essência.

Assim, embora a cultura do corpo pelo ideal de consumo e padrão de beleza imposto pelo império da moda ou de uma sociedade de consumo seja prejudicial ao desenvolvimento da personalidade, há uma perfeita sinergia, um enlace entre a essência e a aparência através das modificações corporais cujos direitos de personalidade o Estado deve garantir de forma a assegurar o respeito às diferenças, ao reconhecimento que as pessoas que realizam as chamadas body modifications buscam, bem como a respectiva inclusão na sociedade no mesmo patamar jurídico e de convívio social das demais pessoas.

Sem contar que a autodeterminação, a identidade e a felicidade não escolhe grupos, tribos ou comunidades, mas os direitos da personalidade estão contemplados para a pessoa humana seja qual for a aparência que escolheu ter para representar sua essência.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Disponível na internet em

<https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/208/o/fil_dialetica_esclarec.pdf>. Acesso em 16/06/2021.

CALIXTO, Pedro. Infinito, ética e alteridade: Levinas. **Revista Ética e Filosofia Política**. Número XIX – Volume I – junho de 2016.

CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, 10 (1-2): 13-66, jan./dez. 1986. Disponível na internet em

<<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/11606>>, acesso em 26/06/2021.

DESCARTES, R. *Meditações*. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Coleção Os Pensadores, v. 15.

DUMONT, Adilson; PRETO, Édison Luis de Oliveira. A visão filosófica do corpo. *Escritos educ.*, Ibité, v. 4, n. 2, p. 7-11, dez. 2005. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-98432005000200002&lng=pt&nrm=iso> Acesso em 15/05/2021.

EPICURO. Carta a Meneceu, sobre a felicidade. Disponível na internet em <

<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Carta-Sobre-a-Felicidade.pdf>>, acesso em

22/05/2021.

ESPINOZA, Baruch de. Tratado Teológico-político. Organização J. Guinsburg, Newton Cunha, Roberto Romano. Tradução J. Guinsburg, Newton Cunha. 1 ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. Pg. 283.

HABERMAS, Jurgen. A inclusão do Outro – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFFP). Edições Loyola. 2002. São Paulo.

HAN, Byung Chul, Sociedade do Cansaço; tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HAN, Byung-Chul. Agonia do eros; tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ : Vozes, 2017.

HERMANN, Nadja. O enlace entre corpo, ética e estética. **Revista Brasileira de Educação**, v. 23, 2018. Disponível na internet em <https://www.scielo.br/pdf/rbedu/v23/1809-449X-rbedu-e230051.pdf>>, acesso em 23/05/2021.

GOZZO, Débora; MOINHOS, Deyse dos Santos. A disposição do corpo como direito fundamental e a preservação da autonomia da vontade. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2014. Disponível na internet em < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=244>>. Acesso em 24/06/2021.

GRUDEM, Wayne. Teologia Sistemática, atual e exaustiva. São Paulo: Vida Nova. 1ª edição, reimpressão de 2009.

JUSTO, Ana Maria; VIZEU CAMARGO, Brigido. Corpo e cognições sociais. **liber.**, Lima , v. 19, n. 1, p. 21-32, enero 2013. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272013000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 30/09/2021.

MELO, Gabriela Silva Guillhen; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo nas práticas de body modification e a dignidade humana da Declaração Universal da ONU. Derecho y Cambio Social. 2019. Disponível na internet em < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.55.17.pdf>. Acesso em 25/06/2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da Personalidade. 2010. Disponível na internet em < https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade> acesso em 24/06/2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Pensar – **Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set/dez. 2014. Disponível na internet em < https://www.researchgate.net/publication/277637753_A_autonomia_existencial_nos_atos_de_disposicao_do_proprio_corpo>. Acesso em 20/06/2021.

RODRIGUES, Alexandra Arnold. Corpo em-cena: a Sociedade Administrada e o Trauma nas Body

Modifications. 239 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Disponível na internet em <<http://repositorio.uem.br:8080/jspui/handle/1/3052>>. Acesso em 15/06/2021.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, vol. 8, núm. 1, enero-abril, 2008, pp. 9-18, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, Brasil. Disponível na internet em < <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4319/6864>>. Acesso em 22/06/2021.

SZANIAWKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua Tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2005.

SENA, Jaqueline Prazeres; DINIZ, Isadora Moraes. Biodireito e os Direitos da Personalidade: Uma Análise do Direito ao Corpo Vivo e o Princípio da Autonomia do Paciente a Partir de Uma Perspectiva Civil-Constitucional. XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís – MA, 2017.

SILVA, Sérgio Gomes da. As modificações corporais na sociedade contemporânea. Caderno Psicanálise - CPRJ, Rio de Janeiro, v. 33, n. 25, p. 239-257, 2011. Disponível na internet em <http://cprj.com.br/imagenscadernos/caderno25_pdf/20_CP_25_AS_MODIFICACOES_CORPOR AIS_NA_SOCIEDADE.pdf> . Acesso em 23/06/2021.

REGRAS DE UNIFORMES NAS COMPETIÇÕES ESPORTIVAS COMO FORMA DE CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS

Aline Albieri FRANCISCO¹
Debora Gardia DUARTE²

RESUMO

O artigo apresenta a temática sobre a liberdade do corpo das mulheres e a objetificação feminina representada através da polêmica envolvendo os uniformes esportivos femininos das Olimpíadas de 2021. Busca-se analisar como nossa sociedade ainda se encontra marcada pelos reflexos de um sistema patriarcal, de dominação e subordinação feminina. Para tanto, o estudo apresenta em um primeiro momento as manifestações recentes sobre a diferença nos uniformes dos atletas, passando por uma análise sobre as regras e as condições desiguais de exposição, em seguida, o desrespeito dos Direitos das Mulheres reconhecidos em Convenções e Tratados, a exemplo da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como CEDAW (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção Belém do Pará (1994), e sobre as condições de empoderamento feminino no esporte. Por fim, o estudo aborda a temática sobre a construção da figura da mulher, do corpo e da sexualidade feminina como reflexo da objetificação existente na atualidade e marcada pelos moldes do poder patriarcal. O método utilizado para a pesquisa foi o dedutivo, através do estudo de matérias jornalísticas, livros, monografias, dissertações, teses, artigos científicos, notas técnicas, de movimentos sociais e doutrinas voltados para o assunto. Em suma, concluiu-se que é necessário superar a desigualdade de gênero nas normas esportivas sobre vestimenta, afastando-se da objetificação do corpo da mulher.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade de gênero. Liberdade de vestimenta. Uniformes. Objetificação.

ABSTRACT

This article presents an approach on the freedom of women's bodies and the female objectification represented through the contentious topic of female uniforms in the 2021 Olympics. It aims to analyze how our society is still enrooted with a patriarchal system, of domination and subordination of women. For such, this study presents in a first moment the recent manifests over the difference in the athletes' uniforms, analyzing the rules and inequity conditions of exposure. Following, the disrespect for the Women's Rights recognized in Conventions and Treats, as exemplified on the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, known as CEDAW (1979) and the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women, known as Convenção Belém do Pará (1994), and over the conditions of feminine empowerment in sports. At last, the study's approach relates to the construction of the women figure, the female body and sexuality as a reflex of the objectification present nowadays and marked by the shapes of patriarchal power. The method used for this research was the deductive one, through study of news pieces, books, monographies, dissertations, thesis, scientific articles, technical notes, social movements, and doctrines directed towards the subject. Summarizing, it is

- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná/UENP (linha de pesquisa - Estado e responsabilidade: questões críticas), pós-graduada lato sensu em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (2019), graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília UNIVEM (2017). Pesquisadora do grupo de estudo DIFUSO - Direitos Fundamentais Sociais. Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária (2021)
- 2 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica - Linha de pesquisa Estado e Responsabilidade: questões críticas (UENP). Membro do Grupo de Pesquisa INTERVEPS: Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (UENP). Membro do Grupo de Pesquisa POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS (UENP). Membro da Comissão do Jovem Advogado(a) da Ordem dos Advogados do Brasil OAB/SP 58ª Subseção de Ourinhos/SP.

concluded that there is a necessity to overcome gender inequity in the norms for sportswear, alienating it from the objectification of the female body.

KEY-WORDS: Gender equity. Freedom of vestments. Uniforms. Objectification

I. INTRODUÇÃO

Os Jogos Olímpicos são eventos internacionais, que remontam a antiguidade grega. É um evento no qual pessoas de diferentes nacionalidades, com culturas, idades, gêneros diferentes se encontram, sendo possível perceber os diferentes pontos de vista, inclusive sobre a exibição do corpo.

Os jogos olímpicos acontecem em países diferentes a cada edição: a mais recente ocorreu em Tóquio/2020 e a anterior no Rio de Janeiro/2016. Tradicionalmente acontecem a cada quatro anos, mas com o advento da pandemia de COVID-19, excepcionalmente os jogos de 2020 foram adiados para 2021. Esses dois últimos eventos chamam atenção por episódios envolvendo os uniformes femininos das atletas, incentivando discussões sobre exibição dos corpos, sendo um tema pertinente e atual.

Atualmente, a presença das mulheres nas Olimpíadas e outras competições esportivas é majoritariamente admitida, entretanto, as conquistas femininas não se limitam a mera participação, passando também as questões sobre o uso de uniformes e as regras esportivas de vestimenta, especialmente quando envolvem exposição dos corpos e a liberdade das mulheres.

Diante desse cenário, o trabalho tem objeto principal de analisar o controle de corpos femininos através das regras esportivas sobre vestimentas, relacionando com os direitos da mulher e patriarcado.

Para tanto, através do método dedutivo, com análise de matérias jornalísticas, livros e textos científicos voltadas para o tema, o trabalho será dividido em quatro partes. A primeira versa sobre os casos mais recentes de manifestações femininas sobre exibição de seus corpos e uso de uniformes durante as competições esportivas. No segundo momento, o trabalho destacará a relação das regras esportivas e os direitos da mulher, em especial sobre não exibir seus corpos. No terceiro item, abordará as mulheres nas olimpíadas e os reflexos do patriarcado, incluindo as reproduções machistas e objetificação do corpo feminino. O quarto e último tópico trará questões do movimento feminista, destacando as contribuições para a libertação, emancipação e reconhecimento do feminino, como passa a expor.

I. Eventos recentes envolvendo atletas e uniformes femininos

Esta pesquisa não ignora o fato de existirem esportes que não apresentam grandes

diferenças de uniforme entre as equipes masculinas e femininas, tais como futebol e algumas lutas, judô, boxe, taekwondo, mas esta pesquisa enfatizará os esportes que apresentam maiores desigualdades entre os uniformes das equipes masculinas e femininas, tais como ginástica artística, vôlei e handbol, nos quais viabiliza a análise das diferenças e do controle sobre os corpos femininos, objetos de pesquisa.

Dito isso, este item abordará episódios de manifestações de atletas mulheres sobre seus uniformes esportivos, em especial três fatos mais recentes: nas Olimpíadas de 2016, de 2020 e jogos em 2021, que instigaram o debate sobre as regras esportivas sobre uniformes e a exibição dos corpos das atletas, em especial sobre uso de biquíni, collant cavado e short, como passa a expor.

Nos jogos olímpicos do Rio-2016 uma fotografia de duas jogadoras de vôlei de praia chamou atenção internacional: na imagem estava a atleta Kira Walkenhorst, pelo time alemão, e, de outro lado da rede, a jogadora Doaa Elghobashy pelo time egípcio. A razão de destaque dessa foto era a diferença dos uniformes utilizados: enquanto a jogadora alemã usava um top e um biquíni, a jogadora egípcia usava calça até os tornozelos com blusa de manga cumprida e um lenço cobrindo os cabelos e o pescoço. Ou seja, uma das atletas estava com os pés, mãos e rosto expostos e a outra estava cobrindo somente os seios e as partes íntimas, exibindo boa parte do corpo, inclusive parte das nádegas.

O motivo de Doaa estar cobrindo os cabelos e boa parte de seu corpo tem fundamento na crença religiosa e sua parceira de equipe, a atleta Nada Meadwad, também usou a calça e blusa de manga cumprida, mas sem o véu, mantendo a semelhança entre a dupla durante os jogos. Doaa foi questionada sobre seu uniforme e respondeu que o traje não atrapalha o jogo e ela gostava e se orgulhava da roupa que usou (GLOBO, 2016).

As regras dos Jogos Olímpicos autorizaram que as atletas egípcias vestirem uniformes cobrindo as pernas e os braços durante o vôlei de praia, em respeito à liberdade religiosa das atletas, elas não foram punidas e nem sofreram multas por isso, apesar do impacto midiático gerado. Inclusive, a exigência da Federação Internacional de Voleibol (FIVB) é de que as duplas utilizem a mesma vestimenta – o que foi efetivamente respeitado pelas atletas egípcias, visto que mantiveram a uniformidade entre a dupla: ambas de calça preta e blusa comprida com detalhes em azul.

Observa-se que a presença de atletas muçulmanas e de outras religiões que utilizam véus e vestimentas cobrindo o corpo despertou interesses de empresas, como a Nike, que desenvolveu *hijab* (um lenço de cabeça) para a prática de esportes e a libanesa Aheda Zanetti criou o *burkini*. O *burkini* é um traje de banho que permite a natação e cobre o corpo, exceto as mãos, pés e rosto, ele se parece com um traje de mergulho, mas com tecido adequado para a prática de esportes.

Percebe-se que a moda e algumas empresas buscam se adequar às necessidades e

demandas das atletas, entretanto, na seara jurídica e as regras esportivas ainda são necessárias mudanças, especialmente sobre respeitar o uso do véu e de roupas que cobrem o corpo. O tema de vestimentas das mulheres permeia o mundo jurídico, especialmente quando atingem direitos humanos e fundamentais, criando obrigações e/ou proibições.

Nesse sentido, a França escancarou choques culturais e religiosos sobre a exibição (ou não) de corpos femininos, sobretudo o uso de véu e roupas que cobrem boa parte do corpo, quando decidiu proibir o uso de burca e niqab, em espaços públicos e escolas públicas. A lei causou protesto por parte da comunidade islâmica e defensores de direitos humanos, envolvendo discussões sobre laicidade e imperialismo cultural (BAEZ, MEZZARROBA, 2012).

Observa-se que o uso do véu não tem relação com a nacionalidade, afinal pode existir uma pessoa de origem francesa (ou qualquer outra) que seja mulçumana, bem como uma pessoa estrangeira mulçumana na França. Portanto, não se trata da origem da pessoa em si, mas sim da crença religiosa e liberdade de vestimentas para as mulheres, o que demonstra a complexidade do tema.

O objetivo deste trabalho não é analisar o exercício da crença religiosa, mas sim o controle sobre os corpos femininos, sobre a vestimenta da mulher e a liberdade de exposição ou não de seus corpos, especialmente durante os jogos esportivos – que pode ou não estar inter-relacionado com a crença religiosa.

Quando as competições esportivas exigem trajes que exibem boa parte dos corpos, como biquíni, top e collant cavado para mulheres, permitem a reflexão sobre as formas de controle de vestimentas, que não estão necessariamente vinculadas a convicção religiosa, possibilitando questionar as reproduções machistas, patriarcais e violações de direitos das mulheres. Assim, o segundo e o terceiro caso que serão expostos não envolvem convicções religiosas, mas sim a liberdade da mulher sobre a exibição de seus corpos.

O segundo fato destacado envolve as atletas alemãs de ginástica artística nas Olimpíadas de Tóquio/2020. Neste esporte, o collant cavado é frequentemente usado pela equipe feminina, sendo também autorizado pela Federação Internacional de Ginástica (FIG) o uso de uniformes cobrindo as virilhas. O debate sobre a exibição dos corpos nesse esporte foi estimulado porque as alemãs decidiram se apresentar com traje cobrindo as pernas até o tornozelo e manga longa ao invés dos tradicionais collant cavados na virilha.

O uso desse traje pela equipe alemã teve intenção de manifestação política sobre a exibição de corpos femininos e a liberdade das atletas. Inclusive, Pauline Schäfer, atleta da equipe alemã, se manifestou: “Temos a ideia de que cada ginasta deve estar confortável com as roupas que usa, e por isso criamos essa vestimenta. É muito importante que cada mulher use aquilo que ela quiser” (UOL,

2021). Em geral, as atletas se queijam sobre collant cavado, pois é desconfortável, gera preocupações durante os movimentos, especialmente para não mostrar coisas que não queiram, além da cobrança por padrões de beleza, depilações, dificuldade com o uso de absorventes, por exemplo.

É necessário destacar que na ginástica artística é comum as mulheres se apresentarem usando collant cavado enquanto os homens vestem camisa e calça ou short, a depender do aparelho e apresentação. Não é exigido aos homens usar somente um collant cavado, exibindo as virilhas. Na verdade, não é comum eles assim o façam, diferentemente das mulheres.

O terceiro fato sobre o uso de uniformes e liberdade da mulher envolve a equipe feminina de handball de praia da Noruega no jogo contra a Espanha, em 2021. Neste jogo, as atletas usaram um short colado que tampava a virilha e a bunda, não vestindo o biquíni, como costumavam fazer. O tamanho dessa peça foi o suficiente para cobrir as nádegas e a virilha, mas não chegou próximo ao joelho - como são os shorts da equipe masculina - e toda a equipe feminina usou o short do mesmo modelo e cor, mantendo a uniformidade entre as atletas.

Esse fato, diferentemente do vôlei de praia e da ginástica artística, não foi bem recebido pela Federação esportiva do ramo. Ao revés: a Federação Europeia de Handbol de Praia afirmou serem “roupas inadequadas” e aplicou multas a equipe norueguesa.

A imposição da multa e a justificativa dessa sanção intensificaram o debate sobre fatores sexistas nas regras esportivas sobre uniformes, bem como sobre o controle e objetificação de corpos de mulheres. Sobre isso, a goleira Tonje Lerstad, disse à BBC (2021): “É chocante termos que pagar para não jogar de biquíni”. Em colaboração a causa do time, a cantora Pink (VEJA, 2021) se dispôs a pagar a referida multa sexista.

Além da multa aplicada, uma foto da equipe de handball de praia da Noruega contribuiu para o debate. Na foto, a esquerda estava a equipe masculina vestindo o uniforme composto por camiseta cavada folgada de cor vermelha, cobrindo a barriga e o peito, e um short largo de cor azul, de comprimento próximo ao joelho. Do outro lado, a direita da imagem, estava a equipe feminina, vestindo uniforme de tops vermelhas e biquíni azul, mostrando a barriga, virilha e parte das nádegas. Para a Federação Europeia, esses uniformes seriam os ‘adequados’: as mulheres de biquíni e não de short.

A diferença entre os uniformes de handball de praia norueguesa da equipe masculina e feminina são nítidos, possibilitando o questionamento do que seria ‘inadequado’ se ambas as equipes praticam o mesmo esporte, necessitam da mesma mobilidade. Ora, seria um controle dos corpos femininos, transformando-os em objetos a serem exibidos publicamente, estando presente uma discriminação de gênero, um resquício do patriarcado e machismo?

Todos os fatos destacados envolvem regras esportivas sobre uniformes, mas passam a ser de interesse jurídico quando impactam diretamente na liberdade, a intimidade, a igualdade e a não discriminação de gênero, que atingem tanto a esfera pública quanto privada das mulheres envolvidas, especialmente as jogadoras profissionais. Diante disso, o próximo item terá enfoque sobre direitos das mulheres relacionados.

II. Os uniformes esportivos e os direitos da mulher

Os direitos das mulheres e a presença delas nos jogos esportivos veem de uma longa trajetória de conquistas. Quando os jogos olímpicos eram realizados na Grécia Antiga, a mulher era excluída das competições, pois não poderia desempenhar a condição de cidadã (PEREIRA, 2019, p. 47). Existiam atividades restritas aos homens e, nos jogos modernos, com o passar do tempo, as mulheres foram aceitas.

No século XVIII, as mulheres não podiam exibir seus braços e nem pernas durante os exercícios e usavam durante a prática esportiva saias sobrepostas e pesados vestidos, espartilhos, o que dificultava a locomoção e causava grandes desconfortos às atletas (OLIVEIRA, 2006, p. 115). Nesse contexto, preocupavam-se com a aparência da mulher, de evitar vulgaridades e restringiam a presença delas para algumas modalidades esportivas, como bochas e de arco e flecha.

No século XIX e XX, as mulheres já foram proibidas de competir provas de longas distâncias e esforço, acreditando na ‘fragilidade feminina’, o que gerou protesto por parte das mulheres, especialmente na competição em Boston no ano de 1967 (OLIVEIRA, 2016, p. 118), indicando que elas eram sim capazes de praticar esportes.

Mourão (2000) observou como a presença da mulher no esporte vem passando por um processo de ‘emancipação’, com diminuição das restrições à prática de modalidades esportivas e do controle da família sobre a mulher, incluindo seus corpos - passando da segregação para um processo de democratização. A Autora (MOURÃO, 2000, p. 11) destacou que historicamente “algumas mulheres que já estavam transitando fora do lar e ocupando o domínio público buscavam o direito de utilizar o próprio corpo da forma como desejarem, portanto, jogando tênis, golfe e pedalavam suas bicicletas”.

Em relação as mulheres brasileiras, elas foram inseridas no mundo do esporte em meados de XIX e ganhou maior visibilidade no começo do século XX (GOELLNER, 2005, p. 86). A participação da mulher nas competições esportivas vem crescendo ao longo dos anos e faz parte da conquista de direitos das mulheres, a liberdade de praticar esportes, mas não é só.

Apesar de estarmos no século XXI, com maior presença de mulheres nos esportes e nos jogos olímpicos, ainda é necessário buscar a igualdade de gênero e o respeito aos direitos da

mulher, especialmente sobre a liberdade de utilizar o próprio corpo durante as práticas esportivas e as regras de vestimenta em competições, todavia agora não no sentido de necessitar de mobilidade, de livrar-se das roupas pesadas, mas sim sobre a não exibição dos corpos obrigatoriamente. Ainda é necessário dar maior visibilidade às “questões de gênero e esportes nas políticas públicas” (BRAUNER, 2015, p. 531).

Conforme exposto no item anterior, verificou-se que os uniformes usados pelas atletas egípcias estavam relacionados a religião e, por outro lado, as atletas alemãs e norueguesas não envolvem a liberdade religiosa em si, mas todos esses casos estão relacionados a vestimenta de mulheres durante o esporte. Esses posicionamentos das atletas femininas são claras manifestações sobre reconhecimento da liberdade e respeito a intimidade sobre o próprio corpo, são esforços de resistência sobre a exibição forçada de corpos femininos e a clemência para rever os parâmetros igualitários de uniformes esportivos, sem discriminação de gênero, seja por motivos religiosos ou não. Esforços esses que não podem ser ignorados para o avanço da igualdade de gênero.

Questiona-se: a liberdade da mulher de dispor sobre o seu próprio corpo pode ser relativizada nas competições esportivas? Até que ponto?

Em determinados esportes, a possibilidade de atingir direitos humanos e fundamentais faz parte do risco da própria competição, como nas lutas de boxe e judô. Bittar (2015) explica que um lutador dentro do ringue, durante um campeonato, pode ser atingido por um golpe e sofrer lesão física, mas não será considerado um ilícito se as regras da luta foram respeitadas e se o lutador participou de livre e espontânea vontade da competição. Outro exemplo é a proibição do consumo de determinadas substâncias que caracterizam *dopping*. Neste caso, a liberdade de ingerir alimentos e medicamentos foi limitada para garantir o *fair play*, o ‘jogo justo’ e a igualdade entre os atletas, e não caracteriza ato ilícito.

Nessas duas situações, a limitação de direitos como a integridade física e a liberdade podem ser relativizados e não são consideradas uma afronta a direitos humanos e fundamentais, pois estão relacionados a fatores inerentes a atividade esportiva e a justa competição, independentemente de gênero, mas quando a questão envolve uniformes, a situação é um pouco diferente e merece atenção.

Primeiramente, retoma-se o conceito de uniforme: a palavra tem origem latina “uniformis”, conforme o dicionário Michaelis(2021)³, é um adjetivo com os seguintes significados:

1. Que se caracteriza pela ausência de variação, diversidade, intensidade, modo, grau etc.; idêntico, igual: O desenvolvimento econômico não tem sido uniforme em todo o país.
2. Diz-se de superfície, cor etc. que não apresenta variação quanto a sua aparência; regular: Depois que passaram a massa corrida, a parede ficou uniforme.

3 Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis. Editora Melhoramentos Ltda. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/uniforme>. Acesso em: 18 set. 2021.

3. Que é semelhante ou afim; análogo: O casal tem interesses uniformes.
4. Que é constituído por elementos idênticos ou muito parecidos em um determinado aspecto; homogêneo: O nível dos alunos da turma de inglês é bem uniforme.

Assim, uniforme indica a igualdade, semelhança, sem variações. Semelhantemente é no esporte: o uniforme busca padronizar os jogadores do mesmo time e diferenciar do oponente. Ainda, os conforme a tecnologia das indústrias têxteis e esportivas se desenvolvem, os uniformes visam fornecer a segurança e a mobilidade necessária para cada esporte. Cada modalidade e campeonato esportivo define as regras de vestimentas e requisitos de uniforme, limitando a liberdade de vestimenta.

No vôlei de areia, handball e ginástica artística, por exemplo, os movimentos dos atletas masculinos e femininos são tecnicamente os mesmos e, portanto, necessitam de uniformes que forneçam a mesma liberdade de movimentos, segurança e conforto, além dos requisitos de semelhança entre membros do time. Acontece que as regras de uniformes esportivos contêm diferenças de gênero: para mulheres são vestimentas mais cavadas, que cobrem menos o corpo, enquanto para homens as vestimentas são mais largas e cobrem mais o corpo, em especial regiões da bunda, barriga e virilha.

Qual o motivo de obrigar a mulher exibir o corpo - a barriga, bunda, virilha, por exemplo - enquanto os homens, no mesmo esporte, não são obrigados pelas normas esportivas a exibir essas partes do corpo, sendo inclusive autorizados a cobri-las, usando shorts e blusas, sem causar prejuízos aos movimentos e o desenvolvimento das atividades esportivas? Por que um short, mais largo e cumprido, é considerado adequado para homens e “inadequado” para mulheres que praticam a mesma atividade física? Não há justificativa esportiva. Não há prejuízo para a técnica, força, velocidade e tampouco o rendimento do esporte.

Nos dias de hoje, as competições esportivas parecem tratar com naturalidade a exibição do corpo feminino, com apelo estético, ao passo que os corpos masculinos não. Os homens atletas possuem majoritariamente, conforme regras esportivas, a liberdade de cobrir seus corpos com shorts e blusas, sem que isso implique em multas, como vôlei de praia e ginástica artística.

Essa controvérsia é importante para analisar os fenômenos que atingem as mulheres, mesmo que aparentemente sutis, mas servem de controle sobre seus corpos, violência e discriminação de gênero, ferindo a igualdade.

A violência contra a mulher possui características estruturais e estruturantes, o que inclui sobre o corpo e o mercado de trabalho, necessitando de ações afirmativas (DELGADO, CAPPELLIN, SOARES, 2000). Nesse sentido, as desigualdades de gênero nas suas múltiplas formas ocorrem no ambiente esportivo sendo necessário repensar regras esportivas de vestimenta

sob o prisma da igualdade de gênero e respeito à liberdade da mulher sobre o próprio corpo.

A violência contra a mulher apresenta-se das diversas formas, como assédio sexual, estupro, assassinatos, formas de discriminação e preconceito. Teles e Melo (2002, p. 28) conceituam a discriminação como: “o ato de distinguir ou restringir que tem como efeito a anulação ou limitação do reconhecimento de direitos fundamentais no campo político, econômico, social ou em qualquer outro domínio da vida”.

Existem as discriminações positivas, também conhecidas como ações afirmativas, medidas compensatórias, que visam acelerar o processo de igualdade e remediar as situações historicamente desvantajosas das mulheres (TELES, MELO, 2002, p. 35-36), mas no caso dos uniformes esportivos, as distinções entre o time feminino e masculino não se justificam como um processo de medidas compensatórias ou para adequação as necessidades do biótipo específicas dos corpos femininos.

As regras de vestimentas esportivas se relacionam aos direitos humanos e fundamentais quando a obrigatoriedade de determinado uniforme atinge indevidamente a igualdade entre gêneros, intimidade, imagem, dignidade humana, liberdade sobre o próprio corpo, sem que isso tenha relação com a prática do esporte em si, podendo caracterizar uma violência velada contra a mulher.

Enquanto qualquer lutador de boxe, seja da equipe masculina ou feminina, está sujeito a sofrer danos físicos decorrentes da prática do esporte, o que é considerável aceitável pelo direito e pelas regras esportivas. Por outro lado, somente as mulheres estão submetidas a normas de vestuário que exigem mostrar seus corpos em determinados esportes, fato que precisa ser juridicamente questionado e revisitado a partir da perspectiva de Direitos da mulher, principalmente a igualdade, a liberdade, precisando refletir sobre os resquícios do patriarcado.

Os casos analisados no item anterior permitem verificar que as atletas manifestaram à vontade de não exibir o próprio corpo durante a competição esportiva e decisões como imposição de multas como forma coercitiva para exibição de corpos femininos - enquanto os homens não são submetidos a este constrangimento – é uma decisão esportiva que carecem de igualdade de gênero, intimamente relacionada a “supervalorização da estética corporal” para o desempenho atlético feminino, tema abordado pelas autoras SOUZA, CAPRARO e JENSEN (2017).

Os direitos humanos e fundamentais evoluíram, passando a reconhecer as mulheres como titulares de direitos, cidadãs, e criaram formas de proteção, inclusive documentos internacionais voltados ao combate à violência contra a mulher e a promoção da igualdade de gênero, dentre os quais destacam: Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida como CEDAW (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção Belém do Pará (1994).

Essas convenções internacionais apresentam objetivos de eliminar as discriminações contra a mulher e preconceitos, promover a igualdade de tratamento relativa as condições de trabalho, a igualdade entre homem e mulher, a liberdade de movimento, o direito a integridade física, mental e moral, por exemplo.

Conforme direitos humanos são constitucionalizados, eles adquirem eficácia que permeia todos os âmbitos de relações humanas, sejam elas públicas ou privadas, entre Estado-cidadão, cidadão-cidadão e cidadão e instituições, âmbito interno e internacional. Quando se trata da aplicação de direitos fundamentais, é possível compreender a eficácia atinge às relações privadas, entre terceiros, relações horizontais, vinculando entidades privadas aos direitos (PINTO, 2016, p. 172). Por isso, deveria incluir o âmbito esportivo: regras esportivas vinculadas aos direitos da mulher.

Nesse sentido, quando verifica-se, para o mesmo esporte, normas diferentes de uniformes em razão do gênero a fim de exibição de corpos femininos, transporta-se uma maneira de discriminação de gênero, o que não deve ser aceitável em um Estado Democrático de Direito e nem sob o olhar do Direito Internacional Humano, os quais se baseiam na igualdade de gênero, sendo necessário rever as normas de vestimentas esportivas discriminatórias, que obrigam a exibição do corpo feminino, a fim de efetivamente respeitar a liberdade e a igualdade de gênero, direitos humanos fundamentais da mulher sobre o próprio corpo.

III. A objetificação do corpo da mulher nas olimpíadas como reflexos dos princípios patriarcais

A desigualdade de gênero ainda presente em nossa sociedade submete a mulher a uma conseqüente disparidade de tratamento, e isso ocorre em diversas áreas, inclusive nos esportes. Na última edição das olimpíadas, como mencionado no tópico anterior, fora possível verificar a forma como nossa sociedade ainda enxerga a figura feminina de maneira ultrassexualizada e objetificada, reflexos de padrões culturais patriarcais e sexistas.

Segundo Werber (1991), os padrões culturais patriarcais, referem-se a uma forma originária de dominação, que consiste na “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria” (WEBER, 1991, p. 187). Neste caso a autoridade do chefe (pai) sobrepõe-se aos demais membros da família, que é compreendida como pai, mãe e filhos. O poder patriarcal então autorizava o homem e legitimava o direito de uso sobre o corpo das mulheres.

Nesse sentido, no contexto abordado acima, a diferença dos uniformes dos atletas olímpicos de uma mesma modalidade, exigida como condição ou requisito para participação da mulher no esporte, evidencia a forma desigual e desrespeitosa que é aplicada ao sexo feminino a

fim de transformar o evento em algo mais atrativo, a exposição do corpo em detrimento da garantia de participação, como bem demonstrado no episódio dos uniformes de handball de praia da Noruega.

Foucault (1996) apresenta em seus estudos importantes interrogações sobre o poder e sobre o saber, que encontra no corpo sua forma de manifestação, buscando saber como foi construído, valorado e dominado ao longo da história:

Mas o corpo também está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, agir sobre elementos materiais sem no entanto ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar a ser de ordem física (FOUCAULT,1999, p. 28-19)

O saber do corpo, para Foucault, não diz respeito a suas diferenças biológicas, mas sim através de mecanismos de controle que atuam por meio de discursos que carregam propósitos específicos de dominação. Discursos como os que foram utilizados nos jogos olímpicos, evento mundial, de grande repercussão e que deveria transmitir a garantia de direitos à todos.

Saffioti (2015) retrata que a dominação e exploração, no sistema patriarcal, referem-se ao âmbito familiar e a esfera política. Para a autora, a legitimidade dada ao sistema patriarcal, naturaliza as ações perpetuando a desigualdade entre homens e mulheres. Tal naturalização acaba por legitimar o controle dos corpos femininos expressa, muitas vezes, através da violência física, patrimonial, sexual, psicológica e simbólica.

Necessário discutirmos a situação ocorrida nas Olimpíadas para que possamos visualizar a forma como ainda reproduzimos e, por vezes, consentimos com comportamentos machistas, marcados por uma dominação masculina e por uma violência de gênero simbólica.

Como discorre Pierre Bourdieu (1930-2020): “A divisão entre os sexos parece estar ‘na ordem das coisas’, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas sexuadas), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.

Percebe-se que reproduzimos a arbitrária experiência das divisões, a começar pela divisão

histórica e socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes e que, por esses motivos, adquire todo um reconhecimento de legitimação.

Nossa sociedade foi construída sobre os princípios patriarcais: a ideia de que o homem nasceu para ser forte, austero, disciplinador, chefe de família; enquanto à mulher, são atribuídas características apenas relacionadas à fragilidade, delicadeza e subordinação para com o homem.

Para Mendes, citando Alda Facio, o patriarcado:

[...] é um sistema que justifica a dominação sobre a base de uma suposta inferioridade biológica das mulheres, que tem origem na família, cujo comando por milênios foi exercido pelo pai, e que se projeta em toda ordem social. Esse poder é sustentado por um conjunto de instituições da sociedade política e civil articulados para manter e reforçar o consenso expressado em uma ordem social, econômica, cultural, religiosa e política, que determina que as mulheres estejam sempre subordinadas aos homens, ainda que uma ou várias mulheres tenham algum poder, ou mesmo muito poder ou que todas as mulheres exerçam certo tipo de poder.⁴

O patriarcado enraizado em nossa sociedade e exemplificado através dos atos ocorridos nas competições olímpicas, demonstram a busca pela manutenção das desigualdade entre os sexos e a dominação masculina. Há manifesta discriminação e diminuição da condição de ser mulher por meio de várias instituições que reproduzem os pilares discriminatórios e a objetificação dos corpos femininos.

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação⁵: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la (BOURDIEU, p. 24, 1930-2020). Observa-se que em inúmeras situações o gênero masculino se apresenta como algo não marcado, de certa forma neutra em relação aos seus atos e comportamentos, como se tudo lhes fosse permitido e tido como “normal”, justificável, ao contrário do que se evidencia no feminino, que é explicitamente caracterizado.

Para Pierre Bourdieu:

A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão sexual do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no próprio lar, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, as atividades do dia, o ano agrário, ou o ciclo da vida, com momentos de rupturas masculinos, e longos períodos de gestação, femininos⁶.

Por meio de nossa construção histórica, desenvolvemos o corpo como uma realidade

4 MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica), p. 88; FACIO, Alda. Feminismo, género y patriarcado. In: LORENA, Fries; FACIO, Alda (Ed.). Género y derecho. Santiago de Chile: LOM Ediciones/La Morada, 1999.

5 D. Merllié, “Le sexe de l’écriture, notes sur la perception sociale de la féminité”, Actes de la recherche en sciences sociales, 83, junho 1990, pp. 40-51.

6 BOURDIEU, Pierre, 1930-2020, A dominação masculina. P.24. Tradução Maria Helena Kühner – 17ª ed. – Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2020.

sexuada e como depositário de princípios e visões de divisões conforme essas diferenças. Podemos observar que o poder que historicamente se construiu pelas mãos masculinas, foi transformado em violências e privações. Que a figura feminina sempre foi taxada como incapaz e, por esse motivo, sempre precisou de outro (figura masculina) para decidir sobre sua vida, seu atos, sua vestimenta e controlar a sua voz.

Quando a mulher quebra esse padrão cultural imposto à ela, de subordinação, dominação, ela depara-se com diversas barreiras sociais. Ademais, há que se notar que o gênero não deixa de ter uma ligação única com relações de poder:

[...] o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. Seria melhor dizer que o gênero é um campo primeiro no seio do qual ou por meio do qual o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas parece ter constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder, no Ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas (SCOTT, 2019, p. 69).

Por outro lado, a permanência da estruturação da forma como se encontra apenas fortalecem essas relações de poder. Cada vez que não se nega tal interferência, é o mesmo que a chancelar, tornando o intento revolucionário ainda mais difícil.

Quando discutimos a objetificação dos corpos femininos, estamos nos referindo à banalização da imagem da mulher, ou seja: a aparência das mulheres importa mais do que todos os outros aspectos que as definem enquanto indivíduos. A hipersexualização do corpo feminino está tão enraizada na sociedade que, conseqüentemente, não construímos o hábito de refletir e/ou questionar atitudes em que o corpo da mulher é estampado nas propagandas publicitárias utilizadas para promover produtos, perfumes, bebidas, carros, times de futebol, escolas de samba, concursos de beleza e etc (COSTA, 2018).

O corpo à mostra não deveria ser uma preocupação em um campeonato olímpico que recebe diferentes povos, culturas, comportamentos, crenças. Inexistem justificativas aceitáveis para a diferença de uniformes entre times femininos e masculinos que disputam a mesma modalidade esportiva.

Conforme demonstrado, o corpo da mulher sempre foi objeto de controle, instrumento de dominação e propriedade do homem, recaindo sobre ele a moral de uma sociedade patriarcal. Por esse motivo é preciso manter-se vigilante quanto a manutenção da perspectiva sexista que objetifica a mulher e mantem mecanismos de controle sobre seus corpos.

IV. A necessidade do movimento feminista como instrumento de libertação, emancipação e de reconhecimento do espaço e do corpo feminino

Durante séculos a violência contra a mulher não era vista como um problema social e

político, mas sim privado, devido ao fato de ocorrer em sua maioria, no espaço doméstico, sobre a influência e dominação masculina. Apesar do número elevado de mulheres que sofriam maus tratos, a questão era vista como algo restrito, uma vez que era obrigação do marido/pai conter e disciplinar sua mulher/filhas.

Se observarmos nossa sociedade atual e os fatos ocorridos na última edição das Olimpíadas envolvendo a discussão sobre os uniformes e o controle de corpos femininos, percebemos que não evoluímos tanto assim. É possível observar a herança deixada pelos moldes patriarcais, nos quais a mulher ainda é vista como propriedade, objetificada, tratada como inferior, circunstâncias em que os valores não são respeitados, há desigualdade em inúmeros aspectos.

Apesar da consolidação dos direitos humanos, o homem ainda é considerado proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, respeita sua virilidade, construindo a crença da sua superioridade. Desde o nascimento, ele é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo pra casa, não ser “mulherzinha”. Precisa ser um super-homem, pois não lhe é permitido ser apenas humano. Afetividade e sensibilidade são expressões que não combinam com a imagem do homem. Essa errônea consciência de poder é que assegura a ele o suposto direito de fazer uso de sua força física e superioridade corporal sobre todos os membros da família. De outro lado, venderam para a mulher a ideia de que deve ser pura, recatada e do lar. Que é frágil e necessita de proteção. Ao homem foi delegado o papel de protetor, de provedor. Daí a dominação, do sentimento de superioridade à agressão, é um passo (DIAS, 2019, p. 20).

A fim de modificar esse cenário e garantir a autonomia da mulher, o estudo defende a necessidade de aplicação do movimento feminista como meio emancipador da mulher. Para tanto, necessário compreender que o termo feminismo descreve um movimento social, político, cultural e econômico, que tem como objetivo estabelecer direitos igualitários e proteção legal para as mulheres.

Trata-se da luta contra as desigualdades de gênero e suas consequências na realidade material das mulheres, através de discursos emancipadores, espaço público de fala e campanhas pelos direitos e interesses da categoria feminina na sociedade.

Destaca-se em relação a igualdade, direito tão caro ao movimento feminista:

A concretização da igualdade de gêneros se constitui, sem sombra de dúvidas, em um direito humano basilar cuja ausência é conseqüência da mutilação ou inocuidade de vários direitos humanos de decorrentes. O valor histórico da igualdade, como consabido, se enquadra dentre os direitos humanos de segunda geração, relativos que são a uma importante conquista pós-iluminista. Todavia, a inserção da igualdade no quadro dos direitos humanos carregou alterações à própria concepção precedente de liberdade que caracterizava os direitos de primeira dimensão. A liberdade, depois da aceitação da igualdade material como uma pretensão social legítima, já não era uma liberdade de poucos, mas uma liberdade disseminada que só se faria sentir e vivenciar completamente a partir da igualdade real. No horizonte da segunda dimensão dos direitos humanos, a liberdade não é uma liberdade burguesa individualista, mas uma liberdade adjetivada pela isonomia material, que amplia os horizontes de realização pessoal, prostrando obstáculos situados no preconceito e na discriminação (PORTO, 2014, p. 20-21).

Assim como observado acima, a igualdade apresenta-se como um direito humano

essencial, e por tão motivo, essencial também para as mulheres, como meio garantidor de vida digna e justa. De tal modo que a liberdade e a igualdade só podem se dizer eficazes se estiverem ao alcance de todos, tendo as mesmas oportunidades e o mesmo acesso a direitos (PUGLIESI, 2020).

Em que pese as conquistas femininas nas últimas décadas, inegavelmente relevantes, à medida que concederam o direito à voz e à expressão política e social, as mulheres ainda enfrentam a opressão de gênero em quase todos os aspectos de sua vida, a exemplo da objetificação do corpo feminino, da hipersexualização de meninas e mulheres, fatores associados à desigualdade de gênero, conceito ainda estruturante em nossa sociedade e visivelmente empregados nos últimos discursos das Olimpíadas.

O movimento feminista nesse sentido vem para garantir a mulher, independentemente de sua cultura, religião, cor, etnia, o direito a autonomia de seu próprio corpo, sem que o mesmo seja utilizado como atrativo sexual, trata-se da luta contra a misoginia e contra todas as formas de discriminação específica de gênero contra as mulheres. O feminismo aqui esposado traz, em seu bojo, um potencial crítico bastante capaz de apontar caminhos, trilhas, picadas para se atingir o alvo expresso e desejado, ou seja, a democracia plena (SAFFIOTI, 2015).

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada e da realidade posta, concluímos que existe a necessidade de um amadurecimento quanto a efetividade dos direitos e da autonomia da mulher nas competições esportivas. Não se defende aqui a retomada aos tempos dos espartilhos e vestidos pesados, que prejudicavam o desempenho do esporte pela mulher e tampouco nos períodos em que as mulheres eram proibidas de participar das Olimpíadas e de determinados esportes.

O que se propõe hoje é respeitar a liberdade da mulher de não querer exibir determinadas partes do seu corpo, sem que isso comprometa o desenvolvimento da atividade física e nem a uniformidade entre a equipe. Trata-se da não objetificação da figura feminina à mera sexualidade, como meio atrativo ou forma de garantir estereótipos sexistas.

Significa, portanto, afastar as regras de vestimentas diversa de uma mesma modalidade de esporte, que considerem obrigatório o uso de biquíni, tops e collant cavados para mulheres, por exemplo, proibindo o uso de shorts ou *burkini* enquanto para os homens é permitido o uso de shorts e camisetas.

Busca-se demonstrar neste estudo a urgente e necessária mudança de paradigmas quanto a liberdade do corpo da mulher, a fim de criar verdadeiras condições de pensar e praticar a autonomia sobre seu próprio corpo, direcionando para o enfrentamento de padrões que buscam a manutenção de objetificação do feminino.

São espaços públicos, como o das Olimpíadas e competições esportivas, que proporcionam o debate importante sobre a igualdade de gênero, não sendo admissível que ainda tenhamos situações vexatórias como as que ocorreram na última edição. Necessário combater a objetificação ressaltando que as mulheres são indivíduos completos e capazes, que podem ser muito mais do que objetos de dominação masculina, o que se faz possível através dos argumentos aqui defendido.

Por meio do movimento feminista podemos reconhecer como as diferentes formas de discriminação se cruzam e amplificam a discriminação de gênero, analisando de forma crítica, como garantir que todas as mulheres colham os benefícios dos direitos das mulheres. Assim como as diferentes culturas e crenças exibidas nas Olimpíadas, é necessário o aperfeiçoamento das regras esportivas a partir de uma visão feminista, de igualdade e liberdade.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, Miriam. Mulheres atletas: re-significações da corporalidade feminina. **Revista Estudos Feministas**, v. 11, p. 445-465, 2003.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MEZZARROBA, Orides. A proibição do uso da burca na França sob a ótica dos direitos humanos fundamentais: proteção da dignidade humana ou imposição de um imperialismo cultural?. **Revista do Direito**, p. 6-30, 2012.

BBC News. As atletas multadas por não usar biquíni em campeonato europeu: “É chocante”. Responsáveis: Daniel Rosney e Manish Pandey. Publicado em: 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-58006243>. Acesso em: 24 set. 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAUNER, Vera Lucia. Desafios emergentes acerca do empoderamento da mulher através do esporte. **Movimento (ESEFID/UFRGS)**, v. 21, n. 2, p. 521-532, 2015.

COSTA, Ana Kerlly Souza da. Hipersexualização frente ao Empoderamento: a objetificação do corpo feminino evidenciada. **Anais do Seminário de Gênero e Sexualidade**, 2018. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/338.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

DE OLIVEIRA CALEGARI, Priscilla. Direitos humanos e a proibição do uso do véu islâmico. **Revista Vianna Sapiens**, v. 7, n. 1, p. 29-48, 2016.

DELGADO, Didice G.; CAPPELIN, Paola; SOARES, Vera (Org.). **Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa**. São Paulo: Boitempo, 2000.

DIAS, Maria Berenice. A lei Mari da Penha na justiça. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis online. Editora Melhoramentos Ltda. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/>

uniforme. Acesso em: 18 set. 2021.

ESTADÃO. **100 fatos e curiosidades sobre os jogos de Tóquio 2020**. Responsável: Raphael Ramos. Publicado em: 14 abril 2021. Disponível em:

<https://www.estadao.com.br/infograficos/esportes,100-fatos-e-curiosidades-sobre-os-jogos-de-toquio-2020,1163444>. Acesso em: 21 ago. 2021.

FERREIRA, Francirosy Campos Barbosa. Diálogos sobre o uso do véu (hijab): empoderamento, identidade e religiosidade. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 43, p. 183-198, jan./jun. 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: o uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, v. 1984.

GOELLNER, Silvana Vilodre. Mulher e esporte no Brasil: entre incentivos e interdições elas fazem história. **Pensar a prática**, Goiânia, v. 8, n. 1, p. 85-100, jan./jun 2005.

MOURÃO, Ludmila. Representação social da mulher brasileira nas atividades físico-desportivas: da segregação à democratização. **Movimento (ESEFID/UFRGS)**, v. 6, n. 13, p. 5-18, 2000.

O GLOBO. **Usando véu e calça, egípcias estreiam e entram para história olímpica do país: Doaa e Nada jogam com Ludwig e Walkenhorst, da Alemanha, e se tornam 1ª dupla do Egito a disputar os Jogos - de onde elas vêm, não é nada fácil ser mulher e atleta**. Responsável: Gabriel Fricke. Rio de Janeiro. Publicado em: 07 ago. 2016. Disponível em: <http://ge.globo.com/olimpiadas/volei-de-praia/noticia/2016/08/islamismo-veu-e-calca-egipcias-sao-1-dupla-da-historia-do-pais-na-olimpiada.html>. Acesso em: 21 ago. 2021

OLIVEIRA, Fátima Palha de. Inserção da mulher no ambiente desportivo. **Arquivos em Movimento**, v. 2, n. 1, p. 114-122, 2011.

PEREIRA, Adriana Bernardes. A mulher e o esporte: do desafio da desigualdade ao desacerto com as questões de gênero. In: RUBIO, Katia; CAMILO, Juliana A. de Oliveira (Org). **Psicologia social do esporte**. São Paulo: Laços Editora, 2019, p. 37- 66.

PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 6, n. 2, p. 165-188, 2016.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 3. ed. rev. atual e de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. **Revista estudos feministas**, Florianópolis, v. 13, p. 11-30, 2005.

VEJA. **Pink quer pagar “multa sexista” de jogadoras que se negaram a usar biquíni**: Seleção de handebol de praia da Noruega foi punida por não usar traje de banho em competição europeia: na Olimpíada, ginastas alemãs também fizeram protesto. Responsável: Amanda Capuano. Publicação

em: 27 jul. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura/pink-quer-pagar-multa-sexista-de-jogadoras-que-se-negaram-a-usar-biquini/>. Acesso em: 13 set. 2021.

SOUZA, Maria Thereza Oliveira; CAPRARO, André Mendes; JENSEN, Larissa. Olhos masculinos nascidos para a contemplação do belo: a relação entre esporte e mulher na crônica esportiva brasileira. **Revista Brasileira de Ciências do Esporte**, v. 39, p. 355-361, 2017.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

UOL. **Contra sexualização, ginastas alemãs abandonam collants e usam calças**. Responsável: Emétrio Vecchioli. Publicado em: 22 jul. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/olimpiadas/ultimas-noticias/2021/07/22/contrasexualizacao-ginastas-quebram-tabu-e-se-apresentam-de-calca.htm>. Acesso em: 21 ago. 2021.

WEBER, Max. Sociologia da dominação. In: WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1991. p. 187-223.

CAPÍTULO VI
POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO USO DA INTERNET E AS POLÍTICAS PÚBLICA REGULATÓRIAS

Evandro Monteiro DOS SANTOS¹
Fabio Dias da SILVA²

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar os direitos fundamentais e sua relação contextualizada ao uso da internet, de modo a harmonizar sua aplicabilidade em um mundo que, além de nebuloso, carece de maior regulamentação, haja vista que somente após 2018 que advém uma lei (Lei Geral de Proteção de Dados), sendo que ainda há diversos campos na *internet* que necessitam de proteção maior a evitar violações a direitos fundamentais resguardados pela Magna Carta. Pelo contextualizado não se mostra necessário a uma proteção contundente dos direitos fundamentais somente o papel do legislador ordinário, mas, também do administrador, a partir da adoção de políticas públicas regulatórias vem buscar e tutelar o que mais se espera de cada um dos indivíduos, o bem-estar e a busca pela tutela de seus direitos, ainda mais por se tratar de direitos fundamentais. Na consecução do estudo foi utilizado o método dedutivo que, partindo das políticas públicas em caráter geral, bem como do contexto da universalização da *internet*, passando à especificidade que os direitos fundamentais detêm no contexto do seu confronto com outros direitos fundamentais relacionados à própria *internet*. Por óbvio, assim, que somente com o esforço conjunto das políticas públicas regulatórias, do legislador e, também, do judiciário que se terá a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Direitos. Spam. Dados. Violação.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the fundamental rights and their contextualized relationship to the use of the internet, in order to harmonize its applicability in a world that, in addition to being cloudy, lacks greater regulation, given that only after 2018 does a law come about (General Law Protection), and there are still several fields on the internet that need greater protection to avoid violations of fundamental rights protected by Magna Carta. Given the context, only the role of the ordinary legislator is not necessary for a strong protection of fundamental rights, but also the role of the administrator, from the adoption of regulatory public policies, comes to seek and protect what is most expected of each individual, the well-being and the search for the protection of their rights, especially since they are fundamental rights. In carrying out the study, the deductive method was used, starting from public policies in general, as well as from the context of the universalization of the internet, passing to the specificity that fundamental rights hold in the context of their confrontation with other fundamental rights related to the internet itself. It is obvious, therefore, that only with the joint effort of regulatory public policies, the legislator and also the judiciary that fundamental rights and guarantees will be protected.

KEYWORDS: Internet. Rights. Spam. Data. Violation.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade discorrer sobre o avanço da *internet* e os problemas que vem gerando durante sua sequência de anos em atividade, além das influências que as políticas

1 Auxiliar Jurídico. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Evandro570@gmail.com.

2 Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Processo Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabiodiasilva@gmail.com.

públicas podem trazer para com o andamento do que se entende pela própria rede mundial de computadores com os direitos fundamentais.

A problemática gerada pela *internet* traz a devida análise de até que ponto os direitos fundamentais assegurados por nossa Constituição Federal podem ser violados e até que ponto os dados dos usuários estão seguros na *internet*.

Este trabalho igualmente discorrerá acerca dos problemas enfrentados no âmbito da *internet*, sendo eles: os *spams*, a comercialização de dados e a captação de dados, o que pode gerar um conflito aparente entre os direitos fundamentais.

Surge, assim, uma dúvida que será esclarecida no contexto desse trabalho sobre como harmonizar os direitos se o interesse individual deve se sobressair sobre o interesse coletivo.

Para a consecução dos resultados desse artigo será adotado o método dedutivo, partindo das políticas públicas em caráter geral, bem como do contexto da universalização da *internet*, passando à especificidade que os direitos fundamentais detêm no contexto do seu confronto com outros direitos fundamentais relacionados à própria *internet*.

Ademais, ao final buscará discorrer sobre a proteção jurídica que está sendo realizada no Brasil, para com os problemas encontrados na *internet*, de tal sorte que o âmbito de proteção, e a tutela dos direitos fundamentais, deve prevalecer, mesmo que em conflito.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INTERNET

Ao adentrarmos na esfera de intervenção do Estado sobre a *internet* é possível encontrar logo de início a proteção que foi dada aos usuários que utilizam desta ferramenta. No que tange aos direitos fundamentais estes estão dispostos em nossa Constituição Federal de 1988, sendo que com o advento da *internet* podem ser gerados conflitos entre os direitos estabelecidos e a *internet*.

Veja-se, dentro da *internet* o usuário dispõe de diversas ferramentas que este pode utilizar para movimentar operações diversas, operações estas que envolvem diversos direitos fundamentais, como os previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, entre estes direitos estão a liberdade de expressão prevista no artigo 5º inciso IX, lembrando sempre que a própria constituição veda o anonimato, resguardo ao direito à privacidade, tendo como base legal o artigo 5º, inciso X e também tem como direito fundamental o sigilo da correspondência, da comunicação e dos dados tendo como previsão legal o artigo 5º inciso XII. Os supramencionados direitos também passaram a ser objeto de legislação específica, sendo esta conhecida como Marco Civil Lei nº 12.965/2014 e, posteriormente pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

Na *internet* temos ainda muitos dados que devem ser protegidos existindo algumas disposições legais que até tocam no tema como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor,

o Marco Civil da *Internet* e a Constituição Federal, especificamente sobre este tema não há disposição legal específica (TEIXEIRA, 2018, p.79).

Tarciso Teixeira (2018, p.79) igualmente comenta sobre a proteção de dados, alegando que mesmo que o decreto 8.771/2016 traga em seu artigo 11 e seguintes sobre dados cadastrais, não se pode afirmar que tal norma é um regime de jurídico sobre a proteção de dados.

Quando ainda estavam em trâmite os projetos de lei que originaram a Lei Geral de Proteção de Dados, Claudio Nazareno (2019, p. 1-3) assim comentou:

A discussão sobre proteção ao tratamento de dados é extremamente relevante em momento em que governos e corporações privadas adquirem enormes quantidades de dados a respeito de pessoas, estando estas na condição de consumidores pacientes, usuários ou cidadãos. A máxima “dados são o novo petróleo” é repetida em reuniões de negócios, ao ponto de a análise de dados e a identificação de novas oportunidades representar uma fronteira, significativa no setor de serviços. Apenas pra ilustrar essa afirmação, a Microsoft, ao adquirir a LinkedIn, em 2016, pagou 26 bilhões de dólares por uma empresa que possui um cadastro profissional de 430 milhões de usuários e 100 milhões de visitantes por mês (The Economist, 2016). O valor representa 60 dólares por usuário ou 260 dólares por visitante mensal. O Facebook, que possui 1 bilhão de usuários ativos diários (e 1,6 bilhão mensais), fatura mais de 5 bilhões por trimestre (Facebook 2016). Em outras palavras, cada usuário ativo diário que se utiliza do aplicativo, quer seja postando ou curtindo conteúdos, representa 20 dólares de faturamento anual para a empresa.

Ante os comentários exarados, mesmo que no contexto dos projetos de lei, é possível observar a preocupação, e conseqüente necessidade, de que os dados veiculados na rede mundial de computadores devem ser protegidos de modo urgente, necessitando não só de uma política pública, mas, também de um comportamento ativo por parte do legislador ordinário a resguardar os direitos fundamentais constantes na Magna Carta.

2.1 Do Direito à Privacidade

O primeiro direito fundamental que será exposto será o direito à privacidade, este que tem sua base legal firmada pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988 e que possui grande relevância quando se levanta o assunto sobre a *internet*, uma vez que nem todos os atos que o indivíduo praticou tem a característica de ser público ou de que todos tenham acesso.

Sobre o tema da privacidade Pinto Ferreira (1989, p.79) comenta que: “o preceito não existia na Constituição anterior, e o que motivou sua inclusão na Carta foi a ampla devassa da vida privada e da intimidade, prejudicando a imagem das pessoas.”

O supramencionado dispositivo constitucional assegura que os direitos à privacidade serão respeitados, respeito este que engloba a intimidade da vida privada, da honra do usuário e a sua imagem.

Ao ponto do que se fala sobre privacidade dos atos surge a questão de como é possível definir privacidade e qual seria a sua melhor definição, adota-se, assim, o conceito de Pereira (1997,

p. 202) em que a privacidade seria o conjunto de informações acerca de um indivíduo que possui livre decisão sobre o que fazer com estas informações, sendo que o mesmo pode decidir que estas pertencem somente a este de maneira exclusiva ou pode repassar essas informações a outros da maneira que achar mais viável. Deste modo a privacidade está relacionada a algo de conhecimento restrito.

Em busca de uma definição de privacidade, Tércio Sampaio Ferraz Junior (1992, p. 141) a conceitua que esta se diz respeito somente ao indivíduo, a atos ligados ao seu dia a dia, como vida em família, o íntimo da parte, que deve ser guardado com discricionariedade.

Sonia Aguiar (2002, p. 25) faz apontamentos interessantes no que tange a intimidade do indivíduo. Sustentando que essa consiste em fatos do mais profundo íntimo da pessoa e tais fatos possuem um caráter sigiloso tendo o seu detentor o direito de não os ver revelados a terceiros. No âmbito da vida privada é uma esfera que possui um pouco menos de intimidade, onde a natureza desse aspecto não é tão reservada.

No que concerne à proteção da intimidade e da vida privada, José Cretella Júnior (1990, p. 257) comenta que podemos definir intimidade como sendo aquilo que possui um status íntimo, isolado, sozinho, pois é assegurado uma liberdade ou direito de a parte não ser atrapalhada, desta estar só de não ser vista por estranho.

Para José Afonso Silva (1997, p. 202):

Este considera que a locução 'direito à privacidade', lato sensu, abarca todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o art.5º, inc. X, da Constituição Federal consagrou: direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Ademais a privacidade é um dos pontos mais importantes para uma sociedade tão computadorizada quanto a sociedade atual entendendo-se por privacidade todos os aspectos que as pessoas não gostariam que viessem a público ou ganhassem caráter público. Dotti (1980, p. 256) defende que: “a evolução da informática ameaça o desenvolvimento natural da personalidade, sendo isso o que justifica a tutela da vida privada”.

Deste modo a Constituição Federal de 1988 tentou assegurar através de seu dispositivo constitucional que os atos que as partes entendessem como sendo algo privado e deveriam ser restritos e estariam protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Por parte do sistema judiciário brasileiro cabe a proteção ao mencionado direito, tendo em vista suas raízes constitucionais, ainda mais tidas como fundamentais.

Sobre a devida proteção ao direito à privacidade, o Superior Tribunal de Justiça, em análise ao Recurso Especial, nº 1.728.040/SP, decidiu que:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. QUESTÕES DEVIDAMENTE APRECIADAS. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO EXPRESSO DE IMPROCEDÊNCIA TOTAL DOS PEDIDOS FORMULADOS NA APELAÇÃO DOS RÉUS. VEICULAÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA, ORA RECORRENTE, EM PROGRAMA DE TELEVISÃO, EM CONTEXTO DESRESPEITOSO E COM INSINUAÇÕES DE NATUREZA SEXUAL, SEM AUTORIZAÇÃO. PROGRAMA "PÂNICO NA TV". VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA AUTORA (IMAGEM E PRIVACIDADE). DANO MORAL DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. **1.** O propósito recursal é definir, a par da adequação da tutela jurisdicional prestada (omissões no acórdão recorrido e julgamento *ultra petita*), se a veiculação da imagem da recorrente, no programa "Pânico na TV", afrontou seus direitos da personalidade, a ensejar a condenação por danos morais. **2.** Não houve a apontada negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem analisou todas as questões suscitadas pelas partes e suficientes para o deslinde da controvérsia, inexistindo, assim, qualquer omissão no acórdão recorrido. **3.** Havendo pedido expresso dos réus, no recurso de apelação, no sentido da improcedência total dos pedidos formulados pela autora, não há que se falar em julgamento *ultra petita*. **4.** Sempre que houver agressão a algum direito da personalidade do indivíduo estará configurado o dano moral, a ensejar a devida compensação indenizatória. **4.1.** Na hipótese, a conduta dos réus em divulgar na mídia (televisão e internet) o corpo da autora em trajes de banho, ainda que o rosto tenha sido parcialmente encoberto, sem a sua autorização, em contexto desrespeitoso e com insinuações de natureza sexual, no quadro "Vô, num vô", do programa humorístico "Pânico na TV", com fins comerciais, violou o seu patrimônio moral, notadamente os direitos da personalidade concernentes à imagem e à privacidade da recorrente. **4.2.** O fato de a filmagem ter sido feita em local público não é suficiente para afastar, no caso concreto, o reconhecimento do dano moral. Isso porque não foram feitas imagens gerais da praia em que a recorrente estava, mas, sim, na verdade, o propósito da filmagem foi justamente o de explorar a imagem da recorrente, no contexto do respectivo quadro humorístico, em que os repórteres avaliavam os atributos físicos das mulheres, a fim de justificar a entrega do adesivo "Vô" ou "Num vô", a revelar a existência de dano moral indenizável, independentemente de qualquer prejuízo, nos termos do que proclama a Súmula n. 403/STJ. **4.3.** A liberdade de imprensa não pode servir de escusa a tamanha invasão na privacidade do indivíduo, impondo-lhe, além da violação de seu direito de imagem, uma situação de absoluto constrangimento e humilhação. **4.4.** Tal o quadro delineado, é de rigor a condenação dos réus em indenização por danos morais, fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros de mora a partir da data do evento danoso, e correção monetária a partir deste julgamento, além da obrigação inibitória fixada na sentença. **5.** Recurso especial parcialmente provido.

Pelo que se verifica é evidente que o direito à privacidade possui grande relevância, sendo que mesmo quando a imagem de determinada pessoa é retratada na televisão configura-se o mínimo necessário para que se tenha a sua veiculação a expressa autorização da pessoa para que não se viole qualquer direito.

Deste modo se torna clarividente que o direito à privacidade, possui grande relevância, e o mesmo possui uma tutela protecionista de destaque, basta analisar o recurso especial apresentado acima, no primeiro recurso, temos a violação ocorrendo por meio de um sistema televisivo, com a divulgação de imagens da autora da demanda.

O que se observa é uma constante preocupação do Poder Judiciário sobre o direito à privacidade como direito fundamental que é e do dever de que se tenha uma tutela adequada, trazendo conseqüentemente uma proteção quanto à sua eventual violação.

2.2 Do direito ao sigilo da correspondência e da comunicação e dos dados

Após a análise do direito fundamental da privacidade se faz necessário analisar o direito constitucional do sigilo da correspondência e da comunicação de dados, tendo esses direitos questões que possuem grandes problemáticas no âmbito da *internet*, demonstrando uma certa facilidade de serem violados. Tarciso Teixeira (2018, p. 83) comenta que: “o direito ao sigilo da correspondência, da comunicação e dos dados está relacionado a sua inviolabilidade”.

No que tange à mencionada inviolabilidade é possível dizer está intimamente ligada ao supramencionado direito de privacidade, pois este faz a função de zelador dos dados e fatos privados de uma pessoa. Ademais, ao que se refere a correspondência, a comunicação e os dados das pessoas, estes possuem caráter de inviolabilidade, isto quer dizer que ninguém pode acessar o conteúdo, pois o que se refere ao conteúdo este deve ser restrito àquele que o emite e àquele que recebe (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 71).

Deste modo entende-se que o sigilo de comunicação significa a liberdade dos atos de se comunicar através de qualquer veículo oferecido pela tecnologia atual, ainda mais com relação ao sigilo de dados e as informações sobre pessoas que, além de protegidos seu acesso é inviolável (JÚNIOR, 1988, p. 269).

Portanto, ambos os direitos expostos acima são chaves importantes para a proteção do usuário na *internet*, pois o indivíduo que se utiliza desta poderá recorrer a todo tempo à tutela destes direitos fundamentais, garantindo assim que não sejam violados.

2.3 Do direito à liberdade de expressão

Quanto o direito à liberdade de expressão, previsto no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que engloba diversas expressões de manifestação, dentre elas a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (TEIXEIRA, 2018, p. 84).

O supramencionado direito não possui apenas proteção constitucional, mas este também está assegurado por normas supranacionais, como exemplo temos o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica que dispõe que:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura

prévia, mas a responsabilidades posteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Tarciso Teixeira (2018, p. 84) faz apontamentos sobre o referido tema ora que ao citar o direito à liberdade de expressão este alega que seu exercício pode levar ao prejuízo do direito de privacidade, sendo que o contrário também seria aceito, a preservação da privacidade pode trazer perdas à liberdade de expressão, visto que pode ocorrer a censura.

No contexto da censura Cretella Junior (1988, p. 256) a define como “o exame feito por autoridades governamentais, moralistas e eclesiásticas dos meios de comunicação humana (livros, jornais filmes, teatro etc.)”.

A questão da liberdade de expressão na *internet* teremos diversas situações a serem enfrentadas, por exemplo temos os Estados Unidos que buscam controlar os computadores de escola e bibliotecas para que tenham o acesso bloqueado a determinados sites, que contanhem conteúdo pornográfico. A Justiça americana, de outro lado, vem se inclinado a considerar que a *internet* deve ser dada por completa, sem possuir restrições, considerando até mesmo inconstitucional o uso obrigatório de filtragem que retire parte do conteúdo da internet, pois para muitos isto violaria a liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda Constitucional, chegando até à análise pela Corte Americana da lei de 1966 denominada de *Communications Decency Act (CDA)* em que declarou a mesma inconstitucional, pois a mesma visava deixar a *internet* mais segura para crianças, mas para tanto proibia a divulgação de material obsceno e indecente (TEIXEIRA, 2018, p. 85).

Sobre a *Communications Decency Act (CDA)* Tarciso Teixeira (2018, p. 85) continua e faz comentários relevantes:

Essa lei foi considerada uma violação à liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, tendo em vista que os conceitos de obscenidade e indecência eram vagos, o que representava uma limitação do conteúdo da internet, até porque obrigaria os provedores a barrar uma imensa quantidade de material. Isso também porque alcançaria apenas os provedores norte-americanos. A decisão considerou que a internet não tem as mesmas características invasoras da televisão e do rádio, pois requer uma série de atos dos usuários para se ter acesso.

Sendo assim fica clarividente que até mesmo na *internet* não há motivos suficientes para se violar direitos fundamentais, sendo que a *internet* ainda é uma das maiores problemáticas para os ramos do direito moderno até que ponto pode ocorrer o conflito entre os direitos fundamentais e a intervenção jurídica sobre estes conflitos, vejamos que isso ainda é uma matéria que ira necessitar de aprofundamento extenso, ante a necessidade de se determinar até que ponto é proteção e até que ponto que ocorre a violação de direitos.

3. DA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE

Diante dos direitos assegurados pela nossa Constituição Federal de 1988, e alguns destes já mencionados no capítulo anterior, se faz necessário verificar a aplicabilidade destes às relações estabelecidas na *internet*, tendo como principal tema em destaque a violação da privacidade. No contexto da *internet*, não se deve analisar direitos de maneira separada, pois existem certas peculiaridades sobre o tema.

Tarciso Teixeira (2018, p. 86) cita como exemplo disto a prática do *spam* onde vários são os direitos que possivelmente se fazem violados, fazendo assim surgir aparentemente uma antinomia constitucional. De um lado se tem o direito à liberdade de expressão, inciso IX e o sigilo da correspondência, inciso XII, exigidos pelos *spammers* (aqueles que enviam as mensagens eletrônicas indesejadas), do outro lado há o direito à privacidade, inciso X, e o sigilo de dados, inciso XII, direitos estes reivindicados pelos usuários, pessoas físicas ou jurídicas, todos os incisos pertencem ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O envio das mensagens eletrônicas, a partir do *e-mail*, reflete a princípio o direito à liberdade de expressão e a proibição de seu exercício que poderia ser caracterizada como censura. O *e-mail* pode ser considerado uma espécie de correspondência eletrônica, a qual possui a mesma natureza jurídica da correspondência convencional, cuja inviolabilidade e sigilo estão assegurados no inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Ademais, o envio indiscriminado de mensagens, sendo estas os *spams*, à caixa de entrada de uma determinada pessoa podem ser consideradas uma violação do direito à privacidade amoldando-se a previsão legal do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Do mesmo modo que a captação de dados dos usuários, bem como o tráfico destes dados, pode infringir o artigo 5º inciso XII, que discorre sobre a violação dos sigilos de dados (TEIXEIRA 2018, p. 86).

A *internet* e a preservação ao direito à privacidade são um dos temas mais relevantes na atualidade, ora que a privacidade tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica podem vir a ser burladas e os dados obtidos de maneira ilegal se tornam comercializáveis, gerando uma violação a um direito amplamente protegido por nossa Constituição Federal de 1988. É tão relevante o

mencionado tema que diversos juristas passaram a se dedicar e a estudar sendo que José Afonso Silva (1997, p. 205) no ano de 1997 já previa em sua obra relevante discussão sobre isto expondo apontamentos, estes que se fazem relevantes e dignos de destaque:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça a privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem autorização e até sem seu conhecimento.

O desenvolvimento tecnológico gerou a clara evolução ao nosso dia a dia, mas tal avanço pode vir a gerar uma devassa na vida íntima das pessoas, Bastos e Martins (1988, p.61/62) já alertavam que tal desenvolvimento necessitaria de uma ampla proteção, daí vemos que existe a necessidade da proteção constitucional. É nítido que com a mercantilização dos dados, direitos podem ser violados, pois a *internet* a todo tempo transmite informações sigilosas e privativas, informações estas que se alcançarem destinos errados que podem vir a prejudicar os detentores iniciais dos dados.

O problema que reside quanto a violação à privacidade se origina em sites e provedores de *internet* que não se preocupam em estabelecer uma política verdadeira sobre a privacidade do usuário, ora que estes se utilizam do hábito de utilizarem os *cookies* para realizarem uma captação clandestina de informações dos usuários e em seguida formar banco de dados, que são comercializados por estes. No que se trata a estes bancos de dados tem como dados principais os endereços eletrônicos (e-mail), pois através destes endereços se abre a possibilidade de envio de mensagens não solicitadas como os *spams*, existindo até empresas especializadas no serviço de comercialização de dados, sendo as consequências destas mensagens não solicitadas que é o sobrecarregamento dos e-mails, levando o indivíduo a perder grande parte de seu tempo e no âmbito empresarial pode vir a gastar elevadas quantias para se proteger destes ataques (TEIXEIRA 2018, p. 88).

Ainda discorrendo sobre a problemática do envio de *spams*, Ricardo Lorenzetti (2004, p. 392) traz alguns apontamentos:

O envio de e-mails não solicitados pelo usuário constitui um modo de publicidade que diminui sensivelmente os custos de transação com relação ao correio tradicional, já que, uma vez que se consiga uma lista de usuários, podem-se enviar quantidades enormes de mensagens com baixíssimo custos. Os problemas são enfrentados pelos usuários do computador, que poderá receber vírus ou ficar diante da saturação de sua caixa de correio eletrônico, além da invasão da privacidade.

É grande a preocupação sobre a enorme quantidade de dados que circulam na *internet* e sobre as rápidas mudanças e da falta de segurança para aqueles que utilizam a *internet* para fins

pessoais, empresariais ou governamentais, o que vem gerando serio receio em sua utilização, diante de tantos problemas que estão sendo causados (VASCONCELOS, 2002, p. 279).

Pela possibilidade de os dados serem transmitidos de forma livre é necessário que deva existir algum controle sobre as informações Liliansa Minardi Paesani (2003, p. 99) nos alerta no sentido de que existe a necessidade de se equilibrar o avanço da *internet* com a necessidade de se obter algum controle do grande número de informações que circula pela mesma preservando os direitos fundamentais elencados em nossa Constituição Federal de 1988, bem como para estar preservando a privacidade.

Ricardo Luiz Lorenzetti (2001, p. 241) em Buenos Aires, expõem sua opinião sobre a invasão da privacidade pelo envio de *spam*:

En el derecho argentino, y en nuestra opinión, el e-mail no deseado es una clara invasión a la privacidad, por lo cual es aplicable el art. 1.071 bis del Código Civil, que dice que viola la intimidad 'el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondência, mortificando a otro em sus costumbres o sentimientos, perturbando de cualquier modo su intimidad' [...].³

Ainda sobre a violação ao direito à privacidade, disserta Ricardo Lorenzetti (2004, p. 393-394):

Quando não houver uma lei especial sobre o tema e a jurisprudência tiver de tomar decisões, deve-se proceder a qualificação do endereço eletrônico do usuário, a fim de perquirir se se trata de um lugar público, que permite a livre circulação de mensagens, ou de um local privado, cuja titularidade corresponde ao titular, e, portanto, está protegida pelas normas relativas à privacidade. Se for considerado um local privado, tem lugar o direito de impedir o envio de e-mails não desejados. Nestes casos, cabe a ação de reparação de danos contra o fornecedor que divulgue propaganda não solicitada e que continue a fazê-lo apesar da insistência do usuário para que cesse a prática. Já se defendeu que a regra da privacidade deve diferenciar o e-mail comercial do não comercial, sendo mais rigorosa no primeiro caso, por aplicação analógica das regras existentes no correio não virtual.

No direito argentino, e em nossa opinião, o e-mail não desejado consiste em evidente invasão de privacidade, pelo que resta aplicável o art. 1.071 do CC argentino, que determina que viola a intimidade “aqueles que arbitrariamente se intromete na vida alheia, publicando fotografias, difundindo correspondência, molestando outrem em seus costumes ou sentimentos, perturbando de qualquer maneira sua intimidade [...]

Há, de certo modo uma insegurança jurídica, pois não se sabe mais se a privacidade do indivíduo que se utiliza da *internet* estará protegida e seus dados estarão seguros em uma rede onde a segurança e a proteção não são palavras acessíveis e comuns, onde nada esta protegido e tudo pode ser vendido.

4 A INTERNET E A CAPTAÇÃO DE DADOS – COOKIES

Quando adentramos ao campo de evolução da *internet* se faz visível que esta se tornou

3 No direito argentino, e na nossa opinião, o e-mail não desejado é uma clara invasão de privacidade, portando é aplicável no art. 1.071 do Código Civil, que diz que viola a intimidade “o que arbitrariamente se intromete em vida alheia, publicando fotos, espalhando correspondência, mortificando o outro em seus hábitos e sentimentos, perturbando sua intimidade de qualquer modo. (tradução nossa).

uma ótima ferramenta de pesquisa que nos auxilia e favorece que tudo se torne mais prático, mas o problema atual que está fazendo com que diversos juristas fiquem em alerta é o conflito da *internet* com o direito à privacidade, direito este que já foi apresentado neste estudo.

Ora o conflito aparente entre a *internet* e mencionado direito se dá pela captação de dados que no mais das vezes é ilegal e não possui restrições. Esta mencionada captação pode se dar de duas maneiras, a primeira o usuário fornece seus dados através de formulários em sites ou através dos *cookies*, este segundo modo de captação merece maior atenção.

Sobre os *cookies* diserta Ricardo Luis Lorenzetti (2005, p. 490-491):

[...] os cookies, são fichários de dados gerados através das instruções que os servidores da web enviam aos programas navegadores e que são guardados num diretório específico do computador do usuário. É um instrumento para obtenção de dados sobre os hábitos de consumo, frequências de visitas a uma seção determinada, tipo de notícias a suprir.

Os *cookies* são um programa que registra os caminhos que o usuário passa pela *internet* e através disto se obtém dados e preferências do mesmo, onde os sítios eletrônicos podem ter informações relevantes para gerar uma publicidade de impacto sendo estas personalizadas com as preferências do usuário (TEIXEIRA, 2018, p.45). Para Lorenzetti (2001, p. 243) existe uma preocupação se a captação dos dados é feita sem autorização e sem o consentimento do usuário.

Tarciso Teixeira (2018, p.45) em sua obra classifica os *cookies* em duas maneiras, em passivos ou ativos, sendo que os *cookies* passivos seriam aqueles programas de computador que necessitam de autorização do usuário para armazenar dados e os *cookies* passivos não são ocultos e sua função é facilitar a vida do usuário, são opcionais e podem ter um fim específico de coleta de dados para fins de estatística. Já os *cookies* ativos têm a função de monitorar o comportamento do usuário tendo como fim principal registrar suas preferências, visando oferecer ao indivíduo *sites* que interessem ao mesmo, estes *cookies* não possuem autorização do usuário e obtém informações de maneira clandestina.

Lorenzetti (2005, p. 491) sobre o consentimento da instalação dos cookies, este alega que “[...] o usuário deve ser previamente notificado da presença desses fichários na página que visita, requerendo-se seu consentimento”.

A *internet* conflita diretamente com os direitos fundamentais elencados em nossa constituição, no que se refere aos *cookies* a mera coleta de informações praticadas por um site já pode gerar a violação ao direito à privacidade. O que seria ideal é que o site informasse qual seria o destino das informações que estes almejam coletar, os sites poderiam fazer isso tendo uma política explícita de privacidade, em que caberia ao usuário a escolha de fornecer ou não os dados, neste caso não haveria de se falar em violação à privacidade. (TEIXEIRA, 2018, p. 46).

Os países começaram a buscar alternativas para regular esta captação de dados, na

Argentina existe um projeto de lei que trata sobre comércio eletrônico em seu artigo 44 está previsto que os provedores poderão requerer os dados dos clientes para fins comerciais, ademais só poderão ceder a terceiros os dados, se houver o prévio consentimento e este não estará vinculado à realização do negócio. (LORENZETTI, 2001, p. 243).

Deste modo como já fora demonstrado neste estudo, os *cookies* são um dos grandes problemas que geram conflitos diretos ao direito à privacidade, *cookies* estes que armazenam dados que contém informações que muitas vezes não se fazem protegidas.

4.1 Do banco de dados – *mailing list*

Ainda sobre a captação de dados tem-se que a formação de banco de dados pelos chamados *mailing list*, cuja tradução literal seria “lista de dados ou endereços”, correspondendo às informações das listas de dados que são colhidas a partir dos *cookies* ou por preenchimento de informações inerentes ao usuário.

Se faz evidente que os mencionados bancos de dados, poderiam se tornar negócios lucrativos e viáveis a muitas pessoas até mesmo que Eva Motchi e Giordani Rodrigues (2001, p. 1-3) publicaram no ano de 2001 uma matéria intitulada como “*spammers* vendem milhões de e-mails e enganam internautas”, relatando que existem empresas vendendo seus produtos pela *internet* através de listas de e-mails de pessoas físicas e jurídicas, as quais para estas são oferecidas em larga escala. Os autores alegam que os valores cobrados são conforme a quantidade de e-mails e que estas empresas oferecem dois milhões de e-mails de pessoas físicas pela quantia de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e duzentos mil e-mails de pessoas jurídicas por R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), fornecendo ainda a possibilidade de se fazer pacotes, por exemplo, de um milhão de endereços de eletrônicos de pessoas físicas mais novecentos mil endereços eletrônicos de pessoas jurídicas por R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais).

Giordani Rodrigues (2001, p. 1-3), publicou ainda uma matéria cujo título foi: “empresa brasileira paga indenização por enviar *spam*”, matéria esta vinculada ao site Terra em que discorre que empresas que oferecem cadastros com endereços de e-mails de pessoas físicas e jurídicas estão se proliferando, tendo como intuito principal o envio em massa de mensagens eletrônicas não solicitadas, sendo os endereços disponibilizados em lotes e por categorias, categorias até mesmo de profissões, arquitetos, médicos, hotéis e muitas outras categorias de perfis.

Estas empresas que se utilizam de mensagens eletrônicas não solicitadas vem ultimamente se utilizando de técnicas para saber se o endereço eletrônico do destinatário está em atividade, uma das técnicas utilizadas por este é que na própria mensagem já colocam a informação de que no caso o usuário não queira mais receber a mensagem este deverá responder o *e-mail* indicando no assunto

a palavra “remove”, sendo outro artifício usado para confirmar se o *e-mail* se encontra em pleno funcionamento é o uso de um *link* que leva o usuário a um receptor de mensagem e desejando descartá-la, a utilizar-se do *link*, este confirma seu e-mail, sendo que quando o e-mail se encontra em pleno funcionamento este possui um valor maior ainda de comercialização (TEIXEIRA, 2018, p. 47).

Haroldo Malheiros (2000, p. 88) faz apontamentos ao tratar sobre a figura do agente fiduciário nas compras do consumidor pela *internet*, trazendo um alerta sobre a necessidade de uma empresa que manipula dados pessoais das partes em manter o cuidado para que esses dados não cheguem ao conhecimento de terceiros sem autorização para tanto, visto que se os dados forem direcionados a terceiros podem ser usados de maneira indevida gerando prejuízos significantes ao indivíduo.

Se tratando de proteção legal em nosso ordenamento, temos o Marco Civil da *Internet*, Lei 12.965/2014, cujo artigo 7º, trata das questões sobre o consentimento do usuário sobre a captação de dados e a formação de dados e a possível comercialização.

Deste modo se torna evidente que a formação de banco de dados e a comercialização destes é um dos problemas encontrados nesta nova era, e que este problema ainda esta longe de ser solucionado, sendo que as ferramentas de captação de dados se tornam cada vez mais precisas e utilizáveis, por empresas que visam somente o lucro e não se importam se estão violando diversos direitos.

4.1.2 As mensagens não solicitadas – *spam (e-mail, sms, whatsapp, telefone)*

Ao se falar sobre mensagens não solicitadas, ao ter como objeto de estudo a *internet*, temos como uma das principais dificuldades de uma era moderna os *spams*, espalhados através de mensagens eletrônicas solicitadas, mensagens estas que se chegam aos destinatários através de *e-mails*, Castro e Chamom (1998, p. 325), definem *e-mail* da seguinte maneira:

Electronic Mail: A transmissão de mensagens por uma rede de comunicações. O correio eletrônico, ou e-mail, é uma versão informatizada (de computador para computador, ou terminal para terminal) dos serviços de correspondência interna ou dos serviços postais. Usado em redes locais e redes remotas, o correio eletrônico permite que os usuários enviem e recebam mensagens – em certos casos, mensagens gráficas ou mensagens de voz – de uma para outra ou entre grupo de pessoas

Nos e-mails se tem a figura da mensagem eletrônica não solicitada, que é conhecida mundialmente como *spam*, que nada mais, nada menos são mensagens que possuem um conteúdo impróprio ou inoportuno, distribuído em massa por *e-mail*. Estes *spams* são mensagens eletrônicas que são enviadas sem o prévio consentimento do destinatário, distribuídas a inúmeros endereços, tendo como conteúdo produtos com um fim comercial ou não, no qual se divulgam e oferecem

produtos ou serviços, também são chamados de *junk e-mail*, na melhor tradução lixo eletrônico.

Com o desenvolvimento da *internet*, um dos maiores problemas que crescem de maneira assustadora é o envio de mensagens não solicitadas, ou não autorizadas. Maria Eugênia Reis Finkelstein (2004, p. 148) discorre que o *spam* é uma forma abusiva do uso de mensagens eletrônicas, que geralmente são associados a mensagens publicitárias, mas que não se apresentam como tal, seria o envio de e-mails sem autorização. O *spam* se origina da captação de dados, captação de dados esta que já foi mencionada neste estudo e através dessa que são encontradas listas de endereços eletrônicos que são utilizados, para enviar os *spams*.

Sobre as espécies de *spam* Maria Eugênia (2004,149), aponta duas espécies a primeira sendo aquela sem objetivos comerciais (*spam lato sensu*) e os com finalidade comercial (*spam stricto sensu*), sendo o que caracteriza o *spam* não é seu recebimento, mas sim a questão do destinatário não solicitar.

É gigantesca a parcela de *spams* que possuem fins comerciais, podendo ser considerada uma publicidade eletrônica, podendo ocorrer que aqueles que não possuem características comerciais tenham caráter ideológico, com intuito político-partidário, religioso entre outros, o que poderia ser considerado propaganda eletrônica. Antônio Herman Benjamin (1999, p. 266) faz uma distinção entre as palavras propaganda e publicidade, o qual estabelece que a publicidade sempre irá possuir um fim comercial, já propaganda possui um viés ideológico.

A prática do *spam* é um dos problemas da *internet* atualmente, pois faz com que os destinatários venham a perder tempo para analisar a mensagem e após isto exclui-la. Referida prática do envio de *spam* é denominada de *spamming*, observando que as pessoas que já conhecem a prática do *spam* nem costumam abrir as mensagens e tão somente as descartam, sendo que isso pode vir a gerar prejuízos, vezes que se ocorrer de uma mensagem ser intitulada como *spam* e na realidade era uma mensagem eletrônica de grande importância, certamente poderia chegar a danos a qualquer um dos envolvidos.

No que se trata sobre a regulamentação dos *spams* o Brasil regulamenta esta matéria através do Marco Civil da *Internet*, bem como pelo Decreto 8.771/2016 que trata sobre a questão do *spam* em seu artigo 5º, §1º, inciso I, prevendo a necessidade de prestação adequada no tocante à segurança das redes, bem como a restrição ao envio de mensagens em massa pelos *spams* e o controle de ataques de negação de serviço.

A prática dos *spams* está indo além do método conhecido de *e-mail* onde começou a ser difundida utilizando-se de meios como o *SMS* e o *WhatsApp* adotando-as como ferramentas de comunicação para o envio de *spam*, sendo um dos problemas atuais decorrentes da *internet*.

Sendo assim o *spam* é um dos três problemas listados acima que pode vir a violar

diretamente os direitos fundamentais dos usuários da *internet*, sendo necessário demonstrar como realizar a harmonização dos direitos para que ocorra o mínimo de conflito possível entre esses.

5 DO CONFLITO DE HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a análise destes três pontos se torna evidente que esses conseguem violar direitos constitucionais em uma proporção gigantesca, tornando-se relevante trazer à baila a harmonização dos direitos fundamentais.

Devido a nossa Constituição de 1988 assegurar uma vasta lista de direitos fundamentais, alguns destes podem vir a entrar em rota de conflito, sendo que o simples exercício de um direito pode prejudicar a outro, como exemplo disto temos o direito à liberdade de expressão que por diversas vezes conflita com o direito à privacidade.

Rene Ariel Dotti (1980, p. 134) ao discorrer sobre o conflito entre a liberdade de informação e o direito à vida privada assegura que se torna extremamente difícil precisar a fronteira entre o interesse de acesso à informação, que se dá pela liberdade de expressão e o domínio particular que diz respeito a vida particular.

Ora como já fora mencionado neste estudo, a captação de dados na *internet* e sua comercialização e o envio de *spams* são um dos possíveis conflitos aparente de direitos constitucionais. Sendo que como se já fez demonstrado, o envio das mensagens eletrônicas pode ser considerado uma manifestação ao direito à liberdade de expressão por parte do remetente, mas, por outro lado pode ser considerado uma invasão ao direito à privacidade do destinatário.

Estes conflitos poderiam ser objeto de uma norma, para enfim equilibrar estes direitos no campo da *internet*.

Pedro A. de Miguel (2001, p. 468-469) trata desta questão sob o prisma da Constituição espanhola:

Los servicios y aplicaciones de Internet pueden ser instrumentos para la realización de actividades que suponen intromisiones ilegítimas en el derecho la honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados en el artículo 18.1 Constitución y cuyo régimen de protección civil contiene la mencionada LO 1/1982. La propia Constitución (art. 18.4) prevé que ' (l) a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos', mandato que se ha traducido fundamentalmente en el régimen legal de protección de datos personales, que garantiza ante todo el derecho a la intimidad y reclama un análisis diferenciado.⁴

4 Os serviços e aplicações da Internet podem ser instrumentos para o exercício de actividades que envolvam interferência ilegítima no direito à honra, à privacidade pessoal e familiar e à própria imagem, garantidos no artigo 18.º, n.º 1 da Constituição e cujo regime de protecção civil contém a citada LO 1/1982. A própria Constituição (art. 18.4) dispõe que '(t) a lei deve limitar o uso da tecnologia da informação para garantir a honra e a privacidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos', mandato que foi fundamentalmente traduzido ao regime jurídico de protecção de dados pessoais, que garante sobretudo o direito à privacidade e exige uma análise diferenciada. **(Tradução Nossa)**

É inexistente em nosso ordenamento norma legal que discipline esta questão sendo nítido que deve existir um equilíbrio entre os direitos assegurados por nossa Constituição e este equilíbrio não pode inibir a prática do direito à liberdade das pessoas se expressarem e não deve ser retirada a inviolabilidade das correspondências até mesmo no caso de mensagens eletrônicas, ora que jamais devem ser lesados os direitos assegurados por nossa constituição, tendo como destaque o direito à privacidade e o direito a inviolabilidade dos dados.

Alexandre de Moraes (1999, p. 58) alega que nenhum direito individual é absoluto, ora que todos os direitos podem ser relativizados, ou seja não é ilimitado, pois seu limite esbarra nos outros direitos garantidos por meio de nossa constituição, ainda argumenta que isto se dá em razão do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas.

Se torna claro que o avanço da *internet* atualmente não trouxe só facilidades aos métodos de comunicação, podendo gerar transformações para os valores da sociedade, observando que se deve fazer uma ponderação sobre os direitos constitucionais, liberdade de expressão, sigilo da correspondência, direito a privacidade e ao sigilo de dados e se todos estes direitos forem mantidos de forma rígida, se corre o risco de se tornarem um obstáculo para rede mundial de computadores e para sociedade atual.

Talden Farias (2019, p. 1-3) sustenta que a *internet* possui rápida consagração devido a sua característica principal de máxima expressão de liberdade, o que se tornou muito difícil em manter o mesmo princípio da liberdade de expressão que orientou sua criação. Há a necessidade de um controle normativo mínimo parece ser evidente, considerando todos os atos ilícitos praticados na *internet*, ora que muitos países autoritários já demonstram interesses em cercear o acesso à rede em uma espécie de censura, podendo levar a *internet* a ter uma função contrária à sua pretensão inicial, que é a de democratização da informação.

A eventual censura da *internet* poderia ser um retrocesso a tudo que já fora conquistado, outrora a falta de privacidade do usuário da *internet* pode gerar problemas como o congestionamento pelo excesso de *spams*.

Sobre este tema discorre Renan Lotufo (2001, p. 240):

A liberdade de expressão pode entrar em conflito com o direito à privacidade [...]. E por isso mesmo todas as vezes que se tem essa situação de conflito, o chamado “direito de informação”, que não admite censura e a possibilidade de violação a um direito individual, se estabelece o que se chama de colisão de direitos e por isso deve ser solucionado através da aplicação do princípio da proporcionalidade, que é o princípio do moderno direito constitucional, com o qual se busca fixar qual será considerado, qual direito constitucional deve ser preservado.

O direito à liberdade de expressão possui uma relação direta, com o direito à privacidade,

Demócrito Reinaldo Filho (2005, p. 137-139) faz uma análise interessante sobre esta relação, ponderando que a liberdade de expressão pode ser analisada como o resultado da garantia da privacidade do homem, pois, se a este for sonogado a liberdade de pensar, de crença religiosa ou qualquer forma de afirmação de ideias, estará se afrontando a dignidade da parte, onde por vezes a liberdade de expressão funciona limitando a privacidade individual.

Existe ainda a problemática do impedimento de certas atitudes na *internet*, por exemplo, se um provedor impedir que determinados servidores espalhem os *spams*, em um primeiro momento isto até poderia se parecer algo de cunho satisfatório, mas se os provedores tomassem esta atitude poderia se dizer que o mesmo estaria realizando a função de órgão de censura, infringindo diretamente o direito constitucional da liberdade de expressão disposto no artigo 5º inciso IX, da Constituição da República de 1988, seria então o cerceamento do que a *internet* forneceu a humanidade, a liberdade sem fronteiras da informação. Se os servidores tivessem esta postura com os *spams*, certamente favoreceria a censura, mas de outro lado geraria uma barreira de informações relevantes decorrentes do bloqueio do mesmo servidor. Ademais nestes casos se analisa não só o interesse individual, mas sim o coletivo, pois no caso a *internet* é um direito do coletivo, devendo este último prevalecer sobre o individual (TEIXEIRA, 2018, p. 92).

Deste modo se torna evidente o problema de harmonização entre os interesses do coletivo e o interesse individual, Demócrito (2005, p. 37) analisa que se deve se buscar a harmonização de maneira a coordenar e a combinar os bens jurídicos em conflitos e para Alexandre de Moraes (1999, p. 58) agindo desta forma se evita o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do alcance de cada um dos direitos.

Sobre esta harmonização referente ao conflito de direitos, Canotilho (1993, p. 196-234) discorre que para se solucionar o conflito entre as normas constitucionais não se deve adotar um método radical, o certo a se fazer é buscar um critério de harmonização, com o fim de evitar o total sacrifício de um deles, isso explica a razão de um direito constitucional não ter prevalência absoluta em relação a outro direito constitucional, o que inibe o sacrifício de uns em relação aos outros, fazendo que assim sejam impostos limites recíprocos a fim de se chegar a uma concordância final.

Ainda se tratando sobre harmonização de direitos fundamentais, Demócrito (2005, p. 141) faz um alerta sobre a harmonização, discorrendo que esta pode gerar a prevalência de um direito em relação ao outro, conforme o interesse majoritário da sociedade.

Diante de tudo isto que se fez exposto acima se torna claro que se deve buscar um equilíbrio para o exercício dos direitos previstos em nossa Constituição Federal de 1988, tendo em vista as diversas relações estabelecidas diariamente na *internet*, principalmente ao que se refere aos direitos de liberdade de expressão, da privacidade de do sigilo de correspondência, das

comunicações e dos dados. Sendo que um dos caminhos mais práticos a se tomar é o de deixar claro que tais direitos podem ser relativizados de modo a assegurar o interesse coletivo sobre o individual.

6 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS E SUA HARMONIZAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO USO DA *INTERNET*

A princípio temos que políticas públicas regulatórias, de acordo com os ensinamentos de Ricardo Wahrendorff Caldas (2008, p. 5-6), “são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público”.

Partindo desse conceito observa-se que as políticas públicas regulatórias são aquelas que são adotadas pelo governo de qualquer esfera para fins de traçar objetivos a alcançar o bem-estar da coletividade e da sociedade, não deixando de lado os interesses públicos.

Uma vez traçado o fim para o qual as políticas públicas regulatórias são adotadas observa-se que todo o contexto dos três poderes deve ir de encontro a um fim em comum, tal como disposto em outros dispositivos da Magna Carta, como por exemplo o direito à saúde que, na exatidão do artigo 196, é um dever prestacional do Estado e que é direito de todos, sem qualquer distinção.

Torna-se necessário, partindo desse contexto, que as políticas públicas regulatórias, ainda mais no campo da *internet*, sejam pautadas na busca da proteção aos direitos fundamentais, onde se torna mais evidente a violação a direitos que, previstos na Constituição da República de 1988 não poderiam ser violados, mas, no máximo cotejados e resguardados um e outro.

6.1 Das Políticas Públicas Regulatórias e Direitos Fundamentais na *Internet*

Como amplamente defendido no contexto desse trabalho os direitos fundamentais há muito são violados no âmbito da *internet*, no mais das vezes para com a violação ao direito à privacidade, intimidade que, mesmo que desconhecendo o usuário que estará compartilhando na rede mundial de computadores informações que não poderiam de ser compartilhadas estão sendo violadas por um simples *click*, no caso dos computadores e um toque, no caso dos *smartphones*.

Além dessa própria violação dos usuários, pelo nebuloso campo de direito que a *internet* demonstrou ao longo dos tempos, observou-se que o Estado demorou a resguardar a privacidade em si tal como direito fundamental que é, tanto é verdade que somente a partir do advento da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) que foi possível observar um mínimo de guarda de direitos fundamentais indispensáveis ao ser humano.

Há um mínimo a ser resguardado pelo constituinte, como também há um mínimo a ser

adotado pelo próprio ente estatal que, a partir de políticas públicas regulatórias, determinará, em conjunto com o legislador, assim se pautando de um comportamento conjunto entre Poder Executivo e Legislativo, medidas a serem aplicadas no contexto da *internet*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 33) estabelece que a garantia à não sofrer censura, como a garantia à privacidade são *direitos-garantia*, não sendo, entretanto, naturais, presumindo uma vida em sociedade e também uma organização política a partir da própria existência do Estado.

Nesse ponto observa-se que há muito o que ser feito não somente pelo legislador, mas, sim pela própria Administração Pública a adotar, em cotejo com as disposições legais, políticas públicas regulatórias a resguardar direitos fundamentais que não deveriam nem ao menos de ser cogitados de lesados, mesmo que minimamente.

Com brilhantismo Danilo Doneda (2019, p. 319) nos ensina que:

A cuidadosa escolha dos instrumentos de tutela adequados à natureza dos interesses em questão é necessária em uma realidade moldada pela tecnologia que, ao mesmo tempo que requer clareza e precisão, está sujeita a radicais mudanças de rumo – requerendo a adaptação de todo um instrumental jurídico.

Por se tratar de um setor e uma área nebulosa, carente de regulamentação específica e igualmente carecedora de resguardo aos interesses daqueles que são titulares de direitos fundamentais, é preciso se ter, antes de mais nada, uma clareza e precisão nas formas de tutela e proteção desses direitos, impondo não somente uma radical mudança do que era normal, mas, também de uma mudança no contexto dos três poderes a observar as mudanças e conseqüentemente o resguardo aos direitos fundamentais.

Nesse sentido que as políticas públicas regulatórias ganham ênfase e se tornam mais ainda necessárias no contexto da *internet*, visto que não é possível que se tenha um mundo em que os direitos e garantias fundamentais são violados e até mesmo sopesados em detrimento de outros, vezes a necessidade de uma convivência harmoniosa entre todos, sem qualquer exceção.

CONCLUSÃO

O presente estudo, desde seu início, buscou deixar claro o sistema garantista assegurado por nossa Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5º fixou vasta quantidade de direitos constitucionais conhecidos como direitos fundamentais.

Direitos estes que são aplicados no âmbito da *internet* e que asseguram que o indivíduo tenha a experiência de se utilizar da *internet* de maneira completa, para que exerça suas atividades de maneira livre, tendo em vista que quando se analisa o momento atual de nossa sociedade, a cada dia avançados um pouco mais e o que era impossível ontem pode ser possível no amanhã.

Por esse pressuposto analisando a situação atual em uma era tão moderna discorreu o trabalho em suas entrelinhas sobre a proteção que deve ser dada e os problemas enfrentados por aqueles que se utilizam da *internet*, demonstrando que é inexistente a possibilidade de se pensar em direitos sendo violados a cada ato no meio cibernético e o indivíduo se manter inerte, devendo ser assegurado proteção aos usuários mediante a aplicação das denominadas políticas públicas regulatórias.

Mesmo sendo um avanço a *internet* observou-se que é um problema ante a inexistência de maiores instrumentos legislativos a determinar um mínimo de controle em toda sua extensão, sendo que o ciberespaço ainda é um ambiente onde leis, mesmo que aplicável em tese, não existem, ante a insuficiente regulamentação.

Ainda foi possível demonstrar a partir do presente estudo que o controle tanto judicial quanto legislativo se faz necessário quando a matéria principal é a *internet*, pois interesses individuais e coletivos se conflitam a todo momento. E por isto políticas públicas efetivas se fazem necessárias para que a evolução seja acompanhada pelo cenário legal e denotando especificidade no seu assunto.

Portanto, cabe ao aplicador do direito analisar o problema que esta defronte ao seus olhos e encontrar uma saída para este problema, sendo que deverá sempre ter em primeira vista se é existente uma norma que regule a situação e se existem precedentes para que o mencionado problema venha a ser resolvido.

Ainda nesse contexto demonstrou-se que os problemas e conflitos entre direitos fundamentais ainda permanecem no contexto da *internet*, visualizando ainda mais que o próprio usuário não sabe que o seu direito está sendo violado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFP. Cambridge Analytica se declara culpada por uso de dados do Facebook. **Revista Exame Abril**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook/>. Acesso em: 06.set.2021.

ASENSIO, Pedro A. de Miguel. **Derecho privado da internet**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v.2.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. “Capítulo V – Das práticas comerciais” IN: **GRINOVER, Ada Pellegrini [et.al]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C.**

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REsp 1.728.040/SP. Recorrente: Marcia Salvatore. Recorrido: Tv Ômega Ltda. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, 18 set. 2018. DJE: 21 set. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84160353&num_registro=201600263045&data=20180921&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 06.set.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL.** Resp 1.445.240/SP. Recorrente: S A P R DE S. Recorrido: A DO A M Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, 10 out, 2017. DJE: 22 nov. 2017 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78521462&num_registro=201302141542&data=20171122&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Brasília, DF. 14. ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

CASTRO, Gilberto; CHAMON, Valéria. **Tradução Microsoft Press. Dicionário de Informática.** Rio de Janeiro: Campus, 1998.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff; AMARAL, Jefferson Ney; LOPES, Brenner. **Políticas Públicas: conceitos e práticas.** Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/manual%20de%20politicass%20p%C3%9Ablicas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 06.set.2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, v.1.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais : elementos da formação da Lei geral de proteção de dados.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites.** São Paulo: RT, 1980.

FARIAS, Talden. **Internet, direito e liberdade de expressão.** Disponível em: <http://www.cbeji.com.br/novidades/artigos/index.asp?id=1056>. Acesso em: 08 mai 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Cadernos e Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, RT, n.1, out/dez. 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico.** São Paulo/

Porto Alegre: Síntese, 2004.

GOMES, Simões Helton. Brasil tem 116 milhões de pessoas conectadas à internet, diz IBGE. **Site do G1.Globo.com**. Disponível: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>. Acesso: 06.set.2021.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Comércio electrónico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

_____. **Informática, cyberlaw, e-commerce**. In: Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (Coords.) Direito e internet- aspectos jurídicos relevantes. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOTUFO, Renan. **Responsabilidade civil na internet**. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ive Gandra da Silva (Coords). Direito e internet – relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOTHEI, Eva; RODRIGUES, Giordani. **Spammers vendem milhões de e-mails e enganam internautas**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/informatica/2001/03/14/001.htm> Acesso em: 06.set.2021.

NAZARENO, Claudio. **Comentários ao PL 5276/16, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema11/2016_10154_p15276-2016-tratamentos-de-dados-pessoais_claudio-nazareno. Acesso em 06.set.2021.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet- liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, José Matos. **Direito de informação**. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980.

PINTO FERREIRA, Luís. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva. 1989.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **A privacidade na “sociedade de informação”**. IN: REINALDO FILHO, Demócrito Ramos (Coord.). Direito da informática – temas polêmicos. Bauru: Edipro, 2001

_____. **A diretiva europeia sobre retenção de dados das comunicações eletrônicas**. Disponível em: http://www.infojus.com/webmews/noticia.php?id_noticia=2567&. Acesso em: 08 mai 2019.

RODRIGUES, Giordani. **Empresa brasileira paga indenização por enviar spam**. Disponível em: <http://www.terra.com.br/informatica/2001/06/29/004.htm>. Acesso em: 05 de mai. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEIXEIRA, Tarciso. **Curso de direito e processo eletrônico doutrina, jurisprudência e prática**. 4. ed, atual, São Paulo: Saraiva, 2018.

VASCONCELOS, Fernando Antônio. **O CDC e a responsabilidade das empresas virtuais**. In: REINALDO FILHO, Demócrito Ramos (coord). **Direito da informática- temas polêmicos**. Bauru: Edipro, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Agente fiduciário do consumidor em compras pela internet: um novo negocio nascido da criatividade mercantil**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n.118, abr/jun.2000.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO DE LEI Nº 21/2020: A INEVIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA TUTELA PERSONALIZADA PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Hugo Crivilim AGUDO¹
Laura de Almeida NORONHA²

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar sobre as inovações do Projeto de Lei nº 21/2020, que determina os princípios de uma atuação ética sobre o processo de desenvolvimento da inteligência artificial. Ademais, para adentrar a análise do tema, é necessário dissertar sobre avanço da tecnologia, principalmente, sobre a ótica da singularidade da inteligência artificial, que proporciona a necessidade de uma tutela personalizada. Ainda, evidencia a criação do agente de inteligência artificial e suas qualificações, oportunidade na qual demonstra as diferenças com a figura do agente inteligente. Sendo assim, com o avanço da autonomia da inteligência artificial, é imputada uma responsabilidade a figura do agente de inteligência artificial, pelos danos que o sistema inteligente tem potencialidade de causar, entretanto, demonstra a margem de interpretação dessa responsabilidade. Além disso, destaca o caráter principiológico da lei, em respeito as diretrizes da organização para cooperação e desenvolvimento econômico, mas que pode indicar, em grande parte, a ausência de concretude do texto legal. E assim, ressalta a necessidade da tramitação de urgência do projeto de lei, para amparar o fenômeno jurídico, contudo, demonstra a imprescindibilidade da consulta aos profissionais de diversas áreas para garantir que o conteúdo do projeto de lei seja efetivo e funcional.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto de Lei. Inteligência Artificial. Agente. Princípios.

ABSTRACT

This paper intends to address the innovations of Bill No. 21/2020, which determines the principles of ethical action on the development process of artificial intelligence. Furthermore, to enter into the analysis of the topic, it is necessary to talk about the advancement of technology, especially from the perspective of the singularity of artificial intelligence, which provides the need for personalized guidance. Still, it highlights the creation of the artificial intelligence agent and its qualifications, an opportunity in which it demonstrates the differences with the figure of the intelligent agent. Thus, with the advancement of the autonomy of artificial intelligence, the figure of the artificial intelligence agent is held responsible for the damage that the intelligent system has the potential to cause, however, it demonstrates the scope for interpreting this responsibility. In addition, it highlights the principle nature of the law, in respect of the organization's guidelines for economic cooperation and development, but which can largely indicate the lack of concreteness in the legal text. Thus, it highlights the need for urgent processing of the bill, to support the legal phenomenon, however, it demonstrates the indispensability of consulting professionals from different areas to ensure that the content of the bill is effective and functional.

-
- 1 Advogado. Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB Presidente Prudente. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Digital pela Escola Brasileira de Direito. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Centro Universitário Leonardo Da Vinci. E-mail: hugo_crivilim@hotmail.com
 - 2 Discente em Direito no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Membro do Grupo de Direito e Tecnologia no ano de 2020. Estagiária do Tribunal de Justiça de São Paulo na Comarca de Osvaldo Cruz no ano de 2018 até 2020. Estagiária do Escritório de Assuntos e Aplicações Jurídica da Toledo no ano de 2021. Atualmente estagiária do escritório Bohac & Crivilim Advogados Associados. Email: lau.anoronha@gmail.com.

KEYWORDS: Bill. Artificial Intelligence. Agent. Principles.

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial é uma ciência que vem sendo estudada desde 1950, entretanto, atualmente com a evolução da tecnologia, que ocorre de forma veloz e exponencial, o sistema inteligente está cada vez mais presente na rotina das pessoas, dessa forma, tem a potencialidade de produzir efeitos jurídicos, que devem ser estudados pelo pesquisador do direito.

Portanto, em um primeiro momento foi abordado sobre a importância de amparar a inteligência artificial através de uma tutela personalizada, que foi concretizada pelo Projeto de Lei nº 21/2020, além disso, aduziu como o Brasil geralmente tende a tratar um fenômeno jurídico em relação aos outros países, principalmente, em comparação com a legislação de proteção de dados pessoais.

Em seguida, salientou sobre o forte caráter principiológico do Projeto de Lei nº 21/2020, por seguir as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, e evidenciou como isso pode afetar na proteção da segurança jurídica.

Logo, destacou a figura inovadora do projeto de lei, qual seja, o agente de inteligência artificial, e discorreu sobre suas qualificações, bem como, abordou sobre a generalização do legislador em conceituar quem se enquadraria nessa figura, e por fim, demonstrou as suas diferenças com o agente inteligente.

Assim, aduziu sobre a omissão do legislador em relação a responsabilidade do agente de inteligência artificial, nos casos de eventual conduta danosa, provocada pelo sistema inteligente, e discorreu sobre que tipo de responsabilidade deveria ser imputada e de que forma.

Além de que, demonstrou o confronto em relação a tramitação do projeto de lei no regime de urgência e a necessidade de uma audiência pública com profissionais da área, uma vez que, a inteligência artificial é uma ciência extremamente nova no ordenamento jurídico, e traz junto com ela, desafios complexos, que devem ser analisados de forma efetiva e com celeridade.

O objetivo do presente trabalho foi um estudo sobre os impactos da inteligência artificial na sociedade, a ponto de gerar efeitos jurídicos e clamar por uma tutela individualizada, para atender suas demandas. Além disso, cumpre destacar que essa tutela foi concretizada pelo Projeto de Lei nº 21/2020, entretanto, o referido diploma legal apresenta algumas omissões, que foram abordadas pelo presente estudo, bem como a sugestão para resolvê-las.

Cabe mencionar que a metodologia da pesquisa do presente trabalho se desenvolve com o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e doutrinas sobre o tema, além do método hipotético-dedutivo em que demonstra a viabilidade das proposições para responder a omissão do

legislador, e por fim, utiliza o conhecimento científico da pesquisa para vedar a lacuna.

ASPECTOS GERAIS DO PROJETO DE LEI N° 21/2020

Nos tempos atuais, a tecnologia avança a cada momento, com o intuito de satisfazer as necessidades dos seres humanos, buscando meios de facilitar ações que antes eram complexas. Em razão disso, a sociedade está caminhando para um ponto em que não há como mensurar a exponencialidade e velocidade de cada nova invenção, sendo assim, com o surgimento de nanotecnologias, impressoras 3D, inteligência artificial, entre outras tecnologias, o mundo caminha para se tornar cada vez mais autônomo tecnologicamente.

Além disso, outra prova robusta desse avanço da tecnologia aconteceu recentemente, enquanto o mundo enfrenta a pandemia do COVID-19, em menos de dois anos houve a necessidade de todos os setores se adaptarem com a tecnologia, exemplo disso, a ciência com as vacinas, as empresas com o *home office*, os restaurantes com os aplicativos *delivery*, e assim, mais uma vez, a tecnologia não só entra em cena, como é a função vital de tudo.

Sendo assim, o direito digital precisa amparar os novos fenômenos jurídicos decorrentes dessa mudança, já que em razão da sua velocidade, precisa de uma proteção singularizada, assim como afirma Pistarini (2020, p. 37):

Nota-se que a crise impactou em muitos aspectos da sociedade, principalmente no ambiente virtual. Desta forma, faz-se necessário elucidar o crescimento e a aplicação do Direito Digital nesse contexto: a possibilidade de diálogo comum através de analogias, costumes e os princípios gerais do Direito, tendo em vista que o território não é delimitável e a velocidade com que as informações se propagam é imensurável. Cada vez mais uma parte expressiva do ser humano está no ambiente digital, reduzindo a distinção entre a vida online e a offline. O Direito Digital está praticamente intrínseco à sociedade contemporânea, e seu estudo baseia-se no acompanhamento jurídico das novas determinações sociais e das novas modalidades de problemáticas que carecem de tutela personalizada.

Um dos grandes exemplos disso, é a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n° 13.709/2018), uma vez que, é evidente a importância da segurança de dados, sobretudo com a ascensão da globalização, e, principalmente, após os famosos casos de vazamento de dados por grandes empresas³, ou seja, empresas que detêm poder econômico para contratar uma equipe especializada em tecnologia da informação, tiveram seus dados vazados, demonstrando assim que, qualquer um estava sujeito a essa invasão de privacidade.

O direito precisa oferecer uma resposta para esses casos, por isso, países como França, Islândia, Indonésia, Finlândia, entre outros⁴, começaram a amparar esse fenômeno juridicamente, e

3 Pesquisas disponíveis em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2020/12/relembre-os-oito-maiores-vazamentos-de-dados-em-2020.ghtml>. Acesso em: 22 de setembro de 2021.

4 As principais leis de proteção de dados do mundo. Disponível em: <https://blog.idwall.co/protacao-de-dados-cenario-mundial-das-leis>. Acesso em: 23 de setembro de 2021

criar legislações ou atualizar as que já possuíam.

No caso anteriormente citado houve um progresso, quase imediato, dos países mencionados, para proteger e preservar os dados pessoais e dados pessoais sensíveis dos seus cidadãos, já no Brasil, no entanto, houve uma discrepância em comparação com as legislações de outros países sobre o tema, uma vez que, diante da urgência em regulamentar assunto, a legislação sobre proteção de dados só entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

Ainda que no ranking do The Inclusive Internet Index⁵, o Brasil ocupe o 69º lugar, como país com analfabetismo digital, é o que justifica ainda mais a urgência de tutelar um direito em risco, afinal, quanto mais falta de informação e inexistência de prestação jurisdicional adequada, maior o espaço que possibilita a violação do direito a privacidade.

Entretanto, atualmente, um grande progresso para o Brasil, é a criação do Projeto de Lei nº 21/2020, apresentado pelo deputado federal Eduardo Bismarck, que tem o intuito de estabelecer princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e outras providências. Portanto, é a oportunidade de o direito brasileiro acompanhar a inteligência artificial em sua íntegra, já que, esse novo fato que é capaz de produzir eventos jurídicos, e dessa forma, evitar que aconteça o atraso no amparo citado anteriormente com a criação da LGPD.

Além disso, quando se fala na criação de um projeto de lei para inteligência artificial, remete a ideia das regras da robótica, afirmadas por Isaac Asimov (1969, p. 03), em seu livro *Eu, robô*:

- Temos o seguinte. A primeira: um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano venha a ser ferido. – Certo! – A segunda – continuou Powell -: um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a primeira lei. – Certo! – E a terceira: um robô deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira ou com a Segunda Lei.

As leis que Isaac Asimov escreveu em seu livro de ficção científica, pareciam antes apenas uma fantasia, fruto da imaginação criativa do autor, entretanto, a tecnologia chegou em um ponto que se cogita criar projetos de lei semelhante com aquilo que o autor dispõe em seu livro, para restringir os efeitos lesivos que uma inteligência artificial possa causar.

Embora a inteligência artificial seja estudada desde 1950⁶, atualmente ela possui mais

5 Brazil is the second-highest ranked among 20 Latin American countries in the index, and 36th globally. Although the country's Internet Availability (48th) and Affordability (16th) is amongst the best in the world, its low score in Internet readiness (69th) due in part to sub-par digital literacy drags its overall score down. Disponível em: <https://theinclusiveinternet.eiu.com/>. Acesso em: 26 de setembro de 2021.

6 Em paralelo à evolução da IA clássica, outros termos surgiram: Computação Natural (1960), Inteligência Computacional (1994) e a Aprendizagem de Máquina (2007). Disponível em: <https://imasters.com.br/devsecops/colocando-os-pingos-nos-is-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

autonomia, fazendo parte da rotina, direta ou indiretamente de quase todas as pessoas, já que possui diversas aplicações, em todas as áreas, como medicina, economia, política e direito.

Nesse sentir, é imprescindível a criação de um projeto de lei para fornecer diretrizes sobre o desenvolvimento da inteligência artificial, visto que, não é algo mais futurístico e distante, é um fenômeno que está acontecendo atualmente e pode gerar danos, portanto não só pode, como deve ser regulamentado.

Em suma, a sociedade já vem sofrendo mudanças provocadas pela tecnologia, e deve haver restrições éticas e responsáveis para a atuação da inteligência artificial em prol da sociedade, por isso, é inevitável a criação de um projeto de lei para regulamentar sobre o tema, e em razão disso, a criação do Projeto de Lei nº 21/2020 é um acontecimento de grande valor no Brasil, já que estipula princípios e diretrizes de uma atuação ética dos sujeitos que participam do processo de desenvolvimento da inteligência artificial, que será melhor explicado no próximo tópico.

DA INFLUÊNCIA DA OCDE NO BRASIL E O CARÁTER PRINCÍPIOLÓGICO DA DIRETRIZ

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional, com o objetivo de desenvolver o crescimento econômico e desenvolvimento de todos os países membros, dessa forma, é de suma importância mencionar que o Brasil ainda não faz parte dessa organização, entretanto, há uma forte cooperação entre a organização e o país, e em razão disso, o Brasil costuma adotar as diretrizes e conselhos determinados nos comitês da organização.

Em razão do exposto, o Brasil adotou as diretrizes e princípios para o desenvolvimento da inteligência artificial dispostos pela referida organização, para estar em consonância com qual caminho seguir a respeito do tema.

Dessa forma, um ponto interessante no Projeto de Lei nº 21/2020, é a forte presença de princípios norteadores da inteligência artificial, principalmente em seus artigos 3º, 4º, 5º e 6º, portanto, essa característica marcante do projeto chega a ser exaustiva, já que, em diversos artigos há a repetição de princípios similares.

Assim como dispõe Mello (2004, p. 451) princípio é a “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência”, portanto, os princípios do projeto de lei servem para uma melhor percepção do texto legal, mas não devem ser a única fonte daquele texto.

É importante mencionar que a existência de princípios surge, muitas vezes, da imponência do ordenamento jurídico em acompanhar todos os fenômenos jurídicos existentes, o que é destacado

por Miguel Reale (1986, p.60):

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Entretanto, o excesso de princípios que o projeto tem, pode gerar uma ausência de concreteness do texto, visto que, apesar de servirem para uma melhor compreensão, devem nortear determinado texto legal, e não serem, sozinhos, a única fundamentação daquela lei.

Por outro lado, a adoção dos princípios demonstra o forte compromisso do Brasil com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em seguir suas diretrizes e assumir de forma eficiente esse comprometimento.

Em resumo, diante desse cenário, é notório que o Brasil está fazendo o seu melhor para seguir as condutas dispostas na diretriz, além disso, demonstra o progresso do país em tentar estar par a par com o fenômeno jurídico, mas isso não pode ser um impedimento para a estabilidade do texto legal, portanto, seria recomendado, a utilização do princípio apenas como o guia de uma lei, e não como seu fundamento total.

DA FIGURA INOVADORA DO AGENTE DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Antes de adentrarmos ao cerne desse tópico, é necessário fazer um breve apontamento sobre a autonomia e responsabilidade da inteligência artificial. Existe um grande questionamento sobre a capacidade da inteligência artificial, principalmente quando comparada com o cérebro humano, e o maior fundamento para existir esse tipo de dúvida, é para calcular até que ponto poderia ser imputada uma responsabilidade pelas ações realizadas pela máquina.

Sobre esse assunto, convém destacar, que apesar do sistema de aprendizado de máquina ser parecido, ou até mesmo baseado, no cérebro humano, citando de exemplo as redes neurais; contudo, a inteligência artificial ainda não goza de uma singularidade, em outras palavras apesar de ser um sistema inteligente, em comparação com o cérebro humano, este ainda apresenta maior autonomia de processamento do que aquele.

Nesse sentido discorre Domingos (2017, p.56), sobre a referida comparação:

Os processamentos que ocorrem dentro da arquitetura cerebral também são semelhantes em todos os locais. Todas as informações do cérebro são representadas da mesma maneira por meio de padrões de acionamento elétrico dos neurônios. O mecanismo de aprendizado também é assim: memórias são formadas pelo reforço das conexões entre neurônios que são acionados juntos, com o uso de um processo bioquímico conhecido como potenciação de longo prazo. Isso não ocorre apenas nos humanos: diferentes animais têm cérebros semelhantes. O nosso é excepcionalmente grande, mas parece se basear nos mesmos princípios do [cérebro] de outros animais.

Entretanto, a singularidade da inteligência artificial é inevitável, uma vez que a capacidade tecnológica gradativamente se amplia, portanto, existirá um momento em que a máquina transcenderá os seres humanos, logo, haverá implicações dessa fusão entre inteligência biológica e não biológica (KURZWEIL, 2018, p. 23).

Embora a temática desse tópico seja sobre a figura do agente da inteligência artificial, é indispensável essa pequena introdução, visto que, por enquanto a inteligência artificial ainda não tem autonomia para suportar, sozinha, a responsabilidade pelos danos que eventualmente possa causar, dessa forma, é necessário tirar o foco central da situação da inteligência artificial, e observar por outro ângulo, qual seja, a figura de quem está por trás do aprendizado da máquina, sobre quem poderia recair os encargos da responsabilidade, daí surge a necessidade de discorrer sobre o agente de inteligência artificial.

Sendo assim, ao examinar o Projeto de Lei nº 21/2020, é perceptível a intenção do legislador em qualificar uma figura inovadora, nominada como agente de inteligência artificial, para delimitar quem são os sujeitos que estão envolvidos, desde o projeto embrionário de uma inteligência artificial até a sua execução, para mais à frente, definir quem será o encarregado dos possíveis danos provocados pela inteligência artificial.

Em um primeiro momento, há a necessidade de diferenciar os termos “agentes de inteligência artificial” de “agentes inteligentes”. A primeira figura diz respeito a inovação exposta pelo projeto de lei, já a segunda aduz sobre os sistemas computacionais que operam por controle autônomo, e podem trabalhar em função de objetivos e tarefas normalmente desempenhada por seres humanos (DAMIÃO; CAÇADOR; LIMA, 2014).

Dessa forma Ben Coppin (2013, p. 471) sobre agentes inteligentes:

Um agente é uma ferramenta que realiza alguma tarefa em nome de um humano. Por exemplo, um simples agente pode ser construído para comprar uma ação específica quando o preço dela cair abaixo de um determinado nível. Um simples agente de busca na Internet pode ser projetado para enviar consultas a uma série de ferramentas de busca e comparar os resultados. Agentes inteligentes têm conhecimento adicional de domínio que os habilita a realizar as tarefas deles, mesmo quando os parâmetros da tarefa mudam ou quando surgem situações inesperadas. Por exemplo, um agente inteligente pode ser projetado para comprar livros para um usuário, na Internet, pelo menor preço possível. O agente precisaria ser capaz de interagir com um conjunto de lojas virtuais, mas também precisaria ser capaz de aprender como negociar com outras lojas ou com indivíduos que estivessem oferecendo livros de segunda mão.

Observe-se que, apesar da semelhança entre os nomes, as duas figuras têm conceitos distintos, uma vez que, a primeira aborda em geral, sobre seres humanos, e a segunda sobre programas computacionais, portanto, em relação ao conceito, não apresentam qualquer similaridade.

Em continuidade ao assunto principal do tópico, o projeto de lei, em seu artigo 2º, inciso

IV, letras “a” e “b”, busca definir quem são esses agentes, ou seja, impor as qualificações para caracterizá-los:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IV - agentes de inteligência artificial: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e entes sem personalidade jurídica, assim considerados:

a) agentes de desenvolvimento: todos aqueles que participam das fases de planejamento e design, coleta e processamento de dados e construção de modelo; de verificação e validação; ou de implantação do sistema de inteligência artificial;

b) agente de operação: todos aqueles que participam da fase de monitoramento e operação do sistema de inteligência artificial.

A definição de agente de inteligência artificial presente no texto legal é geral, com um rol amplo, abrangendo todas os sujeitos que participam do desenvolvimento de uma inteligência artificial. Por um lado, há certa positividade nisso, visto que, todas as pessoas que participam desse desenvolvimento devem agir de forma responsável; todavia, a ausência de especificação pode provocar efeitos em terceiros que estavam de boa-fé.

É justamente nesse sentido que o próximo tópico há de discorrer, uma vez que, a generalidade da qual o legislador tratou os agentes de inteligência artificial, pode causar insegurança jurídica, e cabe ao aplicador do direito buscar alternativas para impedir que isso aconteça.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EXPRESSÃO “NA FORMA DA LEI” E SUA INTERPRETAÇÃO

Em continuidade à análise do artigo 2º, do projeto de lei mencionado no tópico anterior, é notório que o legislador ampliou o rol de possíveis agentes de inteligência artificial, ademais, o ponto nodal dessa observação é que, embora o legislador procure definir todos aqueles que são agentes de inteligência artificial, existe uma omissão das condutas capazes de gerar responsabilidade.

Percebe-se que, a ideia principal desse projeto de lei é seguir as diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, conhecida pela sigla OCDE, com o sentido de fixar alguns princípios, direitos e deveres no tocante a inteligência artificial.

Entretanto, o projeto estabelece em seu artigo 9º, inciso V, que são deveres do agente de inteligência artificial “responder na forma da lei, pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial”, pois bem, o cerne desse tópico é a observação da expressão “na forma da lei”, que introduz a ideia de interpretação extensiva, já que o projeto não prevê quais serão essas responsabilidades de forma explícita.

Antes de decorrer sobre essa responsabilidade, é fundamental explicar que os danos causados por uma inteligência artificial podem afetar toda e qualquer disciplina do direito; todavia, no presente tópico, a disciplina em destaque é o direito civil e seu diploma legal, que serão utilizados como interpretação extensiva da expressão “na forma da lei”.

No caso do direito civil, o fato gerador de um ato ilícito seria alguma ação realizada por um sistema de inteligência artificial, capaz de gerar um dano em algo ou alguém, e a responsabilidade subjetiva desse dano recairá sobre o agente de inteligência artificial.

Sobre o conceito de responsabilidade subjetiva discorre Maria Helena Diniz (1998, p.38) “no nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente”, portanto, conforme concluído pelas pesquisas desse artigo, o agente deve ser responsabilizado caso tenha nexos causal com o ato ilícito provocado pela inteligência artificial, mas deve levar em conta tanto o grau de autonomia da máquina, quanto sua culpa nesse ato, e essa é uma das formas de restringir e validar suas atitudes.

Além disso, o excesso de responsabilidade em cima do agente, impede que ele atue com liberdade, já que vai estar restrito a instabilidade da definição da sua responsabilidade, o que pode prejudicar o desenvolvimento do seu trabalho.

Já no ensejo do encerramento desse tópico, o projeto de lei, conforme já mencionado possui um caráter principiológico, e o problema que reside nisso é a ausência de concretude, que abre margem para insegurança jurídica ao agente, já que, está previsto quem são esses agentes, mas não por quais ações específicas e como serão responsabilizados.

Por fim, é certo que deve haver uma responsabilidade subjetiva do agente de inteligência artificial, mas ela deveria ser prevista de uma forma cristalina, para obstar eventual insegurança jurídica futura, e permitir que as tecnologias possam, cada vez mais, evoluir.

CORRIDA CONTRA O TEMPO: URGÊNCIA NA TRAMITAÇÃO VS QUALIDADE DO CONTEÚDO

Nesse ponto encontra-se o debate entre as duas temáticas que se confrontam no Projeto de Lei nº 21/2020, a primeira é na adoção do regime de urgência para a tramitação do projeto, e a segunda é sobre os riscos de pular uma etapa importante, já que, com a adoção desse regime, impede a consulta aos profissionais e especialistas do assunto.

Em relação à adoção do regime de tramitação de urgência, significa que pode ser votado de forma mais rápida, sem a necessidade da aprovação das comissões, porém, quando um projeto tramita nesse regime, impede que a comissão faça audiência pública com especialistas.

Sobre o tema, cabe mencionar que o Responsible Artificial Intelligence Agents Workshop (RAIA, 2019), foi um evento realizado em Montreal no ano de 2019, com o objetivo de estudar sobre os desafios em relação a inteligência artificial, cumpre destacar que nesse evento estavam presentes diversos pesquisadores, das áreas de engenharia, ética, filosofia e outras, para conseguir abordar a complexidade da inteligência artificial como um todo, destaca-se assim, a importância da audiência pública, para um projeto de lei com qualidade e eficiência.

A celeridade do fenômeno jurídico entra em confronto com a consulta de outros profissionais, visto que, quanto maior a espera do legislador em regulamentar a questão, maiores estragos daquilo pode decorrer, até que nenhuma atitude seja mais eficaz, portanto, não desconsidera que é importante uma rápida tramitação para evitar os efeitos que o tempo possa causar.

Assim já relatava o poema “Seiscentos e sessenta e seis”, sobre a transitoriedade do tempo e seus efeitos, do grande escritor, Mário Quintana (2013, p.39):

“A vida é uns deveres que nós trouxemos para fazer em casa./ Quando se vê, já são 6 horas: há tempo.../ Quando se vê, já é 6ª-feira.../ Quando se vê, passaram 60 anos.../Agora, é tarde demais para ser reprovado.../ E se me dessem – um dia – uma outra oportunidade,/ eu nem olhava o relógio/ seguia sempre,/ sempre em frente...”

Porém, a opinião de profissionais e especialistas, diz respeito sobre a qualidade do conteúdo da lei, principalmente para impedir que no futuro, as imperfeições aprovadas na urgência, provoquem danos maiores.

Em síntese conclusiva, apesar desse confronto, na ponderação entre urgência e qualidade, é preferível a consulta aos especialistas, para que não seja um projeto só com a finalidade de existir, mas com o intuito de sustentar esse fenômeno jurídico em todos os seus efeitos.

CONCLUSÃO

Ficou demonstrado no presente trabalho que a inteligência artificial é capaz de produzir efeitos no mundo jurídico e dessa forma, é necessária uma tutela personalizada que possa, ou pelo menos tente, amparar seus impactos na sociedade.

Além disso, a inteligência artificial está caminhando na direção da singularidade, que é a capacidade de agir de forma autônoma, sem a ajuda dos seres humanos. Entretanto, apesar dessa singularidade estar próxima, ainda não é o que ocorre atualmente, visto que o aprendizado da máquina ainda depende do auxílio da inteligência biológica.

Por essas razões, já que a inteligência artificial ainda não detém uma autonomia, ela não pode ser responsabilizada única e exclusivamente pelos seus atos, uma vez que, tudo que ela faz e está destinada a fazer, decorre de um aprendizado anterior.

Em razão do exposto e do uso cada vez mais recorrente da inteligência artificial na rotina de todas as pessoas, direta ou indiretamente, é que aparece a necessidade da intervenção do Direito, para direcionar a forma correta da utilização da inteligência artificial, qual seja, em favor da sociedade.

Em decorrência disso, surgiu o Projeto de Lei nº 21/2020, apresentado pelo deputado Eduardo Bismarck, que estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil. O projeto de lei é de grande relevância, além de que, é a possibilidade da legislação nacional estar em acordo com a atualidade, o que foi diferente no caso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Outrora que, o Brasil está tentando manter seu compromisso com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que estabelece diretrizes e princípios para o desenvolvimento da inteligência artificial, e por essa razão, o projeto de lei mencionado anteriormente tem um forte caráter principiológico.

Acontece que o excesso de princípios no texto legal interfere na estabilidade da segurança jurídica, principalmente dos sujeitos que possam, eventualmente, sofrer alguma responsabilidade legal. Portanto, é notório a importância dos princípios no ordenamento jurídico, mas por não estarem definidos em nenhum texto legal, servem para informar e inspirar as regras gerais, e não deve ser o único fundamento da lei.

Ademais, um dos grandes destaques do projeto de lei, é a figura do agente de inteligência artificial, que são as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e entes sem personalidade jurídica, portanto se dividem em agentes de desenvolvimento, que são todos aqueles que participam das fases de planejamento e design, coleta e processamento de dados e construção de modelo; de verificação e validação; ou de implantação do sistema de inteligência artificial; e existem os agentes de operação, que são todos aqueles que participam da fase de monitoramento e operação do sistema de inteligência artificial.

Contudo, o trabalho se propôs a diferenciar os agentes de inteligência artificial dos agentes inteligentes, já que a primeira figura diz respeito aos sujeitos que participam do desenvolvimento da inteligência artificial, visto que, existem diversas pessoas que cooperam desde o seu projeto até a sua execução, porém, em relação a segunda figura, não tem caráter biológico, já que agente inteligente é um sistema computacional, que são utilizados para resolução de problemas, em razão do seu modo de operação, sendo assim, em síntese conclusiva, a primeira figura diz respeito aos seres humanos, e a segunda figura é sobre programação de sistemas.

Nesse sentido, conforme já explicado, a inteligência artificial ainda não possui uma singularidade, portanto, deve haver alguém que possa ser responsabilizado por eventuais condutas

danosas que o sistema inteligente possa causar, e nisso entra a figura do agente de inteligência artificial, já que é ele que é o responsável por participar do desenvolvimento e até execução da inteligência artificial.

Em continuação, caso o sistema inteligente pratique alguma ação que possa causar danos, o texto do projeto de lei prevê que o agente responderá na forma da lei, pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial, contudo, foi destacado pelo presente trabalho, que a responsabilidade no presente caso não foi muito bem definida pelo legislador, dessa foram, abriu margem para uma interpretação extensiva.

Portanto, no caso da responsabilidade civil, foi demonstrado que será uma responsabilidade subjetiva do agente, cabendo a este demonstrar a sua relação com o nexo causal do ato ilícito do sistema, e nesse sentido, deve ser observado a culpa do agente e o grau de autonomia que aquele sistema tinha no tempo da conduta que gerou o ato ilícito.

E assim, o projeto de lei, mesmo com essas lacunas, caminha em direção a sua aprovação, já que está tramitando no regime de urgência, pelo qual dispensa a necessidade de aprovação das comissões. Conforme explicado, a celeridade do projeto é fundamental para que o Brasil consiga estar preparado para os efeitos jurídicos que a inteligência artificial possa causar, entretanto, a aprovação nas comissões, não se trata apenas da formalidade, também diz respeito a qualidade daquele conteúdo, uma vez que, pode ser realizado audiência pública com diversos profissionais, de todas as áreas para abordar sobre os desafios e complexidade de amparar os efeitos da inteligência artificial. Nesse duelo entre celeridade e qualidade, o trabalho concluiu que a consulta a comunidade de profissionais se sobressai, uma vez que, não adianta o projeto tramitar de forma urgente, se o seu conteúdo não está preparado para ser efetivo na prática.

Em síntese, é inevitável a criação de uma tutela personalizada para a inteligência artificial, já que ela se faz tão presente na sociedade atualmente, contudo, essa tutela deve ser efetiva e respeitar a segurança jurídica de todos os sujeitos.

REFERÊNCIAS

ASIMOV, Isaac. **Eu, robô**. Revisão da versão eletrônica: Natalli Tami. São Paulo: Aleph, 2015. E-book.

BERNARDO, Henrique Gomes. **Alan Turing**: A tragédia de um gênio. Chambel Multimedia, 2015. E-book.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**: Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Darkside Entretenimento LTDA. 2018. E-book.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21, de 03 de fevereiro de 2020**. Estabelece

princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853929. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Tradução e revisão técnica: Jorge Duarte Pires Valério. 1. ed. Rio de Janeiro, 2013.

DAMIÃO, Mateus Araujo. CAÇADOR, Rodrigo Menezes Costa; LIMA, Sérgio Muinhos Barroso. **Princípios e aspectos sobre agentes inteligentes**. Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. Juiz de Fora, nº 17, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOMINGOS, Pedro. **O Algoritmo Mestre**. 1. ed. São Paulo: Novatec Editora LTDA, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Tradução: Janaína Marcoantonio. 51 ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2020.

KURZWEIL, Ray. **A singularidade está próxima**. Quando os humanos transcendem a biologia. Tradução Ana Goldberger. São Paulo: Itaú Cultural - Iluminuras, 2018. E-book.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PISTARINI, Beatriz. et al. **Pandemia e Tecnologia: Impactos jurídicos psicológicos, sociais e tecnológicos do novo contexto em que vivemos**. Rio de Janeiro: Brasport, 2020.

QUINTANA, Mário. **Esconderijos do Tempo**. Rio de Janeiro: Objetiva LTDA, 2013.

RAIA. **Responsible artificial intelligence agents**, AAMAS 2019 Workshop, Montreal, Canada. Disponível em: <https://raia2019.blogs.dsv.su.se/2019/05/08/schedule-raia-2019/>. Acesso em: 24 set. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2019. E-book.

EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E AS VERTENTES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE)

Derick Moura JORGE¹
Janio KONNO JÚNIOR²

RESUMO

O presente estudo visa analisar recentes leis penais e processuais penais promulgadas no Brasil editadas sob o fenômeno chamado “expansão do Direito Penal”. A utilização do Direito Penal em resposta a fatos ocorridos na sociedade, objetivando uma sensação de segurança na população. Debruça-se, ainda, sobre os elementos do princípio da proporcionalidade, suas origens, vertentes (proibição do excesso e proteção deficiente) e a aplicação deste à atividade legislativa. Pretende-se demonstrar, a partir da aplicação do método lógico-dedutivo, os pontos controversos das leis com de exemplos práticos.

PALAVRAS-CHAVE: Expansão do Direito Penal. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze recent criminal and criminal procedural laws enacted in Brazil, edited under the phenomenon called “expansion of criminal law”. The use of Criminal Law in response to facts that occurred in society, aiming at a sense of security in the population. It also focuses on the elements of the principle of proportionality, its origins, aspects (prohibition of excess and deficient protection) and its application to legislative activity. It is intended to demonstrate, from the application of the logical-deductive method, the controversial points of the laws with practical examples

KEYWORDS: Expansion of Criminal Law. Principle of Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Há tempos o legislador brasileiro adota como *modus operandi* a utilização do Direito Penal como forma de controle social, bem como de resposta à sociedade por temas com alta repercussão midiática. Não raros são exemplos de condutas tipificadas como crime que decorrem de fatos concretos onde o clamor popular conduz o exercício legislativo.

Tal prática mostra-se prejudicial por vários aspectos a serem tratados no presente artigo, porém, insta ressaltar a produção legislativa deficiente, com tipos penais incompletos ou que dificultam a aplicação prática, vez que os projetos de lei que deram origem foram pouco discutidos

- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG/PR). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, Direito Penal e Criminologia e Gestão do Sistema Prisional. Professor universitário das disciplinas de Direito Tributário e Fiscal e Direito Penal junto às Faculdades FatiFajar. Delegado da Polícia Civil do Estado do Paraná. *E-mail:* derickmoura@hotmail.com. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/1550899114585315>. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0001-8742-1147>.
- 2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal. Investigador de Polícia Civil de SP. Professor Concursado da Academia de Polícia Civil de SP. Professor da Pós-Graduação em Cyber Forensics e Cyber Security pela BluEAD UniNORTE. *E-mail:* prof.janiokonnojr@gmail.com. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/0496454489455876> *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0002-7029-6332>.

ou não contaram com participação de especialistas nas áreas abordadas.

Neste artigo, o recorte e análise recairá sobre três leis recentes: Lei 14.132/2021 que instituiu o crime de stalking e cyberstalking, Lei 14.155/2021 que altera dispositivos do Código Penal quanto aos crimes cibernéticos e a Lei 14.188/2021 que trata da violência psicológica contra mulheres.

À luz do princípio da proporcionalidade, atentando-se às vertentes de proibição do excesso (*übermassverbot*) e proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), esses novos tipos penais foram analisados, frente ao que a doutrina define como “direito penal simbólico”.

Trata-se de artigo científico de caráter explicativo, valendo-se do processo lógico-dedutivo. Quanto ao método de investigação científica, foram realizadas pesquisas bibliográficas com consultas a livros, revistas, artigos, publicações periódicas, bem como à legislação.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é pouco discutido quanto à atuação do Poder Legislativo, ainda que deva ser aplicado de forma prévia, sobretudo em relação ao Direito Penal, visto tratar-se da *ultima ratio* na atuação do Estado para a resolução de conflitos.

Importa lembrar que a origem do referido princípio aponta para as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, conforme lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p.179):

O conceito foi inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo decisão prolatada na década de 60, o “princípio” (*prinzip*) da proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”. Em seguida, o mesmo tribunal afirmou que, por essa razão, a proporcionalidade, embora não positivada no texto constitucional, possui *status* constitucional.

A mesma ideia é trazida por Luciano Feldens (2012, p.134), que reproduz a ideia do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, qual seja, a proporcionalidade é um princípio inerente ao Estado de Direito, uma garantia básica que deve ser observada em todas as situações onde direitos e garantias fundamentais possam ser lesados.

O *leading case* do princípio da proporcionalidade é a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 1958, no chamado “Caso das Farmácias” (Apothekenurteil – BVerfGE 7, 377).

Em resumo, um cidadão alemão farmacêutico requereu alvará de funcionamento para uma farmácia na região da Alta Baviera. Havia uma lei (BayApothekenG) regional que estabelecia condições para a abertura do negócio, trazidos na obra de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p.281):

Além de a lei em geral pressupor a formação completa com a conclusão de curso chamada *Approbation*, a cidadania alemã, certa experiência profissional e qualidades subjetivas

(confiabilidade e aptidão), seu art. 3, I fazia a outorga da permissão para o funcionamento depender de dois fatores objetivos: necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo (base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região). Esse último fator objetivo, levava a autoridade a competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região. Na base do pensamento do legislador estava a ideia de que a oferta de medicamentos não poderia seguir as regras de mercado.

O requerimento constitucional fora procedente no Tribunal Constitucional Federal alemão aplicando-se o “princípio da proporcionalidade”, ainda que de forma imprecisa, como afirmam Dimoulis e Martins (2008, p. 300-302), não havendo a análise da necessidade e adequação, mas se discutindo a proporcionalidade em sentido estrito. A “teoria dos degraus” fora empregada nesta decisão judicial, mas posteriormente aprimorada.

O propósito para a intervenção estatal deve ser tão importante quanto ou ainda mais intensa que a intervenção, ou seja, analisa-se a proporção da medida frente a intervenção, segundo explicam Dimoulis e Martins (2008, p.300).

Na situação em pauta, a proporcionalidade restou prejudicada pelo legislador, visto que não se pode limitar uma atividade lícita de profissional especializado com o simples propósito de reserva de mercado ou para evitar-se a concorrência.

Na visão do Tribunal faltou proporcionalidade entre a medida (proibição da concessão de alvará de funcionamento a novas farmácias) e a liberdade do exercício da profissão, ou seja, os requisitos oneravam sobremaneira os farmacêuticos.

2.1 As Vertentes: proibição do excesso (*übermassverbot*) e da proteção deficiente (*untermassverbot*)

As vertentes do princípio da proporcionalidade ainda geram discussões na doutrina e jurisprudência. Porém, como visto adiante, é ponto pacífico na Alemanha, aplicável ao processo legislativo, sobretudo em matéria de Direito Penal.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em sua jurisprudência, atribui como vertentes do princípio da proporcionalidade a proibição do excesso e da proteção deficiente. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.410/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes também adota este posicionamento:

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermissverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas

alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. [...]

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

E o Ministro conclui:

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, (Untermassverbot) como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

A proibição do excesso “se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 365).

Por seu turno, a proibição da proteção deficiente tem origem em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, quando em 1993 decidiu, em controle abstrato de constitucionalidade, acerca da criminalização do aborto realizado após 12 semanas de gestação³. Em apertada síntese, ocorre quando o “Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envidar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 367).

Ingo Wolfgang Sarlet leciona sobre a “dupla dimensão” do princípio da proporcionalidade em seu artigo “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição do excesso e de insuficiência”.

Para o autor, não se questiona a aplicação do princípio da proporcionalidade e interpretação conforme a Constituição à tutela de direitos fundamentais, seja em matéria de direito penal ou processo penal, onde entrariam as duas vertentes já analisadas.

E complementa (SARLET, 2006, p.334):

O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da **proibição de excesso**), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, neste contexto, maior elucidação.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de **proibição de insuficiência** (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o

3 BVerfGE 88,203

princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção.

Como se observa, o jurista adota a separação do que chama de dimensões do princípio da proporcionalidade, em consonância com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

A aplicação prática do princípio da proporcionalidade ao legislador e ao juiz é

“[...] um critério de *legitimação negativa* da intervenção punitiva, funcionando como uma navalha de Ockham, para excluir, por injustificados, a incidência da lei quando esta se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, analisemos algo mais, na ótica da proporcionalidade como *proibição do excesso*” (FELDENS, 2012, p. 150).

Em que pese os posicionamentos, parte da doutrina e jurisprudência não comungam do mesmo entendimento, defendendo que a proibição do excesso e a proibição de insuficiência não são vertentes do princípio da proporcionalidade. Humberto Ávila (2011, p.157), por exemplo, trata como postulado inespecífico a proibição do excesso.

Para o autor, a proibição do excesso deve ser aplicada a todos os casos em que ocorra violação a um direito fundamental, independentemente do juízo da proporcionalidade. Deve-se lançar mão da proporcionalidade, ao seu turno, separadamente da proibição do excesso quando não afrontar direitos fundamentais.

Lenio Streck em seu artigo “A Dupla Face Do Princípio Da Proporcionalidade E O Cabimento De Mandado De Segurança Em Matéria Criminal: Superando O Ideário Liberal-Individualista-Clássico”, critica a posição do Superior Tribunal de Justiça pela não adoção da vertente da proibição da proteção insuficiente no princípio da proporcionalidade:

Fundamentalmente, a posição do Superior Tribunal de Justiça – e os demais tribunais que o seguem - não leva em conta que o princípio da proporcionalidade (utilizado como fio condutor dos acórdãos), possui uma dupla face, isto é, um ato estatal pode violar o referido princípio por ser arbitrário (portanto, excessivo), como também pode violar o mesmo princípio quando houver uma deficiência na proteção estatal a determinado bem jurídico. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do acórdão paradigmático de Cernicchiaro, trabalha apenas com a hipótese – a-histórica e atemporal – do garantismo negativo, em que a violação da proporcionalidade se dá pela proibição de excesso (*Übermassverbot*), esquecendo a relevante circunstância de que o Estado – e relembremos aqui Alessandro Baratta - pode vir a violar o princípio da proporcionalidade na hipótese de não proteger suficientemente direitos fundamentais de terceiros (garantismo positivo), representado pela expressão alemã *Untermassverbot*. (2004, p. 24).

A despeito da dicotomia e divergência doutrinária e jurisprudencial, os posicionamentos de Feldens, Streck e Mendes nos parecem mais adequados à produção legislativa, analisando-se as vertentes do princípio da proporcionalidade, não apenas quando afrontarem direitos fundamentais.

3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Em voga hodiernamente “a expansão do Direito Penal” fora cunhada pelo espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez em obra homônima. A título de apresentação do tema, importante as lições de VON BAR (1882) apud SÁNCHEZ (2002, p.19):

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*.

Em que pese a citação do alemão Carl Ludwig von Bar remontar de 1882, o mesmo dilema e problema é enfrentado atualmente pelo Direito Penal brasileiro, qual seja: surgimento de novas leis penais ante o clamor popular.

“Criação de novos ‘bens jurídico-penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’ (SÁNCHEZ, 2002, p.21).

A crença popular de que a criação de novos tipos penais e o agravamento de penas daqueles já existentes também impacta nessa política criminal. E na mesma obra, SÁNCHEZ (2002, p.23) conclui que:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).

Aqui, é explicada a expressão “Direito Penal simbólico”, ou seja, o conjunto de normas penais decorrentes da opinião pública, quando da ocorrência de crimes violentos, com grande repercussão na mídia, cujas vítimas são ou tornam-se famosas. Os meios de comunicação escolhem os casos a serem exibidos, com o objetivo de ocultar as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, bradando como salvação da segurança pública e pacificação social, a criação de novos tipos penais, com penas mais rigorosas (PRAZERES, 2000, paginação irregular).

No Brasil este fenômeno ocorre de forma muito acentuada, com alterações e inserções de tipos penais de forma desorganizada e não sistematizada, posto que muitas infrações penais encontram-se em legislação especial. Tal prática causa impactos reflexos, tais como, descriminalização de condutas que ainda deveriam permanecer ou penas totalmente desproporcionais.

Fator importante para análise dessa prática é o surgimento de novos riscos, conforme o entendimento de Ulrich Beck na obra “Sociedade do Risco”. Novas tecnologias, crimes cometidos

por meio da internet, encurtamento da distância entre as pessoas, utilização de energia nuclear, são exemplos de motivos para a expansão do Direito Penal.

Institucionalização da insegurança, terceiro fator, é posto como a dificuldade em levantar todos os riscos que a sociedade moderna enfrenta e como o Direito tratará deles. “Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido)” (SÁNCHEZ 2002, p.31).

A sensação social de insegurança é o quarto fator, baseada na comunicação cada vez mais célere e disponível a um número maior de pessoas. Fatos ocorridos a milhares de quilômetros são transmitidos em tempo real via internet. Talvez o grande exemplo dos últimos tempos seja o atentado às Torres Gêmeas em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001. Essa sensação de insegurança gera instabilidade emocional-familiar afetando sobremaneira as relações humanas (SÁNCHEZ, 2002, p.33-34).

Fatos criminosos de relevância são explorados pela mídia por vários dias, geram discussões na internet e fazem com que a população passe a temer um crime de baixa incidência em sua região, mas que observa diariamente nos meios de comunicação, passando a fazer parte daquele problema social.

Das grandes problemáticas à aplicação da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas no processo legislativo pode-se citar a massificação de informações sobre a população e a pressão social por novas leis penais, várias delas produzidas de maneira açodada, sem participação de especialistas, dotadas de textos legislativos que afrontam a unicidade e o equilíbrio do ordenamento jurídico-penal.

Silva-Sánchez aponta ainda um quinto fator, denominado “configuração de uma sociedade de sujeitos passivos”. Entende-se que há uma diminuição no número de indivíduos ativos, empreendedores, com melhores condições financeiras e, portanto, controlam empresas e influenciam classes sociais. Ao seu turno, aumento no número de assalariados, de consumidores, de aposentados, etc., desprovidos da força social de tomada de decisões, por isso são vistos como sujeitos passivos.

A influência disto na expansão do Direito Penal é, como hipossuficientes, os sujeitos passivos demandam maior proteção do Estado. Ademais, ainda há a identificação da maioria não mais com a vítima do delito, mas sim com o autor da prática delitiva (SÁNCHEZ, 2002, p.50).

Medidas administrativas ou jurídicas, porém de outros ramos do Direito, poderiam ser editadas e evitariam o surgimento de novos tipos penais. O descrédito de outras instâncias de proteção e ramos do direito, como as punições administrativas e medidas do Direito Civil não geram na sociedade a sensação de justiça que o Direito Penal traz, arraigada na ideia punitivista.

O modelo indenizatório do Direito Civil que impõe ao autor de um ilícito o dever de ressarcir os danos causados, de ordem patrimonial ou moral é um ponto importante, trazido aos poucos ao Direito Penal brasileiro, ainda que de maneira tímida.

Jesús-Maria Silva Sánchez indica a função dos gestores “atípicos” da moral, vislumbrada na participação de novos gestores na moral coletiva, anteriormente monopolizada pelos burgueses-conservadores.

Grupos, associações e organizações não governamentais com participação forte na moral da população, sobretudo os organizados por meio virtual, com suas pautas nem sempre condizentes com a vontade da burguesia-conservadora, discutidos para tutela pelo Direito Penal. É a participação popular das minorias, normalmente hipossuficientes e vulneráveis na sociedade.

O último ponto observado pelo doutrinador seria a posição da esquerda política: política criminal social-democrata na Europa a qual “deve ser realçada a segurança por meio do Direito Penal, pois ela favorece sobretudo os mais débeis; certamente – se manifesta –, enquanto os ricos habitam em bairros tranquilos com segurança privada, a delinquência das ruas ameaça principalmente as pessoas mais humildes que vivem nos bairros mais perigosos” (SÁNCHEZ, 2002, p.65).

Passa-se, portanto, a análise de tais pontos doutrinários à prática legislativa penal e processual penal recente no Brasil.

4 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RECENTES

Três leis promulgadas no ano de 2021 no Brasil servirão de escopo para a demonstração das teorias alhures explanadas. São elas:

- a) Lei 14.132/2021 que instituiu o crime de perseguição (ou *stalking* e *cyberstalking*),
- b) Lei 14.155/2021 que altera dispositivos do Código Penal quanto aos crimes cibernéticos; e
- c) Lei 14.188/2021 que trata da violência psicológica contra mulheres.

A perseguição, como optou o legislador brasileiro, fora inserida no Código Penal, no artigo 147-A com a seguinte redação:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.
Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:
I – contra criança, adolescente ou idoso;
II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;
III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.
§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação. (BRASIL, 1940).

É adotado ainda o termo em inglês *stalking* para definir essa conduta criminosa. CASTRO e SYDOW (2021, p. 43) assim definem:

O *stalking* é, portanto, comportamento doloso e habitual, caracterizado por mais de um ato de importunação, vigilância, perseguição ou assédio à vítima, cuja consequência é a ofensa a sua integridade física ou psicológica, neste último caso, consistente em temor pela própria vida ou segurança, ou em abalo emocional substancial, diante da violação de sua dignidade, privacidade, intimidade ou liberdade.

Corroborando com a teoria da expansão do Direito Penal, a pena cominada a este tipo penal é de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sujeito a medidas diversas da pena privativa de liberdade, sem olvidar dos dispositivos da Lei 9.099/95.

Partindo da análise da redação do tipo penal, observa-se que tal crime somente se consuma com condutas reiteradas. Ou seja, fica a critério do julgador, até que a jurisprudência se assente, no sentido de determinar quantas condutas são necessárias para a configuração do delito.

Importa comentar também que a lei é silente quanto à ameaça psicológica imposta pelo autor do delito, como deve ser comprovada, se por meio de laudo de profissional da saúde mental ou não.

Por fim, a lei mostra-se totalmente desconexa do ordenamento jurídico, vez que revogou a contravenção penal do artigo 65 do Decreto-lei 3.688/1941, qual seja, a perturbação da tranquilidade.

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:
Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Tratava-se de infração penal de menor potencial ofensivo, porém não exigia condutas reiteradas, valendo-se de verdadeira disposição residual, quando não houvesse possibilidade de enquadramento em outro tipo penal mais grave.

Com a revogação desse dispositivo, o legislador incorre na vertente da proteção deficiente, em inobservância ao princípio da proporcionalidade.

A Lei 14.155/2021 segue o mesmo padrão. O objetivo é tornar mais graves os crimes cibernéticos, tendo em vista o vertiginoso aumento desta modalidade durante a pandemia do novo coronavírus⁴.

Porém, novamente o legislador, de forma precipitada e sem oitiva de especialistas, promove criação de novos tipos penais, com redações confusas que dificultam a aplicação prática. Ademais, atribuem penas em abstrato em desequilíbrio com o ordenamento jurídico penal, senão vejamos:

4 <https://certbr.com/crescimento-de-crimes-ciberneticos-na-pandemia-como-nao-ser-uma-vitima/>

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

[...]

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (BRASIL, 1940).

Com o *nomem juris* de fraude eletrônica, o parágrafo 2º fora inserido no crime de estelionato. Ocorre que a redação abarca apenas os crimes para os quais as informações foram fornecidas pela vítima ou terceiro induzido a erro, excluindo da responsabilização, portanto, os crimes decorrentes de vazamento de dados ou dados obtidos no crime do artigo 154-A (invasão de dispositivo eletrônico).

Assim, para configuração deste crime, há necessidade de induzir em erro a vítima ou terceiro para o fornecimento da informação utilizada. Ressalte-se que a pena é de 4 (quatro) a 8 (anos), muito superior à pena prevista para o estelionato “tradicional”, qual seja, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Também é um exemplo prático de conduta elevada ao *status* de crime por conta da expansão do direito penal em descumprimento ao princípio da proporcionalidade, com proteção deficiente e excesso na pena estipulada.

Por fim, a análise recai sobre a Lei 14.188/2021 que institui, dentre outras providências, o crime de violência psicológica contra a mulher, inserindo o artigo 147-B no Código Penal:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (BRASIL, 1940).

Em clara resposta às pautas de proteção à mulher e combate à violência doméstica, o crime acima fora criado. Em luta legítima pela defesa da mulher, porém, novamente eivado de vícios quanto à proporcionalidade.

Inicialmente, a discussão recai sobre um tipo penal que já era abarcado pela Lei Maria da Penha (artigo 7º, II da Lei 11.340/2006), visto que o artigo 129, pune a ofensa à “integridade corporal ou saúde de outrem”, compreendida no conceito de saúde, higidez mental. E, em seu §9º, há a disposição da violência doméstica, inserida, justamente pela Lei Maria da Penha.

O mesmo ponto discutido acerca do crime de perseguição pode ser aplicado aqui: como é feita a prova da violência psicológica? Laudo de profissional de saúde mental? Mera constatação do

juiz em audiência? A declaração da própria vítima?

Parece-nos que, para decretação de medida protetiva, visto que, no calor do momento e em caráter de urgência, bastaria a constatação pelo delegado de polícia ou pelo juiz, com suporte na declaração da vítima. Porém, seria um *standard* probatório suficiente para fundamentar uma condenação penal?

Novamente se está diante da expansão do Direito Penal, com violação ao princípio da proporcionalidade por parte do Poder Legislativo, em descumprimento às vertentes da proibição do excesso e da proteção deficiente, vez que o tipo penal, da forma como está redigido, dificulta a aplicação prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto pode-se inferir que, desde o final dos anos 1880 com o alemão Carl Ludwig von Bar, o Direito Penal vem sendo utilizado de forma a reproduzir anseios da sociedade e conferir uma resposta com objetivo de responder a uma conduta criminosa. Esse fenômeno, é denominado expansão do Direito Penal, conforme observou-se das lições de Jesús-Maria Silva Sánchez.

Porém, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado ao legislador quando, em sua função precípua de legislar, sobremaneira em matéria de Direito Penal. Autores como Gilmar Mendes, Lenio Streck e Luciano Feldens defendem a ideia de aplicar as duas vertentes do princípio da proporcionalidade ao legislador: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.

Por estas, a criação de novos tipos penais deve observar o excesso de intervenção do Estado na conduta, principalmente se é relevante que seja tutelada pelo Direito Penal. Ainda, importante a análise da pena a ser prevista pelo tipo penal, não sendo desproporcional pendendo ao excesso.

Por seu turno, a proteção também não pode ser deficiente. O direito penal simbólico impele o legislador a criar novos tipos penais com redações confusas, sem revisão técnica, que impõem dificuldades da aplicação prática. Outro ponto é quanto à pena cominada, que também não deve ser ínfima, gerando ainda mais sensação de impunidade na sociedade.

Conforme analisado, três recentes leis brasileiras (14.132/2021; 14.155/2021 e 14.188/2021) afrontam o princípio da proporcionalidade nos estritos termos e exemplos recortados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 9 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 09 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 104.410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em 09 set. 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3 ed. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. SYDOW, Spencer Toth. **Stalking e Cyberstalking**. Salvador, Juspodivm, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal – A constituição penal**. 2ª edição Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HABERMAS, J. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HABERMAS, J. “O espaço público” 30 anos depois. Tradução Vera Lúcia C. Westin. **Caderno de Filosofia e Ciências Humanas** – UNICENTRO, nº 12, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRAZERES, José de Ribamar Sanches. O Direito Penal Simbólico Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, n. 7, p. 47–56, jan./dez., 2000. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>. Acesso em 9 set. 2021

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas

sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência do direito penal**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2004bh.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais**: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjNpNDc-PbyAhWCILkGHURXASIQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2151599.pdf&usg=AOvVaw1QHMmOSiXdpA0kIwysW6cF>. Acesso em 07 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiHguCngPfyAhVQrpUCHf9TAi0QFnoECAUQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.amprs.com.br%2Fpublic%2Farquivos%2Frevista_artigo%2Farquivo_1279045814.pdf&usg=AOvVaw3-7D333Oimgvi_1S-wk20x. Acesso em 09 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>. Acesso em 15 mar. 2021.

STRECK, Maria Luiza Schafer. O direito penal e o princípio da proibição deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – São Leopoldo. Disponível em <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>. Acesso em 07 set 2021.

VAN DER BROOCCKE, Alexandre Moreira. **Proibição da Proteção Deficiente**: a proporcionalidade como instrumento de realização dos direitos fundamentais. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) – Jacarezinho. Disponível em <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5187-alexandre-moreira-van-der-broocke/file>. Acesso em 09 set 2021.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INVISIBILIDADE DOS REFUGIADOS EM TEMPOS DE COVID-19 NO BRASIL: DIREITO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO AUXÍLIO EMERGENCIAL

Paula Elizabete Antonini JOVIANO

RESUMO

Este artigo desenvolveu uma análise crítica da invisibilidade dos refugiados em tempos de Covid-19. Neste estudo foi utilizado o método dedutivo, sustentado pela pesquisa bibliográfica e legislativa, firmada na investigação das leis pertinentes ao refugiado e ao migrante, Lei 9.474/1997 e Lei 13.445/2017, respectivamente.

A partir de Tratados Internacionais foi possível extrair princípios de Direito Internacional que regem o instituto do refúgio, como o princípio da não devolução, princípio da não aplicação de sanção penal pela entrada clandestina em um Estado e princípio da não discriminação.

Neste sentido, discutiu-se o direito dos refugiados a benefícios assistenciais, desenvolvidos por políticas assistencialistas brasileiras, invocando os dispositivos constitucionais que proíbem a distinção de qualquer natureza entre brasileiros e estrangeiros, reafirmando o comprometimento brasileiro com os Direitos Humanos.

Analisou-se a atuação do poder judiciário brasileiro no julgamento do cabimento da concessão do Benefício de Prestação Continuada, que tem previsão na Lei Orgânica da Assistência Social a migrantes. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desta matéria em Recurso Extraordinário e concluiu julgamento favorável à concessão do benefício por unanimidade de votos.

Por fim, sobre a extensão da Lei nº 13.979/2020 aos refugiados que residem no Brasil em tempos de pandemia da Covid-19, foi demonstrado que grupos vulneráveis de migrantes foram excluídos das políticas públicas estatais que visavam proporcionar segurança alimentar e saúde à população brasileira mediante a fragilidade do trabalho informal e do desemprego durante o isolamento social.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados. Direitos Humanos. Auxílio Emergencial.

ABSTRACT

This article has developed a critical analysis of the invisibility of refugees in Covid-19 times. In this study, the deductive method was used, supported by bibliographic and legislative research, based on the investigation of laws pertaining to refugees and migrants, Law 9474/1997 and Law 13,445/2017, respectively.

Based on International Treaties, it was possible to extract principles of International Law that govern the institute of refuge, such as the principle of non-return, the principle of non-application of criminal sanction for clandestine entry into a State and the principle of non-discrimination.

In this sense, the refugees' right to assistance benefits, developed by Brazilian welfare policies, was discussed, invoking the constitutional provisions that prohibit the distinction of any kind between Brazilians and foreigners, reaffirming the Brazilian commitment to Human Rights.

The performance of the Brazilian judiciary in judging the appropriateness of granting the Continuous Cash Benefit, which is provided for in the Organic Law of Social Assistance to migrants, was analyzed. On this occasion, the Federal Supreme Court recognized the general repercussions of this matter in an Extraordinary Appeal and concluded a favorable decision to grant the benefit by unanimous vote.

Finally, on the extension of Law No. 13.979/2020 to refugees residing in Brazil in times of the Covid-19 pandemic, it was demonstrated that vulnerable groups of migrants were excluded from state public policies aimed at providing food security and health to the Brazilian population through the fragility of informal work and unemployment during social isolation.

KEYWORDS: Refugees. Human rights. Emergency Assistance

1. INTRODUÇÃO

Este artigo desenvolveu uma análise crítica sobre a invisibilidade dos refugiados em tempos excepcionais, como o da pandemia do Covid-19 no Brasil.

Para o desenvolvimento deste estudo foi utilizado o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. Investigou-se as leis pertinentes ao refugiado e ao migrante, Lei 9.474/1997 e Lei 13.445/2017, respectivamente.

No estudo do Direito Internacional é possível identificar princípios que regem o instituto do refúgio, tais como o princípio da não devolução, o princípio da não aplicação de sanção penal pela entrada clandestina em um Estado e o princípio da não discriminação.

A partir da construção de uma visão mais humanitária sobre as questões migratórias, pode-se aferir dignidade aos refugiados, permitindo que estes se desenvolvam e atuem ativamente na sociedade brasileira.

Neste sentido, discutiu-se neste estudo o direito dos refugiados a ter direito a benefícios assistenciais, reafirmando dispositivos constitucionais que proíbem a distinção de qualquer natureza entre brasileiros e estrangeiros. A Partir dessa premissa, pode-se compreender a amplitude do comprometimento brasileiro com Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na busca de se promover o efetivo amparo ao migrante.

O princípio constitucional da solidariedade vincula o Estado à responsabilidade social, combatendo a marginalização social e possibilitando o bem comum, independente da nacionalidade. Neste aspecto, analisou-se a atuação do poder judiciário brasileiro no julgamento do cabimento da concessão do Benefício de Prestação Continuada, que tem previsão na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) a migrantes. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desta matéria em Recurso Extraordinário e concluiu julgamento favorável à concessão do benefício por unanimidade de votos.

Aborda-se, por fim, uma análise crítica sobre a questão da extensão da Lei nº 13.979/2020 aos refugiados que residem no Brasil em tempos de pandemia da Covid-19, demonstrando que grupos vulneráveis de migrantes foram excluídos das políticas públicas estatais que visavam proporcionar segurança alimentar e saúde à população brasileira mediante a fragilidade do trabalho informal e do desemprego durante o isolamento social.

2. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE REGE O INSTITUTO DO REFÚGIO E A DEFINIÇÃO DE REFUGIADO: LEI 9.474/97 E LEI 13.445/2017

A publicação da Lei nº 9.474 de 23 de julho de 1997 no Diário Oficial da União tinha a finalidade de constituir os procedimentos da aplicação do Estatuto do Refugiado de 1951, concentrou em seu conteúdo os princípios da Declaração Regional de Cartagena de 1984, estabelecendo direitos e deveres específicos aos refugiados no Brasil.

Ao discorrer sobre direito internacional em relação ao refugiado, Valério Mazzuoli acentua o avanço que a Lei nº 9.474/97 representou às questões relacionadas ao refúgio no Brasil e aos direitos humanos, salientando que a referida lei foi a primeira norma brasileira que mencionou expressamente em seu texto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

No Brasil, a Lei nº 9.474, de 23 de julho de 1997, define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Tal norma interna constitui a primeira lei nacional a implementar um tratado de direitos humanos no Brasil, sendo a lei latino-americana mais ampla já existente no tratamento da questão. Outro ponto importante da lei a ser destacado reside no fato de ser a primeira norma brasileira a fazer referência expressa à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, impondo que a Declaração seja utilizada como referencial ético na sua interpretação (art. 48). (MAZZUOLI, p. 742, 2015)

Annoni e Valdes demonstraram a importância da Lei nº 9.474/97 para tratar a questão do refúgio no Brasil, apontando que esta lei específica aos refugiados era digna de ser admirada no contexto internacional:

Dessa forma, o Brasil inovou, pois, além de incorporar os instrumentos internacionais de proteção aos refugiados, cite-se a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados, adotou uma lei própria sobre o tema. Eis a grande mudança no ordenamento jurídico e digno de destaque no cenário internacional. (ANNONI e VALDES, p.103, 2013)

O artigo 1º da Lei nº 9.474/97 descreve as situações em que se reconhece o indivíduo como refugiado, que traduz:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.(BRASIL,1997)

Portanto, considera-se refugiado todo aquele que devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção daquele país.

Será concedido o refúgio aos indivíduos que não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo

social ou opiniões políticas, e também à pessoa que sofreu grave e generalizada violação de direitos humanos, e é obrigada a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

[...] considera-se então "refugiado" qualquer pessoa: que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (MAZZUOLI, 2015, p.830).

Quando o Brasil concede o refúgio a um indivíduo, pode ocorrer a chamada reunião familiar, que é uma extensão do reconhecimento da condição de refugiado ao cônjuge, descendentes, ascendentes e aos demais membros familiares que dependem financeiramente do refugiado. Este direito está regulamentado no artigo 2º da Lei nº 9.474/97:

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

Existem dois aspectos que foram inovadores no tratamento jurídico do refugiado com a Lei nº 9.474/97: a adoção da definição ampliada de refugiado e a criação de um órgão nacional competente para resolver as questões relacionadas à concessão do refúgio.

Quando se trata da definição ampliada de refugiado, cabe ressaltar que tal conceito é diferenciado da definição clássica contida na Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951, sendo que a definição ampliada já incidia na Declaração de Cartagena de 1984.

A Convenção do Estatuto dos Refugiados não contemplou situações de concessão de refúgio a quem sofrer grave e generalizada violação de direitos humanos, então, desencadeou-se a criação de um novo conceito de refugiado.

Guilherme de Assis Almeida argumenta que as pessoas não questionavam sobre situações relacionadas à mobilidade humana no mundo, já que consideravam o refúgio como um fenômeno resultante da Segunda Guerra Mundial, mas não imaginavam que esta seria uma problemática a ser tratada por diversas motivações, em diferentes contextos históricos.

(...) a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é o segundo Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (o primeiro é a Convenção contra o Genocídio). A definição, nela constante, visa responder à situação de inimaginável mobilidade humana provocada pela Segunda Grande Guerra Mundial. À época não se previa que o problema dos refugiados tornar-se-ia crônico. Tanto é que a Convenção de 1951 possui uma limitação temporal. Estabelece como data limite 01 de janeiro de 1951. Ou seja, serão reconhecidos como refugiados aqueles que foram perseguidos, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 01 de janeiro de 1951. (ALMEIDA, p.160, 2007)

Nesta concepção, o ser humano que se encontra numa situação de vulnerabilidade e necessidade de refúgio pode se valer de múltiplas possibilidades para solicitar o refúgio no Brasil, pois a lei brasileira acatou tanto a definição clássica, quanto a definição ampliada:

A definição clássica e a definição ampliada estão conjugadas na Lei Brasileira. O que a transforma numa das mais avançadas e generosas do continente americano em relação à temática do Direito Internacional dos Refugiados. (ALMEIDA, p. 165, 2007)

Alberto do Amaral destaca que os países podem conferir maior proteção ao refugiado em sua legislação nacional em relação aos direitos básicos que são garantidos ao refugiado em tratados internacionais. Para o autor, foi isto que ocorreu no Brasil com o advento da Lei nº 9.474/1997:

Do ponto de vista normativo, importa sublinhar a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967, fundamentais pelo tratado abrangente que dispensaram ao assunto. Nos termos da Convenção de 1951 o refúgio é concedido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem ou residência habitual em virtude de raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social. A Convenção de 1951 e o protocolo de 1967 previam regras básicas, de cumprimento obrigatório pelas partes. As legislações nacionais poderão elevar o nível mínimo de proteção à semelhança do que sucedeu no Brasil com a Lei 9.474, de 1997, que incluiu, entre os motivos para a concessão de refúgio, a grave e generalizada violação dos direitos humanos. (AMARAL, p. 520, 2012)

Outro aspecto a ser destacado na Lei nº 9.474/97 é a criação do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE). O CONARE é um órgão colegiado que está vinculado ao Ministério da Justiça que possui em sua composição um representante do Ministério da Justiça (que exercerá a presidência do Comitê), um representante das Relações Exteriores, um representante do Ministério do Trabalho e do Emprego, um representante do Ministério da Saúde, um representante do Ministério da Educação, um representante do Departamento da Polícia Federal, um representante de organização não governamental que dedica à atividade de assistência e proteção de refugiados no Brasil (Cáritas Arquidiocesana de São Paulo e Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro) e um representante do ACNUR, que terá direito a voz, mas não terá direito de votar em deliberações.

O Comitê Nacional para Refugiados é competente para avaliar o pedido dos solicitantes de refúgio no Brasil, definindo a condição de refugiado, e também decide questões relacionadas à cessação do refúgio concedido e declara a perda da condição de refugiado.

O CONARE atua também na orientação e coordenação de atuações indispensáveis à proteção, assistência e integração local, oferecendo auxílio jurídico aos refugiados, além de aprovar instruções normativas que permitam a aplicação da Lei nº 9.474/97. (MAZZUOLI, p.743, 2015)

A criação do órgão é considerada como um marco no Brasil, para o atendimento das solicitações de refúgio e a busca de soluções duradouras para os refugiados. Tendo em vista que a Convenção de 1951 não regulamente a forma com a qual cada Estado deve proceder para atribuição da condição de refugiado, cada Estado estabelece seus próprios critérios, considerando suas estruturas administrativas e normativas internas. (ANNONI e VALDES, p.105, 2013)

As principais características dos procedimentos realizados no processo de solicitação de reconhecimento da condição de refugiado são a urgência, a gratuidade e o sigilo. Sua interpretação

deve priorizar as regras constantes em Convenções Internacionais de proteção e assistência ao refugiado e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Aos refugiados são concedidos os direitos de um cidadão normal e atribuídos os deveres de um estrangeiro em território nacional, cabendo-lhes a obrigação de acatar as leis, regulamentos e demais atos do Poder Público destinados à manutenção da ordem pública. (MAZZUOLI, p.742, 2015)

O dever do Estado brasileiro será de zelar pelos direitos humanos fundamentais dos refugiados, já que incorporou os instrumentos internacionais relacionados à proteção e amparo destes imigrantes em seu ordenamento e na ratificação de Convenções Internacionais relacionadas a esta temática.

Outra legislação brasileira que merece destaque é a Lei nº 13.445/2017, a Lei da Migração, que, em que pese tivesse um projeto de lei muito mais abrangente em direitos e garantias de migrantes e foi reduzido com vetos durante sua votação, representou um grande avanço nos direitos do migrante que residia no Brasil, os que virão e dos brasileiros que vivem no exterior.

Dentre as preocupações da Lei da Migração, constata-se que se estabeleceu uma nova visão sobre os migrantes, que passaram a ser enxergados sob a ótica do acolhimento humanitário, como está elencado em seu Art 3º e 4º os seguintes princípios e garantias: a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não criminalização da migração; a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; a promoção de entrada regular e de regularização documental; a acolhida humanitária; a garantia do direito à reunião familiar; a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; a promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; a cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante; a proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; a proteção ao brasileiro no exterior; a promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e o repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

A importância da Lei 13.445/2017 se dá pelo rompimento da correspondência das normas brasileiras referentes à migração com o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), que foi inspirado no regime ditatorial, com valores relacionados à segurança nacional e ao utilitarismo econômico. Estas normas vigoravam mesmo após a promulgação da Constituição Democrática de 1988 e

representavam grande retrocesso, uma vez que tal legislação não trazia a ideia de proteção de garantia de direitos dos migrantes, sabe-se que os critérios utilizados para seleção de quem poderia ficar no Brasil sempre era relacionado com fatores financeiros e raciais.

A nova legislação que regulamenta a situação do migrante no Brasil veio para modernizar a tratativa dos migrantes através de uma legislação mais condizente com as diretrizes humanitárias da Constituição Federal de 1988, desfazendo com os vestígios jurídicos da ditadura militar.

[...]a alteração principiológica entre as legislações é fator que demonstra o posicionamento político migratório brasileiro atual que, reconhece, ou melhor, que possibilita que o imigrante internacional seja reconhecido, como sujeito de Direitos Humanos. (DUPAS;BOTELHO, p.2, 2017).

Dessa forma, modificou-se o direcionamento da legislação brasileira sobre a política migratória no Brasil, reconhecendo o imigrante internacional como sujeito de Direitos Humanos e aderindo uma nova visão sobre questões migratórias no Brasil.

3. PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERNACIONAL QUE REGEM O REFÚGIO

Concedido o reconhecimento da condição de refugiado ao solicitante, entende-se que o Brasil acatará os princípios fundamentais adotados nos tratados internacionais que tratam desta temática que norteiam a concessão do refúgio.

Verifica-se que da ocorrência do refúgio, que apesar de ser um fenômeno de natureza internacional, a partir do momento em que o refugiado busca a proteção de determinado Estado, este é obrigado, em função da incorporação dos instrumentos internacionais, a garantir a preservação dos direitos humanos fundamentais dessas pessoas. (ANNONI e VALDES, p.103, 2013)

Alguns princípios fundamentais internacionais foram elencados na Convenção do Estatuto dos Refugiados de 1951 e vinculam os Estados signatários à observância do princípio da não devolução, princípio da não aplicação de sanção penal pela entrada clandestina em um Estado e ao princípio da não discriminação.

O princípio da não devolução (non-refoulement) é previsto na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, no artigo 33, e busca proteger o refugiado ao impedir sua devolução injustificada ao país onde sofreu ou houvesse a possibilidade de vir a sofrer ameaças e perseguições, ou violação de direitos humanos fundamentais.

Dentre os direitos protegidos, merece destaque o direito do refugiado de não ser devolvido, que constitui um princípio basilar do sistema de proteção de refugiados. À luz do princípio da não devolução, ninguém pode ser obrigado a retornar a um país em que sua vida e liberdade estejam ameaçadas. (PIOVESAN, p.47, 2001)

Amorim complementa a definição de Flávia Piovesan ao afirmar a impossibilidade de o

Estado expulsar o refugiado do território nacional quando este estiver registrado no país de acolhida, salvo algumas exceções:

O refugiado devidamente registrado não pode ser expulso do território nacional, salvo nos casos de ameaça ou lesão à segurança nacional ou à ordem pública e, mesmo nestes casos, tal medida não implicará em seu direcionamento para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco e somente será levada a cabo quando estiverem presentes elementos de certeza de que sua admissão no novo país não o submeterá a novos riscos de perseguição. (AMORIM, p. 71, 2012)

A questão da entrada de refugiados muitas vezes pode ser confrontada com o argumento da segurança nacional, porém ainda que a segurança nacional seja um dever do Estado, deve ser considerada a necessidade de proteção aos direitos dos refugiados, sob a ótica da garantia da segurança social humanitária.

A regra é que exista ponderação entre o controle migratório e a garantia dos direitos humanos fundamentais da pessoa que solicita o refúgio, sendo que mesmo que o solicitante se encontre em situação de irregularidade, tal circunstância não justifica a exclusão da titularidade dos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que tais direitos possuem a característica da universalidade.

Além do princípio da não devolução, há o princípio da não aplicação de sanção pela entrada clandestina em um Estado, que também está previsto no Estatuto dos Refugiados de 1951, previsto no artigo 31:

Ressalte-se, também, o fato de a entrada regular não obstar a possibilidade de solicitação de refúgio, conforme o artigo 8º. Fato este essencial para a efetiva proteção dos refugiados, uma vez que, caso se exigisse a sua entrada legal no território estar-se-ia praticamente impedindo sua vinda, já que, na maioria das vezes, a obtenção de um visto e/ou um passaporte é impossível em virtude da situação no país de origem. Deve-se, ainda, destacar que os procedimentos criminal e administrativo decorrentes da entrada ilegal ou irregular, que poderiam ensejar a deportação ou a expulsão do solicitante de refúgio, em função das determinações do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), ficam suspensos até a conclusão do pedido de refúgio, conforme artigo 10, caput, parágrafos 1.º e 2.º. (JUBILUT, p. 192, 2007)

Pela aplicação deste princípio entende-se que se uma pessoa está registrada como refugiada no Brasil, há impedimentos para que ela seja punida, ainda que tenha entrado ou permanecido no país de forma irregular:

Tem-se ainda o princípio que impede a sanção pela entrada clandestina em um Estado, segundo o qual os indivíduos que fugiram de um país onde suas vidas e liberdades estavam ameaçadas e que tenham entrado ou permanecido de maneira irregular num outro estado não devem ser punidos. (ANNONI e VALDES, p.123, 2013)

Por fim, outro princípio trata das questões documentais relacionadas à viagem do refugiado: o princípio da não discriminação. Este princípio permite que os refugiados possuam documentos que os permitam viajar fora do território em que se encontram na condição de refúgio.

Cabe advertir que o refugiado pode viajar a outros países que não o país que o acolheu,

porém somente após o reconhecimento de sua condição de refugiado (não podendo fazê-lo durante o processo de concessão), mediante prévia autorização expressa do governo brasileiro. A não observância desta regra pode ocasionar a perda imediata dos direitos de sua condição de refugiado.

O solicitante de refúgio, nesta condição, por estar desde o momento de sua solicitação sob a proteção do governo brasileiro, não pode viajar ao exterior e somente pode fazê-lo após o reconhecimento da sua condição de refugiado e mediante autorização prévia expressa do governo brasileiro, a qual estabelecerá inclusive o prazo de duração da ausência do refugiado do território nacional (AMORIM, p. 70, 2012)

No Brasil, além da observância dos princípios e normas internacionais pré-estabelecidas, concentra-se também nas regras da Lei nº 9.474/1997, na Constituição Federal, e na Lei 13.445/2017, que conferem direitos e deveres ao refugiado, garantindo a este a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais constantes no rol de direitos de proteção internacional.

4. A INSERÇÃO DO REFUGIADO NA VIDA SOCIAL BRASILEIRA

Os direitos dos refugiados serão assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro e o mecanismo que oportuniza o exercício destes direitos é a integração deste com a comunidade do país que o acolhe.

Para não perder sua humanidade, o refugiado necessita de integração na comunidade que o recebe. Para tanto deve contar com o direito a ter e exercer esses direitos, com as restrições, no entanto, inerentes à condição de estrangeiro. (NASCIMENTO, p. 57, 2014)

Porém, o processo de integração junto à comunidade local do país de acolhida pode encontrar vários obstáculos, como por exemplo, o choque cultural e religioso.

As dificuldades de adaptação são a causa mais comum para o insucesso desta solução durável. Some-se isso ao inevitável choque cultural entre os refugiados e a nova sociedade na qual está inserido. Dificuldades com a língua do novo país, não receptividade por parte da comunidade local, divergências quanto ao costume e às crenças religiosas, são exemplos de entraves no processo de integração local. (ANNONI e VALDES, p.138, 2013)

Neste sentido, cabe assinalar que a integração é uma dentre as três possibilidades de se solucionar os problemas de adaptação cultural dos refugiados, pois a ACNUR trata de outras duas soluções duráveis para resolver a questão: o reassentamento e a repatriação.

O reassentamento pode ser conceituado como a “prática de um Estado acolher, em seu território, refugiados já reconhecidos como tais, pelo ACNUR e/ou por outro Estado, mas que não tiveram toda a proteção necessária fornecida pelo país que lhes deu acolhida”. (JUBILUT, p.198, 2007)

Constata-se que questões relacionadas à segurança ou à falta de integração ocasionam o reassentamento, pois o primeiro país de acolhida não forneceu proteção suficiente à permanência do refugiado em seu território, e este se encontra impossibilitado de retornar ao seu país de origem, já que persistem as motivações de concessão de refúgio em outro Estado.

Com esta prática, o ACNUR tem por fim aumentar as perspectivas de refúgio e de proteção

para os refugiados, considerando as peculiaridades culturais de cada indivíduo, que podem dificultar, ou até mesmo impedir, uma adaptação no país de acolhida. (JUBILUT, p.200, 2007)

Annoni e Valdes definem a situação em que se encontra o reassentado, destacando a importância de atuação de um terceiro país de acolhida, que esteja empenhado a receber o refugiado em seu território:

Nesta situação, o indivíduo é encaminhado oficialmente para um terceiro país, o qual o recebe, generosamente, num gesto totalmente voluntário, advindo disso, a expressão “reassentamento voluntário”. O Estado que manifesta interesse em adotar os programas de reassentamento solidário firma um acordo de parceria com o Acnur, o qual se compromete a auxiliar o país em todas as fases do processo, desde o acolhimento do refugiado, até depois de o mesmo ser reassentado no terceiro país. (ANNONI e VALDES, p.146, 2013)

O Brasil acolhe refugiados através do reassentamento, sendo que a abertura à acolhida de reassentados ocorreu em 1999, com a assinatura do Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados. Os refugiados reassentados são cadastrados pelo ACNUR e aceitos pelo CONARE, oportunizando que estes tenham uma nova chance de integração com a comunidade local.

Já a repatriação ocorre com o retorno voluntário do refugiado ao seu país de origem, e se enquadra à hipótese de cessação da motivação que levou o imigrante a solicitar a concessão de refúgio no Brasil.

Pode-se notar que a integração local do refugiado com a comunidade em que vive consiste numa interpretação mais profunda acerca da proteção internacional oferecida a estes imigrantes. Quando se trata de inserção social do refugiado no Plano Interno do Estado, abrange-se tanto a concessão do refúgio, quanto os mecanismos assistenciais que oportunizam o acesso do refugiado às políticas públicas de saúde, educação, trabalho e demais benefícios sociais que o permita exercer sua cidadania.

Dessa forma, políticas públicas voltadas à assistência e integração dos refugiados são imprescindíveis para assegurar-lhes uma efetiva integração social, econômica e cultural; em especial, o acesso ao trabalho, saúde e educação. Portanto, para a obtenção de resultados positivos, é fundamental que os refugiados tenham assegurado o acesso aos direitos sociais, culturais e econômicos. (ANNONI e VALDES, p.156, 2013)

O exercício da cidadania dos refugiados não pode ser obstruído pela burocracia dos procedimentos administrativos relativos à efetividade de seus direitos sociais dentro do país, ou pela intolerância e incompreensão das autoridades públicas ou da sociedade brasileiras.

Portanto, a condição atípica de refugiado deve ser ponderada com equidade e bom senso, principalmente nas questões que exigem a expedição de documentos emitidos pelos países de origem do imigrante, ou por suas representações diplomáticas ou consulares, como afirma Amorim:

É de se presumir que um refugiado, assim reconhecido, por não poder contar com a proteção jurídica de seu país, também não possa comparecer perante a representação diplomática ou consular deste Estado, sobretudo porque, no mais das vezes, este Estado o quer morto ou preso, para solicitar certidões, atestados ou qualquer tipo de documentação.

(AMORIM, p.72, 2012)

Não será admitida a falta de comprometimento do refugiado com a apresentação de documentos exigidos pelo governo brasileiro, mas deverá haver flexibilidade ao tratar destas questões, já que muitas vezes o refugiado se encontra impossibilitado à obtenção de documentos.

Normalmente, esta documentação consiste em documentos pessoais necessários ao reconhecimento de certificados de diplomas, requisitos para adquirir o reconhecimento da condição de residente e a documentação necessária ao ingresso de instituições de ensino no Brasil, já que o direito à educação deve ser garantido ao refugiado.

Quando se trata de educação, nota-se que várias universidades e instituições acadêmicas brasileiras facilitam o ingresso e/ou a continuação dos estudos do refugiado, admitindo os refugiados em cursos de graduação, desde 1998, com a resolução 03/98 da Universidade Federal de Minas Gerais. (JUBILUT, p. 204, 2007)

As Universidades concedem bolsas de manutenção dos estudos, auxílio psicológico, oportuniza que o refugiado desempenhe estágios remunerados e oferece moradia estudantil a estes imigrantes. (ANNONI e VALDES, p.154, 2013)

O Brasil tem investido em políticas públicas com a finalidade de incluir essas pessoas na vida social brasileira, e além da política que já existe, o governo brasileiro está implementando também novos mecanismos assistenciais a fim de garantir um tratamento isonômico aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.

Na área da saúde, deve-se destacar a criação do Centro de Referência para a Saúde dos Refugiados, alojado no Hospital dos Servidores do Rio de Janeiro, onde os profissionais do SUS (Sistema Único de Saúde) foram capacitados para atender os refugiados, revelando uma nítida preocupação do governo brasileiro com o atendimento psicossocial destas pessoas.

Tal assistência compreendia desde as dificuldades na comunicação a traumas psicológicos adquiridos com a transição de seu país de origem ao Brasil, já que muitos destes pacientes viviam em seus países uma situação de violência, perseguições e guerras.

Dentre os direitos garantidos aos refugiados, evidencia-se o acesso ao trabalho, lembrando que no Brasil será feita a emissão da Carteira de Trabalho, sendo que uma decisão do Ministério do Trabalho determinou que fosse retirada desta documentação a expressão “refugiado”, e inserida a denominação “estrangeiro com base na Lei 9.474/97”, com a finalidade de se combater qualquer forma de discriminação.

Ainda no tocante à área trabalhista, há de se citar uma decisão emanada do Ministério do Trabalho, a qual eliminou, da Carteira de Trabalho, a expressão “refugiado” e passou a adotar a expressão “estrangeiro com base na Lei 9.474/97”. A referida medida tinha como objetivo o combate a qualquer forma de discriminação, uma vez que o termo refugiado, além de ser recebido com um certo receio, antes o desconhecimento por parte da população brasileira, expunha essas pessoas a situações constrangedoras, quando procuravam por trabalho, isso quando não eram exploradas indevidamente. (ANNONI e VALDES, p.159,

2013)

O governo brasileiro implantou diversas políticas públicas com a finalidade de garantir o direito constitucional do exercício de profissão, arte ou ofício ao refugiado.

Porém, ainda que o governo, gradualmente, busque adotar medidas de integração do refugiado na vida social brasileira, garantindo a estes direitos fundamentais sociais e econômicos, existem muitos desafios que ainda não foram superados quando se trata da questão da efetividade destes direitos.

A estratificação, as desigualdades e a exclusão social como marcas infelizes da sociedade brasileira de modo geral, se fazem sentir de modo mais acentuado em parcelas da população de refugiados, o que demanda mobilização social e lutas constantes para a garantia e viabilização dos direitos previstos e assegurados pelo regime jurídico internacional e interno de sua proteção. (AMORIM, p. 72-73, 2012)

A realidade do refugiado no Brasil compreende numa situação de marginalização social, tanto a refugiados, quanto a reassentados, além disso, estas pessoas são vítimas de preconceito de raça, de gênero e de classe e também de casos de xenofobia.

Apesar das ações acima citadas, em relação à criação de políticas públicas voltadas para os refugiados, todas essas medidas ainda são insuficientes quando se leva em conta o tamanho do problema que as populações deslocadas forçadamente enfrentam, em torno de preconceitos, ausência de informações, discriminação, burocratização de atendimentos e iniciativas tímidas e localizadas de instituições nacionais e internacionais. Portanto, necessária é a parceria do governo com a Sociedade Civil Organizada. (ANNONI e VALDES, p.160, 2013)

O preconceito não se limita aos parâmetros de raça, gênero e classe, sendo recorrente o preconceito decorrente da ignorância e desinformação em relação ao conceito de refugiado, como explica Amorim:

Muitos refugiados são tratados, inclusive, sobretudo por algumas autoridades públicas, como potenciais criminosos, como pessoas que vêm ao país apenas para se aproveitar de sua condição econômica e social. Comumente o termo refugiado é confundido com exilado ou expulso ou ainda extraditado (sic), o que remete sempre a ideia de prática prévia de um crime. (AMORIM, p.73, 2012)

Ainda assim, a participação da sociedade civil organizada é fundamental. A Cáritas do Rio de Janeiro integra a CONARE e, como já estudado, acolhe o refugiado desde sua chegada ao território brasileiro, além de prestar as demais assistências com assistentes sociais e advogados.

Com uma equipe formada por assistentes sociais e advogados, a Cáritas Rio integra o Conare como membro permanente. Por ser uma das instituições mais antigas na recepção de refugiados no Brasil, possui uma extensa rede de assistência com entidades parceiras. Acolhe o solicitante de refúgio, assistindo-o desde sua chegada. Oferece orientação jurídica para que o estrangeiro solicite refúgio no Brasil, e caso seja necessário, pode conceder apoio financeiro emergencial por tempo determinado. Por meio de sua rede de parceiros, os refugiados podem ser encaminhados para diversos serviços, tais como: atendimento médico e cursos profissionalizantes, entre outros. (ANNONI e VALDES, p.161, 2013)

Por fim, pode-se afirmar que o acolhimento dos refugiados no Brasil requer investimento

em políticas públicas destinadas à inclusão social destas pessoas, e em contrapartida, o desenvolvimento das atividades realizadas por esses imigrantes ao adentrar no Brasil pode representar avanços na estrutura econômica e social brasileira, beneficiando o país com a diversidade cultural.

5. PRECEDENTES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS PARA REFUGIADOS NO BRASIL

O Brasil busca adotar medidas de integração do estrangeiro na vida social brasileira através da inclusão de imigrantes em políticas públicas assistenciais já existentes no país, como a inserção em Programas Sociais como Bolsa-Família e a concessão de Benefício de Prestação Continuada a idosos e portadores de deficiência que preencham os requisitos de condicionalidade através da renda.

Destaca-se nesta pesquisa a atuação do poder judiciário na proteção social de refugiados, como, por exemplo, a concessão de Benefício de Prestação Continuada (LOAS) aos estrangeiros residentes no Brasil.

A previsão legal da concessão deste benefício está contida na Constituição Federal de 1988 no Art. 203, inc. V, como descreve o texto constitucional:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (grifo nosso)". (BRASIL,1988)

O Benefício de Prestação Continuada também tem previsão na Lei nº 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social, que o classifica como benefício individual, não vitalício e intransferível, obtido através da transferência monetária mensal financiada com recursos do Orçamento da União e da Seguridade Social, alocados no Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e operacionalizado pelo INSS.

Com o advento da Lei nº 13.445/2017, estabeleceu-se como garantia ao imigrante o acesso igualitário e livre a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e à seguridade social, como prevê o Art. 3º, inc. XI, da referida legislação:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

(...) XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; (BRASIL,2017)

O cabimento da concessão do Benefício de Prestação Continuada (LOAS) ao estrangeiro

que resida no Brasil se estendeu ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral desta matéria em Recurso Extraordinário e concluiu julgamento favorável à concessão do benefício por unanimidade de votos.

Perante a decisão do STF, foi definido que para fins de repercussão geral, os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal reafirmou a obrigação do Estado de prover assistência aos desamparados, sem distinção entre nacionais e estrangeiros, invocando o princípio da isonomia e recusando o argumento do INSS, que alegava a impossibilidade de a União dispor de recursos financeiros para o pagamento de benefício a estrangeiros.

O Ministro Marco Aurélio complementou que embora a Lei Orgânica da Assistência Social não especifique a definição de beneficiário do Benefício de Prestação Continuada, não deve existir diferença de tratamento entre nacionais e não-nacionais:

Com respaldo no artigo 6º da Carta, compele-se os Poderes Públicos a efetivar políticas para remediar, ainda que minimamente, a situação precária daqueles que acabaram relegados a essa condição. Porém, há uma ressalva em relação ao não nacional. Ao revés, o artigo 5º, cabeça, estampa o princípio da igualdade e a necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Para o ministro, o princípio constitucional da dignidade humana deve nortear a interpretação da legislação, aplicando ao caso a interpretação que melhor o concretiza, uma vez que é ferido princípio de observância prioritária no ordenamento jurídico.

“Não houve delegação relativamente à definição dos beneficiários, pois esta definição já está contida no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. No confronto de visões, deve prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana, de observância prioritária no ordenamento jurídico” (STF, RE 600535)

Portanto, ao analisar o entendimento jurisprudencial, conclui-se que é ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana que haja interpretações restritivas de direitos fundamentais que estabeleçam distinções entre nacionais e estrangeiros, uma vez que os benefícios assistenciais constituem direito fundamental dos imigrantes, e devem ser aplicados a todos, independentemente da nacionalidade da pessoa.

6. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO SOCIAL AOS REFUGIADOS NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID – 19

Em novembro de 2019, surgiram os primeiros casos do Covid-19 na China, na cidade de Wuhan. Este acontecimento marcou o início de uma nova forma de enxergar o cenário mundial, o

risco de contaminação pelo coronavírus extrapolou os limites das fronteiras e se estendeu aos demais países do mundo, e, em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou a pandemia.

No Brasil, foi imposto ao Sistema Único de Saúde o desafio de absorver a alta demanda para tratamento das pessoas infectadas, ocasionando a recomendação de órgãos internacionais para que os países praticassem isolamento social para evitar a propagação do vírus.

Esta medida demonstrou as fragilidades de diferentes setores da sociedade. Na economia, o desemprego atingiu o país, empresas fecharam, muitos contratos de trabalho foram suspensos, as dificuldades financeiras resultantes da crise sanitária escancararam a fragilidade social dos trabalhadores informais.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou reafirmando a autonomia dos Estados-Membros e invocou o princípio da separação dos poderes para autorizar que prefeitos e governadores atuassem implementando medidas protetivas por intermédio de decretos executivos que determinaram, a paralisação de atividades econômicas não essenciais, distanciamento social, fechamento de fronteiras e até mesmo o *lockdown* (isolamento social obrigatório).

Como medida de urgência para enfrentar a crise de saúde pública que se instalou no Brasil, surgiu a Lei nº 13.979/2020, regulamentada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Esta legislação tinha natureza excepcional e tratou da proteção social dos grupos vulneráveis aos efeitos das medidas tomadas como enfrentamento da pandemia, como os trabalhadores informais e as pessoas que ficaram desempregadas em razão da crise sanitária que assolava o país.

Tocante a grupos vulneráveis, contextualizando o tema de estudo deste artigo, sabe-se que muitos refugiados já viviam uma delicada situação de marginalização social antes da pandemia, e com a crise de saúde pública esta realidade se agravou.

A Constituição Brasileira de 1988 abordou a valorização das garantias fundamentais do estrangeiro que vive no Brasil, agregando a este a isonomia de direitos em relação ao brasileiro, entretanto, em tempos excepcionais como o vivido na pandemia do Covid-19 deflagrou-se que esta condição de igualdade não se sustenta na prática.

Desafios foram impostos a este grupo de migrantes para ter acesso ao benefício assistencial, dificultando o acesso de refugiados à proteção social do governo brasileiro. As principais dificuldades enfrentadas pelos refugiados para sua inclusão como beneficiário do Auxílio emergencial é por não possuírem a documentação exigida pelas agências bancárias pagadoras do benefício (tanto para efetuar o cadastro, quanto para receber o pagamento) e a falta de uniformização das agências pagadoras na tratativa de solicitações de benefícios de refugiados.

Como foi abordado nesta pesquisa, as solicitações dos refugiados não podem ser impedidas

pela burocracia dos procedimentos administrativos, uma vez que a inclusão social destes migrantes depende da facilitação de sua adaptação ao país em que está inserido.

Neste sentido, a Lei nº 9.474/1997 disciplinou expressamente em seu texto a obrigação de cooperação das autoridades públicas em assuntos relacionados à requisição de documentações pessoais e de certidões e certificados de qualquer natureza (AMORIM, p.72, 2012).

Neste sentido, a Lei 13445/17 - Lei de Migração em seu art. 3º, inciso X, prevê:

Art. 3 A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
[...]

XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;(BRASIL,2017)

Porém, é flagrante a invisibilidade do governo brasileiro e das agências pagadoras para a situação dos refugiados que solicitaram o benefício assistencial do Auxílio Emergencial durante a pandemia. Muitos migrantes estavam na informalidade, ou fora do mercado de trabalho durante a pandemia, demonstrando que ainda que fizessem parte do público a ser alcançado pela Lei n. 13.979/2020, que previa a concessão do benefício assistencial do Auxílio Emergencial de modo excepcional, os meios de efetivação da lei não se estenderam aos migrantes.

O cenário denota a indiferença e a fragilidade do papel do Estado brasileiro no que tange ao dever de provisão social aos migrantes, sobretudo no contexto da pandemia do novo coronavírus, o que os sujeitam a condições desumanas e ilegais frente a ampla legislação nacional e internacional de proteção aos migrantes as quais o país é signatário. É importante mencionar que o benefício do auxílio emergencial se insere na seara do direito fundamental social à assistência aos desamparados, previsto nos artigos 6º e representa política social organizada pelo Sistema de seguridade social no âmbito da assistência social, prevista no Art. 203 da Constituição Federal de 1988, a qual será prestado a quem dela necessitar, independente de contribuição. (CARVALHO; POMPEU, p.40 ,2020)

Quando se aborda a efetividade de um direito assistencial, sabe-se que anteriormente à implementação da norma que garante a efetividade deste direito existe a problemática das normas de eficácia limitada e sem abordar ainda a questão da aplicabilidade a não-nacionais, já se questiona a aplicabilidade de tais normas. Evidentemente, normas constitucionais de eficácia plena e as normas de eficácia contida não apresentam maiores dificuldades para atribuir ao sujeito o direito que lhe é devido, por possuírem aplicabilidade imediata. O mesmo não ocorre com as normas constitucionais de eficácia limitada, pois estas não produzem todos seus efeitos desde logo, possuindo eficácia mais dificultosa, já que necessitam de complementação legislativa. (SILVA, 2013, p.182)

No caso da aplicabilidade da Lei n. 13.979/2020 a refugiados, tem-se além do desafio da aplicabilidade da norma, que sugere uma iniciativa política e destinação orçamentária para que possa ser concretizada de forma emergencial, há os entraves da realidade prática do conceito de

igualdade entre nacionais e migrantes.

Considerando que em tempos de crise, a situação de grupos vulneráveis tende a se agravar, deve-se atentar à especificidade dos grupos de migrantes refugiados. Estas pessoas já possuem a dificuldade cultural de se integrar com o novo país, frequentemente, passaram por situações de violência e violações de direitos fundamentais em seu país de origem e, especialmente no Brasil, que é um país com alto índice de desigualdade social, submetem-se à marginalização social, com um agravante: são considerados excluídos das políticas públicas estatais em razão de possuir nacionalidade diversa à brasileira, ou de não possuir nacionalidade (apátridas).

Especificamente na Lei nº 13.979/2020, a exclusão de refugiados não é demonstrada em seu texto, pois toda normativa que aborda a concessão de benefício assistencial ao Auxílio Emergencial está submetida ao princípio da igualdade presente na Constituição de 1988, e qualquer afronta a este princípio faria com que a legislação fosse declarada como inconstitucional.

Porém, o impeditivo da efetivação do direito de proteção social do Estado brasileiro a refugiados em tempos de pandemia e grave crise econômica é o meio operacional de aplicabilidade das normas contidas na lei.

Muitos refugiados não possuem o Cadastro de Pessoa Física (CPF), documentação exigida para a efetivação do cadastro, ou não possuem documentação válida com foto, requisito para receber o pagamento, como, por exemplo, o Documento Nacional Migratório (DNM), o Registro Nacional de Estrangeiros (RNE), ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Este impedimento deveria ser identificado e combatido pelo poder público e imposto às agências pagadoras.

A razão que justifica o refugiado não possuir uma documentação são várias, pode ser a condição social que o impede de ter acesso a ferramentas eletrônicas, a dificuldade de adaptação com a língua e cultura brasileira, a pendência na decisão de solicitação de refúgio que pode atrasar sua situação de regularidade no país, ou pelo prazo de validade de seus documentos.

Outra questão que dificultou o acesso dos refugiados ao direito ao Auxílio Emergencial foi a falta de comunicação entre agências pagadoras para tratar de migrantes solicitantes do referido benefício. Isso retrata a indiferença das agências com esta realidade, que além de não identificarem esse dificultador do acesso dos refugiados ao benefício, não apresentaram nenhuma solução viável para resolver o problema quando ele surgiu.

Além disso, é importante mencionar a ausência de uniformização na exigência da documentação por parte das agências pagadoras. Para umas agências é imprescindível a apresentação do comprovante de solicitação de refúgio quando se trata de refugiados e para outras, é indispensável a apresentação da Carteira de Trabalho e Previdência Social quando se trata de imigrantes econômicos. (CARVALHO; POMPEU, p. 49, 2020)

Diante desta questão, surgiu a iniciativa da Defensoria Pública da União para garantir a extensão do benefício assistencial do Auxílio Emergencial aos migrantes residentes no país e conseqüentemente, o seu pagamento, por meio da Ação Civil Pública de n. 5007915-28.2020.4.03.6100 com pedido liminar em face do Banco Central e da Caixa Econômica Federal. A Defensoria Pública da União foi sagaz em afirmar que um direito que garanta a segurança alimentar e a saúde de grupos vulneráveis não deve ser apreciado sobre aspectos puramente operacionais e cobrou uma postura das agências pagadoras no sentido de garantir a igualdade de tratamento e o mínimo existencial aos migrantes no Brasil.

Tal postura brasileira perante o direito de migrantes em tempos excepcionais e de crise denota preocupação com o patamar de igualdade que se afere entre nacionais e migrantes. Outros países do mundo demonstraram um comportamento diferente face à Covid-19 e seus migrantes, como é o caso de Portugal, descrito pela autora:

Diferentemente do Estado brasileiro, outros países, como Portugal, por exemplo, promoveu a regularização temporária dos migrantes com processos migratórios pendentes por meio do Despacho n.º 3863-B/2020 da Presidência do Conselho de Ministros, Administração Interna, Trabalho, no sentido de garantir inequivocamente os direitos de todos os cidadãos estrangeiros com processos pendentes no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no âmbito da Covid-19. Em que pese o caráter temporário da medida, demonstra-se a preocupação do país para com as pessoas migrantes. (CARVALHO; POMPEU, p.49 ,2020)

Desta forma, questiona-se a tolerância do Brasil a migrantes em seu território, uma vez que a houve uma disfarçada invisibilidade para todos os problemas enfrentados por estes grupos que residem em nosso país em relação à efetividade de seu direito assistencial ao Auxílio Emergencial.

O olhar da sociedade deve ser de proteção social e inclusão do migrante, como já abordado nesta pesquisa, buscando a inserção destas pessoas em políticas públicas que incentivem a integração com a comunidade local, assim, os obstáculos impostos pela desigualdade social podem ser superados.

Porém, para se atingir a justiça social em relação a refugiados, não se deve enxergar estes grupos como sujeitos de direitos apenas no aspecto assistencialista, o refugiado deve ser um agente ativo na vida da sociedade brasileira, deve ter o direito de reconstruir sua vida, ter uma vida digna, pois, dessa maneira, poderá desenvolver sua própria capacidade, cooperando com o país e favorecendo a diversidade cultural.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. **A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves**

considerações. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro, v.1, p. 155-168, 2001.

AMORIM, João Alberto Alves. **Concessão de refúgio no Brasil – A proteção internacional humanitária no direito brasileiro.** Revista Internacional de Direito e Cidadania. São Paulo, n.12, p. 63-76, fev. /2012.

ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

A Saída é a Fuga. Direção: Leandro Rolim e Paulo Leite. Produção: TV Brasil Internacional. Documentário, 50'58". Disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=zoiNIav0uBw>>>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Breves comentários á Lei Brasileira de Refúgio, in Refúgio no Brasil – A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu impacto nas Américas.** 2010.

BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997.** Disponível em:<<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 587970.** Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Recorrida: Felícia Mazzitello Albanese. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 20 de abril de 2017. Jurisprudência do STF.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração.** Diário Oficial da União, Brasília, 25 de maio de 2017a. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm> Acesso em: 13 de jul. 2021

BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 13 de jul. 2021

BOTELHO, Tiago Resende. DUPAS, Elaine. **Nova Lei de Migração: a possibilidade de Direitos Humanos para os imigrantes internacionais.** Revista Arquivo Jurídico - Universidade Federal do Piauí. Teresina – v. 04, n. 02 julho / dezembro 2017

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Direito Constitucional.** 7.ª Ed. São Paulo: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, Arielle Arry. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Ausência de proteção social aos migrantes no Brasil em tempos de pandemia da Covid-19 com enfoque no direito ao benefício assistencial.** Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 37 a 60, 2021. DOI: 10.26512/abyayala.v4i3.32267. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/32267>. Acesso em: 26 jun. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUNIOR, Alberto do Amaral. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. **A Cidadania dos Refugiados no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ONU. ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951**. Disponível em:

<<http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/conv-0.html>>
Acesso em: 07 de junho de 2021.

PIOVESAN, Flávia. **O direito de asilo e a proteção internacional do refugiado. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro, v.1, p. 27-64, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

O RACIONALISMO E O INCREMENTALISMO NO PROCESSO DECISÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE A POLÍTICA FEDERAL DE SAÚDE DIANTE DO PROBLEMA DO CORONAVÍRUS

Florestan Rodrigo do PRADO¹
Marcelo Agamenon Goes de SOUZA²

RESUMO

A pesquisa buscou estabelecer uma análise das tomadas de decisões do Governo Federal no ciclo de políticas públicas envolvendo o enfrentamento do problema da pandemia do covid-19. Após uma rápida análise da natureza do vírus e de sua propagação no Brasil, além da abordagem das principais decisões do Governo Federal ao longo dos meses em que a pandemia foi sendo disseminada em nosso país, o enfoque principal do trabalho abordou a decisão política de não se realizar a contratação com a Farmacêutica *Pfizer* para a aquisição de setenta milhões de doses de vacina em agosto/setembro de 2020. Esse episódio de tomada de decisão política foi analisado sob o prisma do modelo de racionalidade absoluta e sob a vertente do modelo incrementalista, onde foi estabelecido um olhar crítico a respeito de qual teria sido a melhor opção a ser adotada na época dos fatos, além dos possíveis efeitos jurídicos desta decisão, sob a perspectiva da responsabilidade civil, administrativa e criminal dos agentes envolvidos na decisão. O trabalho também enfocou a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, sendo analisadas as principais decisões do STF ao longo do período da pandemia, na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Covid-19. Racionalismo. Incrementalismo. Controle do Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present research sought to establish an analysis of the Federal Government's decision-making in the public policy cycle involving the confrontation of the covid-19 pandemic problem. After a quick analysis of the nature of the virus and its spread in Brazil, in addition to addressing the main decisions of the Federal Government over the months in which the pandemic was being disseminated in our country, the main focus of the work was the political decision not to contract with Pfizer Pharmaceuticals for the acquisition of seventy million doses of vaccine in August/September 2020. This episode of political decision-making was analyzed from the perspective of the absolute rationality model and from the perspective of the incremental model, where a critical look was established regarding what would have been the best option to be adopted at the time of the facts, in addition to the possible legal effects of this decision, from the perspective of civil, administrative and criminal liability of the agents involved in the decision. The work also focused on the role of the Judiciary in the control of public policies, analyzing the main decisions taken by the Supreme Court during the period of the pandemic, in protecting the fundamental rights of Brazilian citizens.

1 Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP, Campus de Jacarezinho – PR. Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMPSP. Professor de Direito Penal, Prática Jurídica Penal e de Medicina Legal da TOLEDO PRUDENTE, Centro Universitário de Presidente Prudente, SP. Advogado público da FUNAP-SP. E-mail: florestan_prado@yahoo.com.br

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP, Mestre pela ITE e UNOESTE. Professor titular de Direito Constitucional e Prática Penal da TOLEDO PRUDENTE, Centro Universitário de Presidente Prudente, SP. Sócio da AGAMENON & CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS. E-mail: ma-agamenon@uol.com.br

KEYWORDS: Public policy. Covid-19. Rationalism. Incrementalism. Control of the Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

As pesquisas desenvolvidas neste artigo visam estabelecer uma abordagem reflexiva sobre a dinâmica de tomada de decisões no âmbito do ciclo de políticas públicas do Governo Federal, situando, como foco principal, o grave problema da pandemia do Covid-19. Este ensaio parte da seguinte indagação: após a identificação do problema público do Coronavírus no Brasil e a sua inclusão na agenda prioritária do Governo, a formulação de alternativas para a tomada de decisão de enfrentamento do problema, pelo Governo Federal, pautou-se em critérios satisfatórios e coerentes, sob o ponto de vista técnico e científico?

Ao enfrentar esse grave problema de saúde pública, com vários caminhos possíveis, através dos métodos, dos programas, das estratégias e das ações eleitas pelos governantes, podemos afirmar que tais alternativas foram as melhores adotadas sob a perspectiva daquilo que poderíamos chamar de melhores opções?

Iremos trafegar por duas vertentes de entendimentos sobre os modelos de tomada de decisões no âmbito do ciclo de políticas públicas. A primeira, pautada no modelo de racionalidade absoluta, analisando-se a dimensão do problema e a busca de um mínimo grau de racionalidade. A segunda, fundamentada no modelo incrementalista, onde as decisões são consideradas dependentes dos interesses dos atores que fazem parte da construção do processo de política pública.

Diante dessas indagações iniciais, buscamos, neste artigo, entender se as decisões que foram tomadas para combater o Covid-19, caracterizadas pela alta complexidade do problema, são decisões onde o elemento eminentemente político está falando mais alto do que o elemento técnico-científico, ou se, por outro lado, as decisões adotadas obedecem a um padrão ideal para vencer o problema, onde, efetivamente, todos custos e benefícios das alternativas técnicas, foram calculados pelos atores políticos para se encontrar a melhor opção e a mais eficaz possível para salvar vidas e diminuir as consequências desta crise de saúde pública jamais vista na história do país.

Ainda dentro desse viés, estabeleceremos abordagens jurídicas no sentido de se verificar o controle dos atos administrativos praticados pelos atores que integram o Governo Federal, indagando se existe alguma responsabilidade civil, administrativa ou penal por parte dos agentes públicos na adoção de medidas que refletiram na política de saúde pública no combate ao Coronavírus, investigando, de maneira pormenorizada e sistemática, se poderia, o Poder Judiciário, por exemplo, interferir no âmbito de tomadas de decisões políticas em face das alternativas de minimização das mortes e da resolução de outros graves problemas decorrentes da pandemia,

estabelecendo imposições sobre qual ou quais os caminhos que deveriam ter sido seguidos pelo executivo federal diante dessa situação.

Para a consecução do trabalho, primeiramente, serão estipuladas bases fundadas no atual estágio dos ciclos de políticas públicas e dos estudos envolvendo as decisões tomadas frente ao problema da pandemia do Coronavírus, adotando-se o método hipotético-dedutivo como principal meio de obtenção de informações, de modo a pautar os estudos partindo-se de uma visão genérica sobre a política de saúde pública em tempos de pandemia, passando pela análise sistemática das alternativas e das decisões adotadas pelo Ministério da Saúde no âmbito do Governo Federal.

2. NOÇÕES GERAIS DO CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A política pública é formada por etapas, ou seja, por fases ou momentos independentes que se sistematizam em um ciclo, denominado de ciclo de política públicas (*policy cycle*), com inegável utilidade heurística (SECCHI, 2010, p. 33). O termo política pública constitui uma locução polissêmica (BUCCI, 2006, p. 251) configurando-se um tema mais afeto às ciências políticas do que, propriamente, ao direito, por ter uma natureza interdisciplinar de difícil conceituação, podendo ser definido de maneira diferente, segundo o prisma sob o qual esteja sendo analisado (econômico, administrativo, jurídico, etc.)

Para Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 252):

Políticas públicas são instrumentos de ação dos governos- o *governement by policies* que desenvolve e aprimora o *governement by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *governement by men*, anterior ao constitucionalismo.

Apesar desta dificuldade conceitual, podemos afirmar que o ciclo de política pública se inicia a partir da percepção de problemas. O reconhecimento de um problema público é o primeiro passo no desenvolvimento de uma política pública. Um problema público pode ter diferentes origens. Pode advir de uma calamidade natural, pode se instalar vagarosamente, pode decorrer de outros problemas públicos já instalados ou pode até estar presente há muito tempo na sociedade e nunca ter sido notado pelas autoridades. Obtendo a atenção do governo através dos fluxos e das janelas de oportunidades, o problema é inserido e passa a constituir a agenda de governo (SECCHI, 2010, p. 34-36).

A partir da inclusão do problema na agenda política governamental, passam a ser formuladas alternativas para a resolução deste problema. Nesta etapa são refletidos os caminhos a serem seguidos e são elaborados os programas e as estratégias possíveis para a resolução do problema. As alternativas são colocadas na balança e avaliadas pelo administrador, realizando-se

um prognóstico sobre os recursos financeiros, técnicos, humanos e materiais que possibilitarão maior chance daquela política ser eficaz para a resolver problema identificado (SECCHI, 2010, p. 36-37).

A etapa que sucede a formulação de alternativas de solução é a tomada de decisão. Nesse momento do ciclo de políticas públicas, os governantes optam por uma solução específica ou por uma mistura de soluções específicas que refletem as metas a serem atingidas, definindo-se as diretrizes de para o desenrolar de uma ação. Dando continuidade ao ciclo, o próximo passo é o da implementação, onde são materializados os resultados concretos e práticos da política pública, constituindo-se em uma etapa de execução administrativa da política, onde, o que foi decidido politicamente, será concretizado (SECCHI, 2010, p. 40-41).

Essa fase de implementação é demasiadamente complexa, tanto nas hipóteses de adoção do modelo *top-down* (de cima para baixo, com separação clara entre os agentes que tomam a decisão e aqueles que executam a implementação) como nas hipóteses de adoção do modelo *bottom-up* (de baixo para cima, com a maior participação, no processo decisório, daqueles que implementarão as medidas), podendo ocorrer modificações e adaptações ao longo das imperfeições e falhas que surgem nesse momento crucial do processo político. Em muitos casos, na fase de implementação, ocorrem inúmeras mudanças e ajustes em torno da política pública inicialmente projetada (BAPTISTA; REZENDE, 2015, p. 239-240)

Após a implementação, segue-se a fase de avaliação, onde o processo de implementação e a desenvoltura da política pública são verificados e fiscalizados, buscando-se mensurar o nível de resolução do problema inicialmente identificado. São utilizados, neste momento, critérios de economicidade, de eficiência administrativa, de eficácia e de equidade (SECCHI, 2010, p. 50).

Os mecanismos de avaliação são altamente complexos e possuem uma profunda diversidade, dificultando-se, na maioria dos casos, o estabelecimento de contornos nítidos entre a relação dos órgãos que efetuarão o controle e a definição de critérios variáveis de aferição de um resultado (FONTE, 2013, p. 59). Tais avaliações ocorrem concomitantemente ou após a implementação da política, denominadas de avaliações *ex post*, ou podem ter acontecido antes do processo de tomada de decisões, chamadas de avaliações *ex ante* (HORTA, 2020, p. 42).

As avaliações visam encontrar os atores estratégicos a serem utilizados no processo de implementação, buscando vencer os obstáculos que surgem e cumprir as metas e os objetivos inicialmente desenhados. A avaliação da política pública também detém seu foco nos resultados, analisando o desempenho, os impactos e os efeitos da implementação, analisando se a mesma foi eficaz observando o critério do tempo de implementação e da sua qualidade na resolução do problema.

O ciclo de política pública termina com a extinção da política pública, com a resolução do problema que a originou, com a identificação da ineficácia dos programas que ativaram aquela política pública ou quando, embora não resolvido, o problema acabou perdendo a importância e saindo da agenda formal do governo. (SECCHI, 2010, p.53-54)

3. OS MODELOS DE RACIONALIDADE NA TOMADA DE DECISÃO

Conforme mencionado, uma vez listado o problema na agenda, buscam-se soluções para resolvê-lo. Os denominados *modelos de racionalidade* partem desta equação, pois os tomadores de decisão têm o problema em suas mãos e correm atrás de soluções com base no estudo de alternativas, procurando-se escolher qual a alternativa seria a mais apropriada para a tomada de decisão (SECCHI, 2010, p. 41).

A racionalidade formal está vinculada à resolução do problema com base em padrões racionais de meio e de fim, fundamentados em regras de caráter universal. Tal método está jungido ao conceito de organização burocrática, considerando a organização como um processo racional e técnico, chamado de *metáfora da máquina*, que funciona como uma espécie de mecanismo, planejado e operado para um funcionamento eficaz, pois os indivíduos que decidem sobre essa organização se pautam em soluções racionais que projetam efeitos no andamento do sistema. (MORGAN, 1996, p. 49-50)

Dentre os modelos de racionalidade, podemos apontar, em um primeiro momento, a modelo racionalidade absoluta, onde a decisão se fundamenta em um processo eminentemente racional, calculando-se os custos e os benefícios das alternativas possíveis, buscando-se encontrar a mais adequada decisão (SECCHI, 2010, p. 41).

O modelo de racionalidade limitada, idealizado por Herbert Simon (apud SECCHI, 2010, p. 41), aponta que os tomadores de decisão se baseiam em fatos subjetivos, limitando suas percepções cognitivas, impondo-se uma racionalidade dependente das crenças dos atores políticos e das informações limitadas que conseguiram obter diante da complexidade dos fatos. Parte-se da premissa de que existem diversas alternativas a serem estudadas e um número extremamente vasto informações a serem sopesadas, dificultando-se o processo racional de tomada de qualquer decisão, o que leva a concepção de que nenhuma decisão seria extremamente perfeita. (MELO; FUCIDJI, 2016, p. 625)

Segundo pontua Herbert Simon (1945, p. 61), no modelo de racionalidade, a maioria dos objetivos e atividades observadas pelo tomador de decisão, derivam de seus julgamentos quanto ao valor das relações meio-fins:

In practice, the separation between the ethical and the factual elements in judgments can

usually be carried only a short distance. The values involved in administrative decisions are seldom final values in any psychological or philosophical sense. Most objectives and activities derive their value from the means-ends relationships which connect them with objectives or activities that are valued in themselves. By a process of anticipation, the value inhering in the desired end is transferred to the means. The product of a manufacturing process is valued by its producers for its convertibility into money (which in turn has value only in exchange) and by its purchasers for the values to be derived from its consumption. Just so, the activities of a fire department, or a school system, are valued ultimately for their contribution to human and social life, and they retain their value only so long as they serve those more final ends.³

No mesmo passo, importante também destacar a racionalidade compreensiva, onde, conhecendo-se o problema satisfatoriamente, tem-se como concretizável a tomada de decisão de grande impacto. Vislumbra-se, neste modelo de tomada de decisão, que os tomadores avaliam as alternativas de maneira abrangente e detalhada, calculado cada uma delas e verificando suas consequências. Em suma, é o modelo onde se define claramente os seus objetivos, encontra-se as soluções e as alternativas disponíveis e se avalia as consequências de cada uma delas. Um processo de escolha das alternativas, objetivando eleger aquela mais vantajosa. (RUA, 2014, p. 80).

De qualquer modo, consoante se observa, o processo de tomada de decisão política, pela perspectiva do modelo de racionalidade, envolve um *ciclo*, com a definição do problema, a construção de objetivos e de soluções e uma decisão pautada em alternativas previamente estudadas. Trata-se de um processo que culmina em uma escolha racional e coletiva de prioridades, visando assegurar interesses públicos contemplados pelo direito (BUCCI, 2006, p. 264).

Mas nem sempre é tão fácil assim, pois, no campo da política, existem interesses, negociações e conflitos, além de normas institucionais que cerceiam o campo de reflexão do tomador de decisão, tal como ocorre no processo de instâncias hierárquicas dentro da Administração Pública.

4. O MODELO INSPIRADO NO MÉTODO INCREMENTALISTA

O modelo racionalista é questionado pelo denominado modelo incremental, proposto por Charles E. Lindblom (1959, p. 78-88), onde os problemas e as soluções são pontuados, revistos e decididos de maneira simultânea em momentos variados da tomada de decisão, bem como também, onde as decisões tomadas no presente são tidas como vinculadas às decisões do passado, ou seja,

3 Tradução: Na prática, a separação entre os elementos éticos e factuais nos julgamentos geralmente pode ser realizada apenas a uma curta distância. Os valores envolvidos nas decisões administrativas são apenas valores finais em qualquer sentido psicológico ou filosófico. A maioria dos objetivos e atividades derivam seu valor das relações meios-fins que os conectam com objetivos ou atividades que são valorizados em si mesmos. Por um processo de antecipação, o valor inerente ao fim desejado é transferido para o meio. O produto de um processo de manufatura é avaliado por seus produtores por sua conversibilidade em dinheiro (que por sua vez tem valor apenas na troca) e por seus compradores pelos valores a serem derivados de seu consumo. Da mesma forma, as atividades de um corpo de bombeiros, ou de um sistema escolar, são valorizadas em última instância por sua contribuição para a vida humana e social, e mantêm seu valor apenas enquanto servirem a esses fins mais finais.

dependentes das mesmas, havendo imposições de limites por instituições formais e informais, não existindo uma decisão totalmente livre neste tipo de modelo (SECCHI, 2010, p. 42).

Ademais, segundo estabelece Charles E. Lindblom (1959, p. 78-88), a tomada de decisão é um processo de adaptação de soluções já adotadas e implementadas em outras oportunidades do *policymaker*, sendo elas totalmente dependentes dos interesses dos atores políticos, e, por causa disso, nem sempre a solução adotada seria a melhor solução para o caso, mas a solução mais oportuna para os tomadores dentro do quadro de interesses políticos que se vislumbrou naquela hipótese específica (SECCHI, 2010, p. 42).

Maria das Graças Rua (2014, p. 85) simplifica o modelo incremental fornecendo o seguinte conceito:

[...] significa a tentativa de solucionar problemas de maneira gradual, sem introduzir grandes modificações nas situações já existentes e sem provocar rupturas de qualquer natureza. Ou seja, em vez de especificar objetivos e de avaliar que decisões podem atender a esses objetivos, os formuladores decidem o seu curso de ação mediante a comparação de algumas alternativas específicas e da estimativa de quais dessas alternativas enfrentam menos restrição e poderão melhor produzir os resultados esperados. Assim, a melhor decisão não é aquela que maximiza os valores e objetivos dos tomadores de decisão, mas aquela que oferece menos dificuldade e assegura o melhor acordo entre os interesses envolvidos.

A visão incrementalista questiona o racionalismo e propõe o acréscimo de outras variáveis na tomada de decisões em políticas públicas, tais como as relações de poder e a conexão entre as etapas diferentes do processo de decisão, não existindo um começo ou um fim neste ciclo. Outros elementos teriam que ser incorporados no ciclo de políticas públicas, além da racionalidade, tais como grupos de pressão, interesses de partidos políticos, interesse da mídia e da classe empresarial, que influenciam na decisão final e nos efeitos que eclodem dela. (SECCHI, 2010, p. 42).

Observa-se duas diretrizes básicas no processo incrementalista: a primeira, por mais adequada que seja a sustentação técnica de uma alternativa, a decisão estará sempre ligada a uma relação de poder. Em outras palavras, uma decisão tecnicamente imperfeita pode ser politicamente viável. A segunda diretriz está baseada no fato de que os governos não possuem ampla liberdade para movimentar recursos públicos, sendo que, as decisões, nesta visão incremental, são norteadas pelo fator *dinheiro* que se apresenta como um fator de limitação (RUA, 2014, p. 86).

Em suma, conforme podemos observar, o incrementalismo afasta-se do racionalismo, pois acredita que em ocasiões extremamente complexas, como via de regra são as situações que envolvem políticas públicas, o elemento político sempre fala mais alto que o elemento técnico. (SECCHI, 2010, p. 42).

5. O CORONAVÍRUS NO MUNDO E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

Oficialmente, o primeiro caso de covid-19 foi registrado em *Wuhan*, na China, em 01 de dezembro de 2019. Semanas após a identificação da doença, que teria se originado no mercado de marisco do distrito de *Huanan*, onde se vendia carnes exóticas para consumo, começaram a surgir os primeiros artigos científicos publicados por pesquisadores da China envolvendo pacientes internados no Hospital Central de *Wuhan*.⁴ O vírus denominado *WHCV* (posteriormente conhecido por *2019-nCov* e *Sars-Cov-2*), possuía muita semelhança genômica com o vírus *Bat SL-CoVZC45*, originado através de morcegos do gênero *Rhinolophus affinis* coletados na China.⁵

O Coronavírus é um vírus *zoonótico*, da família *Coronaviridae*, que causa infecções respiratórias agudas. Atinge, via de regra, mamíferos e aves, mas também pode atingir os seres humanos. A denominação *corona* advém de seu formato microscópico, semelhante a uma coroa. Existem vários tipos de Coronavírus, tais como o *Alfa Coronavírus – HCoV-HKU1*, o *Beta Coronavírus – HCoV-OC43* e o *MERS-Cov*. Todos eles originam síndromes respiratórias agudas graves (*SARS*). O novo Coronavírus provoca a doença denominada tecnicamente pela medicina de Covid-19. (LIMA, 2020, s.p.)

No início de janeiro de 2020, a OMS - Organização Mundial de Saúde, realizou o primeiro alerta envolvendo os 44 (quarenta e quatro) doentes em *Wuhan*, afirmando que os mesmos detinham uma espécie de pneumonia de etiologia desconhecida, que depois ficou comprovada ser de fácil transmissão.⁶ No final do mês de janeiro, tínhamos vários casos noticiados no Japão, Tailândia, Coreia do Sul, Singapura, Vietnam, Taiwan, Nepal e Estados Unidos da América, dentre outros países.

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou o novo Coronavírus uma situação de emergência internacional. A declaração oficial da existência de uma pandemia foi proferida, pela OMS, somente em 11 de março de 2020.⁷

4 Dentre os vários artigos científicos que começaram a surgir logo no início da pandemia, pode-se destacar o artigo intitulado *The continuing 2019-nCoV epidemic threat of novel coronaviruses to global health - The latest 2019 novel coronavirus outbreak in Wuhan, China*. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31953166/>. Acesso em 29 Mar. 2021.

5 Tal afirmação científica não é totalmente pacífica, uma vez que vários pesquisadores também relataram a presença do coronavírus em pangolins, animais portadores de uma cepa com similitude acima de oitenta por cento com o genoma do SarsCov 2. Fora isso, os virologistas também mencionam que o vírus, antes de atingir os seres humanos, teria sido recombinado com outro agente hospedeiro, provavelmente algum outro animal (ou alguma carne deste animal congelada para alimentação) que figurou como uma espécie de agente intermediário, existindo um verdadeiro *elo perdido* no quebra-cabeças cronológico da origem de criação do Coronavírus. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>. Acesso em 29 Mar. 2021.

6 Disponível em: <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/> Acesso em: 29 Mar.2021.

7 Na China, o número de infectados subiu assustadoramente entre o período da descoberta do vírus e o final do mês de janeiro de 2020. De 44 (quarenta e quatro) diagnósticos iniciais, o número evoluiu para 7.771 (sete mil, setecentos e setenta e um) doentes, com 170 (cento e setenta) mortes comprovadas, espalhando-se, os casos, por todas as províncias chinesas, o que levou as autoridades daquele país a adotarem rígidas regras de quarentena. Disponível em: https://covidreference.com/timeline_pt Acesso em: 29 Mar. 2021.

A partir de então, inúmeros casos começaram a ser noticiados pela Europa e pelo mundo, com destaque para as várias mortes que começaram a ocorrer na região da Lombardia, norte da Itália, bem como em outros países, a exemplo da Espanha, Inglaterra e França. Nos Estados Unidos, o centro da pandemia se concentrou no estado de Nova York, sendo considerado, o fato, o maior erro dos órgãos norte-americanos de inteligência, causando grande celeuma entre a opinião pública americana, em razão da inicial *política negacionista* do vírus patrocinada pelo governo Trump.⁸

No Brasil, em 09 de fevereiro de 2020, 34 (trinta e quatro) brasileiros que moravam em *Wuhan*, na China, foram repatriados e permaneceram de quarentena por 14 (catorze) dias na base aérea de Anápolis em Goiás. Em 26 de fevereiro de 2020, foi confirmado oficialmente pelo Ministério da Saúde, o primeiro caso de Coronavírus no Brasil, tratava-se de um homem de 61 (sessenta e um) anos que teria viajado à Itália e retornado infectado pelo vírus.⁹ No início do mês de março de 2020, os casos confirmados de Coronavírus no Brasil subiram assustadoramente na cidade de São Paulo e na cidade do Rio de Janeiro, com 904 (novecentos e quatro) pessoas infectadas e 11 (onze) mortes comprovadas, registrando-se, naquele momento, a denominada transmissão comunitária em mais de 20 (vinte) estados brasileiros.

Pelo fato do vírus chegar tardiamente em nosso país, o Brasil acabou sendo uma *vítima fácil* da doença, haja vista que as autoridades públicas não se prepararam adequadamente para adotar estratégias de saúde pública de uma maneira eficaz para conter a disseminação do vírus no início do problema da pandemia.

Nesse sentido pondera Carlos Eduardo Frickmann Young (2020, p. 33):

É notório que há enorme subestimação do número de casos e óbitos por covid-19 no Brasil e em outros países, especialmente em desenvolvimento. Essa é uma das falhas mais evidentes dos governantes brasileiros em lidar com a pandemia: tendo chegado no país relativamente tarde em relação à Europa, não houve preparação técnica para a pandemia. Sem estratégia, equipamentos, material de teste e coordenação de ações, o Brasil tornou-se presa fácil para a propagação do coronavírus, e no momento em que escrevo, é o país do mundo com maior número diário de novos casos de contaminação (epicentro), mesmo com grande subnotificação.

Até o final do mês de março de 2020 o Brasil tinha chegado à assustadora marca de 4.309 (quatro mil, trezentos e nove) casos oficiais confirmados, elevando o número de mortes para 139 (cento e trinta e nove), sendo 98 (noventa e oito) delas, no estado de São Paulo, com a situação mais preocupante.

8 O periódico americano *The Guardian* publicou um artigo em 27 de março de 2020 que ficou famoso por causa da pergunta realizada aos negadores do coronavírus nos EUA, que apoiavam a política inicial negacionista do governo Donald Trump, pergunta denominada: *vocês têm sangue nas suas mãos?* Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/27/trump-narcissism-american-blood-coronavirus>. Acesso em 29 Mar. 2021.

9 Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1042-brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus-porem-nao-ha-motivo-para-panico>. Acesso em 29 Mar. 2021.

No início do mês de abril de 2021, após mais de um ano de enfrentamento da doença, as estatísticas oficiais brasileiras revelaram que os números cresceram demasiadamente, chegando a patamares extremamente estarrecedores, cujos indicativos ganharam notoriedade e preocupação no mundo inteiro.¹⁰ No dia 22 de setembro de 2021, tínhamos as tristes marcas oficiais de 21.283.567 (vinte e um milhões, duzentos e oitenta e três mil e quinhentos e sessenta e sete) casos confirmados e de 592.316 (quinhentos e noventa e dois mil, trezentos e dezesseis) óbitos por causa do Coronavírus.¹¹

6. ALGUMAS DECISÕES POLÍTICAS ADOTADAS PELO GOVERNO FEDERAL NO COMBATE AO COVID-19

No início da pandemia, o Ministério da Saúde apenas monitorou os casos suspeitos de infecção, incluindo formalmente vários países em alerta para o Coronavírus. Após os primeiros casos comprovados da doença, o Governo Federal começou a adotar medidas práticas para o enfrentamento da doença, tais como: distribuição de kits para o teste diagnóstico do covid-19; assinatura de contratos para aquisição de máscaras de proteção, óculos, álcool em gel e luvas; criação de programas de saúde municipais; convocação de médicos (Programa Mais Médicos) ; negociação com o Poder Legislativo e posterior liberação de recursos possibilitando a concretização das medidas de combate ao Coronavírus pelos Estados e Municípios (Plano de Contingência).

Com o aumento demasiado dos casos, o Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a declarar emergência e a decretar medidas mais rigorosas de contenção ao vírus, determinando a suspensão de aulas na rede pública e privada, suspensão de visitas em estabelecimentos prisionais, fechamento de parte do comércio e de outras atividades não essenciais.¹² Em 20 de março de 2020, o Ministério da Saúde reconheceu a transmissão comunitária da doença no território nacional, autorizando os estados a adotarem medidas para a promoção do distanciamento social e outras formas de aglomerações.

O Estado de São Paulo também adotou medidas rigorosas de combate ao problema da pandemia no mês de março de 2020, a exemplo do fechamento de parte do comércio, suspensão das aulas na rede pública e privada, determinação do teletrabalho nas repartições públicas não

10 O Brasil atingiu a marca de 325.284 (trezentos e vinte e cinco mil, duzentos e oitenta e quatro) mortes diárias pelo Coronavírus em 01 de abril de 2021, ficando em segundo lugar no ranking mundial da doença, perdendo apenas para os Estados Unidos, com a cifra de 553.826 (quinhentos e cinquenta e três mil, oitocentos e vinte e seis) mortes por dia. Disponível em : <https://systems.jhu.edu/research/public-health/ncov>. Acesso em 02 Abr. 2021.

11 O maior índice de mortalidade pelo Coronavírus, no Brasil, está nos estados da região Sudoeste, com 280.358 (duzentos e oitenta mil, trezentos e cinquenta e oito) óbitos. O menor índice encontra-se nos estados da região Norte com 46.399 (quarenta e seis mil, trezentos e noventa e nove) mortes. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 23 Set. 2021.

12 Decreto nº 46.973 de 16 de março de 2020.

essenciais, dentre outras determinações.¹³ A mesma decisão foi adotada por todos os outros Estados da federação.¹⁴ Nesta mesma época, foi editada a Medida Provisória nº 936/2020 pelo Governo Federal que autorizou a suspensão do contrato de trabalho do trabalhador, pela empresa, oferecendo qualificação profissional, manutenção de benefícios e do plano de saúde.

Em 16 de abril de 2020, por motivos pautados em divergências políticas, foi exonerado, pelo Presidente da República, o Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta, sendo nomeado, para o ministério, Nelson Teich, que ficou no cargo pouco menos de um mês, pedindo demissão por também adotar entendimentos divergentes do chefe do executivo.

O Ministério da Saúde, a partir de 20 de maio de 2020, ficou interinamente nas mãos de Eduardo Pazuello, então General da ativa do Exército, que, mesmo com estudos internacionais refutando a eficácia dessas medicações, e sem ter qualquer experiência na área da saúde (GOMES, 2020), divulgou, ao assumir interinamente a pasta, o protocolo para o uso da *cloroquina* e da *hidroxicloroquina* para certos casos da doença.

Iniciado o mês de junho de 2020, em São Paulo e no Rio de Janeiro foram realizados os primeiros experimentos, em voluntários, com a vacina da Universidade de *Oxford*. Neste mesmo mês, foi retirada da internet a plataforma do Ministério da Saúde que transmitia informações atualizadas sobre o Coronavírus no Brasil, que foi novamente colocada no ar, por determinação do Supremo Tribunal Federal.¹⁵

Em São Paulo, foram intensificadas as pesquisas para a produção de uma vacina contra o Coronavírus, entrando-se na terceira etapa de experimentos (a previsão para vacinação era para o mês de outubro de 2020, segundo o Instituto Butantan). Apenas no final do mês de junho de 2020, foram anunciadas, pelo Governo Federal, as parcerias com a indústria farmacêutica *AstraZeneca* e com a Universidade de *Oxford* (Inglaterra), para o desenvolvimento e produção de vacinas contra o Covid-19, com a tecnologia da Fundação Oswaldo Cruz.

Nesse ínterim, o Ministério da Saúde recusou um acordo com a empresa farmacêutica multinacional *Pfizer*, alegando que as determinações contratuais apresentadas por ela eram abusivas, a exemplo da isenção da fabricante de eventual responsabilidade jurídica na hipótese de efeitos colaterais ocasionados nas pessoas vacinadas.¹⁶

13 Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020.

14 A título de exemplo, podem ser citados os Decretos iniciais de combate ao Coronavírus do estado do Paraná (Decreto nº 4.312/20), Minas Gerais (Decreto nº 47.891/20), Amazonas (Decreto nº 42.601/20) e Ceará (Decreto nº 33.512/20).

15 A decisão liminar foi proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, nos autos da Medida Cautelar solicitada na ADPF nº 690-DF, proposta pelo Partido Rede (Rede de Sustentabilidade), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). O argumento principal foi a violação do princípio da publicidade. Disponível em : <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445071&ori=1>. Acesso em 01 Abr.2021.

16 Segundo especialistas da área da saúde o acordo com a *Pfizer* garantiria 70 (setenta) milhões de vacinas em

Outros países acabaram comprando a vacina da *Pfizer*, tais como os Estados Unidos, a União Europeia, o Chile, e a Colômbia. Apesar da hesitação do Governo Federal para comprar antecipadamente as vacinas, os institutos Fiocruz e Butantan iniciaram negociações para a aquisição da *Oxford-AstraZeneca* e para a transferência de tecnologia da chinesa *Sinovac* para a produção da *Coronavac*. No início de dezembro de 2020, o Governo Federal, por causa do anúncio feito pelo Estado de São Paulo para aplicação da vacina *Coronavac* a partir de janeiro de 2021,¹⁷ apresentou um esboço do plano de vacinação, a ser realizado em 4 (quatro) etapas, priorizando certos grupos de pessoas.

Em janeiro de 2021, a cidade de Manaus viveu um caos por causa da superlotação de hospitais da rede pública e da rede privada, bem como também por causa da falta de oxigênio que ocasionou a morte de diversos pacientes. O número alarmante de pessoas contaminadas e de óbitos apontou a descoberta de uma nova variante da doença, denominada de *P.1*. pelos virologistas. As decisões do Ministério da Saúde para o enfrentamento da crise de oxigênio em Manaus envolveram: auxílio em logística para deslocar os pacientes para outra localidade; requisição administrativa para o fornecimento compulsório de oxigênio; envio de médicos de outras localidades para Manaus; a criação de uma enfermaria de campanha; criação de um comitê de crise em parceria com o governo do estado do Amazonas.

A segunda quinzena de janeiro de 2021 foi marcada pela decisão da Anvisa em conceder aprovação para o uso emergencial dos imunizantes *Coronavac* e *Oxford*. O plano de vacinação foi iniciado em vários estados brasileiros, por iniciativa do governo local. No final de fevereiro de 2021, o Ministério da Saúde passou a realizar tratativas com a Rússia e com a Índia para aquisição das vacinas *Sputnik V* e *Covaxin*.

Em 15 de março de 2021, época marcada por um dos piores momentos da pandemia, com mais de dois mil registros de mortes diárias e um colapso hospitalar histórico, com ocupações de leitos na rede pública e privada acima de 90% (noventa por cento), foi nomeado um novo Ministro da Saúde, Marcelo Queiroga.

O pior dia da pandemia, no Brasil, foi o dia 06 de abril de 2021, onde foram registradas 4.195 (quatro mil, cento e noventa e cinco) mortes em 24 (vinte e quatro) horas por causa do Covid-19.¹⁸ Dias antes, em 26 de março de 2021, o Instituto Butantan tinha anunciado a Butanvac, a primeira vacina integralmente produzida no país.¹⁹

O cenário epidemiológico começou a mudar a partir do mês de junho de 2021, quando a

dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026>. Acesso em 01 Abr.2021.

17 Constatou-se, cientificamente, que a *Coronavac* conseguiu atingir o limiar de eficácia mínima exigida pela OMS e pela ANVISA, consistente em 50,38% de eficácia.

18 Disponível em: <https://systems.jhu.edu/research/public-health/ncov>. Acesso em 06 Abr. 2021.

19 Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em 06 Abr.2021.

média móvel de casos começou a cair, reduzindo-se, também, o número de óbitos em torno de 65% (sessenta e cinco por cento).²⁰ A diminuição dos casos teve como consequência direta a vacinação contra o Covid-19. Estão sendo utilizados os seguintes imunizantes no país, com registros definitivos e emergenciais oficializados pela Anvisa: *Comirnaty (Pfizer/BioNTech)*; *Coronavac (Butantan/Sinovac)*; *Covishield (AstraZeneca/Oxford)* e *Janssen (Johnson & Johnson)*.²¹

O percentual de vacinados no Brasil, em 19 setembro de 2021, estava em 79.314.211 (setenta e nove milhões trezentos e quatorze mil e duzentos e onze) de pessoas totalmente imunizadas (com todas as doses das respectivas vacinas), o que equivale, na soma de todos os estados da federação, a 37,18 % (trinta e sete vírgula dezoito por cento) da população brasileira.²²

7. ANÁLISE CRÍTICA DO CASO PFIZER: COTEJANDO A DECISÃO POLÍTICA FEDERAL DIANTE DO MODELO INCREMENTALISTA

Como se pode depreender da análise das principais decisões tomadas ao longo do tempo, pelo Governo Federal, em torno do problema da pandemia, uma das principais características negativas que encontramos foi a lentidão para a tomada de decisão e posterior atraso da implementação do plano federal de vacinação dos cidadãos brasileiros.

Isso se deu, em um primeiro momento, em decorrência da notória *política negacionista da doença* oriunda das atitudes e dos discursos patrocinados pelo chefe do Poder Executivo Federal.²³

Em uma segunda circunstância, o atraso na vacinação aconteceu em razão das divergências políticas entre o Governo Federal e os Governos Estaduais, principalmente com relação a flagrante desavença política entre o Governador do Estado de São Paulo, João Dória, suposto presidenciável para as eleições de 2022, e o Presidente da República Jair Bolsonaro, confesso candidato a reeleição do cargo. O mês de fevereiro de 2021, primeiro mês da vacinação, contou com apenas 12 (doze) milhões de doses, o que favoreceu menos de 3% (três por cento) da população.

Diante dos fatos políticos elencados, percebemos que o Governo Federal demorou muito para comprar as vacinas, sendo que, se não fosse a atitude tomada pela Fiocruz e pelo Instituto

20 Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/brasil-registra-menor-media-movel-de-mortes-e-de-casos-por-covid-19-desde-janeiro>. Acesso em 19 Set.2021.

21 Disponível em: https://qspod.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Vacina/DEMAS_C19Vacina.html/. Acesso em 20 Set.2021.

22 Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em 19 Set.2021.

23 As principais ideias propagadas pelo presidente Jair Bolsonaro, manifestadas em inúmeros discursos, envolviam críticas ao isolamento social, induzimento ao consumo do medicamento *Hidroxicloroquina* (comprovadamente ineficaz para o tratamento do Covid-19) e a minimização da letalidade do vírus, denominando-o de *gripezinha*. Essas *ideias negacionistas* decorrem das ideologias oriundas do que se denominou de *Gabinete Paralelo*, uma espécie de órgão informal consultivo criado pelo Presidente da República, formado por políticos de sua confiança e demais pessoas da sociedade. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/05/01/cpi-levanta-mais-de-200-falas-negacionistas-de-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 19 Set.2021.

Butantan, em fevereiro de 2021, não teria sido implementado nenhum plano de vacinação no Brasil. O fato de não adquirir as vacinas antecipadamente foi uma decisão política desastrosa e de proporções imensuráveis para a saúde pública, o que revelou, posteriormente, consequências trágicas no combate ao Covid-19, em razão da majoração do número de óbitos diários.

Outros países da América do Sul, como é o caso do Chile e da Colômbia, se anteciparam na aquisição da vacina e demonstraram a implementação de um processo eficiente de imunização da população, que começou em dezembro de 2020. No Brasil, pelo contrário, o número de óbitos começou a crescer assustadoramente após as festividades de final de ano e o processo de vacinação ainda era desorganizado e comedido no início de abril de 2021.

Vale dizer que, o fato político que impulsionou uma atitude tardia do Governo Federal para adquirir os imunizantes, o que ocorreu apenas em outubro de 2020, foi o anúncio, pelo Estado de São Paulo, da compra de 46 (quarenta e seis) milhões de doses da *Coronovac* em setembro de 2020. Ou seja, estabeleceu-se uma espécie de *corrida política* em torno do problema da aquisição da vacina. O que notamos, flagrantemente, é uma total ausência de padrões técnicos ou científicos na política pública federal para a aquisição dos imunizantes.

Compreendemos que, neste particular caso, a decisão de não contratar com a *Pfizer*, naquela época, ou seja, em agosto/setembro de 2020, foi uma opção alicerçada tão somente em interesses políticos e não em critérios técnicos ou científicos, o que ocasionou um demasiado atraso no início do processo de vacinação da população brasileira.

Em suma, a decisão de não comprar 70 (setenta) milhões de vacinas da *Farmacêutica Pfizer*, além de não ser a melhor opção, sob o ponto de vista estratégico, foi uma decisão política construída através de um interesse totalmente fora dos padrões científicos de combate à doença, interesse apoiado em situações vinculadas a outros contextos do cenário político, tais como as divergências com os governadores (em especial, o governador do Estado de São Paulo), bem como também, por causa da denominada *política negacionista da epidemia*, que teria sido uma política adotada anteriormente pelo Governo Federal. O não para a *Pfizer* foi, sobretudo, uma *adaptação* de uma solução já implementada pelo *negacionismo federal*.

Noutro giro, ficou evidente que, nesse específico caso, tivemos uma decisão de cunho eminentemente incrementalista, onde a solução adotada foi dependente dos interesses dos sujeitos políticos envolvidos no ciclo da política pública em questão (interesse político do Presidente da República e do seu Ministério da Saúde), pautada no *negacionismo* da doença e na *cega contradição política* ao Governo do Estado de São Paulo (especificamente). Notória, então, a escolha de uma decisão sem qualquer fundamento técnico ou científico, mas com esteio puramente político, consoante mencionado.

Nesse sentido expõe Leonardo Secchi (2010, p. 42):

Segundo Lindblom (1959), a tomada de decisões é um processo de adaptação de soluções já implementadas em outros momentos ou contextos [...] as decisões são consideradas dependentes dos interesses dos atores envolvidos no processo de elaboração da política pública e, por isso, muitas vezes a solução escolhida não é a melhor opção, mas sim aquela que foi politicamente lapidada em um processo de construção de consensos e de ajuste mútuo de interesses. O modelo de Lindblom afasta-se do racionalismo, pois acredita em situações de alta complexidade, como geralmente são as situações que envolvem a elaboração de uma política pública, o elemento político fala mais alto que o elemento técnico.

No caso *Pfizer*, outros argumentos que o Governo Federal utilizou para não se realizar a contratação em agosto/setembro 2020, podem ser citados, dentre eles: o argumento de que não haveria uma rede de refrigeradores para armazenar as vacinas; a alegação de que a Anvisa precisaria dar o *signal verde* para aplicar as doses, pois, supostamente, poderia ser colocado em risco a saúde das pessoas (daí nasceu a infame piada de se transformar em jacaré) e, por último, o argumento de que não existia base legal, naquela época, para a contratação desses imunizantes.

Todos esses argumentos se revelaram, ao longo do tempo, desprovidos de qualquer veracidade ou demasiadamente inapropriados. Ficou comprovado que o armazenamento da vacina *Pfizer/BioNTech* poderia ser realizado em geladeiras normais (envolvendo 02 a 08 ° C) em um prazo de até 31 (trinta e um dias), o que atenderia a logística dos postos de saúde brasileiros, não havendo impedimento nesse sentido. Quanto a falta de autorização da Anvisa, esse argumento também cairia por terra, haja vista que, posteriormente, o próprio Governo Federal adquiriu os imunizantes *Sputnik V* e *Covaxin* sem a autorização da Anvisa, anunciando a compra através do laboratório indiano *Bharat Biotech* em fevereiro de 2021.²⁴

Quanto ao argumento de que não existia lei, na época, para fundamentar a contratação com a fabricante multinacional *Pfizer*, o mesmo não corresponde com a verdade. Nada impediria, em razão da necessidade da medida, no ápice de casos de óbitos e no pico da pandemia, o envio de um projeto de lei em regime de urgência para o parlamento ou mesmo através de uma medida provisória, como aconteceu em outras situações.²⁵ Como visto, todos os argumentos são facilmente afastados sob a perspectiva da coerência política. Nenhum deles se revelou sólido ou com sustentabilidade razoável. Foram fundados em uma frágil base dialógica, com evidências *negacionistas* claras, consoante apontado.

Observa-se que, neste jogo político, as divergências entre a política federal e as políticas

24 Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/carlos-andreazza/post/o-caso-pfizer-e-mentiras-do-governo.html/>. Acesso em 20 Set.2021.

25 Nesse sentido pode ser citada a Lei nº 14.125/21 que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Também pode ser mencionada a edição das Medidas Provisórias nº 927/20 e nº 1046/21 que disciplinaram aspectos relacionados ao contrato de trabalhos e liberação do FGTS durante o período da pandemia do Coronavírus.

estaduais e locais constituem fator evidentemente complicativo. Muitos apontam que, em termos de políticas públicas, a implementação de políticas de natureza estadual ou municipal podem encontrar barreiras nas políticas federais, principalmente em razão de divergências político-partidárias dos atores desses planos políticos e vice-versa.

Segundo expõem Tatiana Vargas de Faria Batista e Mônica Rezende (2015, p. 256):

No caso brasileiro, a configuração de um sistema público federativo traz ainda algumas complicações a mais em análises dessa natureza. Como falar de implementação de políticas nacionais quando estados e municípios exercem ou são chamados a exercer sua autonomia local? O que precisa ser considerado nas trajetórias dos diferentes âmbitos institucionais da política de saúde para a análise das políticas em curso?

Para o desenvolvimento de uma política pública eficaz é essencial a coordenação desses planos de Administração. No Brasil é muito comum a atividade isolada dos planos políticos, sem a devida harmonização, o que gera conflito entre os entes governamentais (BUCCI, 2013, p. 155). Nessa perspectiva, o que importa verificar é se, no caso das vacinas, ocorreu algum tipo de falha estratégica na decisão de não contratar com a *Pfizer*, o que nos parece indubitável diante das desastrosas consequências que surgiram posteriormente a este episódio (aumento do número de infectados e majoração do número de óbitos).

Enfim, resta-nos dizer que o ato de não contratar com a *Pfizer*, quando se podia fazer, com base em frágeis argumentos jurídico-políticos de cunho eminentemente *negacionistas*, foi, sem sombra de dúvidas, uma decisão altamente censurável diante da gravidade dos fatos.

Aliás, antes de mais nada, deve ser ressaltado que o ato de *não contratar* foi uma forma de se fazer política pública, pois, entendemos que a omissão também é uma maneira de se realizar política, o que gera, inclusive, responsabilidade civil do estado em razão da negligência externada, além da clara violação ao direito fundamental à saúde (FREITAS, 2014, p. 97). Segundo também alude Marta M. Assumpção Rodrigues (2010, p. 43): “o Governo que não toma uma atitude pública sobre determinado problema também faz política”.

Entendemos, inclusive, que, diante da natureza e da gravidade dos fatos daquele momento (ápice da crise sanitária), a situação exigia uma postura rápida, protecionista e eficiente do Governo Federal visando salvar vidas, o que não foi realizado. Assim, além da inegável responsabilidade civil, é evidente, também, a responsabilidade política, administrativa e, sobretudo, criminal daqueles que estavam à frente do Governo Federal na época dos fatos.

Essa postura adotada pelos integrantes do Governo Federal envolveu uma decisão com base em um *incrementalismo perverso*, ante os notórios efeitos criminais da decisão política adotada (de não contratar com a *Pfizer*). Nesse jaez, observamos uma desastrosa gestão da crise sanitária pelo Governo Federal, o que ocasionou a perda de meio milhão de vidas no Brasil,

transformando o problema da pandemia do Coronavírus em uma crise de direitos humanos em nosso país.²⁶

Impede destacar, por fim, que essa política de mortificação atingiu as camadas mais pobres da sociedade, desprovidas de maior estrutura financeira para se protegerem da propagação do vírus, o que foi denominado de *necropolítica*, conforme preceituam Vladimir Brega Filho e Maria Eduarda de Camargo Yaros, com apoio no pensamento de Achille Mbembe. (2020, p. 40)

8. O CONTROLE EXTERNO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO ÂMBITO DE COMBATE AO CORONAVÍRUS PELO PODER JUDICIÁRIO

Ao cumprir suas funções, os órgãos da Administração Pública ficarão sujeitos ao controle dos seus atos, o que poderá ocorrer internamente, através dos organismos que pertencem a sua própria estrutura (controle interno), ou externamente, através de órgãos que não pertencem a mesma estrutura administrativa, como acontecem nos casos que envolvem o controle legislativo e o jurisdicional (controle externo). A atividade de controle é denominada por Marcus Vinícius de Azevedo Braga de *cultura de transparência* baseada na tríade *avaliar-direcionar-monitorar*. (2021, p. 239)

A razão de ser do controle é a de garantir que a Administração Pública cumpra os dispositivos contidos nos princípios e nas regras contidas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente aqueles plasmados na Constituição Federal de 1988. (DI PIETRO, 2020, p. 575-576). Vale destacar que o Direito e a Administração Pública estão presentes na sociedade desde os tempos remotos. Na verdade, são dois elementos que se apresentam imbrincados e estão em constante evolução, um se sustentando pelo outro (PIRES, 2019, p. 755). Quando falamos em controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, devemos entender que o Poder Judiciário intervém no processo de materialização do Direito, onde a execução dos atos sai do plano do Poder Executivo e é ultimada pelo Poder Judiciário. (FAGUNDES, 1967, p.112).

Diante disso, as políticas públicas precisam ser analisadas através de todos os prismas, não apenas sob o viés da legalidade, mas também sob a égide dos demais princípios gerais da Administração Pública, a exemplo da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da eficiência, dentre outros. A prestação do serviço de saúde está ligada diretamente à atividade estatal, caracterizando-se como um serviço de essencial relevância pública (art. 197 da CF/88). A atuação,

26 Em 15 de setembro de 2021 foi apresentado perante a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, um parecer jurídico realizado por um grupo de juristas brasileiros, liderados por Miguel Reale, onde os mesmos apontam a prática, pelo presidente Jair Bolsonaro, de crimes contra a humanidade em razão do *negacionismo absoluto* diante da pandemia do Covid-19, sem aparentemente se importar com as vidas humanas. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/15/juristas-ouvidos-por-membros-da-cpi-apontam-responsabilidade-de-bolsonaro-pelo-agravamento-da-pandemia/>. Acesso em 22 Set.2021.

do Poder Judiciário, no plano de controle de políticas públicas tem como missão precípua a efetivação dos direitos fundamentais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 61)

Necessário destacar, ainda, que a atuação do Poder Judiciário deve ser *contramajoritária* para assegurar a observação à Constituição Federal. Diante disso, ao formular políticas de saúde pública, o administrador deverá dar importância para a concretização do mínimo vital, respeitando-se a eficiência da medida, flexibilizando-se a discricionariedade e afastando-se argumentos pautados no debate da reserva do possível.

Esclarecem, nesse sentido, Valter Foletto Santin, Thadeu Augimeri de Goes Lima e Caio Marcio Loureiro (2020, p. 27):

Assim, ao buscar construir as políticas públicas e implementá-las, cabe ao gestor público priorizar medidas de concretização do mínimo existencial, proibindo-se a proteção insuficiente. É oportuno lembrar que a Constituição vigente, ao tratar da Administração Pública, elencou na cabeça do art. 37 os princípios que devem ser respeitados em sua atividade, sendo eles a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, dentre outros que extraíveis das disposições gerais da Administração Pública. E, neste contexto principiológico, evidentemente não restarão satisfeitas a legalidade e a moralidade, caso a política pública implementada prejudique a concretização do mínimo vital. Também não se terá por respeitada a eficiência sem a adequação das tarefas da Administração Pública, e por certo inexistirá adequação sem respeito ao piso mínimo. Importa dizer, portanto, que em razão da necessária satisfação das necessidades básicas, o mínimo vital apresenta-se como questão prejudicial à formulação das políticas públicas, impondo mitigação à discricionariedade do Administrador, o qual, para levar a bom termo a gestão da res pública, deverá priorizar a retirada de abstração do liminar mínimo com respeito aos princípios da Administração Pública. É bem por isso que já se pode grafar que não há oportunidade para se falar em reserva do possível quando é apresentada como oposição ao cumprimento do mínimo vital.

Inúmeras intervenções do Poder Judiciário no âmbito estadual e municipal poderiam ser citadas como exemplos de controle da atividade da Administração Pública durante o período excepcional de crise em decorrência do Coronavírus.

A título de destaque, no plano nacional, podemos apontar os seguintes casos: a) Decisão proferida pelo STF em 24 de março de 2020 que estabeleceu a competência administrativa comum entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar, de maneira concorrente e suplementar sobre questões ligadas ao combate da pandemia do Covid-19 (ADI-6341 MC/DF);²⁷ b) Concessão de liminar pelo STF em 29 de março de 2020 para afastar específicos trechos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, facultando ao Governo Federal a realização de gastos emergenciais para a proteção da saúde das pessoas durante a pandemia (ADI 6357 MC/DF);²⁸ c) Concessão de liminar, também pelo STF, em 08 de abril de 2020, impedindo que o Governo Federal revogasse decisões dos estados e dos municípios que envolvessem distanciamento social, restrições sobre o comércio, impedimento de aglomerações de pessoas,

27 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 23 Set.2021.

28 Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em 23 Set.2021.

dentre outras medidas de combate ao Coronavírus (ADPF 669 MC / DF).²⁹

Importante mencionar que, em 09 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal, também em sede de liminar, determinou a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito, nos autos do Mandado de Segurança nº 37.760, para a apuração de eventuais omissões do Governo Federal no decorrer da pandemia do Coronavírus. A liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi confirmada pelo plenário do STF em 14 de abril de 2021,³⁰ sendo que a denominada *CPI da Pandemia* iniciou seus trabalhos, no Senado Federal, oficialmente, em 27 de abril de 2021 e está com prazo determinado para encerramento em 05 novembro de 2021.³¹

Assim, a Administração Pública deve proteger a vida e a saúde do ser humano, tratando-se de um interesse difuso de essencial importância para a sociedade (SANTIN, 2005, p. 211). Nesse diapasão, a atuação do Poder Judiciário em tempos de Coronavírus se apresenta como uma atividade extremamente importante, uma vez que a proteção de direitos fundamentais é uma prática democrática imprescindível e tem como finalidade a interdependência entre os poderes (SOUZA; CONTELLI, 2020, p. 244).

Ousamos dizer, nesse específico caso, que as intervenções do Poder Judiciário no âmbito de controle de políticas públicas envolvendo o enfrentamento do Coronavírus, evitou um maior número de mortes na prática, haja vista a importância de sua participação no processo decisório político e a proteção do direito fundamental à saúde dos cidadãos brasileiros.

9. CONCLUSÃO

Após as reflexões que desenvolvemos ao logo deste trabalho, pudemos constatar que os critérios utilizados pelo Governo Federal, na implementação de políticas públicas de combate ao Coronavírus não se pautaram em qualquer base técnica ou científica. Antes disso, as decisões políticas tiveram, como apoio, um fundamento eminentemente incrementalista, cuja solução eleita guardava nexos com os interesses políticos dos sujeitos envolvidos na questão da pandemia.

Esses interesses envolviam uma disputa política e um antagonismo de visões com as gestões estaduais, principalmente contra o Governo do Estado de São Paulo. Em outras palavras, a racionalidade foi deixada de lado e o elemento político falou mais alto (*negacionismo absoluto*), mesmo diante da possibilidade de se perder vidas humanas.

Desta forma, podemos afirmar que o caminho escolhido pelo Governo Federal para enfrentar a pandemia, indene de dúvidas, não foi a melhor opção adotada. A gestão da crise sanitária foi desastrosa, com reflexos no âmbito dos direitos humanos. O denominado caso *Pfizer*, objeto de

29 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084>. Acesso em 23. Set.2021.

30 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6129512>. Acesso em 23. Set.2021.

31 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441> Acesso em 24 Set.2021.

análise crítica neste artigo, foi um exemplo notório.

Restou entendido, nesse quadrante, que os atores e atrizes à frente do Governo Federal, que tiveram participação direta nessa específica decisão política (não contratação com a *Pfizer*), possuem responsabilidade civil, administrativa e, sobretudo, penal, em face das mortes e demais violações aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Denominamos, esse modelo de se tomar decisão política, de *incrementalismo perverso* diante da notória produção de efeitos jurídicos no âmbito criminal.

Por fim, ficou clara a possibilidade e a necessidade de interferência do Poder Judiciário no processo de políticas públicas de enfrentamento da pandemia do Coronavírus, consoante apontamos nas análises realizadas em algumas decisões proferidas pelo STF. As decisões, além de *contramajoritárias*, foram extremamente importantes para a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente no âmbito do direito à saúde e da proteção da vida humana, evitando-se um maior número de óbitos decorrentes da infecção do vírus.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. REZENDE, Mônica de. *A ideia de ciclo na análise de políticas públicas*. In: MATTOS, Ruben Araújo de. BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. (Org.). Caminhos para análise das políticas de saúde. Porto Alegre: Rede Unida, 2015.

BBC NEWS BRASIL. *Três erros que levaram à falta de vacinas contra covid-19 no Brasil*.

Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56160026>. Acesso em 01 Abr.2021.

BIN, Daniel; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Racionalidade e política no processo decisório: estudo sobre orçamento em uma organização estatal*. Rev. adm. contemp. vol.11 no.3 Curitiba July/Sept. 2007. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300003. Acesso em 23 Mar.2021.

BRAGA, Marcus Vinícius de Azevedo. *A Função Controle e a Burocracia Profissionalizada no Contexto Reformista*. In : MARQUES, Rudinei; CARDOSO, José Celso (org.) Rumo ao Estado necessário [livro eletrônico]:críticas à proposta de governo para a reforma administrativa e alternativas para um Brasil republicano, democrático e desenvolvido. Brasília: Fonacate, 2021.

BREGA FILHO, Vladimir; YAROS, Maria Eduarda de Camargo. *A Necropolítica brasileira acentuada pela pandemia: os desdobramentos na educação e saúde*. Responsabilidade do Estado / Dirceu Pereira Siqueira, Sérgio Tibiriça Amaral & Tiago Cappi Janini, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Ministério da Saúde. Brasil confirma primeiro caso do novo coronavírus, porém não há motivo para pânico.* Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1042-brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus-porem-nao-ha-motivo-para-panico>. Acesso em 23 Mar.2021.

CORONAVÍRUS BRASIL. *Painel Coronavírus-Síntese de casos, óbitos, incidência e mortalidade.* Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 02 Abr.2021.

COVID REFERENCE. *The Covid textbook.* Bernd Sebastian Kamps. Christian Hoffman.

Disponível em https://covidreference.com/timeline_pt. Acesso em 23 Mar.2021.

COVID-19 PORTAL. *Global cases by Johns Hopkins CSSE.* Disponível em <https://systems.jhu.edu/research/public-health/ncov/>. Acesso em 06 Abr.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 33 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.* 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública.* 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GOMES, Lucas. *Ministério da Saúde confirma general sem experiência na área como interino.* Disponível em <https://sul21.com.br/ultimas-noticiaspolitica/2020/05/ministerio-da-saude-confirma-general-sem-experiencia-na-area-como-interino/>. Acesso em 28 Set 2021.

HORTA, Danyele Sesconetto Borges. *Estudo comparado de critérios de fiscalização de políticas públicas adotados por entidades de fiscalização superior do Brasil, dos Estados Unidos e do Reino Unido.* Texto para discussão / Instituto Serzedello Corrêa. – Brasília:

ISC/TCU, 2020.

JORNAL DA USP. *Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença, por Arthur Gruber, professor do Departamento de Parasitologia do Instituto de Ciências Biomédicas da USP.* Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/> Acesso em 23 Mar.2021.

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. *Informações sobre o novo coronavírus (COVID-19).* Radiologia Brasileira, vol.53 no.2 São Paulo Mar./Apr. 2020

LINDBLOM, Charles E. *The Science of “muddling through”.* *Public Administration Review.* V. 19, n. 02, p. 79-88, 1959. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/392971571/Lindblom-1959-1979-A-Ciencia-Da-Decisao-Incremental-e-a-Ubiquidade-Da-Decisao-Incremental/>. Acesso em 26 Set.2021.

MAPA DA VACINAÇÃO. *Bem estar vacina: mapa da vacinação contra o Covid-19 no Brasil*. Disponível em <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/>. Acesso em 19 Set.2021.

MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. *Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos*. Revista de Economia Política, vol. 36, nº 3 (144), pp. 622-645, julho-setembro/2016

MINISTÉRIO DA SAÚDE COVID-19. *Vacinação Doses Aplicadas*. Disponível em: https://qsprod.saude.gov.br/extensions/DEMAS_C19Vacina/DEMAS_C19Vacina.html/ Acesso em 20 Set.2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE GOVERNO FEDERAL. *Brasil registra menor média móvel de mortes e de casos por Covid-19 desde janeiro*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/brasil-registra-menor-media-movel-de-mortes-e-de-casos-por-covid-19-desde-janeiro>. Acesso em: 19 Set.2021.

MORGAN, Gareth. *Imagens da organização. Edição Executiva*. São Paulo: Atlas, 1996.

O GLOBO. *Caso Pfizer e as mentiras do governo*. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/carlos-andreazza/post/o-caso-pfizer-e-mentiras-do-governo.html/>. Acesso em: 20 Set.2021.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PUBMED.GOV. *The continuing 2019-nCoV epidemic threat of novel coronaviruses to global health -- The latest 2019 novel coronavirus outbreak in Wuhan, China*. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31953166/>. Acesso em: 23 Mar.2021

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

RUA, Maria das Graças. *Políticas públicas*. 3ª ed., Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

SANAR. *Linha do tempo do Coronavírus no Brasil*.

Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>

Acesso em: 06. Abr.2021.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho/PR, Brasil, n. 5, 2005, p. 208-216. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em 23 set. 2021.

SANTIN, Valter Foletto; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; LOUREIRO, Caio Márcio.

Remanejamento orçamentário entre elementos de despesa para atendimento ao mínimo existencial em época de pandemia. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 19 – 39, Jul/Dez. 2020.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SENADO FEDERAL. *Atividade Legislativa. Comissões. CPI da Pandemia*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em 24 Set.2021.

SENADO NOTÍCIAS. *Juristas apontam à CPI responsabilidade de Bolsonaro pelo agravamento da pandemia*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/15/juristas-ouvidos-por-membros-da-cpi-apontam-responsabilidade-de-bolsonaro-pelo-agravamento-da-pandemia/>. Acesso em 22 Set.2021.

SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: a study of decision – making processes in administrative organizations*. 4ª Ed. E-Book. Glencoe, III. Free Press, 1945.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de; CONTELLI, Everson Aparecido. *Proteção Jurídica dos Consumidores e das Empresas em Tempos de Covid-19*. In : CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PANCOTTI, Heloísa Helena Silva (org.) *A Covid-19 e o Direito*. São Paulo: Todas as Musas, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministério da Saúde deve restabelecer divulgação integral de dados sobre Covid-19*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445071&ori=1/>. Acesso em 01. Abr.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Processos*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em 23. Set.2021.

THE GUARDIAN. *Trump's narcissism has taken a new twist. And now he has American blood on his hands. Jonathan Freedland*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/27/trump-narcissism-american-blood-coronavirus>. Acesso em 23. Mar.2021.

VALOR ECONÔMICO. *Política: CPI levanta mais de 200 falas negacionistas de Bolsonaro*. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/05/01/cpi-levanta-mais-de-200-falas-negacionistas-de-bolsonaro.ghtml> /. Acesso em 19 Set.2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Emergencies preparedness, response. Pneumonia of unknown cause – China. Disease outbreak News 5 January 2020*.

Disponível em <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/>. Acesso em 23. Mar.2021.

YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. *De nanômetros a trilhões: os problemas de medir o tamanho econômico da pandemia*. YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; MATHIAS, João Felipe Cury Marinho (org.) *Covid-19, meio ambiente & políticas públicas– 1. ed. – São Paulo: Hucitec, 2020*.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER PELO PODER JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO: DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987 - 1988 À CONTEMPORANEIDADE

Renato BERNARDI¹
Aimê Araújo LOMA²
Marcela Luísa FOLONI³

RESUMO

O presente artigo contextualiza a participação das mulheres na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, que é uma das subcomissões da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC), com o fito de demonstrar a sub-representatividade feminina na instituição de poder, denominada Poder Judiciário, naquela época e identificar se este fenômeno ainda se reproduz na contemporaneidade e se é capaz de proporcionar a cristalização e fomento da violência institucional, isto é, expressa pela omissão, ação, imperícia ou demora pelo Poder Público e institutos privados, contra as mulheres na atualidade. Cabe pontuar que o estudo se fez possível por meio do método dedutivo, da pesquisa bibliográfica e documental, ao utilizar, majoritariamente, referências de artigos e revistas científicas, dados das atas da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na ANC e informações atuais acerca da participação de mulher no poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Violência institucional contra a mulher. Poder Judiciário. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

ABSTRACT

This article contextualizes the participation of women in the subcommittee on the Judiciary Branch and the Prosecution Office, which is one of the subcommittees of the Committee on the Organization of Powers and System of Government, in the 1987-1988 National Constituent Assembly (NCA), in order to demonstrate the underrepresentation of women in the institution of power, called the Judiciary, at that time and identify whether this phenomenon is still reproduced in contemporaneity and whether it is able to provide a crystallization and encouragement of institutional violence, that is, expressed by omission, action, malpractice or delay by the Public Power and private institutes, against women today. It should be noted that the study was made possible through the deductive method, bibliographic and documentary research, using mostly references to scientific articles and periodical, data from the minutes of the subcommittee of the Judiciary Branch and the Prosecution Office at the NCA and current information on participation of women in the judiciary.

KEYWORDS: Institutional violence against women; Judiciary Branch; National Constituent Assembly 1987-1988

-
- 1 Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) -PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, todos da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) da Faculdade de Direito CCSA - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador do grupo de pesquisa "A intervenção do Estado na vida das pessoas" (INTERVEPES). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5938-5545>. E-mail: bernardi@uenp.edu.br. Orientador da pesquisa
 - 2 Graduanda do segundo ano de Direito da Universidade Estadual no Norte do Paraná (UENP), bolsista do Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC), membro do grupo de pesquisa "A intervenção do Estado na vida das pessoas" (INTERVEPES). E-mail: aimearaujoloma@gmail.com
 - 3 Graduanda do segundo ano de Direito da Universidade Estadual no Norte do Paraná (UENP) e membro do grupo de pesquisa "A intervenção do Estado na vida das pessoas" (INTERVEPES). E-mail: marcela.foloni1@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente estudo se estrutura no apontamento, análise e crítica às políticas públicas e direitos fundamentais, uma vez que a discussão protagoniza a participação e representatividade das mulheres nos cargos de poderes, majoritariamente o Judiciário; visa ressaltar as ações afirmativas para a falta de mulheres nas instâncias de poderes; e problematizar a participação do Judiciário nas políticas públicas, com o fito de efetivar os compromissos constitucionais, como a igualdade de gênero.

À vista disso, primeiramente é necessário mencionar que, o direito ao voto, em 1932, simbolizou, de forma substancial, o reconhecimento da cidadania das mulheres. Todavia, apesar das mesmas constituírem maioria na população e no eleitorado brasileiro, ainda expressam baixa representação política em contraposição dos homens e estão submetidas à violência institucional, devido diversos fatores sociais, culturais e políticos que serão explorados e elucidados na presente pesquisa. (SÁ; SANTOS, 2019)

Dessa forma, o estudo visa delimitar a temática “A violência institucional contra a mulher pelo Poder Judiciário: da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 à contemporaneidade” a partir da análise das causas e efeitos da ínfima participação da mulher na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público durante Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC).

Vale mencionar que tal discussão foi possível por meio do método hipotético dedutivo, partindo da ótica da colaboração das mulheres na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, à especificidade da correlação deste com a participação feminina no Poder Judiciário atual e seus efeitos, em destaque a perpetuação da violência institucional contra aquela minoria social. Outrossim, foi empregado a pesquisa bibliográfica – ao empregar, com o intuito de fundamentação teórica, referências de obras, revistas científicas, estatísticas, dispositivos legais, como a Lei 11.340/2006, e artigos jurídicos e sociais de autores como: Djamila Ribeiro, Salete Maria da Silva, Alessandra Gotti, Débora Silva, Cássius Chai, Denisson Chaves, Jéssica Santos – e a pesquisa documental, ao utilizar, como embasamento científico e histórico, atas das reuniões e audiências realizadas pela subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público durante a ANC de 1987-1988.

Dessa maneira, a presente pesquisa se dividiu em três capítulos: o primeiro denuncia as origens da escassa participação das mulheres nas instituições de poderes, dialoga acerca das conquistas e entraves na participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987/1988 e destaca a realidade atual: a sub-representatividade feminina na subcomissão do Poder Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, o segundo capítulo disserta sobre

dados de paridade de gênero no Poder Judiciário, propostas de ações afirmativas destinadas as mulheres para o fomento da participação dessas na ordem jurisdicional e alguns avanços atuais, como a proposta de Emenda Constitucional número 42/14. Por fim, a terceira parte pontua uma análise histórica e quantitativa – da ANC à contemporaneidade – acerca da luta feminina pela participação e representação no Poder Judiciário, a conexão da Subcomissão do Poder Judiciário e Do Ministério Público da ANC de 1987-1988 e do Poder Judiciário contemporâneo, a discussão sobre a violência institucional e a necessidade de reformular o Poder Judiciário e o Ministério Público.

A partir dessa investigação, foi identificado determinados avanços e mecanismos capazes de fomentar a representatividade feminina na política, sobretudo no Poder Judiciário, os quais ainda devem ser aprimorados e inseridos na política de forma eficaz socialmente.

Logo, a temática do estudo é de suma importância, à medida que visa denunciar o problema em questão, através da análise de um referencial histórico – Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 – e que ainda está cristalizado na contemporaneidade e identificar as soluções para, portanto, desmistificar o ordenamento jurídico de viés patriarcal e androcêntrico, erradicar determinadas consequências da problemática, como a violência institucional, e fomentar a participação de mulheres nos órgãos judiciais.

1. ESCASSA PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS INSTITUIÇÕES DE PODERES: ORIGENS

A representatividade feminina nas instituições de poderes, apesar de alguns avanços, ainda é insuficiente para transfigurar o ordenamento jurídico, a justiça e a cultura brasileira. Devido a isso, a presente pesquisa é fundamental para demonstrar tal fenômeno, encontrar as origens sociais e históricas da problemática e, posteriormente, encontrar ferramentas capazes de solucionar a mesma.

Sendo assim, de acordo com as autoras Salete Maria da Silva e Sonia Jay (SILVA; WRIGHT, 2015, p.170-190), a principal causa da baixa participação das mulheres nas ins*-tâncias de poderes ocorre devido ao viés da presente cultura, e, conseqüentemente, da estrutura política e jurídica, ilustrado pelo androcentrismo e patriarcado, os quais defendem, majoritariamente, o protagonismo e direitos aos homens e descriminaliza, exclui, censura e entrava a formulação, modificação, revogação e aplicação de garantias às mulheres.

Por tal razão, as mulheres, por não presenciarem o espaço de autoridade e não possuírem mecanismos suficientes para a efetividade da paridade de gênero e participação ativa nas instâncias de poderes, são submetidas à exclusão de suas vozes no exercício do Poder Público, à dificuldade de recorte de gênero nas instituições e ao impedimento de transformações institucionais, isto é, nos

mecanismos de ordem social e jurídica.

Dessa forma, segundo o artigo “A mulher e o Poder Judiciário no Brasil”, escrito por Fernanda C. Lage e Maria Elizabeth G. T. Rocha, da obra *Constitucionalismo Feminista: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero*: “Foram concepções arcanas e discriminatórias sobre o papel dos gêneros que justificaram a deliberada exclusão das mulheres nas instâncias dos três poderes”. (GOTTI, 2020, p.216)

Nesse contexto, a categoria mulher passa a designar segmento social marcado pela submissão, dentro de um sistema de opressão, fundamentado na cultura patriarcal hegemônica, e por conseguinte, em um Direito – e suas instâncias de poderes, como o Poder Judiciário – de caráter, predominantemente, masculino, inflexível e androcêntrico.

Outrossim, a autora Djamila Ribeiro (RIBEIRO, 2017, p. 26 e 48) aponta que o direito é um importante ambiente de avanço das reivindicações sociais e, por conseguinte, um importante espaço de luta por reconhecimento de diversas formas de existir. Sendo assim, proporcionar voz às minorias, majoritariamente a mulheres – e em destaque às mulheres negras, à medida que a sociedade brasileira apresenta uma herança escravocrata, e, conseqüentemente, aquelas, ao reivindicarem o direito a voz, elas estão reivindicando o direito à própria vida – é um primeiro passo para superar uma das marcas do pensamento jurídico: o fato de que tem sido historicamente construído por e para um sujeito específico: masculino, branco, heterossexual, cisgênero, proprietário e cristão.

Assim, conforme as autoras Cássiuss, Denisson e Jéssica (CHAI; CHAVES; SANTOS; 2018, p.641) observam, se a ausência de mulheres no Poder Judiciário e nas outras instâncias de poderes se perpetuarem, poderá ocorrer uma manutenção de uma percepção de mundo masculino e patriarcal na elaboração e na aplicação da lei. Portanto, é primordial pensar em um lugar de fala, a fim de romper com o silêncio instituído para quem foi subalternizado, um movimento no sentido de romper com a hierarquia e erradicar a violência institucional – caracterizado pela omissão, ação, imperícia ou demora pelo Poder Público e institutos privados e que, segundo constata a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, se exterioriza em forma de comunicação agressiva, injúria, com alusões e palavras ordinárias, humilhação, ostracização, manipulação de atividade profissional, difamação, apropriação de ideias, revitimização, ameaça de instauração de processos disciplinares (APAV, 2015, p. 1) – contra as mulheres no seio do Poder Judiciário.

Em suma, a sub-representatividade das mulheres nas instâncias de poderes, em particular ao Poder Judiciário, cristaliza um ordenamento jurídico fundamentado no patriarcado, machismo e androcentrismo e fomenta a violência institucional contra as mulheres e a exclusão da voz feminina no exercício do Poder Público e institutos privados perante a população. Por conseguinte, há a

violação da responsabilidade constitucional de assegurar a todos um tratamento baseado na igualdade dentro de um regime democrático.

1.1 Participação feminina na assembleia nacional constituinte de 1987/1988: conquistas e entraves

Neste capítulo será delimitado um momento fundamental para a consolidação e o fortalecimento do Estado de Direito Democrático e apontou para a participação de determinadas mulheres. Tal momento histórico é a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, isto é, o órgão responsável para a elaboração da Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, denota a autora Adriana Vidal de Oliveira (OLIVEIRA, 2012, p. 200), que havia 26 mulheres eleitas na Assembleia Nacional Constituinte, em contraposição a 533 homens eleitos, ou seja, 5% do total dos Constituintes eram mulheres. Tal porcentagem pode até parecer um número pequeno de participação das mulheres – e de fato era. Todavia, para a época, já era revolucionário. Isso porque, por exemplo, na ANC de 1934, havia apenas a participação de duas mulheres: Carlota Pereira de Queiroz e Almerinda Farias da Gama.

À vista disso, a ANC de 1987-1988, conforme aponta o site da Câmara do Deputados no assunto “ A participação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987: Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes e Uma luta pela igualdade” (BRASIL, 1986, f1), possibilitou a constituição de uma Bancada Feminina, a qual as deputadas constituintes, independentemente de sua filiação partidária e dos seus distintos matizes políticos, superaram suas divergências ideológicas, e se apresentaram em bloco, garantindo assim a aprovação de grande parte das demandas do movimento, exemplificadas pela Secretaria da Educação do Paraná (PARANÁ), como: igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; permanência da presidiária com seus filhos durante o período de amamentação; o direito à posse da terra igual ao homem e à mulher; e diversos direitos trabalhistas como, proibição de diferença de salário, admissão e função, por motivo de sexo; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivo específicos; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento, até 6 anos de idade em creches e pré-escolas e direitos às trabalhadoras domésticas, como salário mínimo, proibição da redução do salário, 13º salário, folga semanal, férias anuais remuneradas, licença à gestante de 120 dias, licença paternidade, aposentadoria, integração à Previdência Social.

Isto posto, é possível concluir que houve diversos direitos conquistados pelas mulheres, os quais são considerados fundamentais para uma vida digna e para a igualdade de gênero.

Ademais, segunda a autora Salete Maria da Silva (SILVA, 2018, p. 84 - 102), houve

também houve a repercussão do movimento político Lobby do Batom durante o processo Constituinte de 1987/88 no Brasil, em que a presença de feministas formadas em direito foi de grande importância e utilidade, majoritariamente nos debates em torno dos temas relacionados a aborto, direitos das mulheres no âmbito da família e do trabalho.

Dessa forma o Lobby do batom foi responsável pela cristalização da identidade coletiva relacionada ao gênero, assegurando a luta pelos direitos da mulher como uma luta de todas.

Outrossim, vale mencionar que, de acordo com Januária de Oliveira (OLIVEIRA, 2020), a luta das mulheres na ANC de 1987-1988 teve influência do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), órgão formulado em 1985, com a finalidade de proporcionar em âmbito nacional, políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, garantindo condições de liberdade e de igualdade de direitos e plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do país. Ademais, a campanha política de 1986, denominada Mulher e Constituinte, teve intervenção do CNDM, a qual atuou em resposta à baixa representação feminina na política institucional e, por conseguinte, propagou o fomento da expansão do número de deputadas eleitas ao Congresso.

Portanto, o CNDM foi fundamental para a ampliação da participação feminina na política, à medida que era uma oportunidade substancial para a inclusão das demandas femininas no texto constitucional, a redução da violência institucional contra as mulheres e a reformulação do ordenamento jurídico, a partir da perspectiva de gênero.

Logo, apesar da Constituição de 1988 ter assegurado mecanismos de defesa dos direitos das mulheres, a partir da Bancada Feminina, do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, do movimento do Lobby do Batom, da campanha Mulher e Constituinte, a participação das mesmas no âmbito político e, sobretudo no Poder Judiciário, ainda é pouco expressiva, o que as levam a continuar lutando por mudanças no ordenamento jurídico sob o recorte de gênero, pelo exercício pleno da cidadania e pela igualdade efetiva de direitos.

1.2 Sub-representatividade feminina na subcomissão do poder judiciário na assembleia nacional constituinte

No presente capítulo será demonstrado a sub-representatividade feminina nas instituições de poderes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC), dando destaque a subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; e os pretextos e causas sociais e políticas desse fenômeno, o qual, apesar de determinados progressos – como foi apontado na Bancada Feminina na ANC e será exposto acerca da atualidade no próximo capítulo – ainda se manifesta na contemporaneidade.

Primeiramente, é fundamental compreender, a partir da óptica de Diogo Abreu de Leão

(LEÃO,2018), que a formulação da Constituição Federal de 1988 ocorreu através da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, isto é, um órgão, cuja função é redigir a ordem político-institucional de determinado Estado.

Tal Assembleia, segundo o site da Câmara dos Deputados no assunto “Comissões e Subcomissões” (BRASIL, 1987, b1), era constituída de diversas Comissões e Subcomissões, as quais foram fundamentais, à medida que as mesmas possibilitaram a divisão de afazeres e a manifestação da sociedade civil, proporcionando voz aos anseios da população em geral. Uma das Comissões era denominada “Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo”, que possuía como subcomissões: o Poder Legislativo; o Poder Executivo e o Poder Judiciário e do Ministério Público.

À vista disso, houve a investigação da participação das mulheres, especificamente, na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na ANC, à medida que tal subcomissão e órgão simbolizavam uma notória oportunidade de ampliação feminina na instância de poder, denominada Poder Judiciário; da redução da violência institucional contra as mulheres; da transfiguração do ordenamento jurídico, a partir do recorte de gênero; do ato de redesenhar a Justiça, entregando à nação um sistema renovado, acessível e capaz de atender às demandas dos cidadãos e das minorias sociais, como as mulheres.

Dessa maneira, identificou-se que os membros da subcomissão era composto, de acordo com o site da Câmara dos Deputados no assunto “Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRASIL, 1987, g1) pelo Presidente: José Costa—PMDB-AL, 1º Vice-Presidente: Jairo Carneiro—PFL-BA, 2º Vice-Presidente: Plínio Martins—PMDB-MS, Relator: Plínio Arruda Sampaio—PT-SP, Titulares: PMDB: Leite Chaves; Leopoldo Peres; Carlos Vinagre; Francisco Amaral; José Costa; Michel Temer; Silvio Abreu; Moysés Pimentel; Nilson Sguarezi; Plínio Martins; Raul Ferraz., PFL: Jairo Carneiro; Ronaro Corrêa; Paes Landim; José Lourenço; Vínicius Cansanção., PDT: Maurício Corrêa, PT: Plínio Arruda Sampaio, Suplentes: PMDB: Humberto Lucena; Wagner Lago; Del Bosco Amaral; Djenal Gonçalves; Gustavo de Faria; Haroldo Sabóia; Ibsen Pinheiro; Ivo Mainardi; João Carlos Bacelar; José Carlos Martinez; Lélío Souza; Nestor Duarte., PFL: Arolde de Oliveira; Fausto Rocha; Jesus Tajra; Edison Lobão; Messias Góis., PDT: Adhemar de Barros Filho, PL: Adolfo Oliveira.

Ademais, conforme Araújo, Azedevo e Backes (ARAÚJO; AZEVEDO; BACKES, 2009, p. 221), foram ouvidos, a partir da realização de audiências públicas, vinte e um convidados, dentre os quais treze representantes de doze entidades: Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (Abrat), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra),

Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), Comissão de Justiça e Paz, Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), União Sindicalista Independente (USI), Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), Associação Nacional dos Defensores Públicos, Associação Nacional dos Serventuários da Justiça e Associação Nacional dos Delegados de Polícia (Adepol). Os palestradores restantes foram oito juristas e magistrados, ouvidos sobre temas genéricos ligados à matéria de competência da Subcomissão.

Dessa maneira, é possível identificar, quantitativamente, que não houve nenhuma voz e participação feminina como membro da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Por outro lado, segundo se extrai do site da Câmara dos Deputados no assunto “Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRASIL, 1987, g1), como convidada para se expressar nas audiências públicas, houve a colaboração de Suely Pletz Neder e Maria Rita Senne Capone. Todavia, elas não discutiram nenhuma ação afirmativa para mulheres, mas sim, respectivamente, acerca da Defensoria Pública e Direito agrário.

Portanto, conclui-se que houve uma sub-representatividade feminina na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público de forma quantitativa e qualitativa.

Outrossim, conforme o site da Câmara dos Deputados nos assuntos e “Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público” e “Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRASIL, 1987, c1 e g1), os temas abordados pela Subcomissão foram acerca do Ministério Público; Justiça do Trabalho; Poder Judiciário e Magistratura; Defensoria Pública / Direito Notarial - direito Registral / Polícia Civil - inquérito policial; Justiça agrária; Justiça trabalhista; Corte Constitucional / Tribunal Constitucional; Sistema de ingresso e promoções na Magistratura e no Ministério Público; Unicidade ou Dualidade da Justiça; Elaboração da Constituição - justiça brasileira.

Isto posto, a partir de uma análise documental, através dos arquivos no site da Câmara dos Deputados na sessão “ Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRASIL, 1987, g1), a qual consta as atas das reuniões (BRASIL, 1987, c1) os relatórios (BRASIL, 1987,h1), o anteprojeto (BRASIL, 1987,a1), as emendas ao anteprojeto da subcomissão (BRASIL, 1987, d1,d2,d3), o parecer relator (BRASIL, 1987, e1) da subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na ANC, conclui-se, qualitativamente, que nenhum dos temas debatidos naquela visou ampliar a participação feminina na instância de poder, denominada Judiciário, a partir da garantia da participação de pessoas de ambos os sexos nas listas tríplexes e sêxtuplas destinadas à escolha dos membros dos tribunais judiciários, dos tribunais de contas e dos Procuradores-Gerais do Ministério Público. Além disso, foi verificado que o debate acerca do tema Justiça Eleitoral, que poderia proporcionar discussões de intersecção de gênero e a expansão da representatividade

política das mulheres, como cotas de gênero, não foi objeto de nenhuma das reuniões feitas pela subcomissão.

Destarte, é fato que a participação das mulheres e discussões que apontam para uma perspectiva de gênero na subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público na Assembleia Nacional Constituinte foram ínfimas. Por conseguinte, os órgãos do Poder Judiciário não debateram e não adotaram mecanismos institucionais para a expansão da participação de mulheres nas listas tríplices e sêxtuplas destinadas à escolha dos membros dos tribunais judiciais, dos tribunais de contas e dos Procuradores-Gerais do Ministério Público. Consequentemente, a sub-representatividade feminina naquela instância de poder se cristalizou e o combate da violência institucional contra as mulheres tornou-se ainda mais árduo.

2. A REPRESENTATIVIDADE FEMININA COMO ELEMENTO DE RESISTÊNCIA AO SISTEMA PATRIARCAL

A participação feminina é requisito básico para uma democracia plena. No entanto, a discrepância de inclusão feminina dentro da atuação jurídica estatal é nítida. Segundo índice retratado pelo Departamento de Pesquisas Jurídicas (DPJ) no ano de 2019, as mulheres representam 51,6% da população, enquanto as magistradas correspondem apenas 38,8% dos juizes em todo território brasileiro.

Levando em consideração que políticas públicas voltadas à participação da mulher na atividade jurídica são vitais para fomentar uma transformação em todos os âmbitos da sociedade, incluindo cultural, pesquisas e relatórios sobre a temática servem como referencial de que caminho tomar, de acordo com a defasagem de determinados setores. Assim sendo, ações afirmativas são um jeito de reparar injustiças presentes verificadas no meio social.

Ações afirmativas podem manifestar-se de variadas formas. As resoluções são uma delas, definidas como atos administrativos que regulam matéria específica consoante aos interesses do Congresso Nacional. Outrossim, as propostas de emenda constitucional também são um parâmetro, com a intenção de tentar amenizar as mesmas dificuldades enfrentadas por minorias em desvantagem, o que se dá através da votação nas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal.

2.1 Estatísticas acerca da paridade de gênero

No ano de 2020, foi realizado um relatório a fim de obter informações da representatividade feminina no Poder Judiciário, com base no número de magistradas e de servidoras fornecido pelos Tribunais, além de analisar possíveis obstáculos na promoção ou posse

de cargos depois do ingresso na carreira jurídica.

De início, segundo o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020), sobre os dados das comissões organizadoras e bancas de concurso, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o índice sustentava-se inferior se comparado ao dos últimos dez anos. Igualmente em relação a magistratura, de 2008 a 2018, indo do percentual de 24,6% para 37,6%.

O diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário, ainda conforme o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019), demonstra que, apesar do aumento desde a Carta Magna que está em vigor, as mulheres são somente 38,8% de todo quadro em atividade. Ademais, em alguns setores como Tribunais Superiores, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar Estadual, a participação de mulheres diminuiu. Com exceção, carreiras como Juíza Substituta, principalmente na magistratura da Justiça do Trabalho apresentam um salto na questão ocupacional. Todavia, o público feminino ainda não conseguiu chegar a devida quantidade para equilibrar-se com o dos homens, a qual vem evidenciando queda.

À vista disso, é fato que ainda há baixa participação das mulheres no Poder Judiciário, apesar de alguns avanços comparado à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

Além disso, há o impacto relativo ao preconceito dentro do próprio ambiente de trabalho, o que acaba por reafirmar diferenças de gênero estruturais. Em conformidade com o que a Escola Nacional da Magistratura do Trabalho (ENAMAT) expôs em maio de 2019, através da Comissão de Estudos para Incentivo à Participação Institucional Feminina, a pesquisa intitulada “Dificuldades na Carreira da Magistrada” mostra a discriminação em espaços empregatícios por conta da condição de ser mulher. Dentre os relatos, os principais agentes causadores desse determinado tipo de violência são os advogados, cerca de 80%; partes ou testemunhas homens, 47,6%; e colegas magistrados, 46,2%, este último em maior número de ministras e desembargadoras.

Tais dados corroboram na lógica de quanto maior a ascensão do cargo, proporcional são as dificuldades enfrentadas. Isso porque essa minoria social tem o histórico de ser predominante nas áreas privadas, decorrente do patriarcado que a privou e ainda censura oportunidades, o que acaba por prejudicar na conciliação de demanda pessoal e pública. Nesse seguimento, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), em 2018, constatou que as mulheres dedicam em média 18 horas a mais do que os homens nas tarefas domésticas por semana; dispõe 2 horas a menos de trabalho remunerado em razão do casamento e, se possuem filhos, 6 horas. Em outras palavras, mulheres são rotuladas dentro dos papéis de gênero, assim são mais propensas a fruir de jornada dupla de trabalho.

Para não brancas a problemática pode ser mais desafiadora. segundo informa o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), no diagnóstico de números absolutos, 18 membros de comissões e

de bancas de concurso de magistratura se declararam negros, sendo só duas mulheres; entre aqueles que se declaram pardos existem 86 membros, os quais 25 são mulheres; 6% são magistradas negras. Derivado do passado colonial, eurocêntrico e escravagista brasileiro, as mulheres negras sofrem as consequências dos elementos gênero, raça e classe.

Dessa forma, de acordo com Ângela Davis (DAVIS, 2011), raça informa classe, assim como gênero informa classe. Raça é o modo de como a classe econômica é vivida, sendo que gênero igualmente classifica o jeito que a raça vai ser impactada. É preciso refletir, dado o histórico marcado por hierarquias, para perceber a relação entre raça, gênero e classe, a qual tem ligação com seus elementos de forma mútua e, ao mesmo tempo, cruzada. Além disso, não há como concluir primazia de um elemento específico sobre outros.

Embora a abolição tenha acontecido, a autora Silvia Chakian (CHAKIAN, 2019, p 65) aponta que, a opressão contra a comunidade negra persiste, tendo em vista que são as mulheres negras que ocupam a maioria dos trabalhos precarizados e, nos dias atuais, elas que geralmente são responsáveis pelo trabalho doméstico quando as brancas conquistaram a liberdade de verdadeiras chances de ascensão social.

Portanto, é perceptível o obstáculo velado em números e na linha cronológica da história, necessitando a análise por meio da interseccionalidade e do desenvolvimento de medidas de inclusão, as quais serão apontadas no próximo item.

2.2 Medidas de combate ao patriarcado no poder judiciário

As ações afirmativas podem ser conceituadas como medidas do Estado por interesse do legislativo, com o objetivo de reparar desigualdades presentes no país e que afetam pessoas previamente selecionadas com base em gênero, etnia, etc. Nessa perspectiva, em conformidade com o Grupo de Estudos Multidisciplinar da Ação Afirmativa (GEMAA), são políticas que administram recursos para o conjunto discriminado, a fim de aumentar sua participação e acessibilidade.

Referente a esse pensamento, o estudioso Álvaro Ricardo Souza Cruz (CRUZ, 2005, p. 10) afirma:

O paradigma social do direito consolidou a perspectiva de tratamento privilegiado do hipossuficiente econômica e socialmente, dando colorações distintas ao princípio da igualdade, tal como concebido pelos revolucionários franceses. A igualdade deixa seu aspecto meramente formal, assumindo uma concepção material e inovadora, permitindo a consecução da máxima: “Tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.

Dessa forma, é possível visualizar que a igualdade formal não é ferramenta que por si só muda a conjuntura, é preciso buscar a igualdade de maneira substancial e prática. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, vem adotando resoluções rumo a esse caminho de incentivo à

integração de mais mulheres no Poder Judiciário. As resoluções desse órgão central do Poder Judiciário, a partir de sancionadas, passam a ter efeito permanente e obrigatório para os demais tribunais do país.

A resolução n. 255/18, foi aprovada em setembro de 2018, com fundamento nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) e na Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, validade no Brasil pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Em seu texto, garante a imprescindibilidade da igualdade de gênero em órgãos da Justiça, tanto em avaliadoras de bancas examinadoras de concursos públicos como conferencistas de seminários.

Porém, a alteração dessa mesma resolução ocorreu em agosto de 2021. Nessa mudança, os Tribunais têm a obrigação de criar repositório virtual, que deverá ser atualizado anualmente, com a finalidade de cadastrar dados de mulheres juristas em todas as áreas do Direito. Com as novas medidas, a ideia é o aumento da visibilidade para mulheres em eventos, ações institucionais e promoção de citações bibliográficas.

Outra maneira de estímulo participativo, é por meio de propostas de emenda constitucional (PEC), formuladas pelo Estado. Diante desse contexto, o Senado Federal começou em 2014 a tramitação da PEC n. 42/14, a qual tinha como intuito que a lei reservasse um percentual mínimo de trinta por cento das vagas dos cargos e empregos públicos a serem preenchidos por pessoas de cada sexo, abrangendo ofícios de direção, além da organização do Supremo Tribunal Federal, Supremo Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Tribunal Superior Militar (STM).

Em 2016, a PEC n. 43/16, que intencionava colocar critérios de diversidade de gênero no que diz respeito as listas sêxtuplas e tríplexes elaboradas para a recomendação de integrantes do Ministério Público e da Advocacia em Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Já no ano de 2017, a PEC n. 08/2017 surge para assegurar a maior inclusão de mulheres no Poder Judiciário em listas tríplexes e sêxtuplas, por intermédio da seleção de membros nos tribunais judiciários, tribunais de contas, inclusive dos Procuradores-Gerais e do Ministério Público. Marta Suplicy (SUPLICY, 2017) é uma das autoras da proposta, em sua justificativa a senadora diz:

Como sabemos tem aumentado de forma expressiva a aprovação de mulheres nos concursos destinados ao ingresso nas carreiras da magistratura, do Ministério Público e de auditores dos tribunais de contas. A esse respeito, cabe recordar dados segundo os quais na primeira instância da Justiça do Trabalho o número de mulheres teria equiparado ou até mesmo superado o de homens.

Nesse sentido, entendem as autoras Yoshida e Held (HELD ; YOSHIDA 2019, p. 7) que, é

notória a busca por paridade de gênero através de cotas para esse grupo minoritário.

No entanto, todas as propostas acima referidas estão arquivadas, o que demonstra que o Brasil não se mantém em um estágio mais adiantado no quesito igualdade entre sexos, uma vez que mecanismos que desejam esse equilíbrio não conseguem dar continuidade de maneira consensual e nem serem implementados na prática, ao contrário do que afirma o texto constitucional na correspondência entre indivíduos, de modo apenas formal. Ademais, outro entrave para a eficácia das medidas de expansão de mulheres no Poder Judiciário é justamente a baixa participação dessas no poder, à medida que suas vozes e ideias são silenciadas, censuradas e excluídas e, por conseguinte, o viés patriarcal permanece predominante e o Direito masculino e descriminalizante se cristaliza.

3. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DA PRESENÇA DAS MULHERES NO PODER JUDICIÁRIO E NO MINISTÉRIO PÚBLICO ENTRE 1988 A 2018

As pesquisas com temática de gênero e Direito são fundamentais para considerar questionamentos sobre relações de poder no ordenamento jurídico, que reproduzem os ideais patriarcais e androcêntricos. Dessa forma, o presente subcapítulo constatará, a partir da análise de dados quantitativos, majoritariamente, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a evolução da participação feminina no Poder Judiciário e no Ministério Público entre 1988 e 2018.

Dessa forma, vale reafirmar que, conforme o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019, p. 7), destacado no segundo capítulo, o Poder Judiciário é composto, majoritariamente, por magistrados do sexo masculino, em contraposição a 38,8% de magistradas mulheres. Apesar de ainda não ser o percentual desejado, é notório pontuar que, houve uma evolução de magistradas em detrimento à composição do Poder Judiciário em 1988, em que as mulheres ocupavam apenas 24,6% dos cargos de magistrados. Além disso, pensando em servidores, verifica-se que as mulheres têm sido a maioria tanto em representação (56,6%) como na ocupação de funções de confiança e cargos comissionados (56,8%) e cargos de chefia (54,7%) nos últimos 10 anos.

Ademais, ainda segundo o CNJ (BRASIL, 2019, p.9), a participação de mulheres na magistratura é ainda menor quando examinada por cargo, isto é, Desembargadoras, Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes. Tais funções se expandiram em relação aos últimos 10 anos, todavia, ainda permanecem entre 25% a 30%. Por outro lado, em relação aos Juízes Substitutos, o percentual feminino se aproxima do masculino – de 41,9% para 45,7%. Por fim, o único caso de diminuição da participação das mulheres ocorreu entre as convocações de juízas para atuar nos tribunais: de 32,9% para 31,1%.

Outrossim, segundo análise do CNJ (BRASIL, 2019, p. 12 e 16), acerca dos tribunais

superiores, não havia nenhuma magistrada em atividade em 1988. Já a média dos últimos 10 anos, havia 23,6% e em 2018, 19,6%. Portanto, houve uma queda significativa na contemporaneidade. Além disso, acerca da Justiça Federal, ocorreu redução no percentual de participação de mulheres na magistratura, comparado aos últimos 30 anos – de 34,6% em 2008 para 31,2% em 2018. Com relação aos servidores, as mulheres são maioria, tanto em representação (50,4%), como na ocupação de funções de confiança, cargos comissionados (52,6%) e cargos de chefia (51,5%) nos últimos 10 anos.

Dando sequência, além da análise do Poder Judiciário, há a investigação do Ministério Público. Sendo assim, o Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2018, p.12) indicou dados sobre todos os Ministérios Públicos do País e averiguou diferenças de ocupação de gênero em todos os órgãos. Como exemplificação, os quatro ramos do Ministério Público da União – Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – e as vinte e seis unidades dos Ministérios Públicos dos Estados têm 5114 promotoras e procuradoras e 7897 promotores e procuradores, totalizando, aproximadamente, 39% dos membros do Ministério Público do sexo feminino. Por outro lado, em 1988, apenas 15% dos mandatos no cargo de Procurador-Geral da República eram exercidos por mulheres.

Além disso, ainda conforme o Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2018, p.14 e 15), desde a Constituição de 1988, houve 73 mandatos de mulheres como Procuradoras-Gerais versus 413 mandatos de homens, totalizando 15% de lideranças femininas e 85% de masculinas. Outrossim, desde a CF/88, houve 105 mandatos de mulheres como Corregedoras-Gerais versus 363 mandatos de homens, indicando cerca de 22% de participação feminina e 78% masculina. Além disso, nos últimos dez anos, os homens apontaram maioria nos Conselhos Superiores, Colégios de Procuradores (MPE e MPDFT) e Subprocuradorias (MPF, MPT e MPM). Sendo assim, aproximadamente 68% era composto de homens e 32% de mulheres para os Conselhos; 64% homens versus 36% mulheres nos Colégios; e 67% versus 33% nas Subprocuradorias.

Em suma, vale mencionar que, apesar de estar em expansão a representatividade feminina no ordenamento jurídico, a desigualdade de gênero ainda é uma realidade, em destaque para o Poder Judiciário e o Ministério Público, à medida que a representatividade e participação masculina ainda é exorbitantemente discrepante da feminina.

Portanto, é inquestionável a existência de diferenciação de gênero dentro do campo jurídico da magistratura, evidenciada na análise quantitativa e histórica do presente subcapítulo. Sendo assim, cabe continuar questionando e buscando saber como essas dinâmicas de gênero se

manifestam e se transformam na vivência jurídica, com o fito de desmistificar o viés masculino e patriarcal do Direito e, singularmente, do Poder Judiciário e Ministério Público.

3.1 Correlação da subcomissão do poder judiciário e do ministério público da anc e o poder judiciário contemporâneo

No presente capítulo será explorado os reflexos e as consequências da sub-representatividade feminina na política, particularmente na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na ANC de 1987-1988, no Poder Judiciário contemporâneo.

É fato que, na Assembleia Nacional Constituinte, mais especificamente a subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, não houve a presença de mulheres eleitas nas discussões e houve apenas a colaboração de duas mulheres nas audiências públicas, porém sobre assuntos, identificados no primeiro capítulo, isentos de perspectiva de gênero e que objetivassem igualdade de gênero e a ampliação da participação de mulheres nas instituições de poderes.

Tal fenômeno influencia os dias atuais, conforme aponta o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015, p. 13), porque gera consequências, à medida que o Poder Judiciário permanece majoritariamente masculino e não há reivindicações e transfigurações da cultura machista. Dessa forma, os interesses e garantias se mantêm sob o recorte da cultura intrínseca na sociedade: um estado de acesso desigual a direitos e de submissão a um modelo histórico de aviltamentos recorrentes, denominado patriarcado.

À vista disso, é nesses espaços institucionais que se mantêm e que se atualizam as relações de força, naturalizando a hierarquia, corroborando para acessos desiguais às fontes de poder e perpetuando a dominação masculina.

Portanto, segundo destaca o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015, p. 30), apesar de avanços notórios nas ações afirmativas para a ampliação feminina no Poder Judiciário, exemplificados no segundo capítulo, essas ainda são insuficientes para a atualidade e, por conseguinte, ainda há a permanência de problemáticas que ferem particularmente as mulheres, como a desigualdade de gênero, silenciamento de vozes femininas, discriminação devido ao gênero e a violência institucional, ilustrada pela a violência da ausência de atendimento; a violência da ausência de estrutura que acaba por coagir novamente mulheres que buscam no Judiciário a efetividade de seu papel de guardião dos direitos fundamentais; a violência da ausência de uma escuta sensível e humanizada; a violência da impunidade; a violência da morosidade processual inexplicável.

Destarte, os mecanismos de ampliação da participação feminina nas instituições de poderes presentes atualmente mostram um progresso, porém ainda são limitados, inclusive para o sistema

judiciário que, apesar de sua prerrogativa de promoção da justiça e equidade, está também inserido na sociedade e, conseqüentemente, carrega e reproduz traços da cultura patriarcal em suas propostas e atividades em geral. Isto posto, é notório que o estudo da cultura do patriarcado e da epistemologia feminista tornam-se relevantes para a ciência jurídica, pois as violações dos direitos das mulheres estabelecem uma relação direta com elementos dessa cultura e, portanto, a pauta feminista tem potencial para fomentar a luta por igualdade de gênero e proporcionar um tratamento sério para a violência institucional, para a ampliação das mulheres nas instâncias de poderes e para a desmistificação e reformulação do viés androcêntrico do ordenamento jurídico, incluindo o Poder Judiciário.

3.2 Violência institucional e a necessidade de reformular o poder judiciário e o ministério público

Promulgada em 1988, a Constituição Federal foi a lei maior que revolucionou o país, ao comentar expressamente, mesmo que de modo apenas formal, a intransigência em relação à cultura patriarcal, concebendo em seu texto, em particular no art. 5º, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. No mesmo aspecto, o Estado reconheceu a importância de combater a violência contra a mulher no art. 226, §8.

Contudo, servidores públicos, por vezes, insistem em reiterar estereótipos alicerçados em papéis de gênero, os quais não desestimulam apenas o ingresso e a promoção das mulheres na justiça, mas também impactam na procura feminina por auxílio judicial. Para Cássius Chai, Denisson Chaves e Jéssica Santos (CHAI, SANTOS e CHAVES, 2018), existem diversos tipos de violência nessa modalidade, entre eles a física, psicológica, material, sexual e patrimonial, conforme a Lei nº 11.340/06, também denominada de Lei Maria da Penha. No caso de enfoque, o espaço institucional não deixa de reproduzir o mesmo preconceito. A violência institucional pode ser definida por ação ou omissão dos agentes privados ou estatais, ou seja, produzem um cenário de revitimização da então já vítima.

Dessa forma, segundo Andreotti (ANDREOTTI, 2012, p. 66), a revitimização consiste em episódios que a pessoa que sofre de maus-tratos revive novamente a problemática pelos profissionais, os quais não atribuem a atenção necessária na estratégia usada.

O Poder Judiciário não está fora disso, no que se refere a provocar o estado de revitimização de mulheres que procuram acesso à justiça por meio do devido processo legal. Ademais, de acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2018, p. 6), o Ministério Público, como mediador do Poder Judiciário e da Polícia Investigativa, e titular exclusivo da ação penal pública, possui sua responsabilidade pelo fato de ter o encargo de ser a voz

das vítimas, o qual nem sempre cumpre sua função com maestria, como revela o caso de estupro de Mariana Ferrer em 2020, em que o promotor não zelou pela integridade da blogueira.

Um exemplo de violência institucional é o caso apontado por Débora Alexia Coelho da Silva (SILVA, 2020, p.54) que expõe Tatielle Gomes da Silva, mulher negra que contava com 19 anos no ano de 2005 e engravidou do seu companheiro na época, José Ricardo. Quando a gravidez completou 5 meses, foi observado em um exame pré-natal que o feto detinha má formação no abdômen, anomalia intitulada de Body Stalk, em português Síndrome do cordão umbilical curto.

Com o objetivo de encontrar outras opiniões de profissionais da saúde, três médicos de Goiânia confirmaram o que foi dito, o feto não possuía chances de nascer com vida, dado que, devido a síndrome, a placenta da gestante estava localizada perto demais da parede abdominal do feto, que não conseguiu evoluir seus pulmões e tórax, além dos órgãos expostos. Nesse sentido, tornou-se de suma importância a busca por assistência judiciária, a fim de preservar a saúde física e mental da mulher em questão.

Depois de adquirir uma procuradora, a jovem precisou realizar mais exames para comprovar o quadro de impossibilidade de vida do feto. Transcorrido todo procedimento em alguns dias, protocolou pedido para a interrupção da gravidez, sendo que este foi deferido pelo Juiz Jesseir Coelho de Alcântara, na justificativa da morte certa após a concepção e equiparando as situações de acrania, ausência do crânio; e acefalia, ausência do cérebro.

Porém, apesar de ter sido expedido alvará que permitia a descontinuação da gravidez, Tatielle foi informada que não era mais autorizado dar seguimento ao aborto, visto que foi emitida nova decisão judicial com base em Habeas Corpus sob nº 200502379302, por iniciativa do Padre Luiz Carlos Lodi, ativista católico antiaborto e aceito pelo Desembargador Aluízo Ataídes de Sousa, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás.

Como consequência, Tatielle, com a gestação mais avançada, começou a sentir dores intensas, simultaneamente a perda de sangue, até ter feito o parto normal de Geovanna, sua filha que faleceu cerca de uma hora depois de vir ao mundo em outubro do mesmo ano citado. Tal evento, não só apresenta a diferença do progresso normativo para o social, como também exhibe a incompatibilidade do Estado como garantidor de direitos fundamentais, na medida de sua posição como agressor.

Em 2008, Tatielle e seu companheiro voltaram a requerer seus direitos perante o Poder Judiciário, na forma de ação por danos morais, de nº 443199-47.2008.8.09.0052, contra o Padre Lodi, respaldada pelo sofrimento físico, psicológico e desnecessário, uma vez que deu maior valor à vida do nascituro do que uma mulher que já era titular de todos os direitos de personalidade, e que ficou vulnerável aos riscos de saúde. Além disso, no presente caso concreto o remédio

constitucional foi utilizado de maneira errônea, em virtude de não se tratar de direito de locomoção, e pautado em argumentos religiosos, apesar do Estado autodeclarar-se laico.

Não obstante de a justificativa da vítima, conforme aponta Diniz e Gonzalez Vélez (DINIZ; GONZALEZ VÉLEZ, 2008), a ação foi julgada improcedente pelo Juiz Otacilo de Mesquita Zago, em que aduziu a decisão pela expectativa de vida da criança após o nascimento, mesmo com os diagnósticos produzidos pelos médicos. Os requerentes entraram com recurso que também foi negado pelo desembargador Kisleu Dias Maciel Filho. Após Agravo Regimental interposto, o acórdão unânime da Terceira Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível persistiu em negar o apelo. Isso porque até o ano de 2005, por volta de 3000 autorizações concernentes à interrupção da gravidez por má formação já haviam sido lançadas.

Em razão disso, o STJ (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004) recebeu em 2013 o Recurso Especial identificado sob o nº 1.467.888 – GO (2014/0158982-0), fundamentado pela obrigação do Padre ressarcir o dano moral cometido por imposição de crenças religiosas; pelo conflito do aceite do Habeas Corpus com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, a qual disciplina em que circunstâncias o aborto é permitido; e, por último, na inaplicabilidade do art. 2 do Código Civil, pois os direitos do nascituro não são assegurados se este não tem possibilidade de viver.

O Recurso Especial foi acolhido somente no ano de 2016, diante do voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi que admitiu os mesmos efeitos da anencefalia à síndrome do Body Stalk, salvo a própria patologia; além da responsabilidade processual objetiva, relativo ao uso abusivo do direito de ação, dado que o Habeas Corpus impetrado era falho e agrediu a liberdade e a intimidade de Tatielle na situação construída, segundo Supremo Tribunal de Justiça, (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 1). “sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito)”.

A violência institucional, segundo a autora Silva (SILVA, 2020, p. 66), contém atributos de violência moral e física, no que se refere ao caso de Tatielle Gomes da Silva que passou por desamparo devido a negligência do Estado, isto é, sem dignidade por conta da negação do seu acesso a serviços de saúde pública frente a sentença proferida pelo Poder Judiciário. Essas decisões judiciais publicadas anteriormente a decisão da Ministra, foram todas assinadas por homens, que, esquecendo seu trabalho como guardiões da justiça, praticaram discriminação de gênero repetidamente nas instituições públicas que são servidores, sendo um exemplo entre vários existentes.

Desse modo, percebe-se que ações afirmativas, no sentido de garantir a participação

feminina no setor jurídico, são ferramentas para prevenir o problema do quadro dissemelhante propagado pela cultura patriarcal, pois a presença de mulheres, em igualdade de condições, favorece que a plena justiça seja feita, ilustrado pela decisão da Ministra Relatora em favor da vítima Tatielle Gomes da Silva, agente que tende a ser discriminada pelo sexismo e é crucial para alterar o sistema conservador vigente. Assim sendo, segundo Luísa Gamba (GAMBA, 2020, p.10), tais medidas aproximam-se do pluralismo e da representatividade defendidos pela Constituição Federal, abrangendo a expansão quantitativa de magistradas, promotoras e demais servidoras; bem como amplia a defesa de interesses devidos, a fim de corroborar com a democracia brasileira ao identificar mulheres como um só grupo que sofre opressão a ser obsoleta.

Nesse sentido, o aumento do número de servidoras não é suficiente para acabar com o conservadorismo incluso na referida superestrutura patriarcal, apesar de ser meio necessário como medida de combate à misoginia expressa. É preciso, na visão de Maria Berenice Dias (DIAS), desmistificar a ideia sagrada de família, promovida pela religião e outros meios androcêntricos. Dado que, é pelo instituto familiar que frequentemente há a reprodução de hierarquias sociais, em que a mulher é colocada como subordinada e responsável por cuidar de afazeres domésticos.

É inescusável que as diferentes posições de gênero repercutem na vida jurídica, o que significa que a mulher carrega consigo pressões dentro do espaço privado, em casa, e público, no próprio trabalho que, na teoria, pretende assegurar a justiça. Para a situação sair do plano material e ir para prático, o Poder Judiciário e o Ministério Público carecem de modificações para serem efetivos garantidores de direitos fundamentais, no presente artigo com enfoque na igualdade entre homens e mulheres. Logo, políticas públicas voltadas ao preconceito de gênero institucional podem ser estopim para uma mudança maior do patriarcado, transformando as classes de prestígio sociais existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a sub-representatividade feminina na instância jurisdicional, tanto na subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na ANC de 1987-1988, quanto no Poder Judiciário atual, impede que vozes de mulheres transfigure o ordenamento jurídico fundamentado no patriarcado, androcentrismo e machismo. As estruturas sociais patriarcais ainda se mantêm no inconsciente coletivo, a partir de representações sociais e jurídicas compartilhadas sobre os comportamentos tidos como aceitáveis, como por exemplo, a baixa participação de mulheres no Poder Judiciário, e, conseqüentemente, tal fenômeno normaliza uma violência disciplinar.

Por conseguinte, há diversas conseqüências e a presente pesquisa pontuou a investigação de uma em específico: a violência institucional contra a mulher, ilustrada pela omissão, ação,

imperícia ou demora pelo Poder Público e institutos privados.

À vista disso, tal problemática se perpetuará caso o Poder Judiciário não assuma o seu papel político como promotor de direitos e de uma cidadania feminina, e, portanto, empregue mecanismos pertinentes à superação das falhas e à melhoria de qualidade da organização, seleção e celeridade dos Juizados e proporcione instrumentos que fomentem a participação de mulheres nos órgãos da Justiça, em bancas examinadoras de concursos públicos e em conferências de seminários, como por exemplo propostas de diversidade de gênero nas listas sêxtuplas e tríplexes, as quais são elaboradas com o fito de pontuar as recomendações de integrantes para adentrar no Ministério Público e da Advocacia em Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Destarte, como denuncia Bazzo, Maciel e Trabulsi (BAZZO; MACIEL; TRABULSI) a estrutura patriarcal e androcêntrica na ordem jurídica legitima a sub-representatividade feminina no poder político, como o Poder Judiciário e corrobora a violência institucional, dificultando o acesso à Justiça, realimentando a “inferioridade cidadã” feminina, e apontando para um notório regresso no processo de construção do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, a temática deve ser pesquisada de forma frequente e crítica, a fim de denunciar o fenômeno – tão normalizado na contemporaneidade – e encontrar instrumentos sociais e jurídicos capazes de transfigurar esta realidade.

REFERÊNCIAS

ANDREOTTI, C. **Enfrentamento da revitimização**: a escuta de crianças vítimas de violência sexual. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2012, p. 66.

APAV, Associação portuguesa de apoio à vítima. **Folha informativa**: violência institucional. Portugal: APAV, 2015.

ARAÚJO, José Cordeiro; AZEVEDO, Débora Bithiah de; BACKES Ana Luiza. **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte**: a sociedade na tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BAZZO, Mariana Seifert; MACIEL, Caroline; TRABULSI, Maria Gabriela Prado Manssur. **Desafios do Ministério Público na promoção da igualdade de gênero institucional**. Belo Horizonte: Congresso Nacional AMMP, 2017. Disponível em: <<https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2019/01/Desafios-do-Minist%C3%A9rio-P%C3%ABlico-na-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de-g%C3%AAnero-institucional.pdf>>. Acesso em: 27 setembro de 2021.

BRASIL. **Anteprojeto da Subcomissão**. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Fase C. Vol. 119. Brasília: Centro

Gráfico do Senado Federal, 1987. a1

BRASIL. Congresso. **Câmara dos Deputados**. Comissões e Subcomissões. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/lista-de-comissoes-e-subcomissoes>. Acesso em: 01 de setembro de 2021. b1

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A Participação Feminina nos Concursos para Magistratura**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/08/WEB_RELATORIO_Participacao_Feminina-FIM.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>>. Acesso em: 10 setembro 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 255, de 4 de setembro de 2018**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Cenários de gênero**. Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%8ANERO_v.FINAL_2.pdf> . Acesso em: 20 de setembro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro**. Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 setembro 2021.

BRASIL, **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Subcomissão do Poder Judiciário e Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo), 1987. Atas da 1ª, 1ª ext., 2ª, 2ª ext., 3ª, 3ª ext., 4ª, 4ª ext., 5ª, 5ª ext., 6ª, 6ª ext., 7ª, 7ª ext., 8ª, 8ª ext., 9ª, 9ª ext., 10ª reuniões. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3a> . Acesso em: 01 de setembro de 2021. c1

BRASIL. **Emendas ao Anteprojeto do Relator (Emendas 1 a 199)**. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Fase B. Vol. 115. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. d1

BRASIL. **Emendas ao Anteprojeto do Relator (Emendas 200 a 399)**. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Fase B. Vol. 116. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. d2

BRASIL. **Emendas ao Anteprojeto do Relator (Emendas 400 a 583)**. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Fase B. Vol. 117. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. d3

BRASIL. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho**. Mais da metade das magistradas do trabalho já sofreu discriminação no ambiente de trabalho. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br/?p=17363>>. Acesso em: 09 setembro 2021.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mulheres dedicam muito mais tempo ao trabalho doméstico, mas a diferença cai**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34450 >. Acesso em: 09 setembro 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 09 e setembro de 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Presidência da República**, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Violências contra a mulher e as práticas institucionais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

BRASIL. **Parecer do Relator às Emendas**. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Fase C. Vol. 118. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. e1

BRASIL, Portal da Constituição Cidadã. **A participação das mulheres na Assembleia Nacional Constituinte de 1987**: Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes e Uma luta pela igualdade. Brasília: Câmara dos Deputados, 1986. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres>. Acesso em: 04 de setembro de 2021. f1

BRASIL, Portal da Constituição Cidadã. **Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/subcomissao3c>. Acesso em: 10 de setembro de 2021. g1

BRASIL. Portal Senadores. Proposta de Emenda à Constituição n° 42, de 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118819>>. Acesso em: 09 setembro de 2021.

BRASIL. Portal Senadores. Proposta de Emenda à Constituição n° 43, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126710>>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

BRASIL. Portal Senadores. Proposta de Emenda à Constituição n° 8, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128252>>. Acesso em: 09 de

setembro de 2021.

BRASIL. Relatório e Anteprojeto. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (Comissão da organização dos poderes e sistemas de governo). Vol. 114. Fase C. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. h1

BRASIL. **Resolução 255**. 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2670>>. Acesso em: 03 de setembro de 2021.

CHAI, Cássius Guimarães; CHAVES, Denisson Gonçalves; SANTOS, Jéssica Pereira dos. Violência institucional contra a mulher: o Poder Judiciário, de pretensão protetora a efetivo agressor. v. 13, n. 2. Santa Maria: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>>. Acesso em 09 de setembro de 2021.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

CONJUR. **Pec cria cota para mulheres em lista tríplice para Judiciário e Ministério Público**. São Paulo: Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/pec-cria-cota-mulheres-lista-triplice-judiciario-mp>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.10

DAVIS, Ângela. **As mulheres negras na construção de uma nova utopia**. Artigo publicado no portal Geledés – Instituto da Mulher Negra, 2011. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/as-mulheres-negras-na-construcao-de-uma-nova-utopia-angela-davis/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o Poder Judiciário**. Brasília: Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/genero-e-poder-judiciario/a_mulher_e_o_poder_judiciar.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

DINIZ, D.; GONZALEZ VÉLEZ, A. C. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. **Estudos Feministas**: Florianópolis, p. 647-652, 2008.

GAMBA, Luísa Hickel. A contribuição do Poder Judiciário na efetivação das ações afirmativas para ampliação da representatividade de gênero na política. v. 24, n. 2. Florianópolis: **Resenha Eleitoral**, 2020.

GEMAA. **O que são ações afirmativas?** Rio de Janeiro: GEMAA. Disponível em: <http://gemaa.iesp.uerj.br/?option=com_k2&view=item&id=1%3Ao>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

GOTTI, Alessandra et al. **Constitucionalismo Feminista**: expressão das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Bahia: Juspodivm, 2020.

HELD, Thaisa Maira Rodrigues; YOSHIDA, Mariana Rezende Ferreira. Paridade de Gênero na

Magistratura: um imperativo da democracia. v. 3, n. 2. Brasília: Revista CNJ, 2019.

LEÃO, Diogo Abreu. **O que é uma Assembleia Constituinte?** Politize, 2018. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/assembleia-constituente/>>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional, 2012, 465 f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2012.

OLIVEIRA, Januária Teive de. Lobby das meninas: a mulher na constituinte de 1987/88. Brasil: Que República é essa? 2020. Disponível em: <<http://querepublicaeessa.an.gov.br/apresenta%C3%A7%C3%A3o.html>> . Acesso em: 06 de setembro de 2021.

PARANÁ, Secretaria da Educação do. As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História. Curitiba: Secretaria da Educação do Paraná. Disponível em: <<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

RIBEIRO, Djamila. O que é lugar de fala? 1ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SÁ, Sêrvula Isadora de Sousa; SANTOS, Maria Laura Lopes Nunes. A Sub-Representatividade Feminina na Política e a Lei de Cotas. São Paulo: Revista Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-eleitoral/a-sub-representatividade-feminina-na-politica-e-a-lei-de-cotas/#_ftn1>. Acesso em: 06 de setembro de 2021.

SILVA, Débora Alexia Coelho da. **Violência institucional contra a mulher**. 70 f. Goiás: Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Goiás, 2021.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. v. 1. n. 2. Minas Gerais: Revista Brasileira de História do Direito, 2015.

_____. Feminismo jurídico: uma introdução. v. 4, n. 1. Bahia: Cadernos de gênero e diversidade, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 11 de setembro de 2021.

_____. **Recurso Especial nº 1.467.888-GO (2014/0158982-0)** DJe:25/10/2016. Brasília, 2016. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia> >. Acesso em: 27 de setembro de 2021.

CAPÍTULO VII
DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

A INFLUÊNCIA MILITAR NO PROCESSO CONSTITUINTE DE 1987-1988: AS ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Lucas de Moura Alves EVANGELISTA¹

RESUMO

A presente pesquisa analisará o artigo 142 da Constituição Federal que atribui às Forças Armadas a competência de defensora da pátria, dos poderes constitucionais, e excepcionalmente da lei e da ordem. Todavia, delimita-se a análise apenas para as últimas duas atribuições mencionadas, tendo em vista as problemáticas a serem abordadas. Dessa forma, propõe-se como problema da pesquisa o seguinte questionamento: qual é a influência das Forças Armadas sobre o artigo 142? Testa-se a hipótese de que a Constituição de 1967, a EC 01/1969 e as competências constitucionais atribuídas aos militares não correspondiam aos anseios da sociedade pós Ditadura Militar, porém, isso não significa que os militares deixaram de influenciar na formulação do artigo que determinava as atribuições das Forças Armadas. Dessa forma, a pesquisa possui como objetivo investigar a possível influência dos militares no processo constituinte, e é justificada devido à atual aproximação entre as Forças Armadas e o Presidente da República. Para alcançar o objetivo geral, por meio do método hipotético-dedutivo, o primeiro capítulo discorre sobre o cenário político dos militares no Governo Sarney, bem como a influência das Forças Armadas no processo constituinte. Em sequência, o segundo capítulo expõe as implicações do artigo 142 com as competências estabelecidas, e por fim, o último capítulo expõe sobre as regulamentações constitucionais e infraconstitucionais das Forças Armadas. Conclui-se que a principal influência dos militares consiste na permanência do termo “da lei e da ordem”, acompanhado de uma Lei Complementar que carece de mecanismos de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Forças Armadas; Constituinte; Lei e Ordem.

ABSTRACT

This research will analyze the article 142 of the Federal Constitution, which attributes to the Armed Forces the competency of defender of the homeland, of the constitutional power, and exceptionally of law and order. However, the analysis is limited to the last two mentioned attributions, in view of the problems to be addressed. Thus, the following states the research problem: what is the influence of the Armed Forces on article 142? The hypothesis that the 1967 Constitution, the EC 01/1969 and the constitutional powers attributed to the military did not correspond to the desires of society after the Military Dictatorship will be tested, however, this doesn't mean that the military ceased to influence the formulation of article the article that determined their attributions. Thus, the research aims to investigate the possible influence of the military in the constituent process, and is justified due to the current approximation between the Armed Forces and the President of the Republic. To reach the general objective, through the hypothetical-deductive method, the first chapter discusses the political scenario of the military in Sarney's Government, as well as the influence of the Armed Forces in the constituent process. Following this, the second chapter exposes the implications of article 142 with the established competencies, and finally, the last chapter exposes the regulations of the Armed Forces. It is concluded that the main influence of the military consists of the permanence of the term “law and order”, accompanied by a Complementary Law that lacks of control mechanisms.

KEYWORDS: Armed Forces; Constituent Assembly; Law and Order.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro da linha de pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB). Bolsista PIBEX pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

INTRODUÇÃO

Durante o governo do Presidente da República Sarney ocorreu dois importantes episódios para o processo de transição democrática do Brasil: a Comissão Afonso Arinos, uma comissão de estudos provisórios de base para os trabalhos dos constituintes, e a própria Assembleia Nacional Constituinte (ANC), com o objetivo de elaborar a nova Constituição brasileira. Todavia, apesar da queda da Ditadura Militar com a eleição presidencial indireta de Tancredo Neves e o vice-presidente Sarney, isso não significa que os militares deixaram de influenciar o trabalho dos estudiosos e legisladores durante a Comissão Afonso Arinos e a Assembleia Nacional Constituinte.

Um dos interesses das Forças Armadas, composta pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, era de garantir as mesmas atribuições que a Constituição de 1967 emendada pela Emenda 01/1969, cuja redação favorecia a intervenção para garantia “da lei e da ordem” de modo usual, competência essa que originariamente pertencem às forças policiais e na Constituição de 1946 também pertencia. Por isso, previamente à Constituinte, a Comissão Afonso Arinos apresentou debates e a proposta de uma nova redação que limitaria a atuação das Forças Armadas, porém, isso não foi aceito pela elite militar. Posteriormente, a discussão avançaria até a Assembleia Nacional Constituinte, tendo como resultado o artigo 142 da Constituição Federal passível de críticas juntamente da legislação complementar.

Dessa forma, o problema da pesquisa é apresentado por meio do questionamento: qual é a influência das Forças Armadas sobre o artigo 142? Desse modo, propõe-se como objetivo geral investigar a possível influência dos militares no processo constituinte e a pesquisa é justificada pela aproximação entre o atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, e as Forças Armadas. Por meio do método hipotético-dedutivo, a pesquisa testará a hipótese de que a Constituição de 1967, a EC 01/1969 e as competências constitucionais atribuídas aos militares não correspondiam aos anseios da sociedade pós Ditadura Militar, porém, isso não significa que os militares deixaram de influenciar na formulação do artigo que determinava as atribuições das Forças Armadas.

Portanto, para entender a possível influência dos militares no processo constituinte a pesquisa é dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se o relacionamento entre o Presidente da República Sarney e as Forças Armadas, a fim de compreender como essa relação proporcionou espaço para os militares na política mesmo com o fim da Ditadura Militar. Também é abordada a participação dos militares na Comissão Afonso Arinos, bem como na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Em sequência, o segundo capítulo expõe as atribuições previstas no artigo 142 da Constituição Federal, resultado de um processo constituinte com influências militares.

Ademais, é exposta a problemática de algumas atribuições por meio da análise de Constituições anteriores e da autoridade suprema do Presidente da República. Por fim, o terceiro e último capítulo abordará sobre as regulamentações das atribuições das Forças Armadas, além de expor sobre a insuficiência da legislação complementar e do decreto para em sequência mostrar por meio de casos práticos da história política brasileira as possíveis consequências para a falta de regulamentação.

1 INFLUÊNCIA POLÍTICA: AS FORÇAS ARMADAS E O GOVERNO SARNEY

A Ditadura Militar foi instaurada por um golpe de Estado em 31 de março de 1964 e somente em 15 de janeiro de 1985 foi anunciada a vitória de um civil nas eleições presidenciais (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 372-405), após aproximadamente vinte e um anos de um governo antidemocrático. Embora a nova Constituição surgisse apenas em 1988, a vitória nas eleições indiretas de Tancredo Neves concorrendo contra Maluf foi relevante para o processo de redemocratização do país. A vitória de Tancredo Neves, que embora não tenha tomado posse como Presidente da República por ter falecido na véspera da posse, representa o fim da ditadura militar e do governo antidemocrático dos generais, porém, a influência dos militares no governo estava longe de acabar.

De acordo com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/1969, o artigo 77 previa que na impossibilidade do Presidente da República governar, caberia ao Vice-Presidente da República assumir o cargo (BRASIL, 1969), entretanto, pelo fato de Tancredo Neves falecer às vésperas da posse presidencial, por consequência não havia um Vice-Presidente da República e os cargos estavam em vacância, apesar das eleições indiretas. Na hipótese da vacância de ambos os cargos, a Constituição previa por meio do artigo 78 que caberia o exercício do cargo de Presidente da República, em um primeiro momento, ao Presidente da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1969).

Entretanto, o Presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, se recusou, e insistiu na ideia que José Sarney, por ser o Vice-Presidente de Tancredo Neves, deveria tomar posse como Presidente da República. De acordo com Menezes, o argumento proposto afirmava que Sarney “não era o vice-presidente de Tancredo Neves, mas sim, da Presidência da República” (MENEZES, 2019, p. 257). Apesar da previsão constitucional que o sucessor legal não era Sarney, a proposta de Ulysses autorizando o eleito Vice-Presidente da República a tomar posse como Presidente da República convenceu a todos (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 405-406).

Em fevereiro de 1985, Sarney havia tomado posse no cargo de Presidente da República, e em 18 de julho do mesmo ano cumpriu uma das promessas de campanha de Tancredo Neves: instituiu uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, por meio do Decreto nº 91.450, de

18 de julho de 1985, conhecida como Comissão dos Notáveis ou Comissão Afonso Arinos (SOARES, 2018, p. 111). Entretanto, apesar de essa comissão de estudos funcionar como preparação para a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, talvez ela não tenha ocorrido conforme os planos iniciais, e uma possível justificativa é a pressão e influência exercida pelos militares das Forças Armadas sobre a Comissão Afonso Arinos, e da conexão com o Presidente da República.

No final da década de 60, Sarney se aproximou da Ditadura Militar, foi eleito para governador do Maranhão e em 1970 retornou a Brasília eleito senador pela Arena: o partido político dos militares da Ditadura (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 406), o que demonstra a forte conexão entre o Presidente da República e as Forças Armadas. Ademais, antes de ser companheiro de chapa de Tancredo Neves, José Sarney era presidente do PDS, que apoiava “a política do regime militar no congresso” (MENEZES, 2019, p. 257), novamente comprovando a conexão entre Sarney com apoiadores da ditadura.

Logo, demonstra-se a influência militar na política pelo poder que eles possuíam ainda na fase de transição democrática, o que possibilitou vetar uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC) com representantes exclusivos. Apesar da nomenclatura “Assembleia Nacional Constituinte”, não foi o povo que compôs e dirigiu os trabalhos da ANC, mas os próprios membros do Congresso Nacional que foram eleitos pouco antes da Constituinte, caracterizando um Congresso Constituinte, nas palavras de Fernando Henrique Cardoso (ZAVERRUCHA, 2010, p. 44), além do fato de exercerem simultaneamente as funções típicas de Senadores e Deputados Federais, e terem continuado o mandato posteriormente a ANC.

Por fim, é possível relacionar a estratégia das Forças Armadas de vetar a Assembleia Nacional Constituinte com participação popular direta e instituir um Congresso Constituinte com o objetivo de não perderem o controle na tomada de decisões ou na interferência possibilitada pela Constituição de 1967 e a Emenda de 1969. Também é possível comprovar que os militares eram influentes no Congresso Nacional, tendo em vista que Sarney antes de se candidatar para a chapa era presidente do PDS, partido apoiador do regime militar no congresso (MENEZES, 2019, p. 257). Dessa forma, devido às próximas relações de Sarney com os militares, foi possível vetar uma Constituinte Exclusiva e também a participação popular direta na elaboração dos trabalhos, além de consolidar o poder dos militares na fase de transição democrática.

1.1 Mobilização das Forças Armadas pré Assembleia Nacional Constituinte de 1987

Demonstrada a influência dos militares em vetar uma Assembleia Nacional Constituinte eleita realizada pela Nação, com temor de perder a influência dos políticos já consolidados e o

espaço de interferência que a Constituição garantia, é necessário compreender como ocorreu a participação desse grupo na Comissão Afonso Arinos.

A Comissão Afonso Arinos, ou Comissão dos Notáveis, foi instituída pelo Presidente da República José Sarney por meio do Decreto nº 91.450, de 18 de Julho de 1985, estipulando que a comissão seria composta por cinquenta membros, de livre escolha do Presidente da República, com a proposta de em dez meses apresentar trabalhos sobre temas relevantes para Nação e para a Assembleia Nacional Constituinte (BRASIL, 1985a). O resultado do trabalho dessa comissão de estudos foi publicado no Suplemento ao Diário Oficial nº 185, em 26 de setembro de 1986 (BRASIL, 1986, p. 1), porém, não da forma esperada inicialmente pelos estudiosos que participavam da comissão.

Embora a Comissão dos Notáveis fosse de Estudos Provisórios, uma das propostas apresentadas era de “retirar dos militares a responsabilidade pela ordem interna” (CORREIO BRAZILIENSE, 1986a, p. 3), ou seja, as Forças Armadas perderiam uma atribuição que era garantida pela Constituição da Ditadura Militar, e conseqüentemente poder de intervenção ou atuação no país. Por isso, os ministros militares (Exército, Marinha e Aeronáutica) se mobilizaram unanimemente contra a proposta da Comissão Afonso Arinos, e defenderam que as Forças Armadas possuem o “imprescindível” papel de “sentinela avançada na defesa da lei e da ordem” (CORREIO BRAZILIENSE, 1986a, p. 3).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1/1969, que durante a Comissão Afonso Arinos ainda estava em vigor, apresentava no artigo 91² que as Forças Armadas são “essenciais à execução da política de segurança nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem” (BRASIL, 1969). O resultado final da Comissão Afonso Arinos foi o artigo 414³ do Anteprojeto, prevendo limitações às Forças Armadas. O artigo 91 era dotado de ambigüidade que poderia favorecer a atuação das Forças Armadas quase sem limites, como por exemplo, o emprego do termo “ordem” não era acompanhado de nenhum adjetivo definindo qual tipo de ordem seria defendido pelas Forças Armadas, o que possibilitaria a intervenção em diversas ocasiões. Em contrapartida, o artigo 414 do Anteprojeto da Comissão dos Notáveis limitava explicitamente a atuação das Forças Armadas de várias formas.

O artigo 414 do Anteprojeto da Comissão dos Notáveis define estritamente que a atuação das Forças Armadas seria para assegurar a independência e a soberania do País, a integridade do seu território e os poderes constitucionais (BRASIL, 1986, p. 55). Em sentido oposto, o artigo 91 da

2 Art. 91. As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem (BRASIL, 1969).

3 Art. 414 – As Forças Armadas destinam-se a assegurar a independência e a soberania do País, a integridade do seu território, os poderes constitucionais e, por iniciativa expressa destes, nos casos estritos da lei, a ordem constitucional (BRASIL, 1986, p. 55).

Emenda 01/1969 apresentava que as Forças Armadas são essenciais para a execução da política de segurança nacional, à defesa da Pátria e garantia dos poderes constituídos (BRASIL, 1969). Em relação à primeira comparação entre os artigos, percebe-se a diferença que o Anteprojeto propõe uma atuação mais limitada, enquanto a Constituição da época era passível de diversas interpretações devido ao termo “defesa da Pátria”, mas sem especificar do que estaria sendo defendida (BRASIL, 1969).

A segunda diferença dos artigos ocorre em relação ao termo “da lei e da ordem”. O artigo 91 da Emenda 01/1969 atribuía caráter genérico para defesa da lei e da ordem, o que possibilita maior atuação das Forças Armadas, enquanto o artigo 414 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos classificou a atuação apenas nos casos solicitados expressamente pelos poderes constitucionais, dentro dos casos estritos previstos pela lei, e definiu a ordem como “ordem constitucional” (BRASIL, 1986, p. 55). Em suma, o artigo em vigor na ocasião possibilita várias interpretações, conseqüentemente maior atuação das Forças Armadas, de modo que a proposta do Anteprojeto da Comissão dos Notáveis limitava esse papel.

Tendo em vista o momento de transição democrática de uma recém Ditadura Militar e a influência dos militares no Governo Sarney, as Forças Armadas não atuaram apenas de forma passiva, se contentando com a opinião do alto escalão ou do passado autoritário, mas também atuaram de forma ativa para defesa das atribuições previstas no artigo 91 da Emenda 01/1969. Por meio dos oficiais do alto escalão da Marinha, Exército e Aeronáutica foi elaborado um documento para a Comissão Afonso Arinos que seria encaminhado com o posicionamento unânime das Três Armas, que na ocasião não aceitavam ter suas atribuições reduzidas à defesa externa, e em algumas ocasiões para ordem interna (CORREIO BRAZILIENSE, 1986b, p. 2)

Poucos meses para a entrega dos trabalhos da Comissão dos Notáveis para Sarney, ocorreu a alteração no anteprojeto a fim de atribuir o papel das Forças Armadas sobre “o destino de assegurar a independência e a soberania do País, a integridade de seu território e os poderes constitucionais”, excluindo à menção de garantir a lei e a ordem, o que foi considerado uma tentativa de afastar as Três Armas da segurança interna e reduzir as possíveis chances de futuras intervenções militares (CHAGAS, 1986, p. 1).

Entretanto, a proposta da Comissão não foi apreciada conforme o planejado. Com 468 artigos, a Comissão Afonso Arinos concluiu os trabalhos do Anteprojeto e submeteu ao Presidente da República, porém, já estava decidido: oficialmente o texto não seria submetido à Assembleia Nacional Constituinte (BASTOS, 2015, p. 56). Dentre os motivos que levaram a essa decisão, a mobilização do alto escalão das Forças Armadas contribuiu para que o Anteprojeto não fosse submetido oficialmente, apesar da sua publicação no Diário Oficial da União de 26 de setembro de

1986.

1.2 A formulação do artigo 142 na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

Em 28 de junho de 1985, por meio da Mensagem Nº 48, José Sarney propôs a convocação da Assembleia Nacional Constituinte para realizar “o grande e novo pacto nacional” que faria o Brasil se reencontrar “com a plenitude de suas instituições democráticas” (BRASIL, 1985b). Nessa mensagem, o Presidente da República apresentou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 43/1985 que convocava a Assembleia Nacional Constituinte e a sua instalação em 1987, de atuação livre e soberana (BRASIL, 1985b).

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada no dia 01 de fevereiro de 1987 e estabeleceu seu funcionamento por meio de oito Comissões Temáticas divididas em três Subcomissões Temáticas cada (CORREIO BRAZILIENSE, 1987, p. 2), totalizando para toda a Assembleia Nacional Constituinte vinte e quatro Subcomissões Temáticas. Em relação à temática das Forças Armadas, o tema foi abordado na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, especificamente na Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. De acordo com Ribeiro e Burlamaqui, a subcomissão era composta por onze deputados do PMDB, quatro deputados do PFL, e um deputado do PDS, PTB, PDT e outro do PT, de modo que a referida subcomissão foi marcada por uma maioria conservadora de onze membros, enquanto oito membros eram considerados progressistas (RIBEIRO; BURLAMAQUI, 2018, p. 384).

Além da maioria conservadora, a relatoria da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança era do deputado Ricardo Fiúza do PFL, líder do grupo conservador na Assembleia Nacional Constituinte, cuja carreira política teve início na extinta ARENA: o antigo partido apoiador da Ditadura Militar. Ademais, a relatoria da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições também estava sob responsabilidade de um antigo membro da extinta ARENA: o deputado Luiz Humberto Prisco Viana, que na ocasião foi eleito pelo PMDB (RIBEIRO; BURLAMAQUI, 2018, p. 385).

Ademais, a presidência da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e de Garantia das Instituições ficou sob responsabilidade do senador Jarbas Passarinho, do PDS e coronel da reserva (JORNAL DE BRASÍLIA, 1987, p. 4). Logo, considerado o poder do alto escalão das Três Armas em face do Governo Sarney, a maioria conservadora na subcomissão responsável por estabelecer o papel das Forças Armadas na Constituição e a relatoria sob responsabilidade de ex-membros da ARENA, a ideia de limitar por meio da Constituição Federal a atuação das Três Armas dificilmente atenderia ao que foi proposto no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos.

Outro fator que favoreceu a proposta das Forças Armadas foi o “veto aos estudos militares” fora das próprias academias militares. Conforme expõe Carvalho, após 1964, poucos pesquisadores que não pertenciam às Forças Armadas exploraram essa temática, por meio de uma abordagem sociológica ao trabalhar com o conceito de “organizações complexas”, que resultou em incompreensões. As críticas ocorriam em face da teoria das organizações serem abstratas e os estudos não se aprofundarem para explicar o militarismo (CARVALHO, 2019, p. 191). Tendo em vista os poucos estudos fora da academia militar, isso também favoreceu os argumentos dos convidados das Forças Armadas e outros durante as audiências públicas.

A primeira audiência pública ocorreu na 6ª Reunião da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da sua Segurança, no dia 22 de abril de 1987, com a presença de três membros do corpo permanente da Escola Superior de Guerra, sendo eles: Professor Ubiratan Macedo, Professor Pedro de Oliveira Figueiredo e Professor Paulo Milani Guimarães (BRASIL, 1987a, p. 29). No discurso do Professor Pedro Figueiredo, foi exposto que mesmo se houvesse a tentativa de limitar a atuação das Forças Armadas pela Constituição Federal, a possibilidade de golpe contra o Estado continuaria (BRASIL, 1987a, p. 32).

Em sequência, conforme expôs Constituinte José Genoíno na 9ª Reunião da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da sua Segurança, os professores da Escola Superior de Guerra defenderam a estrutura do artigo 91 que disciplinava a atuação das Forças Armadas, e a Ordem dos Advogados do Brasil se posicionou favorável ao artigo 414 proposto no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (BRASIL, 1987b, p. 70). Na mesma reunião, o expositor Cavagnari Filho destacou sobre o papel das Forças Armadas na nova ordem constitucional, e seu posicionamento se assemelhou com o da Comissão Afonso Arinos:

[...] não podemos confundir ordem interna, que é a defesa do sistema político do Estado do ordenamento político e jurídico do Estado, com a salvaguarda da ordem pública, que diz respeito a determinadas manifestações que ocorrem na sociedade, que é direito dela e que é natural de toda a sociedade democrática [...] E as Forças Armadas podem ser chamadas para defender o Estado e as suas instituições. Agora, não é preservar o Estado ou garantir o Estado contra a sociedade. A diferença é muito grande. Justifica-se as Forças Armadas em caso de insurreção mas, não se justificam as Forças Armadas em conflitos e polêmicas, não se justifica o emprego de Forças Armadas para garantir patrimônios públicos. Não há necessidade de todo esse aparato. Não há necessidade! Ou as forças policiais são suficientes, ou nós temos que modificar todo o sistema policial para atender a essas finalidades (BRASIL, 1987b, p. 58).

Ademais, outro a se posicionar pela proposta da Comissão Afonso Arinos foi o General Euler Bentes Monteiro durante a 12ª reunião da subcomissão, ao afirmar que as atribuições das Forças Armadas no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, especificamente o artigo 413 e 414, eram “satisfatórias” para concepção do Estado democrático que se buscava construir por meio da Assembleia Nacional Constituinte (BRASIL, 1987c, p. 49). De acordo com o General Monteiro, a

proposta da Comissão dos Notáveis era adequada, pois retirava “toda e qualquer interpretação que existiu sempre dentro das Forças Armadas, mas existiu, também, na sociedade civil, que haveria a iniciativa das Forças Armadas acima dos Poderes do Estado, para garantir a lei e a ordem” (BRASIL, 1987c, p. 54).

Uma semana após a exposição do General Monteiro, o relator Ricardo Fiúza entregou a proposta de Anteprojeto para ser discutida pela subcomissão. Ao tratar das Forças Armadas no artigo 13⁴ da Seção IV (BRASIL, 1987d, p. 32), Fiúza propôs um texto que ainda poderia ser considerado abstrato se comparado em face do artigo 414 produzido pela Comissão Afonso Arinos. O texto de Fiúza não especificava qual ordem as Forças Armadas defendem e generalizou o termo “lei”, enquanto o artigo 414 da Comissão dos Notáveis fazia menção à “ordem constitucional” e previa os “casos estritos da lei” (BRASIL, 1986, p. 55).

Apesar da argumentação do General Euler Bentes Monteiro, o posicionamento da OAB e a exposição de Cavagnari Filho favoráveis a limitações constitucionais às Forças Armadas semelhante à proposta da Comissão Afonso Arinos, o que prevaleceu na Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança foi a exposição feita pelos professores da Escola Superior de Guerra (SCHINKE, 2021, p. 21). Além disso, o Anteprojeto do Relator, por meio da Síntese Numérica das Sugestões, comprova que houve 32 sugestões pela preservação das funções atribuídas às Forças Armadas pelo artigo 91 da Constituição de 1967 e a Emenda 01/1969, enquanto 13 sugestões restringindo a participação das Forças Armadas à segurança externa do país (BRASIL, 1987d, p. 22).

Após as Emendas ao Anteprojeto do Relator e o Substitutivo do Relator, por fim foi apresentado o Anteprojeto da Subcomissão de Defesa do Estado da Sociedade e de sua Segurança, cuja formulação é idêntica ao que foi proposto pelo relator⁵ (BRASIL, 1987e, p. 5). Em sequência, o Anteprojeto da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições também manteve a mesma interpretação⁶ (BRASIL, 1987f, p. 7). No último Substitutivo da Comissão de Sistematização, ficou estabelecida uma nova estrutura para o artigo referente aos limites das Forças Armadas⁷ (BRASIL, 1987g, p. 5), porém, o significado permanece o mesmo, apenas adicionando

4 Art. 13. As Forças Armadas destinam-se a defesa da pátria e à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Parágrafo único. Cabe ao Presidente da República a direção da política de guerra e a escolha dos Comandantes-Chefes (BRASIL, 1987d, p. 32).

5 Art. 13. As Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Parágrafo único. Cabe ao Presidente da República a direção da política de guerra e a escolha dos Comandantes-Chefes (BRASIL, 1987e, p. 5).

6 Art. 27. As Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Parágrafo único - cabe ao Presidente da República a direção da política de guerra e a escolha dos Comandantes-Chefes (BRASIL, 1987f, p. 6).

7 Art. 167. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de

informações de outro artigo a fim de diminuir a dimensão do texto constitucional.

Ademais, a última alteração que resultou na fórmula do atual artigo 142 da Constituição Federal surgiu no Plenário, porém não houve alteração que diminuísse a ambiguidade do artigo produzido na Comissão de Sistematização, pois apenas trocaram o termo “por iniciativa de um destes” (BRASIL, 1987g, p. 5) para “por iniciativa de qualquer destes” (BRASIL, 1988b, p. 78) em relação aos poderes constitucionais proporem a iniciativa de defesa da lei e da ordem.

Por fim, verifica-se que a proposta da Comissão Afonso Arinos de conter possíveis abstrações em relação à atuação das Forças Armadas não foi alcançada. O texto final da Constituição Cidadã, em específico o artigo 142 que legisla sobre a atuação das Forças Armadas, assemelha-se em certos aspectos com o artigo 91, que vigorou durante a Ditadura Militar até a promulgação da Constituição Federal, principalmente em relação à abstração dos termos “lei” e “ordem” que não possuem nenhuma outra estrutura gramatical limitando a interpretação. Entretanto, uma diferença entre o artigo 91 e o artigo da atual Constituição consiste no fato de que a Constituição da Ditadura Militar tratava sobre “poderes constituídos”, enquanto a Constituição de 1988 legisla sobre os “poderes constitucionais”⁸ (BRASIL, 1988a), que apesar da ambiguidade de outros termos, implica em atuação diversa das Três Armas.

2 O ARTIGO 142: AS ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS

A Constituição Federal foi promulgada em 5 de outubro de 1988, colocando fim ao período de transição democrática e encerrou a vigência da Constituição de 1967 e da Emenda 01/1969, que perduraram durante o período da Ditadura Militar. Ainda que a proposta da Comissão Afonso Arinos em relação às Forças Armadas não tenha sido apreciada oficialmente pela Assembleia Nacional Constituinte, e tampouco o texto do artigo 142 da Constituição Federal delimitou a “lei” e especificou qual “ordem” se referia para atuação das Forças Armadas. Entretanto, uma mudança entre a Constituição de 1967 e a Emenda 01/1969 para a Constituição Cidadã foi à substituição do termo “pôderes constituídos” (BRASIL, 1969) por “poderes constitucionais” (BRASIL, 1988a).

A terminologia utilizada pelo artigo 91 da Emenda Constitucional 01/1969 refere-se ao Poder Constituído, isto é, aquele poder exercido “pelos representantes do povo em um ambiente de normalidade institucional, real ou aparente, sempre limitado pelos termos e fundamentos postos pela atividade constituinte” (CARVALHO, 2015, p. 2). Tendo em vista que a Emenda vigorou

um destes, da lei e da ordem (BRASIL, 1987g, p. 5).

8 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (BRASIL, 1988A).

durante o período da Ditadura Militar, verifica-se que a normalidade institucional real havia sido rompida em 1964 com o Golpe de Estado e o fim do regime democrático brasileiro.

Anteriormente, a Constituição de 1946, utilizava a mesma terminologia que a Constituição Cidadã utiliza ao atribuir às Forças Armadas a garantia dos poderes constitucionais no artigo 177⁹ (BRASIL, 1946). De acordo com o quadro histórico de formação do artigo 142 da Constituição Federal, o termo “poderes constitucionais” se refere aos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme a justificativa do Constituinte Roberto Brant (BRASIL, 2020, p. 14). Tratando-se do artigo 91 da Emenda 01/1969 e o artigo 142 da Constituição Cidadã, apenas os governos de fato, como no caso da Ditadura Militar, defendem a redação que previa as Forças Armadas como garantidoras dos “poderes constituídos” (CARVALHO, 2019, p. 181).

Para as Forças Armadas, a expressão “poderes constituídos” na Constituição representava a visão dos militares “de si próprios como responsáveis por zelar os poderes estabelecidos”, independentemente da legalidade desses poderes regulados pela Constituição (MATHIAS; GUZZI, 2010, p. 48). Tendo em vista que o governo foi assumido de forma inconstitucional (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 374) e antidemocrática, os militares ou apoiadores eleitos indiretamente se beneficiaram dessa proteção. Em suma, o papel das Forças Armadas como garantidoras dos poderes constitucionais foi disposto na Constituição de 1934, 1946 e 1988, enquanto a menção de poderes constituídos aparece na Constituição de 1967, da Ditadura Militar.

Ao considerar que os objetivos da divisão de funções dos poderes envolvem assegurar as liberdades individuais, aumentar a eficiência do Estado ao distribuir suas atribuições entre órgãos especializados, e garantir o Estado Democrático (DALLARI, 2018, p. 213-218), pode-se afirmar que a retomada da nomenclatura “poderes constitucionais” foi adequada para restabelecer a função democrática das Forças Armadas no país, tendo em vista a utilização dos “poderes constituídos” durante a Ditadura Militar. Entretanto, apesar de o artigo 142 da Constituição Federal solucionar, em partes, o problema das Forças Armadas quanto à garantia dos poderes, o artigo abre interpretações quanto ao uso do termo “lei” e “ordem”, podendo ser considerado um resquício das antigas Constituições e da influência militar na Assembleia Nacional Constituinte.

2.1 A problemática dos termos “lei” e “ordem” no artigo 142

A primeira Constituição Brasileira a atribuir explicitamente para as Forças Armadas a função de mantenedora das leis foi a Constituição de 1891 por meio do artigo 14¹⁰, entretanto, na ocasião, as atuais Forças Armadas eram conhecidas por “forças de terra e mar” e não foi

9 Art 177 - Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

10 Art 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior (BRASIL, 1891).

mencionado o termo “ordem”. A partir da Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, todas as Constituições ao tratarem das atribuições das Forças Armadas outorgaram atribuições para as Três Armas como garantidoras da lei e da ordem, porém, utilizar os termos “lei” e “ordem” sem outros dispositivos gramaticais atribui várias interpretações para o sentido da norma constitucional.

De acordo com José Murilo de Carvalho, o papel das Forças Armadas de defensores da pátria, de garantidores dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, possui um papel político e policial (CARVALHO, 2019, p. 18), porém, apesar de possuírem esse papel, o texto constitucional referente a essa temática permanece ambíguo em relação à “lei e a ordem”. Em comparação às antigas Constituições brasileiras, a Constituição Cidadã é a única que impõe limites quanto ao papel das Forças Armadas de guardadora da lei e da ordem por meio do trecho: “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”¹¹ (BRASIL, 1988a).

Ocorre que, nos regimes democráticos, a defesa da lei e ordem são tarefas da polícia (CARVALHO, 2019, p. 181). Conforme expõe Virgílio Afonso da Silva, o papel das Forças Armadas em democracias constitucionais, normalmente, é a defesa nacional, porém, com exceção da Constituição de 1937, as outras constituições republicanas previram a tarefa de garantia da lei e da ordem, caracterizando uma atribuição atípica quando realizada a comparação com outras democracias constitucionais (SILVA, 2021, p. 471).

Além da atribuição atípica para as Forças Armadas, a Constituição Federal trata a lei de modo aberto a várias interpretações, sem definir quem é o sujeito violador, quando e como ocorre a violação da lei. Ademais, o artigo 142 também é omissivo ao dispor quanto a qual ordem será garantida pelas Três Armas, pois o próprio texto constitucional faz menção em outras ocasiões para outros tipos de ordem, como por exemplo, a ordem interna e internacional¹², ordem constitucional¹³, ordem pública¹⁴, ordem econômica¹⁵ e ordem social¹⁶ (ZAVERRUCHA, 2010, p. 49).

11 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (BRASIL, 1988a).

12 Preâmbulo – [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 1988a).

13 Art. 5º, XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1988a).

14 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos (BRASIL, 1988a).

15 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (BRASIL, 1988a).

16 Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (BRASIL, 1988a).

Ademais, Virgílio Afonso expõe que o papel das Forças Armadas na garantia da ordem não é totalmente incompatível, e que existe em outros países, entretanto, deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, a última alternativa possível para garantir a lei e a ordem, isto é, quando os outros mecanismos estiverem se esgotados (SILVA, 2021, p. 473). Isso pode ocorrer no Brasil, tendo em vista os requisitos da Lei Complementar 97, porém, o autor aponta deficiências em relação ao controle das Forças Armadas:

[...] na lei complementar de 97/1999, não há nenhuma previsão acerca do acompanhamento e do controle das atividades das Forças Armadas; tampouco há previsão sobre responsabilização posterior por eventuais ilegalidades ou excessos e, ainda mais grave, o art. 15, § 7º, da lei complementar 97/1999, expressamente transfere da jurisdição ordinária para a jurisdição militar a competência para julgar eventuais ilegalidades (SILVA, 2021, p. 472).

Por fim, as democracias constitucionais aceitam esse papel das Forças Armadas, porém exigem o controle civil do poder militar, por via parlamentar e por via judicial, especificamente por jurisdição ordinária. Entretanto, verifica-se que a atual regulamentação das Três Armadas quanto à atuação de guardadora da lei e da ordem, quando esgotados outros mecanismos, não satisfaz os requisitos mencionados (SILVA, 2021, p. 472). Logo, faz-se necessário compreender como o poder das Forças Armadas, que ainda requer mais estudo e regulamentação, é supremo para o Presidente da República e quando os poderes constitucionais podem pedir pela garantia da lei e da ordem,

2.2 A autoridade suprema do Presidente da República em face das Forças Armadas

O artigo 142 da Constituição Federal atribui ao Presidente da República a “autoridade suprema” sobre as Três Armas: Marinha, Exército e Aeronáutica (BRASIL, 1988a), porém, a competência atribuída ao representante do Poder Executivo Federal não surgiu com a Constituição Cidadã. A Constituição de 1891 é a primeira das constituições republicanas a mencionar que Presidente da República exercerá o comando supremo das “forças de terra e mar”¹⁷ (BRASIL, 1891), que posteriormente seriam nomeadas como Forças Armadas, além da inclusão da Aeronáutica. Além disso, conforme aponta José Murilo de Carvalho, na Primeira Constituição da República surge o termo “dentro dos limites da lei” em relação à atuação das Forças Armadas (CARVALHO, 2019, p. 196), que voltaria em outras Constituições.

Em sequência, a Constituição de 1934 atribui ao Presidente da República a competência privativa de exercer a chefia suprema das forças militares da União, além de decretar a mobilização das Forças Armadas¹⁸ (BRASIL, 1934). Com a Constituição de 1937, o termo “supremo”

17 Ver artigo 48, 3º da Constituição de 1891. O Presidente da República poderia exercer o comando supremo das Forças Armadas, mas poderia designar outra pessoa para exercer essa função (BRASIL, 1891).

18 Ver artigo 56, § 7º e § 8º da Constituição de 1934. A chefia suprema das forças militares da União, ainda que do Presidente da República, seria administrada tendo como intermediário os órgãos do alto comando.

permaneceu em exercício, e a Constituição dispôs o termo “fiel obediência à autoridade do Presidente da República”¹⁹ (BRASIL, 1937). Ademais, a Constituição de 1946 inovou com o Título VII disciplinando especialmente sobre as Forças Armadas²⁰ e utilizou os termos “sob a autoridade suprema do Presidente da República”, e manteve a expressão “dentro dos limites da lei”, mantendo a possibilidade de as Forças Armadas realizarem juízos de valor em relação às ordens dos poderes constitucionais (SCHINKE, 2021, p.18). Embora existisse a autoridade suprema do Presidente da República, a possibilidade de intervencionismos permanecia.

No período da Ditadura Militar, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/1969 substituíram o termo “garantir os poderes constitucionais” para “garantir os poderes constituídos”²¹. Atualmente, com a Constituição Federal de 1988, o termo “poderes constitucionais” foi retomado, e a autoridade suprema do Presidente da República foi mantida. No presidencialismo não existe um padrão de competências atribuídas ao Presidente da República (SILVA, 2021, p. 447), porém, é possível propor que a função do Poder Executivo Federal brasileiro de atuar como autoridade suprema das Forças Armadas é uma função tradicional e típica tendo em vista a sua existência republicana e herdada da Constituição Imperial²².

Finalmente, tendo em vista a possibilidade do Poder Judiciário e do Poder Legislativo de solicitarem o auxílio das Forças Armadas para garantia dos poderes constitucionais, e da lei e da ordem quando esgotados os outros mecanismos, a figura do Poder Executivo como Chefe Supremo é responsável pela autorização ou veto do emprego das Forças Armadas. Todavia, na hipótese de emprego ou veto irregular do Presidente da República ocorrer por motivos políticos ou antidemocráticos em face dos outros Poderes Constitucionais, é necessário verificar se existem meios de contornar a decisão do Presidente da República ainda que ele seja o Chefe Supremo das Três Armas.

3 AS REGULAMENTAÇÕES DAS ATRIBUIÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o artigo 142 não era específico sobre “quem” dos poderes constitucionais poderia convocar as Forças Armadas para a tarefa de garantir a defesa da lei, da ordem, e dos próprios poderes. Em novembro de 1988, um juiz da 3ª Vara de Volta Redonda utilizou-se do Exército para terminar com uma greve na Companhia Nacional de Siderurgia, entretanto, o fato culminou na morte de três trabalhadores. Para Menezes, o

19 Ver artigos 14 e 161 da Constituição de 1937.

20 O artigo 160 da Constituição de 1937 é precedido pelo termo “Dos militares de terra e mar”, porém, não se utiliza o termo Forças Armadas e tampouco a nomenclatura Título.

21 Ver artigo 91 da Emenda Constitucional 01/1969.

22 Art. 148. Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força Armada de Mar, e Terra, como bem lhe parecer conveniente á Segurança, e defesa do Imperio (BRASIL, 1824). Ver artigo 102.

artigo 142, sem outro complemento, atribuía ao chefe do Supremo Tribunal Federal a mesma competência de um juiz pertencente a uma cidade do interior, assim como para os chefes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal foram equiparados a outros legisladores, como um deputado em seu primeiro mandato (MENEZES, 2019, p. 265).

Tendo em vista a falta de regulamentação quanto à temática do emprego das Forças Armadas, Menezes explica que a decisão foi constitucional (MENEZES, 2019, p. 266), e somente em julho de 1991 com a Lei Complementar nº 69 (LC 69) o emprego das Forças Armadas foi regulamentado. A LC 69 limitou a iniciativa apenas para o presidente do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1991). Com a LC 69, apenas os mais altos cargos do Judiciário e do Legislativo poderiam tomar iniciativa, além do Presidente da República que já havia previsão constitucional. Entretanto, o Presidente da República enquanto Chefe Supremo das Forças Armadas poderia vetar as iniciativas de quaisquer poderes constitucionais.

Em relação à solicitação para as Forças Armadas atuarem na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, a Lei Complementar 69 especificava que a atuação das Forças Armadas apenas ocorreria se os instrumentos listados no artigo 144 da Constituição Federal se esgotarem. São eles: polícia civil, militar e federal, polícia rodoviária e ferroviária federal, corpos de bombeiros militares, e com a Emenda Constitucional nº 104, a polícia penal federal, estadual e distrital (BRASIL, 1988a). Porém, a LC 69 foi revogada pela Lei Complementar 97 (LC 97), publicada no dia 9 de junho de 1999 e incluiu alterações referentes ao emprego das Forças Armadas.

Para garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, a Lei Complementar 69 afirmava no artigo 8º, § 2º que “a atuação das Forças Armadas” ocorreria de acordo com as diretrizes do Presidente da República, e a garantia da lei e da ordem desde que esgotados os instrumentos previstos no artigo 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1991). Do mesmo modo, ao dispor no artigo 15, § 2º sobre a garantia da lei e da ordem por meio do emprego das Forças Armadas, a LC 97 reafirma o que era previsto na LC 69: é necessário que os instrumentos do artigo 144 se esgotem. Todavia, ocorre a introdução no texto da expressão “a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem [...]” (BRASIL, 1999a).

Em comum, as duas Leis Complementares fazem referência aos instrumentos previstos no artigo 144, isto é, instrumentos utilizados para “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988), tarefa que compete excepcionalmente às Forças Armadas e considerada como *ultima ratio* na democracia constitucional (SILVA, 2021, p. 472). A mudança no texto ocorreu pela necessidade de tornar a norma mais objetiva, conforme

eventualmente seria afirmado no Plenário da LC 97.

Durante os debates no Plenário da Lei Complementar 97 foi argumentado que a redação do²³ artigo 15, §1º é suficiente para interpretar o emprego das Forças Armadas na defesa da pátria e dos poderes constitucionais. Em contrapartida, a proposta inicial do texto²⁴ do artigo 15, §2º era semelhante a da Lei Complementar 69, ou seja, apenas citava a atuação das Forças Armadas e mencionava o artigo 144. Devido à menção ao artigo 144, os legisladores afirmavam que seria possível deduzir por meio da interpretação lógico-sistemática de que se tratava, naquele caso, do emprego das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem, pois o artigo 144 cita os instrumentos de preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas, função que não é exercida primariamente pelas Três Armas (BRASIL, 1999b, p. 77).

Por fim, para evitar questionamentos quanto à interpretação do parágrafo, os legisladores optaram por inserir o termo “lei e da ordem”, a fim de torná-la “mais direta e menos questionável” (BRASIL, 1999b, p. 77). Posteriormente à promulgação da Lei Complementar 97 foi decretado pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso o Decreto Nº 3.897/2001, que fixa diretrizes somente para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, corroborando para necessidade de proporcionar à norma objetividade para aplicação da lei (BRASIL, 2001).

3.1 Decisões do Presidente da República: ausência de mecanismos de controle

Ainda que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário requeiram pela atuação das Forças Armadas, a decisão final quanto ao emprego para garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, é do Presidente da República. Embora a Constituição Federal atribui ao Presidente da República a autoridade suprema sobre as Forças Armadas e o poder de veto em relação ao Legislativo e Judiciário, é necessário verificar se existe a possibilidade de controlar um veto ou emprego das Forças Armadas equivocado, ou até mesmo antidemocrático. Dessa forma, investiga-se a Lei Complementar 97/1999 (LC 97) e o Decreto Nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

Em relação ao emprego das Forças Armadas para defesa da pátria e dos poderes constitucionais, a LC 97 não faz as mesmas exigências previstas no caso de emprego para garantia da lei e da ordem. Quanto à defesa da pátria e dos poderes constitucionais, basta que ocorra iniciativa própria do Presidente da República ou a pedido dos outros poderes constitucionais por meio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1999a). Todavia, a requisição por intermédio dos presidentes das altas cúpulas do legislativo e judiciário não vincula o Presidente da República a acatar, isto é, existe a

23 Originariamente o texto pertencia ao artigo 9, §1º do projeto de lei complementar.

24 Originariamente o texto pertencia ao artigo 9, §2º do projeto de lei complementar.

possibilidade de veto prevista no artigo 15, §1º da LC 97: “Compete ao Presidente da República à decisão do emprego das Forças Armadas” (BRASIL, 1999a).

Em contrapartida, para que seja solicitado o emprego das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem, conforme supramencionado, os instrumentos do artigo 144 devem ser considerados esgotados, porém, com exceção dos adjetivos “indisponíveis, inexistentes ou insuficientes” (BRASIL, 1999a) a Lei Complementar 97 não estabelece diretrizes para se aferir efetivamente a ineficácia dos instrumentos originariamente garantidores da lei e da ordem, e o Decreto Nº 3.897/2001 também é omissivo quanto ao direcionamento para verificar a situação de esgotamento, apesar de sua função ser de “orientar o planejamento, a coordenação e a execução das ações das Forças Armadas” na garantia da lei e da ordem (BRASIL, 2001).

De acordo com Silva, trata-se de “uma insuficiência da lei complementar 97/1999”. Não existem critérios para tomada de decisão do Presidente da República para delegar uma competência originária da polícia para as Forças Armadas, o que conseqüentemente pode gerar a possibilidade de abusos sem previsão expressa de controle de constitucionalidade (SILVA, 2021, p. 472). Em contrapartida, existem outros instrumentos constitucionais para restabelecimento da ordem pública, como o estado de defesa, que possuem previsão de controle prévio, concomitante e posterior por parte do Congresso Nacional e controle jurisdicional posterior, que atualmente não existe previsão legal expressa para a atuação das Forças Armadas (SILVA, 2021, p. 472), seja na garantia dos poderes constitucionais, da defesa da pátria, ou da lei e da ordem, o que pode ocasionar em abusos de poder.

3.2 Aplicações práticas: a violação do emprego das Forças Armadas

Para o emprego das Forças Armadas é necessário que o Presidente da República observe o artigo 142 da Constituição Federal, a Lei Complementar 97/1999 e o Decreto Nº 3.897/2001, porém, apesar de haver previsão legal que delimite os cenários de atuação das Forças Armadas, conforme supramencionado, a legislação carece de controle, fiscalização e significados de conceitos, principalmente quanto ao emprego para defesa da lei e da ordem. Devido à carência da Lei Complementar 97 em alguns aspectos abordados por Silva (2021, p. 472) foram possíveis algumas violações à legislação.

As primeiras violações mencionadas por Menezes na Nova República ocorreram no governo Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Inicialmente, durante a vigência da Lei Complementar 69/1991, com menos cláusulas que a atual legislação complementar, Itamar Franco fez uso das Forças Armadas para conter protestos na ponte Rio-Niterói e posteriormente uma manifestação política contra os trinta anos da Ditadura Militar. Ademais, Itamar Franco também

utilizou tropas da elite do Exército para conter uma greve de membros da Polícia Federal, que teve auxílio da Polícia Militar. Por fim, durante o governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) tropas federais foram utilizadas para reprimir uma greve em uma refinaria de petróleo e para realizar a expulsão de garimpeiros em terras federais no Pará (MENEZES, 2019, p. 266).

Embora sejam exemplos de violações, Menezes ilustra apenas acontecimentos anteriores à Lei Complementar 97 de 1999. Todavia, posteriormente à promulgação da LC 97 dois Presidentes da República violaram as cláusulas para emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem: o presidente Lula, em 2008 (ZAVERUCHA, 2010, p. 51), e o presidente Michel Temer. Em um primeiro momento, Lula fez uso das Forças Armadas em 2008 para proteção da construção de casas no Morro da Providência, no Rio de Janeiro, e supostamente militares entregaram jovens traficantes para grupos rivais assassinarem (ZAVERUCHA, 2010, p. 51).

Por fim, o presidente da República Michel Temer por meio do Decreto de 24 de maio de 2017 autorizou o emprego das Forças Armadas para a garantia da Lei e da Ordem no Distrito Federal (BRASIL, 2017a, p. 1) devido às manifestações que ocorriam na Esplanada dos Ministérios. Inicialmente, a atuação das Forças Armadas nessa função atípica duraria de 24 de maio até 31 de maio, porém, temendo que a situação fosse agravada, Temer revogou o ato por meio do Decreto de 25 de maio de 2017 (BRASIL, 2017b, p. 1). Dessa forma, verifica-se que em todas as decisões mencionadas, não houve o “esgotamento” previsto na lei, e a falta de dispositivos na lei complementar para identificar o exaurimento das forças policiais acaba dando margem a abusos de autoridade ou decisões equivocadas.

CONCLUSÃO

As Forças Armadas, por meio do alto escalão, foram capazes de influenciar os trabalhos da Comissão dos Notáveis e interferir no resultado da Assembleia Nacional Constituinte por meio da opinião pública compartilhada pelos ministros militares e pelos laços políticos com o Governo Sarney. Portanto, pode-se afirmar que a possibilidade das Forças Armadas serem empregadas para garantia da lei e da ordem é consequência de um passado autoritário que antecedeu a Ditadura Militar, mas que se intensificou durante o referido período. Dessa forma, comprova-se que a relação entre os militares e Sarney favoreceu a atual redação do artigo 142 da Constituição Federal, porém, também herdada pelas outras Constituições do Brasil.

Em relação à atribuição de garantidora dos poderes constitucionais, o problema ocorre pela substituição do termo “constitucionais” por “constituídos” durante a Ditadura Militar, o que favorecia o regime. Com a Assembleia Constituinte, ainda que sob influência dos militares, os constituintes restauraram o termo “poderes constitucionais” para as atribuições das Forças Armadas.

Todavia, a atribuição atípica de garantidora da lei e da ordem permanecia no texto constitucional, porém, dentro dos limites da Lei Complementar 97 e somente quando esgotados os instrumentos previstos no artigo 144. Apesar de a lei complementar tentar regulamentar o artigo, foi demonstrado que ela é insuficiente e abre margens para possíveis usos irregulares e abusos de poder.

Para que a Lei Complementar 97 seja mais delimitada sobre essa atribuição excepcional das Forças Armadas, seriam necessários mecanismos de controle prévio, concomitante, e posterior, além do controle judicial, ainda que o Presidente da República seja o chefe supremo das Três Armas. Também é justificável que os parâmetros para se verificar a indisponibilidade, inexistência ou insuficiência das forças policiais sejam estabelecidos pelo legislador, a fim de evitar o uso arbitrário do poder devido à omissão legislativa.

Por fim, conclui-se que a alteração realizada pelos constituintes sobre as atribuições das Forças Armadas foi realizada para corresponder com os anseios sociais, isto é, um Estado democrático e a volta da função constitucional atribuída para as Três Armas anteriormente à Ditadura Militar. A função de garantidora dos poderes constitucionais foi restaurada, porém, carente de mecanismos de controle suficientes. Do mesmo modo, o legislador constituinte tentou limitar a função excepcional de garantidora da lei e da ordem, mas não obteve o completo êxito, tendo em vista a carência existente na legislação complementar, conforme demonstrado.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e a Assembleia Nacional Constituinte**: um ensaio de interpretação histórica. 2015. 79 p. Monografia (Graduação em Direito) – Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, 2015.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. Anteprojeto da Comissão Eleitoral, 1987f. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-125.pdf>>. Acesso em: 21 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Segundo Substitutivo do Relator. Substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas do Plenário, referente ao Título V e Título VI, 1987g. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/vol247_FasePSIM.pdf>. Acesso em: 22 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Anexo à Ata da 6ª reunião, 22 de abril de 1987a. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=29>>. Acesso em: 20 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Anexo à Ata da 9ª reunião, 28 de abril de 1987b. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup99anc20jul1987.pdf#page=52>>. Acesso em: 20 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Anexo à Ata da 12ª reunião, 5 de maio de 1987c. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup102anc23jul1987.pdf#page=47>>. Acesso em: 20 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Anteprojeto da Subcomissão, 1987e. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-135.pdf>>. Acesso em: 21 agos. 2021

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Anteprojeto do Relator, 1987d. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-132.pdf>>. Acesso em: 21 agos. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Plenário. Projeto C (2º turno), 1988b. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-314.pdf>>. Acesso em: 23 agos. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Voto do Relator da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano Liv – Nº 110, 19 de junho de 1999b. Brasília, Distrito Federal.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985a. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília: DF. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 agos. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Suplemento ao Diário Oficial Nº 185, 26 de setembro 1986. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 18 agos. 2021.

BRASIL. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 29 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 29 agos. 2021

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 29 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 29 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 29 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 agos. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 agos. 2021.

BRASIL. Decreto Nº 24 de maio de 2017. Autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Distrito Federal. Diário Oficial da União, ano CLIV, nº 98-A. Brasília, DF, quarta-feira, 24 de maio de 2017a.

BRASIL. Decreto Nº 25 de maio de 2017. Revoga o Decreto de 25 de maio de 2017, que autoriza o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem no Distrito Federal. Diário Oficial da União, ano CLIV, nº 99-A. Brasília, DF, quarta-feira, 25 de maio de 2017b.

BRASIL. Decreto Nº 3.897, de 24 de agosto 2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3897.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 agos. 2021.

BRASIL. **Quadro Histórico dos Dispositivos Constitucionais**: Art. 142. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação, 2020. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40004>>. Acesso em: 29 agos. 2021.

BRASIL. Lei Complementar Nº 69, de 23 de julho de 1991. Dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, 1999. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1991/leicomplementar-69-23-julho-1991-364952-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Lei Complementar Nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e o emprego das forças armas. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp97.htm#art23>. Acesso em: 31 agos. 2021

CARVALHO, Harley Sousa. Da relação entre poder constituinte e poder constituído no Estado plurinacional da Bolívia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-16, ago-dez., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 30 agos. 2021.

CARVALHO, José Murilo. **Forças Armadas e política no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Todavia, 2019.

CHAGAS, Carlos. Comissão altera função das forças armadas. O Estado de São Paulo, São Paulo, 05/06/ de 1986. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114661>>. Acesso em: 17 agos. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. Comissões que farão a Carta estão compostas. Correio Braziliense, Brasília, nº 8755, p. 2, 31/03/1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/112982>>. Acesso em: 16 agos. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. Forças Armadas rejeitam mudanças: ministros militares vão lutar contra projeto de Afonso Arinos. Correio Braziliense, Brasília, nº 8465, p. 3, 10 jun. de 1986a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114669>>. Acesso em: 17 agos. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. Militares defendem atribuições: forças armadas elaboram documento para comissão constitucional. Correio Braziliense, Brasília, nº 8357, p. 2, 22 fev. de 1986b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114669>>. Acesso em: 17 agos. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

JORNAL DE BRASÍLIA. Papel das forças armadas caberá a Jarbas Passarinho. Brasília, nº 4384, p. 4, 10/04/ de 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114863>>. Acesso em: 18 agos. 2021.

MATHIAS; Suzeley Kalil; GUZZI, André Cavaller. Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 25. n. 73. 2010, p. 41-57.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. O legado autoritário presente na Constituição Federal de 1988. **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. v. 14. n. 1. 2019. p. 254-274.

RIBEIRO, Leandro Molhano; BURLAMAQUI, Patricia. Trinta anos depois, os desafios são os mesmos? O debate sobre Segurança Pública na Assembleia Nacional Constituinte. **Locus: revista de história**. Juiz de Fora. v. 24, n. 2, p. 375-410, 2018.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. A Assembleia nacional constituinte e as forças armadas: os trabalhos da subcomissão. UERJ. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/52473/37200>>. Acesso em: 01 set. 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Editora da

Universidade de São Paulo, 2021.

SOARES, Bruno César Prado. A longa Constituinte dos policiais militares: da preparação para Assembleia Nacional Constituinte à revisão de 1993. In: COELHO, Saulo de Oliveira Pinto et al (Org.). **Direito, história e política nos 30 anos da Constituição**: experiência e reflexões sobre o contexto constitucional brasileiro. 1. Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

AS CONCEPÇÕES DO POLÍTICO EM/ENTRE CARL SCHMITT E CHANTAL MOUFFE: DO ANTAGONISMO AO AGONISMO DEMOCRÁTICO

Igor de Kássius Toledo Almeida BRAGA¹
Thamiris Cristina REBELATO²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo examinar quais as contribuições dos estudos desenvolvidos pela cientista política belga Chantal Mouffe (1943-) à teoria democrática, cujos horizontes têm por mirante a compreensão do político como conflito, antagonismo e dissenso, termos em grande medida coadunados décadas antes – ainda que por objetivos distintos – pelo jurista e filósofo político alemão Carl Schmitt (1888-1985). Para tanto, o itinerário que aqui se adota é o da pesquisa qualitativa, tendo por procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Pretende-se, de início, delimitar os principais vetores do arcabouço teórico schmittiano, centrado na crítica à democracia liberal e na regência das relações sociais sob o binômio amigo-inimigo. Em seguida, concentraremos-nos sobre as linhas primeiras do pensamento mouffeano que, numa releitura das premissas de seu antecessor, constrói os degraus de um projeto intelectual que transita na contramão da realidade pós-política. Por fim, o texto avançará pelos pormenores da denominada democracia agonística, proposta que equaciona a dimensão contenciosa em termos legítimos, de modo a fornecer à comunidade política as diretivas do pluralismo e da radicalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Antagonismo; agonismo; pluralismo democrático; político; Carl Schmitt; Chantal Mouffe.

ABSTRACT

The present article aims to examine the contributions of the studies so far developed by the Belgian political scientist Chantal Mouffe (1943-) to the democratic theory, whose horizons have as a viewpoint the understanding of politics as conflict, antagonism and dissensus, terms largely matched decades before - although for different purposes - by the German jurist and political philosopher Carl Schmitt (1888-1985). For this purpose, it is intended, at first, to delimit the main vectors of Schmitt's theoretical framework, centered in the criticism of liberal democracy and in the ruling of social relations under the binomial friend-enemy. Next, it will concentrate on the first lines of the Mouffeian thought that, in a rereading of the premises of his predecessor, builds the steps of an intellectual project that goes against the post-political reality. Finally, the text will advance through the details of the so-called agonistic democracy, a proposal that equates the contentious dimension in legitimate terms, in order to provide the political community with the directives of pluralism and radicalism.

KEYWORDS: Antagonism; agonism; democratic pluralism; political; Carl Schmitt; Chantal Mouffe.

1. PROLEGÔMENOS PARA DEMONIZAR DENOMINADORES COMUNS: A ELEGIA

- 1 Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e Taxista CAPES. Pós-graduado em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pós-graduando em Direito Animal pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER)/ESMAFE. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Aprovado no XXV Exame da OAB.
- 2 Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-graduada em Direito Material e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

DE UM *DEMOS* DESDENHADO

Como signo emblemático, *democracia* é um *significante longo*: suas sílabas se sucedem em som e imagem para sinalizar as extensões de um percurso que, tal qual um trampolim, tanto intriga quem atreve o passo quanto quem passa a vê-lo, pelo que há de salto para além do piso. Por sua vez, *longe* caracteriza o *significado democrático*: algo em si que tão só se vê a demarcar distâncias. A etimologia não engana, porque escancara no seu *todo*, o *entre*. Mais do que os morfemas, importa o interstício, o vão que separa *povo* e *governo*, ora uma jarda, ora léguas. Talvez nem toda a multidão acesse a escada e a piscina olímpica. Já quanto ao *referente da democracia*, certamente não será a envergadura da atleta aplaudida por seus saltos ornamentais. Pelo contrário: assistiremos o mais desajeitado dos seres mergulhando sem o gozo das medalhas.

Em que pese a licença poética, sabe-se que as tentativas de sedimentar uma tessitura política centrada na soberania popular não só moveram como movem, ao longo da história, os anseios de diversos teóricos cujas investigações oscilam em considerá-la miragem, farol ou utopia. No cenário contemporâneo, a perspectiva democrática predominante se alicerça num terreno plano, onde o diálogo entre indivíduos que compartilham dos mesmos valores culmina no alcance de um consenso racional, sem maiores perturbações. Do ponto de partida ao ponto de chegada, a concórdia ditará as relações sociais. Contudo, o que é deixado de lado nesse contexto, a diferença, o atrito, as paixões, ou seja, a fatia que comumente sobeja porque velha ou antiquada, pode-se revelar a matéria-prima de uma ordem alternativa, que confira ao *populus* a consciência de um *locus* em eterna disputa.

Eis a urgência da provocação levada a cabo por Chantal Mouffe (1943-) que, igualmente, orientará as reflexões aqui desenvolvidas. Cientista política belga radicada no Reino Unido e pesquisadora sênior do Centro de Estudos sobre Democracia da Universidade de Westminster, trata-se de uma das principais intelectuais *anti-establishment* em atividade. Em parceria com o seu cônjuge, o teórico político argentino Ernesto Laclau (1935-2014), ambos encabeçaram uma virada teórica no pensamento marxista a partir da denominada *teoria do discurso*, isto é, a compreensão das práticas e identidades sociais em termos contingentes e combativos³. Uma vez fixadas as bases do projeto de uma nova esquerda, sob o mote da radicalização das lógicas políticas tradicionais, Laclau pende suas indagações sobre as dinâmicas do populismo, enquanto Mouffe se envereda pela

3 Segundo o casal de teóricos, quaisquer objetos tão só emergem *discursivamente*, vale dizer, a partir de articulações no domínio social que lhes dão significação. Dessa rede de relações organizadas, um sentido é atribuído a algo, porém sempre de maneira precária e contingencial, já que em entrelaço com formações discursivas concorrentes. A partir daí, as credenciais políticas adquirem pontos de sistematização jamais dissociados da instabilidade que lhes constitui e vivifica, mantendo, pois, regular a regulação pelas diferenças. Ver: LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. E Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015 (especialmente o Capítulo 3).

crítica ao itinerário democrático liberal.

Contudo, após a morte do marido, a empreitada mouffeana agregou à sua bagagem o exame das manifestações populistas de direita e do terrorismo nas experiências hodiernas, apontando-os como sintomas diretos de um modelo idílico de democracia que, ao primar pela represália moral de seus oponentes, nega a condução dessas efervescências na seara política, robustecendo o abuso das reações em cadeia. Embora digam respeito a aspectos empíricos, a raiz do problema, segundo a autora, segue sendo de natureza teórica, pautada na recusa em reconhecer a imanência do conflito nas identidades relacionais. Nicolau Maquiavel (1469-1527) já advertira que duas tendências díspares assolam toda cidade: a do povo que rechaça a opressão dos poderosos e a dos poderosos que anseiam por governar e oprimir o povo⁴. É dessa caixa de força que o político se alimenta. Mais valem curtos-circuitos que o blecaute do *demos*.

Com o fito de salvaguardar uma esfera pública ativa, onde a multiplicidade se expresse legitimamente, torna-se imprescindível pôr em xeque a visão de mundo até então reinante, que se adere com otimismo à globalização e preconiza o despertar dos cidadãos de uma polarização esquerda-direita em muito desarrazoada. Mouffe está ciente dos riscos que o processo democrático enfrenta se mantiver tamanha obstinação e, ao lado de pensadores outros que partilham da mesma inquietação⁵, aposta na *discordância*, não reduzida à mera contrariedade, mas aqui defendida como cerne do enredo social. A linguagem política tão só assim se traduz. No seu caso, cabe a nós cultivá-la sob a égide do *agonismo*, senda aberta em grande parte por meio do aperfeiçoamento do léxico trabalhado pelo jurista e filósofo político alemão Carl Schmitt (1888-1985), com quem melhor enxergamos a apreensão dos sinais conflitivos.

Não à toa, munidos desses pontos cardeais, o presente artigo objetiva esquadriñar quais as contribuições dos estudos levados a cabo por Chantal Mouffe à teoria democrática, cujos horizontes têm por mirante a caracterização do político como contenda, antagonismo e dissenso, termos em grande medida coadunados décadas antes – ainda que com aspirações diversas – por Carl Schmitt. Nesse sentido, a partir da pesquisa qualitativa e da adesão à pesquisa bibliográfica, delimitaremos, inicialmente, os principais vetores do arcabouço teórico schmittiano, centrado na crítica à democracia liberal e na regência dos liames sociais sob a díade amigo-inimigo. Em sequência,

4 MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Roberto Grassi. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p. 61.

5 Para além de Laclau e Mouffe, dentre os intelectuais que prezam pelos princípios antagonísticos da democracia, ainda que com substratos, linguagem e direcionamentos distintos, estão o filósofo franco-argelino Jacques Rancière (1940-) e o filósofo francês Claude Lefort (1924-2010). Até mesmo em razão do enfoque ofertado em suas últimas obras sobre os estudos democráticos, poderíamos incluir também nesse rol a filósofa estadunidense Judith Butler (1956-). Ver: RANCIÈRE, Jacques. *O descentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996; LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

pretende-se abordar as linhas primeiras do universo mouffeano que, numa releitura das premissas de seu antecessor, constrói os degraus de um intento intelectual que transita na contramão da realidade pós-política. Ao final, o texto avançará pelos pormenores da denominada *democracia agonística*, proposta que equaciona a dimensão contenciosa em termos legítimos, de forma a guarnecer a comunidade política com as diretivas do pluralismo e da radicalidade.

2. O POLÍTICO EM CARL SCHMITT: QUANDO UM CEGO AMO LIBERAL SEGA OS CONFLITOS SERVIS

Carl Schmitt está no panteão dos maiores teóricos políticos do século passado, sendo o *O conceito do político* um dos livros mais conhecidos e pesquisados de sua extensa produção bibliográfica. Esta pequena, porém densa, proposta ensaística se transformou em uma das leituras obrigatórias dentro dos estudos da filosofia política contemporânea, sendo fruto de uma conferência ministrada na capital alemã, em virtude de um ciclo de conferências voltado à questão democrática, publicada sob o título *Der Begriff des Politischen*.⁶ No intuito de conferir autonomia à esfera política, distinguindo-a dos sistemas outros que compõem a vida, Schmitt se envereda pela natureza estatal, *locus* e ponto de partida do que compreende por *político*.

Segundo preleciona o autor, é no aparelho estatal que a expressão do político em seu cerne antagônico ganha corpo. No entanto, vale destacar que ele rechaça a concepção de um Estado que valha de forma total, isto é, que torna a política receptáculo de toda a gama de manifestações existentes na célula social. Até porque, caso tal operação prevaleça, nenhum alicerce autônomo resta e o estado deixa de ser uma referência tópica da política. Não à toa, a ideia do Estado total condensa em seu interior o estado crítico da política moderna em exercício. O que se verifica, afinal, em seu escopo investigativo, é a problemática da autoridade ou, melhor dizendo, de sua destituição nos tempos modernos.⁷

A empreitada schmittiana prima por uma definição da política livre de impurezas, válida em sua própria inteireza, demarcando, pois, seu raio de atuação de forma diversa dos demais âmbitos da ação humana, a exemplo da economia, da moralidade e da religião. Para o intelectual alemão, todo o conteúdo lexical e representativo do político jamais se desgarraria de uma voltagem politizante, vinculando-se a uma materialidade específica, regida pelo *binarismo amigo-inimigo*.

A inimizade materializa um sintoma de intimidação à vida, um alerta de agressão à vista. Não se deve, assim, considerar o inimigo exclusivamente como um ser tomado pela negatividade de

6 SILVA, Washington Luiz. *Carl Schmitt e o conceito limite do político*. Kriterion, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 449.

7 SILVA, 2008, p. 451.

todo. Os olhos se voltam a si mesmo visando à preservação da própria vitalidade coletiva.⁸ É precisamente o outro, bastando que, em sua essência, seja algo existencialmente diferente e desconhecido, a ponto de viabilizar conflitos em potencial.⁹ Eis o retrato: tão só quem integra a relação beligerante dirá enfim se aquele que ocupa a posição inimiga me traz riscos. O antagonismo político escapa, portanto, de princípios normativos, sejam eles morais ou jurídicos, pois apenas os próprios interessados estariam em condições de decidir sobre a periculosidade do contexto em que se veem inseridos. Se a hostilidade política remete à possibilidade última da eliminação física do outro, é porque a sua alteridade se coloca como a negação da própria forma de vida.¹⁰

Para Carl Schmitt, a definição interna da figura do inimigo para determinado povo representa sua existência e liberdade política, *in verbis*:

[...] Na medida em que um povo tem sua existência na esfera do político, ele tem que mesmo se for apenas par o caso mais extremo- mas é ele quem decide se há ou não-, determinar ele próprio, a distinção entre amigo e inimigo. É aí que reside a capacidade de sua existência política. Quando não mais possui capacidade ou vontade de fazer essa distinção, ele cessa sua existência política. Se permitir que um estranho prescreva quem é seu inimigo e contra quem pode combater ou não, será mais um povo politicamente livre e estará incluído ou subordinado a outro sistema político. Uma guerra não tem sentido no fato de ser conduzida em favor de ideias ou normas jurídicas, e sim contra um inimigo real.¹¹

Sob tal prisma, a vida política é indissociável das objeções entre grupos humanos, estando o critério de político emaranhado a um conceito limítrofe, representado por Schmitt pela figura da guerra, a amostra extrema da inimizade e, conseqüentemente, seu pressuposto último. Nela encontramos a possibilidade terminante e real de condicionamento do comportamento político dos homens, nos permitindo conhecer a natureza particular das oposições políticas.

No imaginário schmittiano, a guerra nos fornece um registro pungente daquilo que não nos deparamos tão claramente no dia a dia dos agentes. Ela age ampliando nossa visão em relação ao político, o que, sob o prisma da normalidade, segue em muito obscuro ou imperceptível. A equação combativa opera em situações excepcionais, rompe com o regime em curso e, portanto, torna-se reveladora, ao demonstrar o político em sua essência. Tamanha contenda constitui a condição existencial da atividade política. Não significa dizer, todavia, que a guerra corresponda ao fim da política, mas sim uma possibilidade desta. Ao transitar pelo bélico como limite relacional, redescobre-se o sujeito em toda a sua animosidade originária, exposto ao risco da morte. Aqui se observa a efervescência máxima do político, que rechaça a cordialidade humana ininterrupta e reafirma os estágios de tensão:

8 D'URSO, Flávia. *Perspectivas sobre a soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 15-16.

9 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 30.

10 FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*. Crítica ao liberalismo e teoria crítica no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora da UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004, p. 43.

11 SCHMITT, 1992, p. 54.

Nada pode escapar a esta consequência do político. Se a oposição pacifista contra a guerra tornasse tão forte ao ponto de poder impelir os pacifistas a uma guerra contra os não-pacifistas, a uma “guerra contra a guerra”, estaria assim, comprovado que ela tem realmente força política, por que é forte o suficiente para agrupar os seres humanos em amigos e inimigos. Se a vontade de se evitar a guerra é tão forte a ponto de não mais temer a própria guerra, ela terá se convertido, então, em um motivo político, ou seja, ela afirma a guerra, mesmo que com eventualidade extrema, e afirma, até mesmo, o sentido da guerra.¹²

A crítica que se constrói ao inimigo schmittiano como sendo público, desprovido de uma materialidade, é a de que ali se cria um vácuo temerário, sujeito a bel-prazeres durante a sua definição. Quem virá a fazê-lo será o soberano, cujo poder em mãos lhe garante a tomada decisória sobre o inimigo. Ele determinará os coletivos com os quais travará o conflito, tornando, por certo, o processo arbitrário, quando não perigoso. Por mais que se venha a dizer que o aparato estatal schmittiano não equivale ao de um cerne autoritário, não é forçoso afirmar que sua proposta abre espaço para o autoritarismo.¹³

No cabedal teórico schmittiano, a inimizade se sobressai exatamente tal qual um produto intelectual. A grande controvérsia que move suas linhas diz respeito ao inimigo então construído sob a Weimar republicana, diga-se, o liberalismo, significando o político em sua negação. Tal atributo consistiria na sanha de extirpar o que vige de ebulição na existência política, de mitigar a carga antagonística que lhe é umbilical, a ponto de neutralizá-la, desnudá-la de polêmicas.¹⁴ Nas palavras do autor:

O pensamento liberal, de uma maneira sumamente sistemática, contorna ou ignora o Estado e a política e move-se em lugar disso, em uma típica polaridade, em permanente retorno, entre duas esferas heterogêneas, ou seja, entre a ética e a econômica, espírito e negócio, cultura e propriedade. A desconfiança crítica contra o Estado e a política se esclarece facilmente a partir dos princípios de um sistema para qual o indivíduo deve permanecer “terminus a quo” e “terminus ad quem”¹⁵

Conforme preconiza o liberalismo, quaisquer escolhas se revelam relativas e suas alternativas moderadas. As oposições adquirem teor político a partir do momento em que são endossadas ao extremo, quando então for possível vislumbrar uma “possibilidade real de provocar a morte física”.¹⁶ Destarte, os dilemas enfrentados por Carl Schmitt em suas investigações são muito próximos àqueles experienciados por nossas sociedades liberais democráticas hodiernas. Muito embora uma série de apontamentos sejam cabíveis à sua obra, um substrato importante delas se pode extrair para melhor compreender os problemas políticos enfrentados décadas depois, porém sob releituras abertas à diferença que nos constitui.

12 SCHIMITT, 1992, p. 39.

13 SILVA, 2008, p. 449-455.

14 D'URSO, 2014, p. 16.

15 SCHIMITT, 1992, p. 38.

16 D'URSO, 2014, p. 16.

3. O RESGATE SCHMITTIANO EM TEMPOS PÓS-POLÍTICOS: MOUFFE, ANTAGONISMO E HEGEMONIA

A contextualização política na qual se encontra ínsito Carl Schmitt certamente não se desvincula de um processo histórico turbulento, em que materialidade e inteligência nele se amalgamam. No entanto, quaisquer tentativas de tomá-lo como interlocutor exigem a argúcia do intérprete para que não arrefeça suas investidas no plano ideológico, sem maiores incursões nas entrelinhas de um denso aporte teórico. Dos escritos pré-weimarianos ao mutualismo entre a sua doutrina e as teses nacional-socialistas, além das arguições pós-Segunda Grande Guerra¹⁷, o zelo ao percorrê-lo se soma à chance de redescoberta de ecos contributivos há muito silenciados na lida analítica da contemporaneidade. Em vez de transitarmos rumo a uma pluralidade democrática cada vez mais expansiva, a derrocada do comunismo culminou em embates étnicos, religiosos e nacionalistas que des(a)firmam as teses liberais até então vigentes.

As sociedades ocidentais das últimas décadas foram frutificadas, em sua imensa maioria, num ideário uniforme de matriz *cosmopolita* e *dialógica*, em que os estágios socioeconômicos e políticos alcançados pela humanidade tornaram o indivíduo marco zero das titularidades à medida que os processos multiescalares de gestão e decisão se aderiram a compromissos conciliatórios. O triunfo do liberalismo havia fomentado a crença de um mundo livre de inimigos: a animosidade e a violência seriam sintomas de ordens pretéritas, incabíveis, pois num núcleo social sob a tutela da reciprocidade. Conforme diagnostica Jacques Rancière (1940-), as predileções ora assumidas são as de uma *pós-democracia*, isto é, o sistema que visa extirpar a pleno o cerne disruptivo e indeterminado que caracteriza o *demos*.¹⁸ Ao menosprezar, porém, as matizes antagônicas, os pensadores liberais provocaram o efeito inverso, exacerbando-as na paleta de ações e reações da política atual.

17 Para melhor vislumbrar as características do pensamento schmittiano, relevante se revela a sistematização encabeçada por Adamo Alves e Marcelo Cattoni, tendo por principal enfoque as confluências real e acadêmica da exceção na trajetória do filósofo político alemão. Ver: ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012, p. 225-276.

18 Rancière não deixa dúvidas de que os esforços sacrificiais sempre se dirigiram ao processo democrático, exorcizando-o de todo o potencial demonizador dos denominadores comuns. A pós-democracia assim vaticina: “Não entenderemos por esse termo o estado de uma democracia que se desiludiu tristemente de suas esperanças ou que aboliu felizmente suas ilusões. Não procuraremos aí um conceito da democracia na idade pós-moderna. Esse termo nos servirá apenas para designar a prática consensual do apagamento das formas do agir democrático. A pós-democracia é a prática governamental e a legitimação conceitual de uma democracia de depois do *demos*, de uma democracia que liquidou a aparência, o erro na conta e o litígio do povo, redutível portanto ao jogo único dos dispositivos de Estado e das composições de energias e de interesses sociais. A pós-democracia não é uma democracia que encontrou no jogo das energias sociais a verdade das formas institucionais. É um modo de identificação entre os dispositivos institucionais e a disposição das partes e das parcelas da sociedade apta a fazer desaparecer o sujeito e o agir próprio da democracia. É a prática e o pensamento de uma adequação, sem resto, entre as formas do Estado e o estado das relações sociais. Tal é o sentido do que se chama democracia consensual.” RANCIÈRE, Jacques. *O descentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.

Chantal Mouffe faz dessa problemática o seu corpo investigativo, ratificando que a recusa do conflito é o maior indicativo da ruína democrática. Na presente conjuntura, peca-se pela tentativa – inexitosa desde o início – de eliminação daquilo que não se pode eliminar, porque inerente aos atributos relacionais dos sujeitos. Se está em jogo a defesa do projeto político da modernidade, ela deve ocorrer sem as amarras a um modelo de racionalidade cega, incapaz de proceder a uma leitura idônea do que nos constitui enquanto (con)cidadãos¹⁹. Das amostras falaciosas do unísono aos perigos que sucedem-no à mostra, torna-se urgente que recuperemos o teor opositivo que embasa a teoria da democracia, amiúde solapado pelo pensamento político dominante. Não por outra razão, o arsenal teórico schmittiano reassume seu papel de destaque, justamente ao recrudescer as críticas a um paradigma malsucedido de regência dos corpos agentes:

Um aspecto fundamental da abordagem de Schmitt é que, ao demonstrar que todo consenso se baseia em atos de exclusão, ela revela a impossibilidade de um consenso “racional” plenamente inclusivo. Ora, como indiquei, depois do individualismo, o outro traço fundamental da maior parte do pensamento liberal é a crença racionalista na viabilidade de um consenso universal baseado na razão. Portanto, não é de admirar que o político constitua seu ponto cego. O político não pode ser compreendido pelo racionalismo liberal pela simples razão de que todo liberalismo coerente exige a negação da irredutibilidade do antagonismo. O liberalismo tem de negar o antagonismo porque, ao pôr em primeiro plano o incontornável momento da decisão – no sentido profundo de ter de decidir em um terreno indefinido –, o que o antagonismo revela é o próprio limite de qualquer consenso racional. Na medida em que o pensamento liberal adere ao individualismo e ao racionalismo, sua cegueira frente ao político em sua dimensão antagonística não é, portanto, mera omissão empírica, mas uma omissão constitutiva.²⁰

Mais do que um registro equívoco, Mouffe assevera que a celebração do constructo democrático sob o alicerce da cordialidade põe em risco toda a estrutura organizacional já erigida. Impedir o desastre em curso implica a interdição da obra, o que, por sua vez, demanda uma auditoria do que conceitualmente sedimenta a matéria. Para tanto, segundo a autora, é preciso distinguir a *política* do *político*, cada qual com seus significados próprios, mas que, uma vez compreendidos, garantirão o *caos ordenado* entre os termos. Enquanto o *político* diz respeito à carga de antagonismo constitutiva das relações humanas, a *política* se refere ao emaranhado de práticas, discursos e instituições responsáveis por criar uma certa disciplina, permitindo que seus integrantes coexistam sob o signo conflitivo.²¹ Numa óptica heideggeriana, o *político* está associado ao nível *ontológico*, ou seja, a como a sociedade se funda, ao passo que a *política* ocupa o nível *ôntico*, ao se concentrar nas atividades propriamente ditas.

Na era pós-política, a grande falha intelectual reside em negligenciar a inerradicabilidade

19 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Revista Política & Sociedade*, n.º 03, out. 2003, p. 12. Trad. Kelly Prudencio.

20 MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 10-11.

21 MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Dossiê Democracias e autoritarismos – *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005, p. 20. Trad. Pablo Sanges Ghetti.

do antagonismo. Afinal, trata-se da matéria-prima do *populus*, o *demos* em seu estado bruto de tumulto e inconstância. Reconhecê-lo implica tomar nota da linguagem do metamórfico ou, na esteira do que asseveram Laclau e Mouffe, da sua condição de *significante flutuante*, não prefixando a forma pela qual pode se articular a elementos outros numa formação social.²² Decidir sobre questões políticas sempre equivale à escolha entre alternativas díspares, mas o que raciocínio liberal preza é a mão única da resposta consensualmente atingida, esquivando-se da textura polissêmica do político ao negá-la de antemão. Sob o tripé do *individualismo*, do *racionalismo* e do *universalismo abstrato*, tais pensadores desconsideram as dinâmicas de identificação coletiva e relegam as paixões ao submundo privado, inexistindo oponentes pelo simples fato de que o debate só abarca quem compartilha dos mesmos valores.²³

Ciente das limitações metodológicas do liberalismo, Mouffe mais uma vez retoma Schmitt ao destacar a preciosidade, na construção de uma ofensiva teórica de peso, de sua interpretação do político segundo o *binômio amigo-inimigo*. Tendo em vista que todo emissor se manifesta *em favor de si ou de alguém e contra outrem*, o jurista germânico sagra os polos da relação de um *nós* em oposição a um *eles*. Primeira e terceira pessoas compõem a esfera emblemática do embate, cuja ebulição alimentará não o debate, mas a decisão. Eis a situação-limite que traduz a fórmula política. Todavia, o ponto divisor dos trajetos schmittiano e mouffeano se encontra logo a frente, mais especificamente no que tange aos (p)rumos democráticos: enquanto o primeiro se encaminha à igualdade política basilar entre os homens, a segunda mira a expressão da diferença. Ele não deixa lugar ao pluralismo numa democracia, propósito este levado adiante por ela:

Lo que necesitamos hacer es precisamente lo que Schmitt no ha hecho: después de haber reconocido que la unidad del pueblo es el resultado de una construcción política, necesitamos explorar todas las posibilidades lógicas que la articulación política envuelve. Una vez que la identidad del pueblo – o más bien sus múltiples posibles identidades – ha sido considerada en la forma de una articulación política, es importante subrayar entonces que, si se trata de una articulación efectivamente política, y no del mero reconocimiento de diferencias empíricas, una tal identidad debe ser vista como resultado del proceso político de articulación hegemónica. La política democrática no se reduce al momento en que el pueblo, ya enteramente constituido, ejerce su soberanía. El momento de la soberanía es indisoluble de la verdadera lucha por la definición del pueblo y por la constitución de su identidad. Una tal identidad, sin embargo, no puede estar nunca enteramente constituida, y solamente puede existir a través de múltiples formas rivales de identificación. La democracia liberal presupone precisamente, como constitutivo, el reconocimiento de este

22 LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. E Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015, p. 257.

23 Conforme enuncia a cientista política belga, uma vez embasada no substrato teórico schmittiano, o *individualismo liberal* preconiza a condução da política no interior da ética e da economia, dimensões heterogêneas, porém avessas ambas a prerrogativas multitudinárias. Por sua vez, o *racionalismo liberal* delimita a administração dos interesses em disputa sob regras procedimentais previamente acordadas que afastam o afetivo do palco aos bastidores, “eliminando” a aparição do conflito. Por fim, o *universalismo liberal* se materializa na reprodutibilidade dos critérios e condições deliberativas a todos os sujeitos, num conjunto de valores por eles igualmente partilhados. Ver: MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt*. Revue Française de Science Politique, vol 42, n°. 1, fevereiro, 1992, p. 3-8. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.

intersticio vacío entre el pueblo y sus varias identificaciones. De ahí la importancia de dejar este espacio de desacuerdo siempre abierto, en vez de tratar de llenarlo mediante la institucionalización de un consenso supuestamente “racional”.²⁴

Não de somenos importância, Mouffe elucida que a dimensão antagonística adquire contornos mais incisivos quando sua interpretação se soma ao conceito de *exterioridade constitutiva*, cuja pertinência se verifica no processo de construções identitárias. Longe de represar consigo um conteúdo estanque e objetivo, o antagonismo agudiza a contingência e a precariedade de toda identidade e objetividade social, já que constantemente sujeitas à intervenção de um elemento externo. De acordo com a autora, o ato de reconhecer algo ou alguém enseja a criação de uma diferença, que muitas vezes se fundamenta numa dada hierarquia.²⁵ Como produto direto das relações, somos a partir do que nos distinguimos de outrem, o que demonstra a inescapável condicionante contenciosa do convívio entre os seres.

Coadunando-se com os caracteres antagonísticos, o político na teoria mouffeana também se esteia na concepção de *hegemonia*, isto é, a operação na qual uma particularidade, através de práticas articulatórias temporárias, avoca a tarefa de representar as demais particularidades num universo compartilhado. Em outras palavras, num contexto de disputa pela administração do social, a categoria política que conseguir amear a maior parte das propostas concorrentes define os comandos estruturais, ainda que sob o regime da transitoriedade. Toda ordem se constrói na exclusão de ordens paralelas, as quais podem vir a reprimi-la posteriormente e tomar seu posto.²⁶ As forças que agregam tão só operam contra forças várias à espreita, à espera de desagregá-las. Portanto, uma vez exauridos tais preceitos, aqui estão cosidas as malhas do nascedouro político: uma operação nós-eles dotada de fatores contingentes que, para Mouffe, exigem a compatibilidade com um *pluralismo democrático radical*:

A crítica da categoria do sujeito unificado e o reconhecimento da dispersão discursiva no interior da qual toda posição de sujeito se constitui envolve, portanto, algo mais que a enunciação de uma posição teórica geral: elas são uma condição *sine qua non* para se pensar a multiplicidade a partir da qual emergem antagonismos em sociedades onde a revolução democrática ultrapassou certo limiar. Isto nos concede um terreno teórico sobre cujo fundamento a noção de democracia radical e plural – que será central ao nosso argumento daqui em diante – encontra suas primeiras condições de compreensão. Somente aceitando que as posições de sujeito não podem ser remetidas de volta a um princípio fundante positivo e unitário, é que o pluralismo pode ser considerado radical. O pluralismo só é radical na medida em que cada termo desta pluralidade de identidades encontra em si próprio o princípio de sua validade, sem que este tenha que ser buscado num fundamento positivo, transcendente ou subjacente, para a hierarquia de sentido de todos eles, e fonte e garantia de sua legitimidade. E este pluralismo radical é democrático na medida em que a autoconstitutividade de cada um de seus termos é o resultado dos deslocamentos do imaginário igualitário.²⁷

24 MOUFFE, Chantal. *Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal*. Tópicos (Universidad Católica de Santa Fé), n. 10, 2002, p. 23. Trad. Julio de Zan y Alicia Pascual.

25 MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 14.

26 MOUFFE, 2015, p. 16-18.

27 LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*.

A democracia moderna precisa atender a ambas as pretensões, referentes indissociáveis da maturação das constelações políticas. O *pluralismo* traduz a noção substantiva de vida boa, requerendo, para seu êxito, a transformação do ordenamento simbólico das relações sociais, no intuito de salvaguardar a liberdade e a igualdade a todos. Por seu turno, à *radicalidade* compete o aprofundamento da revolução democrática e a conexão com as diversas lutas da mesma natureza, concebendo, para esse fim, novas posições de sujeito garantidoras de articulações mútuas.²⁸ Tanto uma quanto a outra integram o universo mouffeano, bombeando os canais de um programa político alternativo apto a manter o elenco num confronto democrático legítimo. Trata-se de um projeto possível, que não reduz os dilemas relacionais a problemas técnicos. O seu nome? *Agonismo*.

4. PRAZER, SOU SEU ADVERSÁRIO: O AGONISMO COMO MOTE DA DEMOCRACIA MODERNA

Ao diferenciar *político* de *política*, Mouffe igualmente enuncia qual o objetivo por trás do meandro simbiótico que tensiona os dois vocábulos: *a domesticação do âmago antagônico que incendeia a sociabilidade dos homens, decodificando-o numa linguagem democrática multiforme*. Nesse sentido, as atuações, discursos e instituições políticas ambicionam a promoção da unidade num contexto de conflito e diversidade. Não se busca, entretanto, superar a divisão nós-eles, mas operacionalizá-la sob a potência motriz da pluralidade.²⁹ Tal hipótese se vislumbra na *ampliação das disjunções amigo-inimigo para além da dimensão antagonística*, reconhecendo não somente a sua possibilidade manifesta, mas também a experimentação de métodos outros de condução da primeira e terceira pessoas. É, imperioso, portanto, que o prélio ali se consolide de forma tal que não destrua o ente político.³⁰

O argumento principal da cientista política belga, e peça-chave na virada teórico-prática das concepções schmittianas sobre o político, está na conversão do *inimigo* em *adversário*. Se antes aquele punha em perigo as vivências de uma comunidade a ponto de justificar, inclusive, sua eliminação física, este hoje é o personagem com cujas ideias travaremos nossas lutas, mas sem questionarmos o direito de que ele possa defendê-las na íntegra. A proposta mouffeana se embasa na *transição das coordenadas do antagonismo às de uma nova dimensão, a agonística*, que instaura a

Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. E Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015, p. 252.

28 MOUFFE, Chantal. Pluralismo artístico e democracia radical. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5(9), jul./dez. 1999, p. 77-80. Trad. Mercedes Pérez L. Bertachini.

29 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Revista Política & Sociedade*, n.º 03, out. 2003, p. 15. Trad. Kelly Prudencio.

30 MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 18-19.

figura do *inimigo legítimo* ao produzir pacificações temporárias no seio social.³¹ Cumpre ressaltar que isso não quer dizer que não haja um substrato concorde no pluralismo democrático; pelo contrário, estabelece-se as estacas do *consenso conflitual*, situação em que os princípios ético-políticos se sustentam, porém a partir da expressão de interpretações as mais variadas. Logo, contrapondo-se ao acervo teórico tradicional:

Uma abordagem democrática “agonística” reconhece a natureza real das suas fronteiras e as formas de exclusão que elas englobam, ao invés de tentar disfarçá-las sob o véu da racionalidade e da moralidade. Ao estar consciente do fato de que a diferença é a condição da possibilidade de constituir a unidade e a totalidade, ao mesmo tempo em que ele fornece seus limites essenciais, tal abordagem agonística poderia contribuir para subverter a tentação sempre presente nas sociedades democráticas de naturalizar suas fronteiras e essencializar suas identidades. Ela seria pois muito mais receptiva que o modelo de democracia deliberativa à multiplicidade de vozes que uma sociedade pluralista encerra e à complexidade da estrutura de poder que esta rede de diferenças implica. (...) Aceitar que apenas o hibridismo nos cria como identidades separadas pode contribuir para dissolver o potencial da violência que existe em cada construção de identidades coletivas e criar as condições para um verdadeiro “pluralismo agonístico”. Tal pluralismo está ancorado no reconhecimento da multiplicidade de cada um e das posições contraditórias a que esta multiplicidade subjaz. Sua aceitação do outro não consiste meramente em tolerar as diferenças, mas em celebrá-las positivamente porque admite que, sem alteridade e o outro, nenhuma identidade poderia se afirmar. Este é um pluralismo que valoriza a diversidade e o dissenso e não tenta estabelecer uma esfera pública a partir da sua eliminação, uma vez que reconhece neles a real condição da possibilidade de uma vida democrática a ser conquistada.³²

Mais do que uma simples alteração das partes no todo conceitual, Mouffe testa o todo pela fronteira ao estender o campo de visão do político por aquilo que opera como fragmento. O modelo adversarial torna-se a condição de existência da democracia porque é o componente que converte antagonismo em agonismo. Todavia, a categoria do *inimigo legítimo* não se confunde com o arquétipo do *competidor*, típico da perspectiva liberal, para quem os interesses em jogo podem ser resolvidos através da negociação, ou ainda, da discussão. Negativo. No caso do *adversário*, domesticam-se as energias antes violentas a balizas equitativas de disputa, encarando-o não segundo os extremos da condescendência ou da indiferença, mas com tolerância.³³ A rivalidade consubstancia o máximo divisor comum dos seres, distando-os legitimamente à proporção que os integra num arcabouço principiológico.

Consoante Mouffe alerta, o cenário político contemporâneo, rebento do liberalismo parturiente, se encontra vazio de canais agonísticos, de maneira que os canais consensuais tão defendidos apenas realçam os ruídos antagonísticos. A supressão de direita e esquerda impede que uma decisão tenha ao menos a dúvida entre posições realmente diferentes. Por isso, uma cisão

31 MOUFFE, Chantal. Chantal Mouffe – Entrevista. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 241-243, 2010. Trad. Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo.

32 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Revista Política & Sociedade*, n.º 03, out. 2003, p. 19. Trad. Kelly Prudencio.

33 MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Dossiê Democracias e autoritarismos – *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005, p. 20. Trad. Pablo Sanges Ghetti.

mínima revela-se fundamental, uma divisão sócia, sem prejuízo de reformulações em um ou outro lado.³⁴ No entanto, a enfermidade que atinge o *demos* e adoce o intento adversarial consiste na *moralização da política*. O que movimenta a ágora do agora é a substituição dos critérios interpretativos até então utilizados no exame das disfunções sociais. *A oposição nós-eles própria do político* cede enfim espaço à *díade moral do bem versus o mal*. Não à toa:

O que essa mudança de vocabulário revela não é, como pensavam alguns, que a política tinha sido substituída pela moralidade, mas que a política está acontecendo na esfera moral. É nesse sentido que proponho que entendamos a “moralização” da política – não para demonstrar que a política se tornou mais moral, mas que hoje em dia os antagonismos políticos estão sendo formulados em termos de categorias morais. Embora ainda nos defrontemos com diferenças políticas do tipo amigo/inimigo, elas agora são expressas utilizando-se a linguagem da moralidade. (...) Longe de criar as condições para uma forma mais madura e consensual de democracia, o anúncio do fim da política adversarial produz, então, justamente o efeito contrário. Quando a política acontece na esfera da moralidade, os antagonismos não podem assumir uma forma agonística. Na verdade, quando os oponentes não são definidos em termos políticos, mas em termos morais, eles não podem ser encarados como “adversários”, mas unicamente como “inimigos”.³⁵

Aliás, a essa altura do texto, não se pode deixar de mencionar que a premissa mouffeana da assincronia a que se enovelam as práticas políticas não se atém unicamente às ordens domésticas, mas ousa ao avançar suas tramas pelo globo. Contra a ilusão de um *modelo democrático cosmopolita* no qual a pluralidade se limita à aceitação incontestada dos direitos humanos de matriz ocidental e cuja unificação se assenta na negação do político, a autora defende a implementação de uma *ordem mundial multipolar*, ou seja, edificar um sistema balanceado de gestão entre diversos polos regionais que recrudesça a multiplicidade de potências hegemônicas. A adoção desse caminho é premente, sob pena de que a ordem se liquefaça sob a imposição de um *hiperpoder*, até aqui a cargo dos Estados Unidos.³⁶

O pluralismo agonístico liderado por Mouffe põe em xeque as teses antipolíticas de maior presença na teoria democrática que, filhas da racionalidade e da lógica do individualismo, insistem em se manter blindadas do que divide espaço com a razão e o indivíduo: quer a emoção, quer o coletivo, quer o *poder*. No que se refere ao último, ela deseja que estejamos cientes do seu papel constitutivo nas relações sociais. Afinal, se qualquer eixo político expressa uma hegemonia, toda equação hegemônica gera um deslocamento dos encaixes entre democracia e poder. A ideia se resume em como configurar formas de autoridade de maior viço democrático.³⁷ Nesse aspecto, algumas objeções são dirigidas à sua teoria, não tanto pelo que identifica de *domínio*, mas sim em

34 MOUFFE, Chantal. Chantal Mouffe – Entrevista. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 240, 2010. Trad. Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo.

35 MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 74-75.

36 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Revista Política & Sociedade*, n.º 03, out. 2003, p. 23-26, Trad. Kelly Prudencio.

37 MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. Dossiê Democracias e autoritarismos – *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005, p. 19.

razão do pouco passo dado adentro. Luis Felipe Miguel reforça o quanto as regras da *pólis* ou as noções de *valores ético-políticos* equivalem à seletividade e ao jogo de forças:

No livro em coautoria com Ernesto Laclau, Mouffe afirma que ‘o problema do político é o problema da instituição do social, ou seja, da definição e articulação das relações sociais em um campo marcado por antagonismos’ (Laclau e Mouffe, 1987 [1985], p. 171). Essa formulação é mais atraente do que a leitura agonística posterior. Em vez de buscar uma fórmula mágica, deixa em aberto a tarefa complexa e mesmo contraditória de quem tenta ler a política de forma crítica: manter as condições de convivência social, sem com isso negar, naturalizar ou legitimar a dominação, a opressão e a violência estrutural; reconhecer as condições de efetividade da ação política dos grupos dominados, sem cair no “vale tudo”; aceitar a universalidade dos direitos anunciados pelo liberalismo, mas entendendo que sua concretização depende das especificidades da estrutura social. E, em particular, buscar promover valores políticos sem abrir mão do realismo, isto é, do entendimento de que a enunciação desses valores não basta, que sua realização também é uma questão política, em que se defrontam posições conflitantes.³⁸

Em que pese a concussão crítica, não se pode negar que o cabedal intelectual desenvolvido por Mouffe concede um novo fôlego às leituras acerca das (re)ações dos indivíduos em comunidade. Ao se apropriar de modo crítico do conceito do político antes trabalhado por Schmitt, ela revigora o que se entende por *democracia – um cerne desde sempre desdenhado* – e semeia o seu porvir prospectivo: o *pluralismo agonístico*. Nele, a *dimensão conflitiva* é ressignificada, os inimigos se tornam adversários e o afeto se soma aos interesses nos processos de argumentação e decisão. Contudo, sabe-se que toda resolução é provisória, submetendo tais categorias à constante rediscussão de sentido. Por certo, a política democrática está naquilo que excede, sede eterna, e muito erra quando limita suas contas ao acerto. No fim, a radicalidade significa a aposta no buliço do povo, que reivindica o pódio de quem o erradica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tecidas as arguições a que nos propusemos no presente trabalho, verificamos a potência e envergadura dos estudos desenvolvidos por Chantal Mouffe. Considerada um dos principais nomes no panteão da teoria política contemporânea, a intelectual belga elege o antagonismo e o conflito como categorias centrais de sua linha de pensamento, asseverando a importância do dissenso na construção da democracia. Compreender cada um desses elementos em suas especificidades nos inteira do teor do *político*, a célula-máter dos liames sociais. Com Carl Schmitt, foi possível esquadrinhá-lo num esquema dual indissolúvel, em que as identidades políticas se dividiam em relações de amizade e inimizade. Nada nem ninguém escapa dessa fronteira originária que, por si só, sela práticas ambivalentes, com a inclusão de uns e a exclusão de outros.

38 MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, 2014, p. 38.

Em Mouffe, a concepção do político segue assídua, mas a missão é dar ao corpo-cólера uma nova roupagem, decodificando os binarismos contenciosos num tabuleiro legítimo. Ao mesmo tempo, deve haver o resgate schmittiano da crítica ao liberalismo dominante, que preza pelo escanteio das manifestações antagônicas em benefício do econômico ou do ético. Não há, assim, a apreensão das dinâmicas coletivas, nem tampouco do ímpeto que escapa da racionalidade. As engrenagens liberais agem sob os ditames do consenso, refutando o que de litúgio resta, sob o pretexto da universalização de vetores dialógicos. Contudo, percebe-se que, ao aderirem a lógica do inimigo neutralizado, tais teóricos não assimilam as experiências reacionárias, agudizando, ironicamente, as contendas que pretendiam ruir.

A partir daí, entra em cena o *pluralismo agonístico*, proposta mouffeana que encara a esfera pública de modo diverso, tanto ao admitir as disparidades interpretativas quanto ao recusar suprimi-las pela instauração de uma ordem autoritária. Se a ideia é ecoar o político – sem sombra de dúvida, uma tarefa árdua – não se pode deixar no olvido aquilo que ensurdece os ouvidos. A medição da democracia rechaça a mediação plena porque diminui o que a ânsia dilata. Da mesma forma, mensurá-la como remediação falha porque estanca o que o calor ferve. Logo, enxergar as pessoas em termos adversariais sinaliza o sim à saga relacional, tendo-a por complexa, hegemônica, eivada em poder. A legitimidade tão buscada habita o deslocamento: o não estar ali hoje não impediu que estivesse ontem ou que esteja enfim amanhã. A indeterminação nos aproxima e Mouffe sabe disso. O agonismo é a maior celebração do desígnio democrático.

REFERÊNCIAS

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012, p. 225-276.

D'URSO, Flávia. Perspectivas sobre a soberania em Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/11655/1/Flavia%20D%20Urso.pdf> Acesso em: 01 mar. 2021.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político*. Crítica ao liberalismo e teoria crítica no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: Editora da UFMG/Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. Trad. Joanildo A. Burity, Josias de Paula Jr. E Aécio Amaral. São Paulo: Intermeios, 2015.

_____. O retorno do povo: razão populista, antagonismo e identidades coletivas. *Revista de Ciências Sociais - Política & Trabalho*, n. 23, out. 2005, p. 9-34.

- LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Trad. Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Roberto Grassi. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.
- MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 92, 2014, p. 13-43.
- MOUFFE, Chantal. Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal. *Tópicos* (Universidad Católica de Santa Fé), n. 10, 2002, p. 5-25. Trad. Julio de Zan y Alicia Pascual.
- _____. Chantal Mouffe – Entrevista. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 51, p. 237-254, 2010. Trad. Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo.
- _____. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Revista Política & Sociedade*, n.º 03, out. 2003, p. 11-26, Trad. Kelly Prudencio.
- _____. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. *Revue Française de Science Politique*, vol 42, n.º 1, fevereiro, 1992, p. 1-14. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2021.
- _____. Pluralismo artístico e democracia radical. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5(9), jul./dez. 1999, p. 75-87, Trad. Mercedes Pérez L. Bertachini.
- _____. Por um modelo agonístico de democracia. Dossiê Democracias e autoritarismos – *Revista de Sociologia e Política*, n. 25, nov. 2005, p. 11-23. Trad. Pablo Sanges Ghetti.
- _____. *Sobre o político*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento: política e filosofia*. Trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: Editora 34, 1996.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SILVA, Washington Luiz. Carl Schmitt e o conceito limite do político. *Kriterion*, Belo Horizonte, n.º 118, dez./2008, p.449-455.

AS PRÁTICAS DELIBERATIVAS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO COMPARADO

Leonardo Paschoalini PAIVA
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

RESUMO

O presente artigo aborda o tema das práticas deliberativas de três países, quais sejam, Brasil, Colômbia e México, por meio da abordagem comparativa culturalista, que busca trabalhar as particularidades de cada um dos países analisados, considerando aspectos que ultrapassam a análise do texto legal. Destaca-se que a abordagem culturalista opõe-se à abordagem positivista, que propõe a análise com foco no texto legal e em decisões judiciais para realização do estudo comparado. A partir disso, pretende-se verificar se, pelo uso da abordagem culturalista do Direito, é possível identificar diferenças na prática argumentativa e decisória da Corte Suprema do Brasil, da Corte Constitucional colombiana e da Suprema Corte mexicana. Para tanto, foi utilizado de revisão bibliográfica atinente à matéria de Direito Comparado do autor que elaborou o método comparativo culturalista, Pierre Legrand, e de Direito Constitucional, de autores que versam sobre aspectos relacionados às práticas deliberativas nos três países mencionados. Como resultado, é possível apontar que, pela análise comparada empreendida, os países analisados possuem grandes diferenças relacionadas às práticas deliberativas por cada um deles adotada, o que está profundamente relacionado aos aspectos históricos, sociais e culturais que serviram de base para a criação das normas que disciplinam a matéria nesses locais.

PALAVRAS-CHAVE: Deliberação; Jurisdição Constitucional; Direito Constitucional Comparado.

RESUMEN

Este artículo aborda el tema de las prácticas deliberativas en tres países, a saber, Brasil, Colombia y México, por medio de un enfoque culturalista comparativo, que busca trabajar las particularidades de cada uno de los países analizados, considerando aspectos que van más allá de la análisis del texto legal. Se enfatiza que el enfoque culturalista se opone al enfoque positivista, que propone el análisis con un enfoque en el texto legal y las decisiones judiciales para la realización del estudio comparativo. A partir de esto, se pretende verificar si, mediante el uso del enfoque culturalista del Derecho, es posible identificar diferencias en la práctica argumentativa y decisoria de la Corte Suprema de Brasil, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de México. Para ello, se realizó una revisión bibliográfica sobre la materia de Derecho Comparado del autor que elaboró el método culturalista comparativo; Pierre Legrand, y del Derecho Constitucional, de autores que abordan aspectos relacionados con las prácticas deliberativas en los tres países mencionados. Como resultado, es posible señalar que, por el análisis comparativo realizado, los países analizados tienen grandes diferencias relacionadas con las prácticas deliberativas adoptadas por cada uno de ellos, lo cual están profundamente relacionados con los aspectos históricos, sociales y culturales que sirvieron de la base para la creación de normas que disciplinen el tema en estos lugares.

PALABRAS-CLAVE: Deliberación; Jurisdicción Constitucional; Derecho Constitucional Comparado.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, notou-se o crescimento do interesse em relação ao campo do Direito

Constitucional Comparado, o que pode ser atribuído ao fato de, atualmente, ser possível acessar bancos de dados jurisprudenciais e fontes bibliográficas através de consultas pela *internet*, que ocorrem de forma rápida e prática, e, portanto, de maneira distinta daquela que era realizada até pouco tempo atrás.

O Direito Constitucional Comparado, nesse contexto, tem sido objeto de atenção não só no meio acadêmico, mas também nos Tribunais, que têm observado e, por vezes, utilizado de construções empreendidas em outras jurisdições, assim como em processos constituintes. No entanto, diante do crescente interesse na área, deve-se atentar para que o estudo comparativo não ocorra de forma irresponsável ou injusta.

Sob este aspecto, é importante notar o método elaborado por Pierre Legrand, professor da *Sorbonne Université*, que propõe uma abordagem culturalista no campo do Direito Comparado. A referida abordagem tem um enfoque crítico em relação à abordagem positivista, assim como propõe que o comparatista deve analisar as jurisculturas a partir das suas diferenças, com a observância à ética no ato da comparação.

O uso do método de comparação acima descrito mostra-se extremamente interessante quando refletido em relação aos países do sul global, visto que, embora estes guardem proximidades em aspectos históricos, sociais, políticos e culturais, possuem características próprias e singularidades que só podem ser bem examinadas se considerados aspectos que ultrapassam o texto legal.

A partir disso, a presente pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: é possível identificar diferenças na prática argumentativa e decisória do Supremo Tribunal Federal, da Corte Constitucional colombiana e da Suprema Corte mexicana? O objetivo principal do trabalho, portanto, reside em verificar as principais diferenças entre a prática decisória nos três países citados, para, ao final, constatar a resposta ao problema proposto.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, com a análise dos textos de autores de referência nos temas propostos. Assim, foi tratado, inicialmente, sobre a metodologia culturalista diferencial e os motivos relevantes que sustentam o estudo comparado. Em seguida, foram examinados os principais aspectos relacionados às práticas decisórias do Brasil, Colômbia e México, sem olvidar, ainda, das questões históricas, políticas e sociais que se encontram por trás da definição das normas relacionadas a essas práticas. Ao final, foram apontadas as principais diferenças identificadas após o estudo comparado entre os três países.

2. PRÁTICAS DELIBERATIVAS: POR QUE COMPARAR?

2.1 Da metodologia culturalista diferencial

A presente pesquisa se utiliza do método comparativo culturalista diferencial elaborado por Pierre Legrand (2018). Para entender sua importância frente às práticas deliberativas das Cortes Constitucionais na América Latina, faz-se necessário, em um primeiro momento, o entendimento das ideias centrais da referida metodologia aplicadas neste artigo, as quais se estruturam da seguinte forma; i) crítica à visão positivista do Direito e adoção da perspectiva culturalista e interdisciplinar; ii) crítica ao paradigma da autoridade e adoção do paradigma da alteridade; iii) crítica ao projeto de similaridade e adoção da “análise diferencial das juriculturas”; iv) crítica à crença na objetividade e reconhecimento da incidência das pré-compreensões no trabalho do comparatista.

Para Pierre Legrand em “Como Ler o Direito Estrangeiro” (2018) o viés positivista dominante de encarar o Direito que concede as normas jurídicas imperativas vigentes sem nenhuma preocupação para com aquilo que se encontra detrás dos textos normativos, subestima a investigação jurídica a partir do prisma de outros saberes, impedindo o comparatista de entender o Direito posto como ele é, vez que o *porquê* reside no campo da tradição e da cultura, distantes da normatividade celebrada pela perspectiva positivista:

“Na minha opinião, o passo mais importante que o comparatista deve dar a esse respeito é o de rejeitar o ponto de vista positivista e hipomnésico segundo o qual a ideia de “Direito” estaria limitada somente aos textos que são normativamente imperativos. De um modo clássico – e, sob o meu ponto de vista, eminentemente criticável – os comparatistas da obediência positivista, largamente majoritários (em particular sob a influência alemã), destacaram em suas pesquisas somente as leis e decisões jurisprudenciais que consideravam relevantes. Depois de terem realizado essa etapa identificatória, eles consideram que o essencial já estava feito. (...) Mas o comparatista constatará e apreciará mais a diferença se ele aceitar abordar o Direito enquanto integrante de uma cultura, ou seja, a partir do momento em que ele se mostrar disposto a substituir a ideia (limitada, estreita) de “Direito (positivo)” por aquela (aberta, ampla) de juriscultura.” (LEGRAND, 2018, p. 64-65).

Sob a perspectiva de Legrand, as leis, códigos, normas e jurisprudências foram elaboradas em determinadas circunscrições regionais e culturais, sendo o Direito a expressão normativa da cultura de determinado povo. Desta forma, é possível entender que não existe um Direito universal e totalizante, mas sim vários Direitos que não possuem nenhuma similaridade, bem como o Direito é resultado de tudo aquilo que se encontra absorvido pelo conceito de cultura; a construção histórica, a formação social, a língua de determinado povo, as influências de fora, etc. residem na própria noção de Direito.

Vale ressaltar que a crítica de Pierre Legrand se dá em relação à perspectiva essencialmente positivista. Tal método concebido pelo autor consiste não tão somente no estudo comparativo de cunho positivista no seu sentido estrito (códigos, normas, leis, decisões e jurisprudências), ainda que se inicie e seja guiado por este, pois por se tratar de uma pesquisa eminentemente jurídica, seu método comparativo culturalista diferencial permite a necessária interdisciplinaridade ao passo que posiciona o comparatista como observador posicionada em determinado momento e tempo, fazendo

possível o entendimento de aspectos culturais por trás do objeto jurídico-normativo comparado.

Desta forma, Legrand estrutura sua segunda crítica, onde ao invés da metodologia comparativa pautar-se pela autoridade de seu próprio Direito para julgar e interpretar o Direito estrangeiro, o trabalho daquele que compara deve guiar-se pela “ética da comparação”; estruturada em dois pontos fundamentais para o autor, que são o reconhecimento e o respeito (LEGRAND, 2018, p. 93), pois só assim se pode efetivamente estruturar uma análise diferencial que se dá em nome do Direito do outro.

No que tange ao reconhecimento, este elemento se estrutura quando o “eu” do comparatista que intervém no Direito estrangeiro entende que existe um Direito para além do seu, um outro que pode lhe ser estranho, já o respeito se trata do comparatista entender que ainda que o outro Direito traga em alguma medida um sentimento de estranheza, “cada Direito permanece sendo a expressão de escolhas feitas por seres humanos em nome de certos valores” (LEGRAND, 2018, p. 83) e que tal expressão jurídica não pode ser objeto de análises valorativas de “melhor” ou “pior”, justamente por não existir um “Direito erigido à condição de referencial” (LEGRAND, 2018, p. 83) frente aos demais.

Concomitante a este ponto, se estrutura para Pierre Legrand, sua crítica frente ao projeto de similaridade e sua adoção da análise diferencial das jurisculturas. A crítica se dá frente a prática hegemônica dos comparatistas de buscar e celebrar as semelhanças em diferentes sistemas jurídicos, reforçando uma presunção de similitude que entende ser uma concepção equivocada no trato comparativo, de tal forma que se coloca na contramão desta perspectiva hegemônica ao adotar a análise diferencial das jurisculturas onde existe o reconhecimento da diversidade de singularidades dos sistemas jurídicos, feitos por meio do uso da ética da comparação, promovendo o reconhecimento e respeito da multiplicidade de Direitos estrangeiros existentes.

Portanto, respeitar e reconhecer o Direito estrangeiro são elementos que compreendem o trabalho do comparatista de ouvir o outro Direito, enquanto se desprende de uma perspectiva essencialmente positivista permitindo assim espaço para a necessária interdisciplinaridade ao passo que desprende daquilo que demais comparatistas como Konrad Zweigert e Hein Kötz chamam de *presumptio similitudinis* (LEGRAND, 2018, p. 51).

O último ponto de crítica feito por Pierre Legrand consiste na crítica à crença na objetividade e reconhecimento das pré-concepções do comparatista em seu trabalho. Tal ideia de Legrand parte de uma concepção hermenêutica do Direito da qual entende inexistir objetividade na atividade de descrever o Direito estrangeiro uma vez que é impossível separar o indivíduo que compara da sua realidade cultural, enquanto busca analisar objetivamente um outro sistema jurídico. Assim, para Legrand impossível a construção de uma pesquisa comparativa sem qualquer pré-

conceito enquanto a pesquisa em Direito comparada se dá de forma situada; onde o autor carrega consigo sua própria formação jurídica, sua cultura, e seu momento histórico vivido em determinado espaço-tempo:

“Para pretender alcançar algo que pudesse se assemelhar à “objetividade”, seria necessário que o jurista brasileiro pudesse – como dizê-lo? – “sobrevoar” as questões estudadas. Mas tal visão de sobrevoo não é possível, porque o jurista brasileiro é “situado”, como se diz na Antropologia ou na Filosofia, isto é, ele vive em um espaço e em uma época determinados.” (...)” O que eu quero mostrar aqui é que, na linha de chegada, cada jurista entregará inevitavelmente uma leitura do Direito que será claramente influenciada por sua situação própria, que será “situada” (isto é, que será orientada por todo um conjunto de circunstâncias pessoais ou institucionais e escolhas interpretativas, sendo que algumas delas não serão sequer verdadeiramente conscientes). A natureza objetiva de tais estudos é obviamente inexistente. E como toda pesquisa é desenvolvida dessa maneira (sempre há pesquisadores envolvidos, cada um com sua vivência, sua experiência, sua situação, cada um fazendo suas escolhas, realizando suas avaliações, tomando suas decisões), a objetividade não tem nada a ver com qualquer pesquisa jurídica que seja. “ (LEGRAND, 2018, p. 36-37).

Contudo, a inexistência de objetividade apontada por Legrand não implica na interpretação inteiramente subjetiva e pessoal, visto que afirmar a possibilidade de uma abordagem estritamente subjetiva implicaria em afirmar também que o comparatista é autônomo e livre para produzir sua interpretação e análise como melhor lhe atrair, sobejando sua pesquisa como mero fruto de suas escolhas. Entretanto, tal afirmação não se mantém, dado ao fato do comparativista não se encontrar livre.

Na concepção de Pierre Legrand – que exemplifica a justificativa de forma a fazer de exemplo o jurista brasileiro – existem estruturas de controles denominadas por este como “amarras” (LEGRAND, 2018, p. 44) que impossibilitam a liberdade plena do comparatista na elaboração de suas análises. Uma destas amarras - e a que se faz mais presente – trata-se da linguagem, da qual o comparatista/jurista já se encontra imerso e a ela pertence, partindo de construções identitárias pré-concebidas da realidade:

“Há portanto, um fenômeno de condicionamento linguístico que intervém, o que significa que o lusófono não é livre: ele deve ver o mundo de uma forma binária, porque para ele tudo é feminino ou masculino, já que a língua portuguesa decidiu assim (a língua inglesa, por sua vez, organiza o mundo de maneira diferente e não há feminino nem masculino em inglês. Nesse tocantem a língua alemã concebe o mundo de forma ainda mais diferente, segundo um modelo ternário: feminino, masculino e neutro). “ (LEGRAND, 2018, p. 44).

O que Pierre Legrand demonstra frente a linguagem enquanto estrutura de controle ao abordá-las, incorpora as concepções filosóficas de Heidegger na construção epistemológica de sua metodologia comparativa trazendo conceitos do vocabulário filosófico do último, como *ser no mundo* (*In-der-Welt-Sein*¹) buscando demonstrar que o sujeito no mundo se encontra imerso na língua, uma vez que esta sempre se encontra lá em relação ao indivíduo, (LEGRAND, 2018, p. 48) o que permite entender que a identidade do sujeito comparatista é moldada em parte por

1 Para tanto, Pierre Legrand faz uso da obra de Martin Heidegger, *Sein und Zeit* (Ser e Tempo)

determinada construção linguística que inevitavelmente se fará presente em sua pesquisa.

Assim, é possível entender que ainda que o método culturalista não vislumbre a possibilidade de uma objetividade plena no que diz respeito à pesquisa comparativa, de modo algum ela se alinha à subjetividade plena e livre do comparatista. Desta forma, entende-se que tal método concebido por Pierre Legrand compreende o patamar inalcançável de uma objetividade absoluta, bem como a impossibilidade de um sujeito comparatista livre de amarras, mas que consegue observar o objeto do estudo comparado por uma perspectiva interdisciplinar, posicionado em determinado momento e lugar, inserido e imerso em estruturas de controle que contribuem para a construção de suas pré-concepções ao passo que efetivamente, busca elaborar uma pesquisa com determinada objetividade necessária ao trato científico, mas sem excluir o indivíduo que realiza a pesquisa comparativa.

2.2 Por que comparar?

Feita uma breve elucidação do método utilizado na presente pesquisa, a pesquisa apresenta os motivos da necessária comparação de alguns dos modelos deliberativos na América-Latina. Em primeiro lugar, há que se compreender os eventos político-sociais que os países aqui abordados fizeram parte.

Como será abordado, Brasil, Colômbia e México são países que passaram de regimes autoritários para regimes democráticos. Tal momento é marcado pela elaboração de um novo documento Constitucional no caso do Brasil e Colômbia (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991) e de uma grande reforma no poder judiciário no caso do México visto que este possui em vigência a mesma Constituição desde 1917.

O movimento de redemocratização nos três países da América-Latina conhecido como “segunda grande onda das Constituições latino-americanas” (1980 -2010) se caracterizam pelo extenso rol de direitos sociais e pelo trato com os poderes executivo, legislativo e judiciário, que de alguma forma foram mantidos, expandidos ou tiveram seus poderes juridicamente reconhecidos, principalmente o legislativo. (GARGARELLA, 2016, p. 179).

Entretanto, o poder legislativo inicialmente visto como o ponto principal da segunda onda das Constituições latino-americanas rapidamente entra em crise; o modelo representativo perde força frente à multiplicidade de grupos que não se encontram representados pela classe política, fazendo com que o modelo de democracia representativa adotada na América Latina passe a enfrentar adversidade que de forma gradativa desgasta sua legitimidade enquanto acontece o deslocamento da fonte institucional do Direito do legislativo para o judiciário, na figura dos tribunais e cortes (WALDRON, 2003, P. 17-18). Ainda nesse sentido, Roberto Gargarella evidencia

a problemática do modelo representativo na América Latina bem como a impossibilidade de rearranjo na esquemática institucional que hoje já se encontra fragmentada a um ponto de não retorno:

“Hoje vivemos em sociedades diversas, plurais, multiculturais – compostas por mil grupos diferentes – dos quais, nenhuma pessoa pode ser reduzida a uma só de suas múltiplas facetas. Isso é: hoje em dia, não só reconhecemos a existência de uma miríade de grupos, impossíveis de se englobar no Congresso, mas consideramos absurda a suposição de que uma mulher ou um indígena pode representar todas as mulheres ou indígenas lá. “ (...) “a identidade de cada um é múltipla. Nesse sentido, encontramos-nos, no momento, com obstáculos intrasponíveis em relação a velha ideia de representação política e com a sociologia na qual se baseava. Portanto, o sistema institucional em geral, e o Congresso, em particular, são hoje estruturalmente incapazes de cumprir a promessa que lhes havia dado significado e justificativa há dois séculos (GARGARELLA, 2020, p. 82 -97).

Simultâneo à problemática enfrentada pelo modelo representativo da América Latina ocorre, em nível global, o fenômeno da judicialização que encontra compatibilidade no modelo institucional recém-implementado em terreno latino-americano. O extenso rol de direitos e garantias fundamentais nas novas Constituições, somado ao processo de erosão na confiança legislativa por parte da sociedade que já não se vê ali representada, serve de indicativo para o que viria à seguir: uma crescente judicialização das questões antes debatidas em campo político, que agora encontram resolução perante procedimentos judiciais diante de tribunais e cortes. (HIRSCHL, 2004, p. 169).

O termo “judicialização da política” se define como o fenômeno contemporâneo que transfere o foco da arena político das questões polêmicas e complexas ao poder judiciário ao passo que também amplia os limites de atuação das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais de tal forma que estas passam a servir como alternativa última para aqueles que buscam alcançar seus objetivos políticos (HIRSCHL, 2004, p. 170).

Ainda, a segunda onda de Constituições latino-americanas ainda que se distancie do modelo de constitucionalismo estadunidense em diversos aspectos, se encontra marcada pela importação de determinados desenhos institucionais pautados nos projetos do direito europeu-continental e estadunidense, impossibilitando um encaixe preciso à realidade latino-americana da época, o que resultou na supressão de problemáticas histórico-culturais internas para que houvesse a implementação da fórmula estrangeira. (CHUERI, *et al.* 2021, p. 127).

A judicialização do processo fundacional de construção da nação, a transformação das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes em órgãos de tomada de decisão que acabam por ter que lidar com questões fundamentais que determinam a própria definição da política nacional nos países da América Latina, é um sintoma comum das consequências das problemáticas reprimidas que se viabilizaram na forma de políticas fragmentadas, evidenciando profundas desigualdades sociais, étnicas, raciais e religiosas que possuem o potencial de instaurar crises políticas de ingovernabilidade (HIRSCHL, 2004, p. 172).

Desta forma, em vista das adversidades que a América Latina encontra após o processo de redemocratização que os países trabalhados nesta pesquisa encontram, ligado à multiplicidade étnica que teve suas pautas derogadas no momento de transição, para que fosse possível o encaixe da estrutura Constitucional importada e que dentro de um momento democrático não encontra representação digna e efetiva frente ao modelo e aos atores políticos, o que compõe a crise do modelo representativo somado ao hodierno processo de judicialização da política, levam as Supremas Cortes e Cortes Constitucionais a se verem no centro do debate político e social, assumindo o papel de decisão das questões que constituem o próprio modelo político-social institucional.

Fica evidente, portanto, a relevância e a necessária observação de tais órgãos, bem como a comparação que considera os aspectos culturais de forma individual, buscando suas particularidades e não tão somente suas semelhanças, já que a construção sócio-política por trás de cada instituição exerce papel fundamental na edificação destas e da própria normatividade que dela deriva, pois só assim se faz possível a elaboração de um melhor entendimento das questões políticas e jurídicas internas de cada país, bem como aquelas relativas à América Latina como um todo.

3. DAS PRÁTICAS DELIBERATIVAS NA AMÉRICA LATINA

3.1 Brasil

A história do Supremo Tribunal Federal é contemporânea à proclamação da República. Neste aspecto, cumpre citar o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, conhecido como Constituição Provisória, que significou o primeiro passo para sua instituição, e o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que transformou o Supremo Tribunal de Justiça, tratado na Constituição Imperial de 1824 como órgão de cúpula do Poder Judiciário, em Supremo Tribunal Federal (ROCHA, 1997, p. 185).

A Constituição da República de 1891 dispôs sobre o Supremo Tribunal Federal, assim como sobre a sua composição e as suas competências. Dentre as competências, foi conferido ao Tribunal, sob influência da tradição do direito norte-americano, o controle de constitucionalidade de leis, que até então era exercido pelo Poder Legislativo do Império.

Sobre o tema, Marcelo Casseb Continentino (1997, p. 2529) indica que ante o sonho de institucionalizar o federalismo no Brasil vivido à época, houve uma mudança de autoridade, com a redução do poder do Congresso Nacional e a transferência da competência de interpretação das leis e da Constituição ao Poder Judiciário.

Nota-se, portanto, que a atual formatação do Supremo Tribunal Federal, tratada na Constituição Federal de 1988 – CF/88, assim como o modelo de controle difuso de

constitucionalidade, de inspiração norte-americana, remontam ao arranjo constitucional da primeira república, quando o Tribunal surgiu de maneira fortalecida no texto constitucional, o que leva a compreender a variada gama de atividades atribuídas até hoje ao órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil.

Sobre essas atividades, insta destacar que, com a introdução do mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade através da Emenda Constitucional nº 16/65, na vigência da Constituição de 1946, as competências da corte ainda foram expandidas, com a consolidação do modelo misto de constitucionalidade existente até os dias atuais (VERÍSSIMO, 2008, p. 416).

Antes de tratar da atual formatação e as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal dispostas na CF/88, faz-se importante abordar, a partir do enfoque culturalista adotado, sobre o cenário vivenciado durante a Assembleia Nacional Constituinte, onde foram definidas as regras a respeito do Tribunal.

Para Flávia Santiago Lima (2018, p. 153-156), a Constituinte de 1987-1988 teve o papel de conciliar os interesses envolvidos no processo de transição do governo ditatorial para o regime democrático, motivo que levou, à época, a intensos debates entre os atores políticos, com a participação da sociedade civil, que refletiam a diversidade de anseios que aquele momento histórico abrigava. A autora aponta, no entanto, que alguns setores organizados participaram de modo ainda mais ativo nesse processo, tais como o Poder Judiciário, que agiu de modo a tentar assegurar a sua relevância no texto constitucional.

É possível notar, portanto, que alguns atores agiram de modo a buscar manter a relevância que possuíam até o momento da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, dentre eles os membros do Poder Judiciário, o que explica a atual conformação e a concentração de competências no Supremo Tribunal Federal.

Segundo o estabelecido na CF/88, o Supremo Tribunal Federal deve ser composto por 11 (onze) ministros, escolhidos pelo Presidente da República dentre os cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos, que possuam notável saber jurídico e reputação ilibada. Em relação à escolha dos ministros, cumpre mencionar que, após a indicação pelo Presidente da República, o candidato deve passar por sabatina perante o Senado Federal, que deve aprovar ou não a nomeação pela maioria absoluta de seus membros. Convém mencionar, ainda, que as competências do Supremo Tribunal Federal se encontram dispostas no art. 102 da CF/88, dentre as quais se insere o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais (BRASIL, 1988).

Sobre a deliberação no Supremo Tribunal Federal, André Rufino do Vale (2015, p. 224) destaca que o Salão do Plenário é o único local onde os Ministros se reúnem, publicamente, para

deliberar sobre os diversos casos que lhes são submetidos a julgamento. Sobre essa deliberação, Virgílio Afonso da Silva destaca haver uma ausência quase total “de trocas de argumentos”, tendo em vista que, conforme aponta, os ministros chegam ao local, geralmente, com seus votos prontos (SILVA, 2009, p. 217).

Deste modo, de maneira diversa do que ocorre em outros tribunais², onde são realizadas sessões a portas fechadas, o Supremo Tribunal Federal tem, como local típico de deliberação, o Salão do Plenário, onde os ministros se reúnem para decidir, de maneira pública, os casos que lhe são submetidos.

Em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, nota-se que foi adotado o procedimento de votação *seriatim*³, onde os votos individuais dos membros do corpo colegiado são expostos. Para Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217), o referido modelo demonstra a ausência de uma unidade institucional e decisória, pois não há uma decisão enquanto instituição, mas sim através da soma dos votos individuais dos ministros.

Outro aspecto que merece destaque é a ampla publicidade do modelo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, visto que além de as sessões deliberativas serem realizadas publicamente, com a permissão de acesso por parte de qualquer cidadão ao local onde se reúnem os Ministros, ainda há a transmissão das sessões plenárias através da TV Justiça, criada no ano de 2002, e da Rádio Justiça, criada em 2004 (VALE, 2015, p. 225-229).

Não se pode olvidar que embora o modelo de deliberação se caracterize por uma ampla publicidade, o Supremo Tribunal Federal recebe críticas em razão do seu Regimento Interno⁴, que contém critérios normativos que podem ser considerados “abertos” e que conferem um alto grau de discricionariedade, com a possibilidade de influência na definição da agenda decisória da Corte por parte dos julgadores.

Deste modo, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal se caracteriza por adotar um modelo de deliberação a portas abertas, com ampla publicidade, e com a exposição de votos a partir do modelo *seriatim*, embora receba críticas em razão dos critérios normativos para definição da pauta de julgamento, que se encontram dispostos no Regimento Interno do Tribunal.

2 Sobre isso, convém mencionar que André Rufino do Vale aponta que, na Espanha, a “deliberación secreta” faz parte da cultura judicial e é praticada pelos órgãos judiciais colegiados, enquanto em Portugal, embora haja determinação constitucional de publicidade das audiências, o Tribunal Constitucional adota a prática da deliberação a portas fechadas na fiscalização da constitucionalidade das leis (VALE, 2015, p. 103).

3 A votação *seriatim* tem a característica de ser agregativa, visto que reúne e soma os votos individuais dos membros do colegiado para a aferição de resultado e tomada de decisão (VALE, 2015, p. 115).

4 José Mário Wanderley Gomes Neto e Flávia Santiago Lima (2018, p. 749) tratam dos critérios normativos que viabilizam uma ampla margem decisória, enquanto Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2018) realizaram um estudo com o mapeamento da forma como um ministro pode, individualmente, influenciar no processo político decisório.

3.2 Colômbia

A Corte Constitucional colombiana foi criada através da Constituição Política Colombiana de 1991. A sugestão para a sua criação, com o exclusivo propósito de tutelar a defesa dos direitos fundamentais e exercício do controle de constitucionalidade, partiu do então Presidente da República César Gaviria, tendo em vista que, até aquele momento, a Colômbia tinha, como órgão de cúpula, a Suprema Corte de Justiça (ou *Corte Suprema de Justicia*), um tribunal assemelhado ao Supremo Tribunal Federal, possuidor de diversas competências jurisdicionais (BRANDÃO, 2017, p. 107).

Destaca-se, sob este aspecto, que a Colômbia, desde o início do século XX, desfrutava de um sistema de controle de constitucionalidade de leis difuso, similar ao da tradição norte-americana, exercido por todos os juízes e tribunais e também pela jurisdição contenciosa-administrativa, encabeçada pelo Conselho de Estado. Com a Constituição de 1991, foi implantada uma Corte Constitucional similar a do modelo europeu, separada a jurisdição ordinária e do contencioso administrativo, embora o controle concentrado já fosse exercido em momento anterior pela *Corte Suprema de Justicia*. Atualmente, o país adota o modelo misto de controle de constitucionalidade, sendo que o controle concentrado fica a cargo da Corte Constitucional (REYES, 2021, p. 14).

É possível notar, desse modo, que a Colômbia adota, atualmente, um modelo de controle de constitucionalidade misto que se diferencia do modelo misto brasileiro, em razão de a Corte Constitucional colombiana não exercer competências diversas, tal como o Supremo Tribunal Federal brasileiro exerce, e, ainda, por possuir uma jurisdição contenciosa-administrativa.

A Constituição Política colombiana, onde foram estabelecidas as regras a respeito da Corte Constitucional, contou com a participação popular na sua elaboração. Para isso ser possível, setenta e dois delegatários foram escolhidos popularmente para facilitar a intervenção da cidadania politicamente ativa. Esses delegatários puderam apresentar milhares de artigos, que foram discutidos entre os meses de fevereiro e julho na sede da Assembleia Constituinte (REYES, 2021, p. 54).

Importante destacar também, ante a perspectiva culturalista adotada, que a Colômbia viveu em estado de sítio entre 1949 e 1991. A justificativa da permanência do estado de anormalidade no período foi atribuída ao “conflito estrutural” e ao tráfico de drogas existente no país. Com a Constituição de 1991, buscou-se estabelecer regras claras para delimitar os estados de exceção e limitar os poderes excepcionais do Poder Executivo e o fortalecimento da atuação do Poder Legislativo (RODRIGUES, PINZÓN, 2020).

A partir da análise da Constituição Política colombiana de 1991, nota-se que o tema da

jurisdição constitucional foi reservado ao Capítulo 4. Conforme disposto no artigo 239 do texto constitucional colombiano, o número de membros da Corte Constitucional deve ser ímpar, conforme tratado na legislação infraconstitucional, e a composição deve atender ao critério de pertencimento a diferentes especialidades do Direito (COLÔMBIA, 1991). Destaca-se que a lei infraconstitucional que estipula o número de membros da Corte Constitucional é a Lei 270 de 1996, denominada de “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”, que fixa o total de 09 (nove) magistrados.

Os membros da Corte Constitucional são eleitos pelo Senado da República colombiana a partir de listas tríplexes encaminhadas pela Presidência da República, bem como pela Corte Suprema de Justiça e pelo Conselho de Estado. Os mandatos têm duração de 08 de (oito) anos, sem a possibilidade de condução à reeleição.

Em relação à estrutura, nota-se que as atividades da Corte ocorrem tanto na Sala Plena como nas Salas de Seleção de Tutela e Revisão de Tutela. No Plenário são desenvolvidas atividades relacionadas às hipóteses de controle de constitucionalidade⁵, além de funções recursais para unificação e modificação da jurisprudência envolvendo ações de tutela e funções administrativas. Na Sala de Seleção de Tutelas, composta por dois membros selecionados de forma rotativa, por sorteio mensal, são selecionadas as ações de tutela⁶ que devem ser julgadas pelo Tribunal. Por fim, nas salas de Revisão de Tutelas, compostas por três membros com relator escolhido rotativamente, de forma alfabética, são julgadas as ações selecionadas para a Sala de Seleção (BRANDÃO, 2017, p. 116-118).

As sessões da Corte Constitucional colombiana ocorrem a portas fechadas, sendo que configura crime liberar o teor das discussões antes que o conteúdo tenha sido escrito e aprovado pelos membros da Corte (MESA, 1998, p. 621-622). Há de se destacar, contudo, que a ata produzida pelo Secretário-Geral é acessível ao público.

As decisões da Corte são publicadas pelo modelo *per curiam*⁷, ou seja, os votos não são expostos individualmente, embora haja previsão, no art. 34, número 8, do Regimento Interno da Corte, o “*Reglamento de la Corte Constitucional*”, de que os votos concorrentes e dissidentes podem ser publicados com a decisão majoritária (COLÔMBIA, 2015).

Deste modo, é possível concluir que, em razão da adoção do modelo de deliberação a

5 Em relação às ações de controle concentrado de constitucionalidade, não há discricionariedade da Corte para formação da pauta decisória, de modo que há uma obrigação em aceitar o caso e proferir uma decisão (RODRÍGUES-RAGA, 2011, p. 89).

6 As ações de tutela, que são julgadas pelas Salas de Revisão, passam por seleção, previamente, na Sala de Seleção (BRANDÃO, 2017, p. 129).

7 O referido modelo, nas palavras de André Rufino do Vale (2015, p. 380), caracteriza-se por impor uma “(...) redação coletiva do texto único que conformará a decisão do tribunal”.

portas fechadas, sem transmissão dos julgamentos, e com a formatação da decisão a partir do modelo *per curiam*, que a Corte Constitucional colombiana apresenta grandes diferenças em relação a Cortes que adotam uma forma de deliberação com ampla publicidade, como o Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

3.3. México

No começo de sua vida política enquanto Nação independente, o México experimenta alta instabilidade política que marca a primeira metade do século XIX com a rápida sucessão de textos Constitucionais (Cádiz, 1824, 1836, 1843, 1848) que findaram na Constituição liberal de 1857 influenciada pelo modelo estadunidense e europeu. (GIMÉNEZ, 2016, p. 219). Dada a concentração de propriedade privada, a desigualdade elevada e a repressão política, no começo do século XX no México se dá a Revolução Mexicana que culminou na Convenção Constitucional de 1916 na cidade de Querétaro e a subsequente aprovação da Constituição mexicana de 1917 que ainda se encontra em vigência (GIMÉNEZ, 2016, p. 220). Vale ressaltar que esta é a primeira Constituição dentro da América Latina a introduzir um tom social ao seu rol de direitos o qual eventualmente passa a ser adotado pelos demais países.

Tal rearranjo faz desta Constituição a responsável pelo rompimento com o modelo liberal estadunidense de constitucionalismo, ao mesmo tempo que rompe com o paradigma de “ordem e progresso”, já que a sua formulação na Convenção Constituinte em Querétaro foi fortemente influenciada por um radicalismo revolucionário⁸ que se enraizou na Constituição (GARGARELLA, 2016, p. 165).

Contudo, há que se notar que ainda que houvesse um rompimento com o modelo constitucional liberal estadunidense e europeu no que diz respeito ao rol de direitos e a orientação social junto do radicalismo revolucionário fruto de conflitos que se infunde no texto Constitucional e rompe com o paradigma do século XIX, como bem observa Roberto Gargarella (2016, p. 177), a Constituição Mexicana permaneceu alinhada com o velho liberal-conservadorismo regional quando se trata da organização do poder.

Da sua independência até meados do século XIX o México não havia estabelecido um sistema difuso de controle constitucional ao estilo americano, adotando um sistema de controle político-legislativo de herança francesa que vem ser substituído posteriormente pelo *Juicio de Amparo*, que por definição, se trata de uma ação judicial levada a um juiz federal quando houver

8 Tal radicalismo pode ser visto em alguns artigos da Constituição Mexicana de 1917. A título de exemplo, percebe-se o radicalismo revolucionário no artigo 27, que viria a nacionalizar as riquezas do subsolo em todo território Mexicano e dar conteúdo inicial à reforma agrária, e no artigo 123 que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores e reconhece os sindicatos como entidades.

violação de direitos por qualquer autoridade⁹ (GIMÉNEZ, 2016, p. 231), contudo o Juicio de Amparo sofre com o acúmulo de funções visto sua importância no sistema jurídico-processual mexicano de tal forma que em determinado ponto havia se tornado uma forma de controlar a legalidade, prejudicando seu potencial como ferramenta de controle de constitucionalidade. Contudo, com as mudanças advindas com a redemocratização, houve a complementação de forma significativa do panorama judiciário.

Na sua história recente, o México passou por um processo de redemocratização advindo de um movimento que começou em meados dos anos 1980 e se consolidou no final dos anos 1990 que só foi possível quando o Partido Revolucionário Institucional (PRI) perdeu sua hegemonia nas eleições de 2000. Neste espaço de tempo houve uma longa concatenação de mudanças – algumas fragmentárias, outras de maior significância, mas como um todo, foram profundamente transformadoras do ponto de vista do cenário político e jurídico (GIMÉNEZ, 2016, p. 215). Uma destas mudanças engloba o Poder Judiciário mexicano, tido como pedra angular para a implementação de um Estado de Direito; alvo de uma reforma no ano de 1994, na qual tinha por objetivo o fortalecimento da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* com um redirecionamento democrático (LOZANO, 1997, p. 49).

Por meio desta reforma foram implementados dois tipos de controle de constitucionalidade; a ação de inconstitucionalidade; pela qual é feito o controle abstrato das normas gerais e que permitem invalidação desta com efeitos *erga omnes*; e a “controvérsia constitucional” que é uma remodelação de uma instituição que o México já possuía no século XIX, o qual não havia sido utilizado e que agora, passa a adotar as características do modelo kelseniano em seu aspecto de resolução de conflitos de jurisdição entre federação, estados e municípios (GIMÉNEZ, 2016, p. 232), construindo um controle de constitucionalidade concreto. Ainda, consequência direta da reforma que estruturou o judiciário, a Suprema Corte reformada, concede aos seus membros um mandato efetivo de quinze anos com a finalidade de transformar o papel Constitucional dos juízes mexicanos, concedendo-lhes segurança no exercício de suas prerrogativas. (POZAS-LOYO; RÍOS-FIGUEROA, 2017, p. 28).

Com o fim da reforma, e do processo de redemocratização, a Corte mexicana busca se descolar da imagem institucional vinculada ao executivo e ao período passado. Para tanto, em 2005 desenvolveu um diferente entendimento da sua posição em relação aos demais atores sócio-políticos e seu papel institucional. A expressão material deste entendimento se consolida em 2006, com o

9 O conceito de “autoridade pública” no Juicio de Amparo é vago, para que possa ser utilizado das mais variadas formas na proteção de direitos individuais, contudo, essa mesma característica de amplitude conceitual que pretendia direcionar uma prática contra o cerceamento dos direitos acaba sendo o principal problema deste remédio Constitucional. (GIMÉNEZ, 2016, p. 231).

lançamento do canal judicial (GIMÉNEZ, 2017, p. 212), a *TV Justicia*; que com a finalidade de se abrir para o escrutínio público civil, passa a transmitir as deliberações feitas no Plenário da corte.

A *Suprema Corte de Justicia de la Nación* conforme rege a Constituição de 1917, em seu artigo 94, é composta por 11 (onze) integrantes, e funcionará pelo Pleno e suas duas *Salas*, o equivalente a Turmas no âmbito nacional. As *Salas* são compostas por 5 juízes, participando o ou a presidente apenas do Pleno, não possuindo poderes referentes ao voto de desempate, sendo a composição de 11 membros intencionalmente projetada para evitar impasses.

Por mais que a Suprema Corte Mexicana adote uma postura de transmissão de suas decisões, este é o único momento público de todo o processo, visto que a Suprema Corte não realiza audiências públicas, eliminando argumentação das partes, testemunhas ou peritos diante dos juízes. Os juízes realizam audiências privadas com os partidos e outros atores sociais (ONGS, escritórios de advocacia) essa prática chamada *alegato de oreja* (apelo auditivo) é antiga e encontra pouca oposição no ordenamento mexicano, ainda que se trate de uma conversa sem a presença da outra. (GIMÉNEZ, 2017, p. 214).

A parte pública da deliberação acontece em sessões matinais em frente às câmeras, neste momento se encontra presente o secretário-geral da Corte, único a falar além dos juízes, não havendo regras fixas quanto ao tempo de cada ponto discutido, ou sobre quais questões serão votadas, fazendo com que tudo depende das decisões tomadas pelo(a) Presidente em reação a dinâmica do debate e pedido de seus colegas. No momento dos votos finais os relatores dos juízes iniciam o *engrose*; uma espécie de acórdão do qual não existe prazo para publicação, novamente, nestes casos tudo depende da questão debatida; quando se trata de um caso controverso, a elaboração do *engrose* torna-se desafiadora visto a dificuldade de agrupar um conjunto mínimo de ideias compartilhadas sobre as quais fundamentar uma decisão justificada. (GIMÉNEZ, 2017, p. 215).

Desta forma, faz-se possível entender o protocolo de tomada de decisão da Suprema Corte mexicana que apesar da publicidade no momento deliberativo e adesão a exposição dos fundamentos dos juízes de acordo com o modelo *seriatim*, possui entraves anteriores e posteriores as deliberações de ordem histórico-social vez que o único momento público é momento de deliberação no Pleno ou nas respectivas *Salas*, havendo ainda a possibilidade de conversa das partes às portas fechadas, demonstrando que a Suprema Corte mexicana mantém resquícios históricos do passado hierárquico no seu desenho institucional não conseguindo romper com parte de sua história, as quais fundamentam as críticas ao seu desempenho.

4. CONCLUSÃO

A partir do estudo comparado entre Brasil, Colômbia e México pela abordagem culturalista do Direito Comparado, foi possível observar que os referidos países guardam diferenças extremamente relevantes em relação à prática decisória e deliberativa nas suas Cortes.

Em relação ao Brasil, por exemplo, foi possível notar que o Supremo Tribunal Federal, composto por 11 (onze) ministros, adota um modelo de deliberação a portas abertas e garante ampla publicidade às suas decisões. Notou-se, ainda, que os votos dos Ministros são expostos pelo modelo *seriatim* e que a literatura tece críticas ao Regimento Interno do Tribunal, que estipula os critérios normativos para definição da pauta de julgamento.

No que diz respeito à Colômbia, observou-se que a Corte Constitucional, composta por 09 (nove) juízes), adota o modelo de deliberação a portas fechadas e que não há a transmissão dos seus julgamentos, de forma distinta do que ocorre no Brasil. Constatou-se, ainda, que as decisões da Corte são formatadas a partir do modelo *per curiam*, embora os votos individuais possam ser divulgados em alguns casos.

Quanto à *Suprema Corte de Justicia de la Nación* do México, verificou-se que essa é composta por 11 (onze) integrantes e adota um modelo em que as audiências são realizadas a portas fechadas, sendo que as decisões, de modo diverso, são televisionadas, tal como ocorre no Brasil. A decisão da Corte é formatada a partir do modelo *seriatim*.

Para melhor compreensão das diferenças elencadas acima, foram analisados os aspectos históricos, sociais e políticos que influenciaram na definição das normas que definem essas práticas, ainda que de maneira breve. Deste modo, examinou-se o contexto em que o Brasil, a Colômbia e o México adotaram os modelos concentrado e difuso de constitucionalidade, assim como aquele vivenciado tanto em momento anterior como também à época da promulgação de suas constituições.

Tais aspectos permitiram uma análise mais aprofundada a respeito do tema, com a compreensão dos fatores que podem ter impactado nas regras que definem as práticas decisórias das Cortes de cada país – que podem estar dispostas no texto constitucional, em legislação infraconstitucional ou nos Regimentos Internos das Cortes -, restando demonstrado que ainda que os países objetos desta pesquisa estejam inseridos no que se entende por América Latina e tenham similaridades históricas e institucionais, faz-se essencial o estudo comparado pelo método culturalista para que assim seja possível delimitar suas diferenças de forma relevante, estando estas compreendidas dentro de um contexto espaço-temporal onde se exige o necessário aprofundamento para o desenvolvimento da pesquisa.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan-abr, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Supremas Cortes e Cortes Constitucionais**. Salvador: Jus Podium, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. *Constituição Política de Colombia 1991*. Bogotá, BOG. Presidencia de la República. Disponível em:

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>. Acesso em 04 set. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Reglamento Interno**. Disponível em:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf>. Acesso em 04 set. 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloísa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano. **Fundamentos do Direito Constitucional: Novos Horizontes Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodium, 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História Contextual do Controle de Constitucionalidade: uma Crítica à Tradicional Narrativa Doutrinária Brasileira*. **Revista Quaestrio Iuris**, v. 10, n. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2521-2543.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho em América Latina** -Siete Tesis. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2020

GARGARELLA, Roberto. “Doscientos Años de Constitucionalismo Americano: Los Estados Unidos y América Latina frente a frente”. In: Maldonado, Daniel Bonilla (Comp.). **El Constitucionalismo Em El Continente Americano**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT y Universidad de los Andes, 2016.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. “Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in The Mexican Supreme Court”. In: Davis, Richard; Taras, David (Orgs.). **Justices and Journalists: The Global Perspective**. United Kingdom; Cambridge University Press, 2017.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. “Constitucionalismo Viejo, Nuevo y Desatado: el caso de México”. In: Maldonado, Daniel Bonilla (Comp.). **El Constitucionalismo em El Continente Americano**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad EAFIT y Universidad de los Andes, 2016

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias*. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018. p.740-756.

- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: First Harvard University Press, 2004
- LEGRAND, Pierre. **Como Ler o Direito Estrangeiro.** Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018
- LOZANO, Amador Rodríguez. “La reforma judicial de 1994: una visión integral”. In: **La Justicia Mexicana Hacia El Siglo XXI.** México; Universidade Nacional Autónoma de México – Ciudad Universitaria, 1997.
- MESA, Vladimiro Naranjo. La Nueva Jurisdicción Constitucional Colombiana. In: **V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- MÉXICO. [Constitución (1917)]. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, 1917. Querétaro, QRO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.
- POZAS-LOYO; RIOS-FIGUEROA. “The Transformation of the Role of the Mexican Supreme Court”. In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.) **Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy.** New York: Routledge, 2017
- REYES, Manuel Aragón. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 50, pp. 11-41, set./dec. 2021.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 185-190, jul./set. 1997
- RODRIGUES, Thiago; PINZÓN, Erika Rodrigues. Mano Dura y Democracia en América Latina: Seguridad Pública, Violencia y Estado de Derecho. **Ediciones Universidad de Salamanca**, n. 84, pp. 89-113, 2020.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021
- SILVA, Virgílio Afonso da. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009.
- VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais.** 2015. 415 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília,

Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

VERÍSSIMO, A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte E Ativismo Judicial “À Brasileira. **Revista de Direito da GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003

DETERIORAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA: ESTRUTURAÇÕES E O CENÁRIO BRASILEIRO

Luiz Guilherme BARÃO¹
Paulo Cezar Carvalho ALVES²

RESUMO

O presente artigo propõe-se realizar uma caracterização e apresentação históricas da democracia moderna, sob as perspectivas jurídica, sociológica e histórica, de forma a sintetizar seu desenho institucional, poderes constituídos e componentes de forma geral e mais apartada. Outrossim, o fulcro do trabalho encontra-se na análise da crise democrática mundial atual, marcada pelo populismo e utilização maciça das redes para a consecução de fins sectários, os quais serão dissecados pormenorizadamente, assim como o contexto de aparecimento e desenvolvimento de tal crise, dispondo também suas características, formas de disseminação, para, em seguida, descrever, de forma profunda, o caso brasileiro e suas especificidades e agravantes, as quais são advindas de seu desenho institucional e formação jurídico-social. Depois da descrição geral do fenômeno da crise democrática, bem como seus ecos no Brasil, dar-se-ão soluções a este problema cada vez mais crônico, sob a perspectiva da teoria constitucional e ferramentas jurídico-sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Autoritarismo; democracia; elitismo; judicialização; neoconstitucionalismo; políticas públicas.

ABSTRACT

This article proposes to carry out a historical characterization and presentation of modern democracy, under the legal, sociological and historical perspectives, in order to synthesize its institutional design, constituted powers and components in a general and more separated way. Furthermore, the fulcrum of the work is found in the analysis of the current world democratic crisis, marked by populism and massive use of networks to achieve sectarian ends, which will be dissected in detail, as well as the context of emergence and development of such crisis, providing also its characteristics, forms of dissemination, to then describe, in depth, the Brazilian case and its specificities and aggravating factors, which come from its institutional design and legal-social formation. After a general description of the phenomenon of the democratic crisis, as well as its echoes in Brazil, solutions will be given to this increasingly chronic problem, from the perspective of constitutional theory and social-juridical tools.

KEY-WORDS: Authoritarianism; democracy; elitism; judicialization; neoconstitutionalism; public policy.

I – INTRODUÇÃO

A democracia constitucional tem sido a forma preponderante de formação política dos Estados contemporâneos, sendo que, sua disseminação como modelo majoritariamente adotado é uma consequência do pós-Segunda Guerra Mundial, que provocou o desmonte da teoria autoritária e o descrédito dos governantes militares e sectários, decorrente de má administração e crises sociais profundas produzidas pela mesma. A partir desse fenômeno de degradação do modelo autoritário,

1 Graduando do curso de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná, E-mail: luizgbarao2002@gmail.com

2 Graduando do curso de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná, E-mail: pc.carvalhoalves@gmail.com

emergiu-se a democracia moderna como modelo predominante, cuja composição é marcada pela presença de constituições federais de papel central; promoção e proteção de direitos fundamentais; criação e sistematização de cortes constitucionais que exercem a jurisdição constitucional em controle de constitucionalidade; bem como, a intensa participação e representação popular nas entranhas do Estado.

O desenvolvimento deste modelo baseado na liberdade e na participação social disseminou-se pela maioria do globo, atingindo, mais tardiamente, a América Latina e o Brasil, que também adotaram o modelo nas esferas política e jurídica, experimentando, nos últimos 30 anos, de maneira inédita, a estabilidade e durabilidade das instituições democráticas.

Contudo, no começo do Século XXI, surge um movimento autoritário, marcado pelo populismo e retórica ambígua, cujo objetivo da ação é o solapamento constante das instituições democráticas, mediante a promoção de descrédito de algumas ou subversão e captura de outras. Tal movimento é fruto das agruras capitalistas não enfrentadas e prevalecentes do Século XX, assim como novas crises econômicas e representativas que foram produzidas no decorrer do novo século; isto é reforçado pela expansão de direitos fundamentais concedidos a camadas anteriormente marginalizadas e esquecidas, acabando por desaguar em um ressentimento das antigas elites, que, até o advento da nova democracia, eram as únicas a terem direitos. Esses elementos histórico-sociais dispostos acima geraram grande insatisfação popular e revolta com o *establishment* político, dando força para o surgimento de políticos e lideranças que pretendem impor uma forma mais direta, simplificada, representativa e legítima de governança.

Tal movimento tomou, ao longo dos anos, proporções mundiais, encontrando ecos na América Latina, onde é possível observar uma retórica populista, que busca gerar uma polarização entre “povo puro” e “elite corrupta”, sendo possível observar também o uso e instrumentalização das redes e algoritmos, de forma a usar as correntes invisíveis e poderosas do ódio que alimentam milhões de marginalizados, a fim de corroer a democracia constitucional posta, para fazer emergir um novo autoritarismo, o qual é tentado por meio da mobilização das redes e pela agressão escamoteada e diuturna das instituições democráticas.

Analisar-se-á também a chegada e exercício da crise democrática no Brasil, ponderando profundamente suas peculiaridades, bem como suas agravantes mais antigas e crônicas, como o passado escravista, o mandonismo e o patrimonialismo, ou seja, as dificuldades específicas impostas pelo processo de formação histórico-jurídica do país.

Ao longo do presente trabalho, serão analisados o processo histórico da democracia constitucional moderna, para, em seguida, analisar o movimento mundial da crise democrática e as especificidades brasileiras do fenômeno, para, por fim, conceder algumas soluções jurídicas e

políticas baseadas no desenho institucional vigente no país.

II – A CRISE DEMOCRÁTICA: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

II.I: O processo de formação e o apogeu da democracia liberal

Adentrando no desenvolvimento, convém dizer que a democracia - a qual pode ser definida como o governo do povo - é modelo baseado na iniciativa e na ampla e universal participação popular, sendo essas cumuladas pela concessão de liberdades e garantias fundamentais previstas por lei - conferidas a todas as pessoas de forma indistinta. Segundo Robert Dahl³, a democracia é baseada na participação social e na contestação popular das ações governamentais, contendo como principais critérios de existência salutar: a participação efetiva; igualdade de voto, como forma de eleger de forma justa seus representantes no cerne do poder; aquisição de entendimento esclarecido; controle de planejamento; e inclusão dos adultos. Ainda segundo o autor americano, a democracia oferece a seus participantes vantagens de grande valia para auxílio do desenvolvimento humano, como, por exemplo, evitar a tirania e promover proteção de direitos essenciais, como a liberdade geral e autodeterminação.

Este modelo esteve – de formas variadas – presente durante a história, porém, consolidou-se na configuração que conhecemos hoje a partir do término da Segunda Guerra Mundial, a qual foi o marco da derrocada dos sistemas autoritários, cujo domínio era justificado pela falta de competência geral da população para participar do governo. Ou seja, a ideia difundida pelos líderes antidemocráticos, à época do domínio tirânico no mundo, era que a maioria estaria melhor se o governo ficasse na mão dos mais sábios e legítimos, que conduziriam a sociedade de forma rígida e coercitiva. Contudo, mediante o fracasso e incompetência dos líderes autoritários, a democracia constitucional emerge-se como a principal forma de organização do Estado, conferindo direitos fundamentais e garantindo um governo popular, baseado na escolha e contestação.

Na seara jurídica, a ideia predominante e que inundou o mundo recém-democratizado foi o “neoconstitucionalismo”, que, segundo Luís Roberto Barroso⁴, caracteriza-se filosoficamente pelo pós-positivismo, marcado pela aproximação entre direito e moral, bem como pela existência de normas positivadas que estejam coadunadas com os princípios constitucionais e tenham fundo axiológico marcante. Ainda segundo o autor brasileiro, a democracia liberal, no âmbito constitucional, passou a basear sua construção legal e institucional na força normativa e central das constituições, assim como na expansão da jurisdição constitucional, a qual foi provocada pela

3 DAHL, Robert. “Sobre a democracia”, Editora Universidade de Brasília, 2º edição, 2016.

4 BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, nº 96, 2010.

recorrente constitucionalização dos direitos fundamentais, que, neste novo modelo, são imunes aos fatores políticos e discricionários, gerando a necessidade de controle de constitucionalidade, por meio de cortes constitucionais, para fulminar possíveis ações governamentais gravosas aos direitos e preceitos básicos garantidos nas cartas.

Portanto, o modelo democrático criou mecanismos jurídico-constitucionais de defesa para garantir seus critérios de existência e vantagens institucionais. Este desenho institucional, baseado na vontade e liberdade popular e protegido por constituições centrais e com peso normativo, tribunais constitucionais e tripartição dos poderes, associou-se ao capitalismo de mercado. A combinação entre democracia liberal e economia de mercado foi amplamente disseminada no Século XX, em decorrência da ação e promoção dos Estados Unidos e de algum sucesso humanitário gerado pela abertura democrática e econômica, atingindo muitos países - inclusive os da América Latina -, e tendo seu principal triunfo na queda da União Soviética, que representou o fim simbólico do socialismo real e o credenciamento do capitalismo como o modelo a ser aplicado. Esta combinação foi potencializada pela globalização, que é definida pela Doutora Ana Paula Zavarize Carvalhal⁵, em sua tese, como desenvolvimento de redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilização no processo produtivo, com a interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, e padronização geral (CARVALHAL, 2014, p. 30). O sucesso de momento da associação entre democracia e capitalismo de mercado foi tão grande e notável, que gerou conclusões como a do intelectual Francis Fukuyama⁶, proclamando o “fim da história” no mercado das ideias, pois, segundo ele, a democracia moderna - com a liberdade e igualdade como seus princípios basilares, teria tomado tal força de convencimento, que um progresso, no que tange a modelo político-econômico viável, não poderia mais ser esperado, o que, em última análise, significaria que a democracia liberal remanesceria como única aspiração política coerente e com viabilidade humanitária para ser aplicada globalmente.

II.II: A crise da democracia e suas características

Contudo, a democracia liberal - notabilizada pela comunhão entre democracia, economia de mercado e forte globalização - começa a sofrer, no início do Século XXI, com as agruras remanescentes do século que o antecedeu, já que o liberalismo não foi capaz de enfrentar a intensa desigualdade social, a inclusão de novas classes no processo político e a mudança nos parâmetros

5 CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. “Constitucionalismo em tempos de globalização: a soberania nacional em risco?”. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2014). (2014, p. 30)

6 FUKUYAMA, Francis. “O Fim da História e o último Homem”, Editora Rocco, 2º edição, 2015.

trabalhistas decorrentes da profunda globalização e do consequente enfraquecimento dos Estados-nações.

Desta forma, o início do novo século notabilizou-se pela formação do capitalismo global, o qual se baseia na flexibilização das fronteiras nacionais, com o consequente fortalecimento das organizações internacionais e sentimento de ameaça à identidade nacional. Segundo Manuel Castells⁷, a globalização da economia e da comunicação desestruturou as economias locais e limitou a capacidade do Estado-nação de responder, em seu âmbito, a problemas que passam a ter dimensões globais. O fenômeno da globalização aumentou as desigualdades já presentes anteriormente, provocando uma cisão social nítida, que dividiu os indivíduos entre aqueles que se inseriram no processo, devido à sua maior instrução e maiores possibilidades, proporcionando suas conexões através do planeta, que desagua em uma nova elite cosmopolita, criadora de valor no mercado mundial. Em oposição a este grupo privilegiado, está a classe dos trabalhadores locais desvalorizados pela deslocalização e desconcentração industrial, alijados pela mudança tecnológica e fragilizados pela precarização do trabalho.

O contexto das desvantagens geradas pela globalização intensa é agravado pelo sentimento de ressentimento que a mesma provocou na classe que ficou à margem do fenômeno, já que os trabalhadores deslocalizados viram o capitalismo global minar, pouco a pouco, os traços de seu Estado nacional originário, o que obriga os não cosmopolitas a se resignar em tribos herméticas, de forma a conservar e concentrar a identidade nacional restante do processo de globalização, podendo ter como consequência o isolamento cultural e a xenofobia. Tal processo é brilhantemente explicado pelo sociólogo Manuel Castells:

Quanto menos controle as pessoas têm sobre o mercado e sobre seu Estado, mais se recolhem numa identidade própria que não possa ser dissolvida pela vertigem dos fluxos globais. Refugiam-se em sua nação, em seu território, em seu deus. Enquanto as elites triunfantes da globalização se proclamam cidadãos do mundo, amplos setores sociais se entrincheiram nos espaços culturais nos quais se reconhecem e nos quais seu valor depende de sua comunidade, e não de sua conta bancária. À fratura social se une a fratura cultural. O desprezo das elites pelo medo das pessoas de saírem daquilo que é local sem garantias de proteção se transforma em humilhação. E aí se aninham os germes da xenofobia e da intolerância. (CASTELLS, 2018, p. 21).

Além deste contexto cultural, outro golpe sofrido pela democracia liberal foi a crise de 2008, cujos efeitos foram de grande repercussão negativa para o capitalismo global baseado na interdependência dos mercados mundiais. Tal crise atingiu o cerne do mercado financeiro e especulativo mundial, que, pelas características da globalização, configurou-se por meio das redes, de forma a tomar proporções mundiais, assim como a crise decorrente de seu colapso. Apesar de a crise ser eminentemente egressa de problemas intrínsecos ao grande capital especulativo das bolsas

7 CASTELLS, M. “Ruptura: A crise da democracia liberal”. Editora Jorge Zahar, 1º edição, 2018.) (2018, p. 21).

de valores, os governantes deram preferência ao grande capital, aplicando dinheiro público para salvar as grandes empresas atingidas, em detrimento ao povo, que sofreu com Estados que contiveram os gastos sociais e repassaram os custos da crise à população média.

Diante do caos institucional, cultural e econômico produzido no começo do Século XXI, a democracia e os representantes populares começaram a passar por uma crise representativa, decorrente do descrédito gerado pela sensação de abandono, humilhação e exclusão gerado pelo processo de globalização profunda e desmedida. Perante este cenário, convém dizer que houve o aparecimento de novos líderes populares, que buscavam representar o anseio do povo excluído de forma nova e contestadora da democracia liberal em crise. Tais lideranças são marcadas por ter o populismo como estratégia retórica, o qual é definido por Andreas Voßkuhle⁸, como uma estratégia de dominação, usada por esquerda e direita, onde ocorre uma representação mental da política, na qual um povo homogêneo, moralmente íntegro sempre se defronta com elites imorais, corruptas e parasitárias - sendo que essas elites, no fundo, nem pertencem ao povo.

Contudo, os líderes populistas usam este tipo de retórica inflamada e que provoca o conflito social mirando a destruição da democracia liberal, a fim da volta do modelo autoritário de poder. Desta forma, tais líderes pretendem derrubar a ordem constitucional posta, porém, vale ressaltar, de forma distinta das vias anteriores: não mais por golpe, mas solapando a democracia paulatina e recorrentemente por dentro. Outrossim, os autores Daniel Ziblatt e Steven Levitsky⁹ apregoam que, hoje, as democracias não morrem mais militarmente, mas sim de modo mais sutil, pela mão de representantes eleitos, que usam as próprias instituições democráticas para subvertê-las e dar luz à uma ditadura construída aos poucos. Geralmente, estes novos líderes sectários são eleitos democraticamente e, muitas vezes, estão revestidos de um verniz democrático, de modo a falar sempre em liberdades e legalidade, mas buscando sempre a rejeição das regras democráticas, o incentivo à violência, a negação da legitimidade dos adversários e a restrição da liberdade dos mesmos.

Parte da tentativa de corrosão democrática encontra-se em ações jurídico-institucionais praticadas pelo novo autoritarismo. Uma das faces da estratégia jurídica é o jogo duro constitucional, definido por Daniel Ziblatt e Steven Levitsky como o uso de termos e interpretações heterodoxas da lei para infringir sua teleologia, ou seja, valer-se de leis e interpretações para agredir o espírito democrático e o ideal de liberdade salvaguardado nas constituições. A principal influência jurídica do sectarismo é a subversão do Poder Judiciário, por meio da corrupção dos árbitros, aumento de membros da Suprema Corte ou até mesmo sua dissolução para possibilitar um novo

8 VOßKUHLE, Andreas. “Defesa do Estado Constitucional em tempos de populismo”, Editora Saraiva, 1º edição, 2020.

9 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. “Como as democracias morrem”, Editora Jorge Zahar, 1º edição, 2018.

corpo de julgadores composto somente de asseclas e simpatizantes do governo. Além de formas legais de aumentar as prerrogativas governamentais como forma de formação tirânica, os líderes autoritários também utilizam, como parte de sua estratégia no âmago do judiciário, a substituição de profissionais em cargos técnicos; a perseguição aos contrários e neutros ou seu afastamento; bem como a mudança das regras do jogo por meio de reformas constitucionais e de sistemas; criação de novas leis, sempre objetivando o enfraquecimento da oposição e a hegemonia governamental. Para controlar a mídia, a opinião pública e o empresariado, os líderes antidemocráticos procedem à compra dessas classes, dando a eles dinheiro por meio de contratos e publicidade, mais acesso, notabilidade e privilégios; sendo que, aqueles que não se coadunam com o teor autoritário sofrerão com a perseguição legal e midiática, como forma de intimidação e de tentativa de reverter a postura de contestação.

As aspirações autoritárias foram reforçadas e fortalecidas pelo uso das redes e de ferramentas digitais, como os algoritmos e banco de dados, os quais servem para definir alvos políticos, onde serão desferidas mensagens a fim da criação de “câmaras de eco”. Segundo Giuliano Da Empoli¹⁰, atualmente não há mais a necessidade de consenso social quando se trata de vencer eleições, mas se trata de produzir efeito de eco social, a fim de gerar a maior bolha, a qual trará a vitória eleitoral desejada. Com isso, o objetivo central é a formação de maiorias aguerridas e homogêneas, formadas a partir da instrumentalização do ódio, o qual é usado para atingir objetivos políticos a partir da mais alta tecnologia algorítmica e mineração de dados. Nesta toada, houve uma expansão do uso da matemática, física e análise de dados na política, tendo em vista que as redes como um todo são o principal meio para colocar em prática as tendências captadas por algoritmos e dados, os quais proporcionarão, em última análise, a mobilização das correntes de ódio que alimentam milhões de ressentidos e marginalizados pela crise capitalista. Com a obtenção dos dados pertinentes, a mobilização ocorre por meio da produção de conteúdo feito sob medida, onde estão incluídos as *fake news*, os ataques pessoais aos adversários e a exaltação de defeitos dos líderes autoritários como forma de provar que os mesmos não são parte do *status quo*.

Portanto, o que ocorre atualmente em países como Estados Unidos, Itália, Hungria, Venezuela e Brasil, é reverberação da crise capitalista, cuja extensão gerou agruras mal resolvidas pelas ferramentas disponíveis, as quais acabaram por gerar uma crise de legitimidade e credibilidade da democracia liberal, que foi aproveitada por líderes autoritários e populistas como impulsionador dos desejos ditatoriais, sendo que, este plano de corrosão democrática paulatina é auxiliada e fomentada pela tecnologia. Sob estes moldes, a crise da democracia e o perigoso advento de um movimento autoritário preparado para aproveitá-la, disseminou-se pelo globo,

10 EMPOLI, Giuliano Da. “Os engenheiros do caos”, Editora Vestígio, 1º edição, 2020.

atingindo inclusive o Brasil, cujas particularidades serão analisadas a seguir.

III - CARACTERIZAÇÕES DA POLÍTICA BRASILEIRA E BREVES PROBLEMÁTICAS PÓS-1988.

Analisar a tendência democrática não se mostra como uma retomada breve de valores ou ponderações iniciais sobre o Estado democrático de direito em sua atualidade, mas sim numa análise estruturante. Uma vez já levantado em tópicos anteriores, a democracia é vista com um ponto de partida para rupturas dela mesma, demonstrando seu caráter autodestrutivo em casos de sociedades enraizadas e consumidas lentamente pelo autoritarismo de líderes políticos, mesmo em países consolidados em tal regime político durante séculos.

Incorporado dessa análise estrutural, Leonardo Morlino levanta pensares sobre a qualidade de regimes democráticos, que mesmo possuindo a tendência de aceitação global e predominância, podem variar quanto à sua qualidade vigente em certos países, tendo como fundamento sua concepção a vinculação num processo com bases legítimas, junto à satisfação popular e plenitude social, decorrendo o respeito e obediências às regras do jogo democrático.

“De acordo com a noção de qualidade que se assume, existem os consequentes indícios em relação à análise empírica a realizar. No entanto, com todas as adaptações que a complexidade do objeto em análise torna necessária, a democracia, é preciso levar em conta esses indícios no desenvolvimento de definições e modelos de qualidade democrática.” (MORLINO, 2007, p.4)¹¹

Portanto, há carências que encontram apoio na cidadania ativa dentro da arena política nas sociedades, de forma a auxiliar no processo de fixação e melhoramento, levando luz à discussões; deliberações populares; consultas sociais em diferentes ordens e classes como um todo, além da utilização de mecanismos formais e informais que consigam refletir a mediação política com a verdadeira necessidade social, consagrando a qualidade política.

Considerando as bases de pensamento de Morlino, no tocante às necessidades para a consolidação social do diálogo e mecanismos que possibilitem a fixação da democracia na sociedade em questão, faz-se necessário a análise da sua consolidação entre do território brasileiro, a fim de considerar as formas de como a evolução do Estado democrático de direito foi sendo levada em meios aos períodos, juntamente com suas desenvolturas, recaindo no encadeamento de processos que possibilitam a verificação, de como ao longo do tempo, há indícios de regressões democráticas como reflexo de determinantes políticas, elitistas e conjuntivas, que irão ser desenvolvidas ao longo desse trabalho.

Assim sendo, o histórico da evolução do Estado democrático brasileiro é uma vultosa

11 MORLINO, L. “Explicar la realidad democrática: que tan relevantes son las tradiciones autoritarias”. Revista de Ciencia Política, vol.27, n°2, 2007.) (2007, p.4).

influência de pesquisa, no tocante ao estudo de como todas essas estruturas marcadas pelo seu passado de instabilidade política, institucional e econômica influenciaram na formação de uma política sólida e capaz de servir como solo de uma sociedade aberta para evolução da democracia. Demonstrando a experiência política do Brasil caracterizada pela forma dominante de um governo autoritário, causando consequências que limitam a possibilidade de uma participação política mais efetiva, sendo o impacto do autoritarismo um entrave contra própria sociedade civil em sua tentativa de participação e deliberação política, fato que, aos olhos do já citado cientista político Leonardo Morlino, seriam formas explícitas de bloqueio ao desenvolvimento democrático.

O contexto social do recorrente autoritarismo é demonstrado pelo antropólogo Roberto DaMata¹², em sua obra “Conta de mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira”, uma vez descrevendo o contexto brasileiro em 1980 e afirmando o autoritarismo como fator estrutural e sistêmico, cuja atuação é recorrente ao longo dos tempos, sendo aglutinada com sua abordagem culturalista e demonstrando a desigualdade e as determinações hierarquizadas na sociedade brasileira quando é analisada a autoridade social dualizada entre o personalismo e a positivação da lei.

Logo, há evidências de um conglomerado de fatores, que, se somados, demonstram uma dificuldade de auto-organização política, baseada no autoritarismo – refletindo na não conciliação entre atos direcionados para a sociedade e as medidas realmente necessárias para a manutenção e desenvolvimento do Estado democrático. Outro elemento presente nessa equação, complementando vias de ações autoritárias é a presença do elitismo social, disposto de forma a organizar interesses específicos de uma camada social, que em muitas vezes não exprimem a necessidade social, mas sim atos que beneficiam as mesmas elites.

A influência dessas características nos anos antecedentes a promulgação da constituição em 1988, foi decisivo para a sua aceitação e possibilidade de formulação da mesma, com isso, o professor Marcos Napolitano¹³, em uma de suas aulas da disciplina História do Brasil Independente II, evidencia a influência da força de correntes liberais moderadas que capitalizaram um sentimento oposicionista ao período ditatorial anterior, de forma a aceitarem uma transição democrática. Estando mais evidente a desagregação política ao regime militar e consolidada como uma frente disposta, como também, a decisão da redemocratização ser disseminada com bons olhares pelas elites brasileiras, garantindo o apoio desse grupo na decisão da democracia. Todavia, é fato que a

12 DAMATTA, Roberto. “Conta de mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira”, Editora Rocco, 2º edição, 1993.

13 NAPOLITANO, Marcos. A democracia brasileira pós-1988: contradições e crise política (Aula 11, parte 1) | 07/11/17. 2021. (3m26s – 4m26s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2jrTIACMabA&list=PLAudUnJeNg4s-4VovmXIdTvgfFberfNEq&index=38&ab_channel=CanalUSP. Acesso realizado em 09 set. 2021

Constituição de 1988 foi um marco e conquista democrática ao longo de todo o processo que a envolveu, cuja proposta foi crescimento da soberania popular, um dos ingredientes essenciais para o funcionamento da sociedade democrática, especialmente ligado à linguagem dos direitos e ao fortalecimento das instituições jurídicas. Em princípio, a proposta de participação do povo é destaque entre seus valores essenciais, como a igualdade política e a autonomia, tendo consciência do processo de retomada da democratização a organização e mobilização da participação pública, justamente no processo de elaboração constitucional e orientação participativa da Assembleia Nacional Constituinte, consagrando esse ideal.

Em contrapartida, é certo que a conciliação dessas tendências marcantes na sociedade brasileira como o autoritarismo e o elitismo, pouco auxiliam para o desenvolvimento democrático, considerando também o reflexo dessas ações na aplicação das políticas públicas para as necessidades básicas do povo (tido como pilar fundamental da estrutura democrática). Uma vez tais políticas não aplicadas corretamente, as formas de reação popular são atípicas, culminando em suas atitudes políticas direcionadas na contramão da democracia. Assim expõe o professor Barry Ames¹⁴, na obra “The Deadlock of Democracy in Brazil”, relatando sobre a eficiência do legislativo e do executivo na elaboração de programas e políticas públicas e a inabilidade do governo em implementar os referidos programas e políticas públicas durante os anos.

Estruturam-se, dessa forma, hipóteses a determinantes perante a instabilidade democrática brasileira, em uma forma sistêmica e não pontual entre os tempos, pondo em oscilação as instituições sociais - em tempos passados e em desenvolvimento com seus reflexos atuais. Pressupostos também sustentados e ratificados pela historiadora Lilia Moritz Schwarcz¹⁵, expondo o caráter parasitário que adentra a política brasileira, no sentido de que práticas antidemocráticas como a corrupção e o patrimonialismo, uma vez adentrados na política tendem a permanecerem nas instituições fragilizadas, devido ao vício estabelecido entre a sociedade e o próprio Estado quando um certo bem público é assenhoreado privadamente daqueles que exercem o poder, perpetuando um sistemas de relativização tanto da estrutura político-democrática, quanto das instituições responsáveis pela sua regulação, demonstrando pontos de aprofundamento nos atos corruptivos.

Em sentido complementar e considerando novamente a postura incisiva de como as caracterizações negativas presentes na política tendem a degenerar progressivamente pilares democráticos, devendo ser analisados separadamente, denota Lilia Moritz Schwarcz:

“De toda maneira, e a despeito de vivermos num longo período de redemocratização, firmado desde a Carta Magna de 1988, que tornou mais robustas as instituições brasileiras, o certo é que o conceito continua operante no Brasil, onde a prática política ainda muito afeita à mistura entre afetos públicos e privados. Essa contaminação de esferas leva, por sua

14 AMES, Bery. “The Deadlock of Democracy in Brazil”, Editora: University of Michigan Press, 2001.

15 SCHWARCZ, Lilia Moritz. “Sobre o autoritarismo brasileiro”. São Paulo: Companhia das letras, 2019, Pg. 65.

vez, ao fortalecimento dos pequenos e grandes poderes pessoais, ampliando as possibilidades de suas ações nas esferas do Estado. A propósito, a persistência dos mandonismos locais acaba por produzir outra espécie de patrimonialismo, quando interesses regionais passam a afetar diretamente a lógica pública. Não que o Estado deva ser imune às demandas setorializadas; o problema se apresenta quando um certo tipo de corporativismo político favorece alguns cidadãos, em detrimento de muitos.” (SCHWARCZ, 2019, p.68)

IV- CONSOLIDAÇÃO DE COSTUMES E ANTIGAS PRÁTICAS POLÍTICAS COMO SUBSTRATO DA CRISE DEMOCRÁTICA ATUAL NO BRASIL.

Primordialmente, a estrutura e consolidação de costumes sociais dentro da política faz-se presente em todo um histórico revestido pelo “manto democrático”, desenvolvendo novas caracterizações e práticas em cenários atuais, sem, contudo, perder sua essência de uma cultura política marcada pelas irregularidades e desvios da moralidade, que tanto dispõem princípios constitucionais em nossa carta magna. Logo, analisar os aspectos que culminam na cultura política de uma sociedade requer olhos atentos aos diversos contextos histórico-culturais que contribuirão na sua configuração como um todo. Portanto, na tentativa de compreensão da sociedade brasileira faz-se necessária a análise de procedimentos interativos e cumulativos entre experiências sociais e costumes consolidados, resultando na identificação de uma matriz política advinda de um complexo sistema de formação histórica.

Ao passo da construção de um molde democrático brasileiro, influências sociais vão sendo aderidas e aglutinadas ao conceito não mais de uma democracia ideal, mas ao modelo de democracia viabilizada a atuar ao meio social deturpado, pois, assim como já foi discutido, a influência de uma cultura política diz respeito à realidade indesejável de como a política conduz uma democracia à vertigem. Tal paradigma social tão presente na sociedade brasileira é descrito por Thomas Carothers¹⁶, argumentando sobre a caracterização híbrida dos Estados democráticos atuais e o autoritarismo, consecutivamente - este conduz decisões dentro daquele, pela sua estrutura de formação básica autoritária, conseqüente ao elitismo, fazendo com que uma parcela mínima da sociedade materialize a capacidade de apropriação de recursos estatais, encapsulando o poder e afastando as formas de combate de tais atos, fato demonstrativo da periculosidade elitista ao “desativar o interruptor democrático” mesmo com os entes de proteção às instituições.

Tal influência elitista - caracterizada como domínio consolidado - induz ao controle fixo e estático da sociedade, como base argumentativa de como os períodos de oscilação democrática brasileira estão diretamente ligados com uma ascensão do poder da elite, devido ao fato do alto poder de controle capitalizado em mãos de poucos, os quais não representam a verdadeira necessidade popular, mas inflam egos e determinações políticas. Logo, o flerte da elite contra a

16 CAROTHERS, T. “The end of the transition paradigm”. Journal of democracy, vol.13, nº1. 2002

teoria básica de um governo representativo é a peça fundamental para inserção de interesses e concretizações de vontades específicas, a representatividade em sua estrutura demonstra uma sistemática em que a comunidade política governa indiretamente através de representantes eleitos.

Condizente, determina a doutora em ciência política Cristina Buarque de Hollanda¹⁷, ao aferir sobre as percepções de Joaquim Francisco Assis Brasil no tocante à influência e aceitação popular do controle político elitista no cenário brasileiro, adentrado numa divisão do apoio popular entre medidas direcionadas à sociedade, vinculadas a gama de interesses elitistas juntamente colocadas em pauta política.

“Para Assis Brasil, as boas elites são resultado do bom funcionamento institucional. O bom, nesta acepção, resulta da fidelidade às vontades dos eleitores, e não da adesão a um conteúdo político necessário e anterior. Desde que o corpo de representantes se constitua à semelhança das vontades eleitorais do povo, caminha-se em direção ao interesse comum.” (HOLLANDA, 2011, p 38)

Outrossim, a forma de consolidação das vontades das elites agregadas tem seu reflexo na integração política, isso por meio de um geral interesse oligárquico aplicado no interior da pauta política e taxada com importância dentro do cenário brasileiro pós-1988. Tal intensiva representa-se como uma tônica da cultura política, demarcada pelo professor Marcos Francisco Napolitano de Eugênio¹⁸ como uma “questão de longa data”, ultrapassando limites temporais e sendo fixada como sistêmica, ao ser disseminada durante décadas no íntimo da república, logo, possuindo fundamental importância como ferramenta corrosiva e detentora da lógica conexão entre demais elementos e fatores, que fortalecem a cultura política afastada das bases do Estado democrático de direito.

Sendo uma forma de consolidação dos interesses oligárquicos e demonstrativo de uma problemática, o conceito levantado por Sérgio Abranches¹⁹ - “presidencialismo de coalizão” - efetua a síntese e explicação do sistema político brasileiro, dentro de um contexto dos anos 80, sistema esse, que realizava uma organização do Executivo com base em grandes coalizões político-partidárias e regionais. Tal arranjo organizacional era o fato que demarcava o regime político-institucional brasileiro como um “presidencialismo de coalizão”, devido a alta necessidade de apoio e formação de maiorias em ambientes políticos, os quais garantiam a sustentabilidade do governo. Todavia, caso não haja base de apoio político no Congresso Nacional, segundo a proposta de Abranches, o governo não teria capacidade de garantir suas iniciativas em processos de implementação da política estatal. Segundo a análise de Abranches:

17 HOLLANDA, Cristiana Buarque de. Teoria das Elites. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

18 NAPOLITANO, Marcos. A democracia brasileira pós-1988: contradições e crise política (Aula 11, parte 1) | 07/11/17. 2021. (21m30s -27:55) . Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2jrTIACMabA&list=PLAudUnJeNg4s-4VovmXIdTvgsFberfNEq&index=38&ab_channel=CanalUSP. Acesso realizado em 09 set. 2021

19 ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2021.

Em geral, a análise de estruturas políticas e sociais mais homogêneas e estáveis induz a uma ênfase maior em coalizões que minimizem o número de parceiros e maximizem as proximidades ideológicas entre eles. Esta estratégia teria por objetivo reduzir os riscos e contrariedades associadas a alianças mais amplas e diversificadas mencionadas acima. (ABRANCHES, 1988, p. 27).

Posteriormente, por meio do presidencialismo de coalizão ocorre o controle do Congresso pelo presidente da república, conseqüentemente, este busca pelo apoio político dentro do Congresso nacional; aquele por sua vez, concretiza os interesses oligárquicos e sistêmicos, levantados pela parcela da elite social, que segundo o autor, estariam envolvidos por uma alta pressão cooperativa, em decorrência da coalização disseminada.

“A escolha do presidencialismo de coalizão reformado era previsível também por causa da cultura política da maioria dos constituintes. A Constituinte nasceu multipartidária, com treze partidos. Mas a genética política da Constituinte de 1987 contava com forte contribuição da Segunda República.” (ABRANCHES, 1988, p. .90)

Dentro da obra, Abranches leva a fundo a caracterização do presidencialismo de coalizão como uma prática recorrente no ordenamento brasileiro, voltando olhos para momentos posteriores à constituição cidadã e seus novos regimentos políticos. Dentro dessas análises, é possível observar a argumentação de que o devido funcionamento da democracia brasileira não é diretamente ameaçado pelos efeitos da separação dos poderes entre o executivo e legislativo, por conta dos atos praticado pelo poder executivo encontrarem apoio fixo e basilar em coalizações partidárias. Tal exposição corrobora no pensamento do autor, perante a ideia de aferir a existência democrática num momento histórico com a direta correspondência entre ações do executivo e do legislativo.

Ao levantar voz sobre a existência de índices democráticos, influenciados diretamente pelas correspondências e consonâncias de interesses entre coalizações partidárias, faz-se válido denotar exemplificações históricas de tal fato, como a influência do presidencialismo de coalizão no processo de impeachment do governo de Dilma Rousseff em 2016. A afinidade da presidenta com o legislativo durante seu mandato não foi positiva, como reflexo desse fator, por exemplo, a maioria dos projetos defendidos por Dilma não foram aprovados pelo poder legislativo. Seguindo a linha de pensamento exposta por Antonio Deusivam de Oliveira e Edson de Carvalho²⁰, a relação mais conturbada ocorreu com o deputado federal Eduardo Cunha, do PMDB, eleito presidente da Câmara dos Deputados no início do segundo mandato da presidenta Dilma.

““Percebe-se aqui a dificuldade de governabilidade da presidente Dilma, principalmente pela falta de apoio do Legislativo. Conforme fala a própria presidente no Senado, no momento da sua defesa no processo de impeachment: “No caso específico da Câmara, a Câmara não funcionou. Os projetos que nós enviamos para buscar uma solução para a situação em que nos encontrávamos, ou não eram aprovados ou eram aprovados pela metade”.”” (OLIVEIRA E CARVALHO, 2019, p.6).

20 OLIVEIRA, Antonio Deusivam de. CARVALHO, Edson de. “O Presidencialismo de coalizão e sua influência no golpe da presidente Dilma em 2016”. Dados- Revista Discente Planície Científica, v. 1 n. 2 (2019). Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/planiciecientifica/article/view/29555> >. Acesso em: 10 set. 2021.

Sendo assim, verificada a objetiva e direta carência de alianças políticas - entre o poder executivo e legislativo para que a presidenta Dilma conseguisse realizar com plenitude seu mandato - caracteriza-se na necessidade da cultura política brasileira para com as recorrentes coalizões políticas. Logo constatando que, em sua ausência, são acarretadas insatisfações políticas sistêmicas e desordenadas, que no caso em questão, foram disseminadas entre amargores e desavenças por parte do poder legislativo para com o governo Dilma, culminando num processo de impeachment. Esse, levantado por Leonardo Avritzer²¹ nas passagens:

(...) baseado em alegações extremamente frágeis, já que a ideia de pedalada fiscal não constituía um diferencial de comportamento da presidente em relação a outros presidentes ou aos governadores,¹ e devido a fortes evidências posteriores ao impeachment de acordos políticos com o intuito de retirada de Dilma Rousseff da presidência. (AVRITZER, 2018).

Por fim, considera-se baseado em todo recorte feito nesse capítulo, frequente a utilização de práticas advindas de uma cultura política regida entre muitos séculos dentro do Estado democrático de direito, em seus momentos ascendentes e cataclísmicos. Sendo tais práticas consideradas ações recorrentes, por serem estruturadas em um ideal político reincidente, evidenciando que, mesmo teoricamente adentrado ao modelo político da democracia atual, o Brasil ainda recorre a tais medidas que desafiam as instituições democráticas estabelecidas em texto constitucional, expondo mais um vez a caracterização de um fragilizado regime democrático, com tendências atuais de desestabilização e formação de crises políticas, que pouco valorizam alicerces dos pilares institucionais.

V – DAS SOLUÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS A SEREM DADAS À CHAGA

Diante da insofismável gravidade da crise democrática e de seu caráter autofágico, que assolam o mundo e o Brasil, faz-se premente importância a busca de soluções viáveis, nas vias política, jurídica e social, para tratar dessa agrura que ameaça a ordem constitucional estabelecida e o desenvolvimento humano como um todo.

Juridicamente, de forma mais genérica e sem considerar as especificidades das nações atingidas pelo fenômeno, Robert Dahl, em “Sobre a democracia”, apregoa que as constituições fazem a diferença por meio da estabilidade às instituições básicas, bem como faz valer os direitos fundamentais, a isonomia, a representação justa e a transparência do processo político. Desta forma, uma constituição que estabeleça consensos sociais mínimos e garantam a vontade popular, juntamente com suas discricionariedades, é de vital importância para assegurar as bases

21 AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: Uma análise da crise 2013- 2018. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000200273&script=sci_arttext&tlng=pt . Acesso realizado em 11 set. 2021.

democráticas. Por outras vias, Andreas Voßkuhle defende que os tribunais e instituições democráticos devem aplicar sanções a atos e falas antidemocráticos, a fim de assegurar a credibilidade e as bases da democracia, não afastando a necessidade de uma constituição estável, mas com abertura diante do futuro, principalmente no tocante à absorção de novos direitos e da garantia da multiplicidade. Quando se tenta buscar uma solução para a face mais estatística e moderna da disseminação do discurso autoritário (*fake news* disseminadas por algoritmos e sistemas), Gabriela Silva, Thiago Silva e João Gonçalves Neto²² advogam que os tribunais devem combater os discursos de ódio que ataquem bens tutelados pelas constituições, realizando sempre uma ponderação entre liberdade e honra, por meio de uma contextualização e análise da severidade da ofensa e a posição social dos envolvidos. Também para assegurar as disposições constitucionais, Thiago Magalhães Pires²³ propõe que é necessário um controle de constitucionalidade, seja por tribunal constitucional ou por participação popular, a fim de adequar o ordenamento jurídico em geral com a constituição, a fim de fazer valer a supremacia e centralidade da mesma.

Especificando o prognóstico ao caso brasileiro, convém realizar uma breve descrição do desenho institucional do país, principalmente no que concerne ao papel conferido ao Judiciário pela Constituição cidadã, de 1988. A solução ao caso brasileiro deve ser tecida sob medida, ou seja, de acordo com o desenho institucional e prerrogativas dos poderes colocados pelo poder constituinte originário, o qual conferiu grande centralidade ao Judiciário. O cenário aponta uma clara judicialização da vida social, ou seja, a alocação de questões de larga repercussão política ou social para o Judiciário, o que foi gerado, segundo Luís Roberto Barroso²⁴, pela redemocratização; pela constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário, assim, transformando política em direito; sendo que, o outro fator de judicialização no Brasil é o sistema de controle de constitucionalidade híbrido, somando os sistemas americano e europeu e possibilitando a análise de legalidade de leis e atos administrativos por via incidental e difusa - pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, caso a considere inconstitucional - e, por meio de controle por ação direta, que conta com um amplo rol para a propositura, que permite que várias matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, resta incontestável a judicialização da vida social e a supremacia do Judiciário no Brasil, o que é potencializado, segundo Barroso, pela crise de representatividade, pelo desenho

22 SILVA, Gabriela; SILVA, Thiago; GONÇALVES NETO, João. “Liberdade de expressão e seus limites: uma análise dos discursos de ódio na era das fake news”. *Argumenta Journal Law*, n. 34, 2021.

23 PIRES, Magalhães Thiago. “Crônicas do subdesenvolvimento: Jurisdição constitucional e democracia no Brasil”. *Revista de Direito do Estado*, vol. 12, 2009.

24 BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, vol. 5, nº 8, 2009.

partidário do país e pela juventude e imaturidade democrática. Admitindo a judicialização como um fato, o Judiciário deve reconhecer o fenômeno, bem como sua responsabilidade democrática decorrente do mesmo. Dito isto, o Judiciário, com destaque ao STF, deve possuir uma postura de ativismo judicial, definido por Luís Roberto Barroso como uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. Deve ser adotada tal postura pelo fato de o Judiciário ter em suas mãos poderes para extrair ao máximo as potencialidades da Constituição, por meio de atuação positiva, mas também por ser capaz de fulminar e punir as atitudes e falas sectárias destinadas à corrosão democrática faladas anteriormente, bem como, extirpar do ordenamento normas e atos administrativos que sejam contrários ao espírito democrático-constitucional por meio do controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

A postura ativista oferece claros riscos à legitimidade democrática e à vontade popular, já que a deliberação jurisdicional sobre assuntos democráticos e abrangentes não tem participação popular direta, o que, segundo Bethânia Pires Amaro²⁵, deve ser resolvida e corroborada por um diálogo institucional, que deve ocorrer nas decisões e deliberações judiciais, cujo desfecho deve passar por uma conversa construtiva e igualitária entre juízes, legisladores e administradores, a fim de gerar cortes que não sejam herméticas e descoladas do desejo popular no que tange aos direitos fundamentais. O ativismo judicial também deve encontrar limitações e moduladores na Constituição; na lei; nos elementos e métodos de interpretação, e no crescente sistema de precedentes. Isto posto, tendo em vista a centralidade do Judiciário, o mesmo deve agir com desassombro para frear o processo autofágico e autoritário de destruição da democracia, por meio da promoção e proteção dos valores democráticos e dos direitos fundamentais, podendo se valer de interpretação consequencialista, que, segundo Ricardo Campos²⁶, pode auxiliar na modulação dos efeitos e na previsão das consequências que uma decisão de constitucionalidade de norma pode gerar no cenário democrático.

Complementarmente, a interposição política reveste-se como elo central na harmonia entre as instituições democráticas estabelecidas em toda e qualquer sociedade, demonstrando caráter altamente vinculado entre o desenvolver sólido da democracia com seu devido fundamento em políticas públicas - que desempenham o papel constituinte de interpretar os anseios e necessidades fundamentais do corpo social. Outrossim, demonstra-se a total proeminência em como a construção de instituições fundadas em políticas públicas participativas, auxiliando na seguridade da

25 AMARO, Bethânia Pires. “Democracia de diálogo institucional”. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

26 CAMPOS, Ricardo. “A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequencialismo”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-juris-dicao-constitucional-perigo-consequencialismo>. Acesso realizado em 14 set. 2021.

implementação da vontade em todo processo envolvendo o ente público, e constituindo garantias de imparcialidade, inclusão e equidade na disputa pelo poder, como também, adicionando seu devido reflexo com a responsabilidade institucional; equidade e responsabilidade no exercício do governo.

Por consequência, recai sobre as políticas públicas o encargo de fortalecedor democrático em sua essência, sejam por meios da deliberação pública; articulação política; votos; implementação de políticas de segurança; entre outros fatores. Nesse mesmo horizonte, John Carey²⁷ infere suma importância na regulação do Estado para com a estrutura política aplicada, traçando mecanismos fundamentais - como normas; codificações e ordens políticas - a fim de estabelecer o máximo necessário para o fortalecimento institucional com finalidade última ao povo - como ente no qual recairá as consequências de tais atribuições - regulamentando o funcionamento democrático de forma generalizante.

A democracia necessita da existência de certas condições, que por si só consigam diligenciar oportunidades justas, com foco principalmente quando envolvem-se em assuntos públicos, como valor democrático toda força-motor deve ser voltada para garantir a inclusão de todos, de forma equitativa e resultante de implementações imparciais, posição essa que garante a regulação de maneira ativa com sua devida intervenção do ente público (por meio de suas políticas) imprescindível ao fortalecimento e qualidade da participação política e debate público de forma ampla, a fim de a todo momento estarem vozes ecoando suas reivindicações. De forma consecutiva, expõem Ira Katznelson e Barry Weingast,²⁸ sobre as instituições desenvolvidas socialmente serem resultantes de todo um processo de sedimentação entre vontades, como um produto da história e de toda luta pela consolidação de seus direitos, representados em seus conflitos sociais. Nesse contexto, segundo os autores, todas as instituições democráticas teriam uma representação dos seus intrínsecos propósitos políticos e estratégias adotadas como imagem das conjunturas sociais, orientando uma melhor forma e posicionamento das políticas públicas implementadas pelo Estado para consolidação da vontade do todo.

A fim de requerer o fortalecimento dos valores democráticos entre as sociedades, faz-se necessário a inclusão de valores que as representem de maneira totalizante; a chave dessa aplicação fica a cargo da inclusão política de todas as parcelas sociais, com o foco das políticas públicas voltado à efetivação e promoção de ideias que valorizem a cultura pública, nos tocantes à participação efetiva; deliberação popular; pluralismo de opiniões (possuindo relevância nos processos deliberativos); consolidação de direitos humanos; estrita legalidade e oposição à discriminação. Assim demonstrando a relação desenhada entre tais mecanismos e representação

27 Carey, John. 2000. **Parchment, Equilibria and Institutions**. *Comparative Political Studies* 33, n° 6/7: 735-761.

28 Katznelson, Ira. Barry Weingast. 2005. **Intersections between Historical and Rational Choice Institutionalism**. En *Preferences and Situations*, eds. Ira Katznelson and Barry Weingast. Nova Iorque: Russell Sage Foundation.

democrática, a qual estabelece-se como pilar dos Estados democráticos de direito e como ferramenta individual para a formação de cidadãos ativos, com voz e força entre uma política pública participativa, que sempre descreve seu curso nas regras do jogo institucional.

Ademais, conforme definido por Alejandro Monsiváis Carrillo²⁹ as inovações democráticas são resultantes da implementação e avaliação das políticas públicas dentro dos espaços de experimentação e inovação; logo, iniciativas participativas auxiliam na promoção e criação de espaços de confluência social-estatal, deliberação pública, participação/fortalecimento de competências e capacidades cívicas, entre demais valores democráticos descritos pelo autor. Valores estes, utilizados para a incorporação da gestão pública, uma vez que fortalecem a legitimidade das ações coletivas e reduzem as dinâmicas de exclusão social, como também, põem à mostra os consequentes efeitos da desigualdade estrutural e socioeconômica, que perante a implementação de certas políticas públicas participativas são gradativamente dissolvidas, apresentando um avanço para um futuro mais igualitário.

VI- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, a crise democrática, que assola há tempos o mundo, encontrando importantes reverberações no Brasil, é resultado de um extenso processo histórico, que envolve o modelo da democracia liberal-constitucional, o modelo econômico do capitalismo de mercado e o processo produtivo-social da globalização. O atual modelo democrático, que teve seu ponto principal de expansão mundial na Segunda Guerra Mundial – evento que gerou a derrota e descrédito dos líderes autoritários – se destaca, no âmbito político, por ser regido pelo governo da maioria, cumulado à contestação e participação populares nos processos decisórios, que devem ser sempre dotados de liberdade de expressão e participação, bem como de respeito aos direitos e garantias fundamentais. No espaço jurídico, a disseminação da democracia liberal trouxe consigo um arcabouço e sistema jurídicos baseados na aproximação entre direito e moral, centralidade das constituições e promoção e proteção de direitos fundamentais garantidos nas cartas democráticas.

Contudo, após a grande disseminação deste modelo híbrido, apresentou-se, pelas crises mal resolvidas do século XX e por questões de cunho histórico, cultural e econômico, uma crise latente e marcada pela ação contundente de lideranças políticas difusoras de um discurso populista e autoritário, os quais, pela via democrática e eleitoral regulares, foram eleitos, mas usam seus mandatos para, primeiramente, formar maioria popular e parlamentar, a fim de ter apoio para dar início ao desmonte autofágico, constante e paulatino da democracia liberal, que se faz por meio de

29 Monsiváis Carrillo Alejandro. "**La democracia como política pública: oportunidades para el fortalecimiento democrático**". Revista de Estudios Sociales, no. 47 (2013): 25-38. disponível em: <https://doi.org/10.7440/res47.2013.02>. Acesso realizado em 16 set. 2021.

ataques e alterações às regras do jogo democrático; do incentivo à violência; da negação da legitimidade dos adversários e da captura, corrupção ou descrédito de instituições vitais ao funcionamento do sistema democrático, que se agrava pelo uso das redes e algoritmos, contribuindo para a formação de um apoio popular ainda maior, mais aguerrido e hipnotizado por notícias falsas e discursos de ódio, cujo domínio são de grande valia para expandir o território do tecnopopulismo de proporção global .

Este preocupante cenário de ataque às bases democráticas encontrou campo fértil no Brasil, em decorrência da crise capitalista e de representatividade da classe política desmoralizada. Além da contribuição negativa dada pelo cenário atual, a situação brasileira fica ainda mais grave em razão de questões de incompatibilidade com a democracia de caráter crônico, decorrentes da instabilidade política e social constante, bem como do autoritarismo histórico e estrutural presente nas várias camadas sociais, da baixa e não efetiva participação política nos processos decisórios, mas, principalmente, pelo descaso e desrespeito das elites históricas para com a participação popular na política e na administração ética e democrática da coisa pública.

Como conclusão basilar, as soluções para o problema crescente do enfraquecimento e descrédito democráticos devem ser buscadas pelas vias jurídica e política, a fim de uma pacificação social abrangente e salutar. Na via jurídica seria de grande importância o respeito e promoção dos valores democráticos, bem como a sanção a atos e falas destinados ao descrédito sistemático; no caso brasileiro, em decorrência do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados, há um quadro claro de judicialização da vida social, que impõe ao Poder Judiciário uma postura de ativismo judicial, que nada mais seria que uma postura participativa do intérprete, a fim de atingir um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, de modo a concretizar a supremacia, respeito e centralidade da Carta Magna. Portanto, a fim de fulminar os efeitos da grave crise, deve-se realizar, na via política, ações para aglutinar e apaziguar democraticamente os anseios populares, assim como, buscar, por meio de políticas públicas efetivas e dialogicamente elaboradas, uma maior participação popular nas deliberações políticas majoritárias e o fortalecimento das instituições nacionais, por meio da promoção e democratização dos valores do liberalismo político e das vantagens trazidas pela democracia liberal, que podem ser o ponto de virada para a superação deste quadro endêmico sofrido pelo perfectível sistema democrático.

REFERÊNCIAS:

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. “**Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro.**” Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34,

1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf . Acesso em: 10 set. 2021.
- AMARO, Bethânia Pires. **Democracia de diálogo institucional**. 2016. 94 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- AMES, Bery. **“The Deadlock of Democracy in Brazil”**, Editora: University of Michigan Press, 2001.
- AVRITZER, Leonardo. **“O pêndulo da democracia no Brasil: Uma análise da crise 2013- 2018.”** 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002018000200273&script=sci_arttext&tlng=pt . Acesso realizado em: 11 set. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 12, nº 96, p. 5-43, fev./mai. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.
- CAMPOS, Ricardo. **A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequencialismo**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdicao-constitucional-perigo-consequencialismo>. Acesso realizado em 14 set. 2021.
- CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. **Constitucionalismo em tempos de globalização: a soberania nacional em risco?** 2014. 305 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- CAREY, John. 2000. **Parchment, Equilibria and Institutions**. *Comparative Political Studies* 33, nº 6/7, p. 735-761.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Tradução: Joana A. D. Melo. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2018. 127 p.
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. 230 p.
- DAMATTA, ROBERTO. **“Conta de mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira”**, Editora Rocco, 2º edição, 1993.
- EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. Tradução: Arnaldo Bloch. 2 ed. São Paulo: Editora Vestígio, 2020. 190 p.
- FUKUYAMA, Francis. **O Fim da História e o último Homem**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2015. 488 p.
- HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: breve século XX**. Tradução: Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 598 p.
- HOLLANDA, Cristiana Buarque de. **“Teoria das Elites”**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2018. 270 p.

KATZNELSON, Ira. WEINGAST, Barry. 2005. **Intersections between Historical and Rational Choice Institutionalism**. En Preferences and Situations, eds. Ira Katznelson and Barry Weingast. Nova Iorque: Russell Sage Foundation.

MONSIVÁIS CARRILLO, Alejandro. "**La democracia como política pública: oportunidades para el fortalecimiento democrático**". Revista de Estudios Sociales, no. 47 (2013), p. 25-38. Disponível em: <https://doi.org/10.7440/res47.2013.02>. Acesso realizado em: 16 set. 2021.

MORLINO, L. "**Explicar la realidad democrática: que tan relevantes son lãs tradiciones autoritarias**". Revista de Ciência Política, vol.27, nº2, 2007.) (2007, 4 p.)

NAPOLITANO, Marcos. "**A democracia brasileira pós-1988: contradições e crise política (Aula 11, parte 1)**" | 07/11/17. 2021. (3m26s – 4m26s) e (21m30s -27:55) . Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2jrTlACMabA&list=PLAudUnJeNg4s-4VovmXIdTvgsFberfNEq&index=38&ab_channel=CanalUSP. Acesso realizado em: 09 set. 2021

OLIVEIRA, Antonio Deusivam de. CARVALHO, Edson de. "**O Presidencialismo de coalizão e sua influência no golpe da presidente Dilma em 2016**". Dados- Revista Discente Planície Científica, v. 1 n. 2 (2019). Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/planiciecientifica/article/view/29555> >. Acesso realizado em: 10 set. 2021.

PIRES, Thiago Magalhães. Crônicas do subdesenvolvimento: jurisdição constitucional e democracia no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 12, out./dez. 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. "**Sobre o autoritarismo brasileiro**". São Paulo: Companhia das letras, 2019

SILVA, Gabriela, SILVA, Thiago, GONÇALVES NETO, João. Liberdade de expressão e seus limites: uma análise dos discursos de ódio na era das fake news. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 34, 2021, p. 415-437.

VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional em tempos de populismo**. Tradução: Peter Naumann. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 136 p.

SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS E A NORMA CONSTITUCIONAL NO PÓS-POSITIVISMO

Jamile Gonçalves CALISSI¹
Renato Zanolla MONTEFUSCO²

RESUMO

Pretende-se um estudo sobre a norma constitucional a partir de sua nova concepção pós-positivista e a necessária reconceitualização dos subgêneros princípios e regras como componentes da própria norma constitucional, esta, o gênero que carrega em seu arcabouço o axiologismo pretendido pelo pós-positivismo no combate à insuficiência do positivismo para a regulamentação das questões mais críticas e carentes de justiça. Para tanto, pesquisou-se, inicialmente, o conceito de princípios e regras, das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Através de pesquisa doutrinária, utilizou-se o método dedutivo para pesquisar sobre o pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, e o impacto que esse novo pensamento jurídico ocasionou ao direito contemporâneo. Por fim, analisou-se o impacto desse novo pensamento em relação à norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Norma constitucional. Princípios e regras. Pós-positivismo.

ABSTRACT

It is intended a study on the constitutional norm from its new post-positivist conception and the necessary reconceptualization of the subgenres principles and rules as components of the constitutional norm itself, this, the genre that carries in its framework the axiologism intended by post-positivism in combating the insufficiency of positivism for the regulation of the most critical and lacking justice issues. For this purpose, the concept of principles and rules, of the theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy, was initially researched. Through doctrinal research, the deductive method was used to research about post-positivism, a philosophical framework of neoconstitutionalism, and the impact that this new legal thinking has had on contemporary law. Finally, the impact of this new thinking in relation to the constitutional rule was analyzed.

KEYWORDS: Constitutional norm. Principles and rules. Post-positivism.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou pesquisar a norma constitucional em suas mais novas características atribuídas pelo pós-positivismo que, para combater a insuficiência positivista na

1 Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), jamile.calissi@uemg.br. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Araraquara (UNIARA), jgcalissi@uniara.edu.br. Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab.

2 Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos – PPGCTS-UFSCar. Mestrado em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR. Professor das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenador do Grupo de Pesquisa NEDEEC – Núcleo de Estudos de Direito Empresarial e Economia Circular da Universidade do Estado de Minas Gerais renato.montefusco@uemg.br.

regulamentação de questões de justiça material, criou, a partir do pós-guerra, todo um sistema de vinculação da norma constitucional pautada em um constitucionalismo discursivo com base na institucionalização da razão e correção e na compreensão da norma constitucional a partir dos princípios e regras, seus subgêneros.

Para tanto, pesquisou-se, inicialmente, o conceito de princípios e regras, mas sobretudo, definindo-os como subgêneros da norma constitucional, utilizando-se, para tanto, das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Posteriormente, adentrou-se à conceituação de norma constitucional na gênese do pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, demonstrando a transformação implementada ao positivismo no pós-guerra.

Este trabalho, feito por intermédio de pesquisa bibliográfica nos referencias teóricos aplicáveis, utilizando-se, na escrita, o método dedutivo, se justifica tendo em vista o contexto constitucional e os novos desafios jurídicos que se apresentam no mundo contemporâneo.

Por fim, constatou-se que as normas constitucionais, subdivididas em normas-regra e normas-princípio expõem que a diferença entre ambas é de natureza lógica e deriva dos respectivos modos de aplicação.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS

Princípios e regras, na perspectiva metodológica, são espécies do gênero norma constitucional. São vários os critérios de classificação da norma, contudo, para o presente estudo, serão utilizadas duas construções doutrinárias sobre as subespécies (princípios e regras) do gênero norma constitucional.

Assim, terão espaço neste estudo, as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy de forma a, através dessas construções doutrinárias, apresentar-se uma pesquisa sobre os princípios e regras e, sobretudo e, por fim, a respeito da própria norma constitucional.

2.1 A integridade do Direito em Ronald Dworkin

A integridade do direito é a tese dworkiana que representa o elemento basilar para a atividade interpretativa do juiz. A sua compreensão pressupõe uma inserção nos métodos interpretativos do autor.

Sempre preocupado com a definição positivista do Direito e justificando que ela teria a prerrogativa de reduzir o Direito a um simples modelo de regras que autorizaria o juiz a utilizar o poder discricionário no caso concreto, Dworkin dedicou-se em sua teoria a distinguir princípios,

políticas e regras, e informou:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2007, p. 39).

Notadamente, importante ressaltar, o jurista norte-americano sempre criticou a teoria da textura aberta de Hart porque defendeu que em casos de fronteiras onde a lei não fornece os limites rígidos (ou *hard cases*), o juiz não teria o condão de utilizar-se de ativismo ou solipsismo para decidir. Segundo ele, o juiz teria o compromisso com a integridade do direito, ou ainda, o seu Juiz Hércules (arquétipo imaginário com capacidade sobre-humana) teria como princípio a integridade.

Nesse sentido, no seu entender, o positivismo, ao estabelecer o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial, o que leva o juiz a criar direito novo, não permitido na sua concepção de sistema (SILVA, 2003).

Hart, por sua vez, considerava que tanto a legislação quanto o precedente possuiriam pontos indeterminados, ou textura aberta, o que ocasionaria nesses casos “indeterminações linguísticas” e a possibilidade do aplicador do direito atuar com discricionariedade e com poder de escolha de um sentido determinado (HART, 1994).

A título exemplificativo, comungam com Hart, Kelsen, para quem o ato de aplicação do direito é constituído por uma atividade cognoscitiva, que permite a interpretação e a abertura de possibilidades de sentido (a denúncia da plurivocidade da norma), onde insere-se a diferença entre interpretação autêntica e interpretação inautêntica (KELSEN, 1962, p. 294) e Larenz, que ao se referir à sua tese da “irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz” defende a existência da atividade criadora do intérprete para além do sentido literal do texto normativo (LARENZ, 1991, p. 521).

Em “Levando os Direitos a sério”, Dworkin desenvolveu uma teoria alternativa ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo. Ele distinguiu direitos políticos (direitos preferências que prevalecem contra decisões tomadas pela sociedade) de direitos institucionais mais específicos (espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante). Seu objetivo final foi comprovar que os indivíduos têm direito a uma decisão judicial favorável, ainda que exista uma decisão anterior favorável ou uma regra jurídica expressa aplicável a seu caso (DWORKIN, 2007).

Dito isso, e voltando a Dworkin, segundo a sua concepção, é possível estabelecer os princípios como *standards* (padrão diferente de regra), ou diretrizes políticas. A sua observação é a partir da justiça, da equidade e devido processo legal, que criam a concepção do princípio judiciário da integridade:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 43).

Diferentemente de Robert Alexy para quem os princípios são mandados de otimização porque “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes” (ALEXY, 2011).

Oportuno mencionar que Alexy parte da mesma premissa de Dworkin para a definição de princípios: a distinção entre princípios e regras insere-se na ótica qualitativa e não de grau. A partir dessa distinção foi possível para Alexy estabelecer os princípios como mandados de otimização de forma a ser realizado na maior medida possível (SILVA, 2003).

Além do mais,

Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem e, portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso (SILVA, 2003).

Sendo assim, os princípios, segundo Dworkin, fazem referências a valores que conduzem a uma decisão. E o juiz, ao proferir uma sentença e, conseqüentemente, escolher uma das partes, realiza uma tarefa política. Ou seja, ele se posiciona e fundamenta a sua decisão; a decisão, além de pertencer a uma lógica binária do certo ou errado é, também, formada por toda uma bagagem de pré-conceitos, própria do indivíduo.

Já a política, traduz-se por um conjunto de metas utilizadas para se alcançar os princípios.

Desta feita, Dworkin diferencia princípios de políticas: “princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes (políticas) são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2007, p. 90).

Ou seja, toda decisão é política. E lei, que se insere na seara da interpretação, e perfaz-se na descrição da história legal combinada com elementos descritivos e valorativos (BOTELHO, 2007), é um projeto de valoração ética e moral, diferentemente do caráter meramente descritivo que Hart teria atribuído a ela (DWORKIN, 2007, p. 321).

Assim, para Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo em uma concepção de

integridade. Nesse sentido, o Direito refere-se exatamente ao princípio. Normas e princípios, não possuem uma diferenciação rígida. Tudo depende do contexto e não há a possibilidade de ponderação entre princípios.

Dessa forma, o autor apresenta definições para dois tipos de argumentos no processo de interpretação, a saber: os argumentos de política, que traçam um programa, um objetivo voltado para a coletividade (tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria da comunidade e que justificam decisões políticas que fomentam algum objetivo político); os argumentos de princípios que traçam direitos individuais, particulares, inobstante o interesse da coletividade (justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo). Trata-se, pois, de uma concepção de Estado de Direito chamada de “Centrada nos Direitos”: pressupões que o cidadão tem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Define, ainda, que decisões jurídicas baseadas em argumentos de princípios são compatíveis com os princípios democráticos (DWORKIN, 2000).

E é, segundo Klaus Günther e Jürgen Habermas, justamente na distinção entre argumentos de política e argumentos de princípios que se observa a distinção dworkiana entre Direito e Moral (IKAWA, 2004, p. 91-113).

Ou seja, tal autor compreende a interpretação jurídica como uma forma de interpretação construtiva, capacitando o juiz a tomar as práticas sociais da melhor forma possível.

Neste contexto, em cada caso o juiz deverá, ao decidir, considerar-se como parte de um complexo empreendimento em cadeia nas quais as inúmeras decisões, convenções e práticas representam a história, que será o seu limite. Isso ocorre pelo fato de que incumbe ao juiz interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é pressuposto pelos adeptos do pragmatismo.

Assim, portanto, a integridade exige que a interpretação e aplicação de cada lei tenha fundamentação em uma justificativa que a ajuste a um conjunto da legislação vigente, de forma a ser fiel a um conjunto de princípios que representam histórica e valorativamente a comunidade e tenham coerência com uma justiça pública (BOTELHO, 2007).

Na teoria dworkiana, a dificuldade para implementar a integridade do direito está nos chamados “*hard cases*” em que não há a possibilidade de aplicação de regra (porque trata-se de lacuna legislativa) e os princípios precisam ser acionados porque são uma exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2007, p. 22).

Para o autor, os princípios têm, a exemplo das regras, a dimensão da validade. Contudo, possuem uma outra dimensão e um outro peso.

É através, então, dessa lógica que Dworkin difere princípios de regras. Estas existem sob a

ótica do modelo tudo ou nada, ou seja, sob a ótica da validade porque se as regras existem, devem ser aplicadas:

Regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão (DWORKIN, 2007, p. 24).

Os princípios, por sua vez, superam a ótica da validade e existem sob a condição de peso porque serão utilizados nos “*hard cases*” na falta da regra, e assim, em caso de colisão de princípios, a resolução se dá na dimensão de peso; no caso de conflito entre regras, a resolução se apresenta no plano da validade (DWORKIN, 2007, p. 27).

É por isso que o autor se utiliza da figura do chamado Juiz Hércules, figura com poderes sobre-humanos, porque na aplicação dos princípios de forma a respeitar a integridade do direito, o juiz tem que considerar de forma coerente todo o ordenamento jurídico e os precedentes.

Assim, o juiz seria como um autor em um romance coletivo. Cada autor seria responsável pelo seu capítulo, mas todos deveriam observar coerência com o enredo para que, ao final, a obra escrita por muitas mãos, pudesse fazer sentido (DWORKIN, 2003, p. 276).

Na tese há uma referência, também, a uma integridade constitucional que é traduzida na soma entre interpretação textual e a interpretação histórica da vigência do texto. Dworkin refere-se a um originalismo semântico para designar o que o constituinte “queria” dizer e um originalismo de expectativa para estabelecer o que o constituinte “esperava” como consequência da sua afirmação (DWORKIN, 2010).

Por fim, é possível concluir que em sua tese, Dworkin refere-se, pois, a uma situação em que o respeito à integridade e coerência em um sistema jurídico pressupõem um valor moral; é a fidelidade que cada cidadão deve ter ao sistema de princípios e valores da comunidade a que pertence (fidelidade ao sistema de princípios) e no qual o Direito deve manter-se coerente de maneira a refletir os valores da comunidade política (DWORKIN, 1997, p. 231 e 271-272). Exemplifica isso, como já mencionado, comparando a integridade a um romance escrito por diversos autores. Para que o romance tenha coerência, seus diversos autores deverão observar sempre o tema central e o enredo previamente proposto (DWORKIN, 1997, p. 275-279). Assim é a atividade judicial: o juiz em um caso concreto deve conhecer os precedentes judiciais e, ao julgar, ser coerente com o histórico do sistema jurídico vigente. É o mesmo que dizer: o juiz deverá conhecer o tema central e enredo do romance para escrever o seu capítulo.

2.2 Princípios e regras em Robert Alexy

Em Robert Alexy e sua tese sobre princípios e regras, ambos são normas porque dizem o

que deve ser, e a diferenciação se dá no campo qualitativo.

Para o autor regras são normas que ordenam algo definitivamente, como mandamentos definitivos que sempre podem ser cumpridos ou não. Quando uma regra vale e é aplicável, há uma ordenação definitiva em se fazer rigorosamente aquilo que ela determina.

Como são razões definitivas, o conflito entre as regras soluciona-se pela introdução de uma cláusula de exceção em face de uma delas ou pela declaração de invalidade de outra, desconsiderando-se do ordenamento jurídico a regra declarada inválida.

Nesse sentido

O nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam fortes para que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afetado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional (ALEXY, 2009, p.141).

Assim, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011, p. 132).

Para o autor os mandamentos consubstanciados nos princípios podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com o âmbito das possibilidades jurídicas, determinado pelos princípios e regras colidentes, bem como, das possibilidades fáticas, m uma verdadeira análise da questão da necessidade das afetações à sua satisfação, aferida pela aplicação das máximas de adequação e da necessidade em um juízo de proporcionalidade. Assim, são vetores *prima facie* que representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Ao contrário do que se passa com as regras, a colisão entre princípios resolve-se pelo sopesamento entre os interesses conflitantes, com precedência daquele de maior peso, verificação feito sempre no caso concreto.

Por fim, princípios são razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas (ALEXY, 2009, p. 106).

3. A NORMA CONSTITUCIONAL NO PÓS-POSITIVISMO

Com a derrocada do Estado positivista assentado na supremacia do Parlamento, resultado do pós guerra que expôs o totalitarismo contra o qual a produção legislativa mostrou-se impotente, exsurgiu a dignidade da pessoa humana como fator preponderante na construção e aplicação do novo Direito que nascia.

Deu-se início, então, ao combate à insensibilidade positivista e necessidade de busca de uma justiça material que refutasse a pretensa neutralidade positivista de outrora, reafirmadora da

mera igualdade formal, armadilha ideológica que isentava o legislador e o juiz das consequências de suas decisões.

Foi “o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens” (COMPARATO, 2010, p. 69) que conduziu à adoção da dignidade da pessoa humana como valor máximo informador da nova concepção de Direito pós-positivista. A busca pela realização do elemento axiológico, condutor do constitucionalismo moderno ou contemporâneo, exigiu, então, a consideração dos princípios como normas jurídicas vinculantes (deônticas), o que revolucionou a hermenêutica e a reorganizou a partir da valorização dos direitos fundamentais edificados sobre o a dignidade humana.

Os questionamentos passaram a analisar a questão do justo e injusto como elemento do Direito. O Direito pode até ser injusto, mas “só é direito por ter o sentido de ser justo” (RADBRUCH, 2009, p. 11), isto é, por aspirar à correção, à justiça, elemento de sua validação.

Nesse sentido, “sistemas que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Sistemas que formulem essa pretensão, mas não a satisfazem são defeituosos” (ALEXY, 2009, p. 41).

A tese de Alexy acerca de pretensão de correção existe em todos os atos institucionais de produção do direito (seja o ato de promulgar uma constituição ou, mais concretamente, o ato de decidir um caso concreto com fundamento no direito positivo). Tal pretensão de correção está presente toda vez que algum juiz decide uma questão jurídica, e envolve necessariamente dois aspectos: a) a pretensão de que a decisão está corretamente substanciada à luz do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo; b) a pretensão de que a decisão é justa e razoável. (...) Significa, assim, dizer que ela está implícita em todos os contextos de produção/aplicação do Direito, sendo, portanto, universalmente válida e objetivamente justificável (BUSTAMENTE, 2009, p. 210).

Assim, “as normas de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto” (ALEXY, 2009, p. 48). Trata-se do “argumento da injustiça” que em Radbruch opera um conceito relacional que determina o sopesamento entre os princípios de segurança e justiça material, com prevalência, *a priori*, do primeiro.

Não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência (...) a validade do direito positivo somente pode fundamentar-se na incognoscibilidade do direito justo (RADBRUCH, 2009, p. 27).

E, ainda:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça (ALEXY, 2009, p. 34).

Na medida em que “os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos” (ALEXY, 2009, p. 92). “No

Direito o valor não é categoria ontológica; tem validade” (BONAVIDES, 2010, P. 644). Assim, ganha a afirmação da validade do Direito em cientificidade por operar a partir de razões normativas e não metajurídicas ou extrajurídica afetas a discricionariedade retórica.

Para desincumbir-se desse novo imperativo jurídico de concretizar a justiça material o juiz passou de expectador à artífice dos direitos fundamentais. Deixou de ser a boca que pronuncia as palavras da lei para tornar-se aplicador do Direito

A partir dessa nova concepção, a norma jurídica passa a ser estudada como uma construção de sentido composta de elementos sociais (imperatividade e autorização ou sindicabilidade) e sanção. É um resultado da interpretação que não precede ao intérprete nem existe sem sua atividade interpretativa.

A norma jurídica pode tanto ser considerada em sentido amplo (leis) quanto em sentido estrito (Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções). A imperatividade corresponde ao dever-ser, à obrigação traduzida naquilo que permite/proíbe/obriga. O autoramento ou sindicabilidade advém do não cumprimento da imperatividade, ou seja, quem sofreu o dano fica autorizado a pedir a sua reparação a quem descumpriu a norma. A sanção é a pena imposta a quem causou o dano (oriundo do descumprimento da norma). Por fim, no caso de não haver a reparação voluntária, cabe a coação (DINIZ, 2009, p. 341-386).

Há, contudo, uma distinção entre a norma jurídica e o enunciado normativo. A norma jurídica é um significado atribuído ao enunciado normativo que, por sua vez, é a indicação (signo) linguística textualizada, ponto de partida para, através de método, construir os significados jurídicos possíveis.

Trata-se, pois, a norma jurídica, do sentido construído a partir de uma interpretação sistemática de textos normativos:

Daí se afirmar que os dispositivos constituem objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre a norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito?

Em outros casos há dispositivos mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. O Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade

chega-se ao princípio da segurança jurídica. Não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro (ÀVILA, 2009, p.30 e 31).

De uma outra perspectiva, a hermenêutica-concretizadora, a norma é resultado da sua aplicação que coliga interpretação e aplicação em uma construção de sentido a partir da interação elíptica do programa normativo e do âmbito normativo:

Por sua vez, através da “teoria estruturante”, também de cunho hermenêutico-concretizador, identifica-se a norma como o resultado da sua aplicação, ou seja, coliga interpretação e aplicação como duas faces da mesma moeda. Essa construção de sentidos é cunhada a partir da interação elíptica do programa normativo e do âmbito normativo.

A “teoria estruturante” é um refinamento das concepções “tópico-problemática”, de Theodor Viehweg, e “hermenêutico-concretizadora”, de Konrad Hesse, às quais supera metodologicamente ao substituir a livre escolha de *topoi* pela adoção do sistema jurídico como premissa para a tomada de decisões. A “teoria estruturante” constrói significados com respaldo nos elementos tradicionais de interpretação e nos princípios instrumentais (elementos metodológicos), na doutrina, na jurisprudência e nas concepções cunhadas pela teoria da constituição (elementos teóricos e dogmáticos) e na política-constitucional, do que é vívido exemplo a reserva do possível.

Uma norma jurídica é mais (...) do que o seu teor literal. O teor literal expressa juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o programa da norma (...) Ela é a estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma “escolheu” para si como a “sua” área de regulamentação ou que ele, em parte criou (MÜLLER, 2009, p. 227).

O programa da norma “indica espaços de ação metodicamente domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado” (MÜLLER, 2009, p. 228).

A forma linguística do texto normativo geralmente fornece importantes indicações a respeito das ideias normativas fundamentais da disposição e, com isso, dos questionamentos sob os quais o âmbito normativo deve ser observado (...) como ponto de partida metódico, como fator de segurança jurídica, de publicidade e clareza normativa na democracia do Estado de Direito (...) uma fronteira de concretização permitida (MÜLLER, 2009, p. 205).

Nesse sentido, “o programa normativo não exclui, assim, uma solução mesmo quando ela não resulta dele, mas apenas se estiver em nítida contradição com os conteúdos textuais possíveis”. Logo, tem uma função “seletiva e delimitadora, todavia não é concebida para proceder à reavaliação do conteúdo” (MÜLLER, 2009, p. 211 e 227).

Se o programa normativo é o elemento selecionador e indicativo (dados linguísticos), o âmbito normativo é a parcela da norma ou realidade que cabe nesse programa e fundamenta a normatividade (dados reais). O âmbito normativo é o ponto de referência social que confere à norma validade e efetividade. É o elemento de enlace, que responde pela ‘força normativa’ capaz de

emprestar energia modificadora à realidade, de “despertar a força que reside na natureza das coisas” (HESSE, 1991, p. 24), como parcela do condicionamento mútuo que indispensavelmente existe entre a constituição jurídica e a constituição real ou social.

Essa constante adequação das normas aos fatos – requisito indispensável à própria efetividade do direito, o qual só funciona enquanto se mantém sintonizado com a realidade social, muito embora essa adequação não deva comprometer a autonomia dos modelos normativos e a sua pretensão de conformar, juridicamente, a sociedade (COELHO, 2007, p. 25).

É por isso que “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (HESSE, 1991, p. 20).

A observância desse fator, que coloca a norma no tempo ou a integra na realidade pública, é imprescindível à efetividade esperada. De outro modo, a realização social do Direito restaria de antemão frustrada por um abissal descompasso e entre “o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 83).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o pós-positivismo e o combate à insuficiência positivista na regulamentação de questões de justiça, a norma constitucional ganhou peso axiológico e passou a ser subdividida em princípios e regras.

A norma jurídica é uma construção de sentido elaborado a partir de uma interpretação sistemática de textos normativos e composta de elementos sociais (imperatividade e autorização ou sindicabilidade) e sanção.

Segundo a teoria estruturante de cunho hermenêutico-concretizador, a norma é o resultado de sua aplicação através de uma construção de sentidos de interação elíptica do programa normativo e do âmbito normativo.

Nessa construção se sentidos, perpassa a necessidade de instrumentalizar a justiça enquanto elemento do Direito e, portanto, a questão constitucional ganha o elemento vetorial de seu conteúdo, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a decisão jurídica precisa utilizar-se de procedimentos argumentativos tais que convençam sobre a realização dos desígnios constitucionais racionais de justiça.

Para tanto, a fundamentação jurídica buscará conclusões a partir de proposições silogísticas que passará por premissas de consenso e arquétipos legais delimitados típicos das regras, até alcançar juízos substantivos elaborados a partir de construções dogmáticamente sedimentadas e condizentes a elementos de conteúdo semântico aberto próprios dos princípios.

Assim, a norma constitucional se apresenta na contemporaneidade como fator preponderante para a validação da justiça material e elemento refutador da antiga pretensa neutralidade positivista. A construção do Direito hoje tem por condição de validade a regência da sociedade através de normas que contenham subsídios axiológicos para a implementação da justiça e para o combate às injustiças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. A Fórmula do Peso. In: Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin. Breves considerações sobre a integridade do direito. Intertemas, Presidente Prudente, vol. 13, 2007. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/>>.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. A Razoabilidade na Dogmática Jurídica Contemporânea: Em Busca de um Mapa Semântico in: Leituras Complementares de Direito Constitucional - Teoria da Constituição. Salvador: 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica e direito. O direito como objeto cultural e o problema da compreensão. In: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica, Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. (Trad.) Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HART, Hebert L. A. O Conceito de Direito. 3 ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin and discretion. Lua Nova (online). 2004, n. 61, p. 91-113. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. v. 2. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1962.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.
- MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, vol. 1, 2003.

UM ENSAIO SOBRE DEMOCRACIA, POPULISMO E *IMPEACHMENT*

Fernando Cesar Mendes BARBOSA¹

RESUMO

Este artigo discute a relação entre democracia, populismo e *impeachment*. Seu objetivo é demonstrar que essa relação se fundamenta tanto na defesa de valores democráticos em democracias contemporâneas, quanto em ameaças e desafios a esses valores. O argumento utilizado faz uso da demonstração que proteção e desafios democráticos podem estar inseridos em uma mesma dinâmica e serem fortalecidos por distintos usos de ferramentas democráticas. Trata-se de pesquisa qualitativa, com manejo das técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica e da análise documental. A conclusão aponta que ao serem colocadas em xeque, as instituições democráticas precisam ser fortalecidas em razão de desafios e disputas em seu interior.

PALAVRAS-CHAVE: *Impeachment*; Democracia; Populismo.

ABSTRACT

This article discusses the relationship between democracy, populism, and impeachment. It argues that this relationship is based both on the defense of democratic values in contemporary democracies, and on threats and challenges to these same values. The discussion builds on the argument that both the protection of and the challenges to democracy can be embedded in the same dynamic and can be strengthened by different uses of democratic tools. This is a qualitative research that deals with literature review and document analysis research techniques. The conclusion indicates that, as they are challenged, democratic institutions need to be strengthened in view of the challenges and disputes within them.

Keywords: Impeachment; Democracy; Populism.

INTRODUÇÃO

“Aqui qualquer coisa é *impeachment*.”² A frase proferida recentemente pelo Vice-Presidente da República Hamilton Mourão (PRTB), esvaziada de elementos partidários e de discussões de mérito, aponta para modos de compreensão acerca do instituto do *impeachment*, que analisado com outros elementos presentes nos Estados Modernos, como a democracia e o populismo, demonstra que valores tutelados por Estados Democráticos podem estar ameaçados.

Embora não possam ser equiparadas, várias Democracias têm colocado suas estruturas democráticas à prova recentemente. No caso brasileiro, os processos de *impeachment* sofrido por Fernando Collor de Mello e pela Presidenta Dilma Vana Rousseff, somados aos pouco mais de cento e trinta pedidos de *impeachment* do atual Presidente de República são exemplos dos desafios

1 Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - PPGD/UFPR. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. É servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Pesquisador do Grupo de Pesquisa BIOTEC - Direito, Biotecnologia e Sociedade, da Universidade Federal do Paraná.

2 A frase foi pronunciada pelo Vice-Presidente da República Hamilton Mourão (PRTB) em entrevista concedida do Jornal Estadão em 15/01/2021 e publicada na edição do dia 17/01/2021 e pode ser conferida em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/deixa-o-cara-governar-po-afirma-mourao.70003584122>>. Acesso em 15/02/2021.

e das disputas às quais a democracia brasileira tem sido submetida. No cenário mundial, mais recentemente, o *impeachment* sofrido por Bill Clinton e os dois processos de *impeachment* sofridos por Donald Trump, nos Estados Unidos, também são exemplos de desafios apresentados à democracia.

Nesse cenário, pretende-se discutir as relações que são estabelecidas, em um Estado Democrático, entre democracia, populismo e *impeachment*. Para isso, neste artigo, toma-se como premissa que as ameaças e disputas às quais democracias têm sido submetidas ao mesmo tempo em que reúnem as condições necessárias para surgimento de governos populistas – que têm sido considerados verdadeiras ameaças à democracia – também demonstram que as democracias, que a teoria democrática e o pensamento político têm sido colocados à prova em face dos desafios que lhes têm sido apresentados.

Ao discutir as relações entre *impeachment*, democracia e populismo, tem-se por objetivo demonstrar que os valores democráticos materializados na prerrogativa de participação popular, no equilíbrio entre os Poderes do Estado, na definição dos seus rumos e na construção de questões relacionadas ao povo, são evidenciados quando princípios considerados basilares de uma democracia estão sob ameaça, como parece ser o tempo presente e demandam ações democráticas na defesa de valores democráticos.

Para estruturar a análise relacional proposta, o artigo está organizado em três seções. Na primeira, são analisados alguns elementos característicos e constitutivos das democracias, a partir da análise de ameaças e disputas a esses valores. Uma dessas ameaças é analisada na segunda seção do artigo: o populismo, evidenciando suas relações com a própria democracia e com instituições democráticas. Na terceira seção, analisa-se o instituto do *impeachment*, como um mecanismo que embora seja utilizado para garantia de valores democráticos também pode ser constituído como desafio à democracia. Trata-se de pesquisa qualitativa, com manejo das técnicas de pesquisa da revisão bibliográfica e da análise documental.

SOBRE DEMOCRACIA E SUAS DISPUTAS

Embora de tempos em tempos discussões e problemas relacionados à democracia desafiem estruturas sociais e coloquem em xeque instituições democráticas, mesmo em países comumente considerados democracias sólidas e consolidadas, questões democráticas emergentes não são necessariamente um problema recente e exclusivo da época e do recorte temporal no qual vivemos, ou melhor, do século XXI. O que parece ser mais recente são a atualização e a emergência dos desafios e ameaças postos à democracia contemporânea.

Ainda que a noção de Estado Democrático seja uma construção Moderna – aliás, antes

disso, a noção de Estado é Moderna³ (HESPANHA, 2019) e, portanto, razoavelmente próxima da contemporaneidade, debates relacionados aos limites e garantias que fundamentam as relações sociais de um determinado povo acompanham, em certa medida e guardadas as devidas proporções vinculadas às experiências jurídicas de cada época, a história das sociedades, notadamente as sociedades modernas e contemporâneas.

Nesse sentido, tem sido afirmado que o Estado de Direito Moderno nasce alicerçado na afirmação do princípio da legalidade como equivalente do direito válido, de forma que uma norma jurídica não será necessariamente considerada “justa” em razão de seu conteúdo, mas por ter sido instituída por uma autoridade competente. (FERRAJOLI, 2003).

Nesse debate, é preciso destacar que quando as discussões estão voltadas à relação entre povo e governo, os tempos não são necessariamente lineares, uniformes, com datas precisas de incidência legislativa e normativa. Contrariamente, o que se verifica é que apelos democráticos têm ocupado espaço na história das sociedades, ainda que não fundamentados na ideia contemporânea de democracia, mas na necessidade do estabelecimento de limites às forças constitutivas de uma sociedade.

Materializados na noção Moderna de democracia, a perseguição desses valores revela que “a democracia acontece com a despersonalização do poder, com a historização dos fins da sociedade e com a concepção de que o povo é soberano”. (KOZICKI, 2015, p. 9). A procura, ou melhor, a construção de uma sociedade alicerçada na soberania do povo – em linhas gerais – passa pela determinação de limites ao poder, também chamado de “despersonalização do poder”.

Em outra direção, relações entre povo e estado ou, se preferirmos, em outros casos, entre povo e governo também são construídas cultural, histórica e socialmente. Nesse sentido, Maurizio Fioravanti (2004) demonstra, exemplificativamente, que o início da propagação dos ideais e princípios norteadores posteriormente da construção do Estado Europeu se dá por volta do século XIII, quando se torna possível observar preocupações em torno da organização dos governos dos territórios presentes na Europa.

Dessa maneira, para ele, quando falamos em Estado, falamos, necessariamente, em uma “realidade territorial governada cada vez mais em seu conjunto, e cada vez de maneira mais institucionalizada, segundo regras escritas que fixam o lugar de cada um”⁴(FIORAVANTI, 2004,

3 A aproximação temporal ora realizada, que posiciona a origem do Estado na Modernidade não pretende estabelecer marcos temporais inflexíveis, tampouco desconsiderar experiências jurídicas e “estatais” anteriores à Modernidade, mas tão somente destacar um período no qual se torna evidente o interesse pelo estabelecimento de limites aos governos e pela garantia de direitos ao povo, como é possível verificar nas Constituições Modernas em suas variadas manifestações e características.

4 No original: [...] tenemos <<Estado>> porque tenemos una realidad territorial gobernada cada vez más en su conjunto, y cada vez de manera más institucionalizada, según reglas escritas que fijan el lugar de cada uno. Este es el sentido fundamental de la transformación a la que asistimos en el paso de la edad media a la moderna. Y este

p.15).

Assim, discussões fundamentadas na relação entre povo e governo ou entre Estado e povo são atualizadas e trazem marcas de temporalidade. Embora o resgate histórico da construção de percursos democráticos nas sociedades não seja o objetivo deste artigo, abordagens sobre democracias e suas disputas, como ora se propõe, precisam ser delimitadas, sobretudo em razão de os apelos e desafios democráticos também serem atualizados. Nossa discussão aproxima-se de elementos contemporâneos que apontam para desafios, limites e disputas de ordem democrática e na ordem democrática, ainda que no debate sobre legitimidade nem todas as bandeiras democráticas defendidas em sociedades democráticas sejam legítimas (MOUFFE, 2015), mas essa é outra abordagem.

O debate democrático, materializado na prerrogativa de participação popular, na definição dos rumos de um Estado e na construção de questões relacionadas ao seu povo, emerge quando princípios considerados basilares de uma democracia são ou parecem estar ameaçados.

Essas ameaças à democracia que são classificadas na literatura de diferentes maneiras, assumindo a forma de desarranjos, de crises, de rupturas, de desencontros ou até mesmo de disputas, demonstram verdadeiros distanciamentos entre práticas e interesses, que analisados do ponto de vista do Constitucionalismo são classificados como mal-estar constitucional (VIEIRA, 2018) e, no caso brasileiro, sugerem uma crise da Constituição (BERCOVICI, 2013).

Esses modos de descrever um recorte conjuntural, demonstram que problemas emergentes e circunscritos à democracia estão relacionados à maneira pela qual um Estado é constituído e como essa constituição concebe a relação do Estado com seu povo. Dito de outra maneira, os modos pelos quais os interesses das pessoas, os interesses do povo estão reunidos nessa “união”, nessa “reunião” de interesses políticos, que se manifestam na Constituição e na condução do Estado.

A questão que se apresenta parece se colocar na direção de uma relação entre Constituição e democracia, mais especificamente, uma relação pautada entre os limites estabelecidos pela Constituição de um Estado e os limites estabelecidos pelos interesses do povo de um Estado, levantando questões como quais são os limites de participação do povo nas decisões dos rumos de um Estado, uma ideia que será retomada à frente.

Essa relação entre constituição, ou melhor, entre Constitucionalismo e Democracia, no âmbito da literatura jurídica constitucional, tem sido compreendida a partir de diferentes aspectos. São análises que, em certa medida, permitem compreender, ou ao menos colocar em discussão, os modos pelos quais constitucionalismo e democracia se relacionam ou estão relacionados.

es el carácter del Estado moderno europeo que es posible captar en su origen: el Estado como gobierno de un territorio, que actúa de manera cada vez más disciplinada e reglada, con la intención de reunir las fuerzas operativas sobre este territorio, de reconducirlas a una perspectiva común. (FIORAVANTI, Maurizio, 2004, p. 15).

A análise da relação entre constitucionalismo e democracia tem sido classificada como complexa e problemática. As dificuldades de equalização dessa relação demonstram que se por um lado a democracia advoga pela participação do povo, agindo na definição de questões basilares do Estado, por outro, o Constitucionalismo aponta para o estabelecimento de limites à participação popular. (CHUEIRI; GODOY, 2010).

A centralidade da relação entre constitucionalismo e democracia permite que essa relação seja abordada de diferentes maneiras. Os modos de compreender a relação entre constitucionalismo e democracia apontam para a existência de uma tensão entre ambos (MICHELMAN, 1999), mas também para entendimentos de “aproximação” entre democracia e constitucionalismo, ou melhor, de “afastamento” da tensão entre democracia e constitucionalismo (DWORKIN, 1992; 2002; HABERMAS, 1997; 2003). Embora a relação entre democracia e constitucionalismo possa ser analisada a partir de aproximações e distanciamentos, essa relação também é analisada do ponto de vista de uma espécie de “pacto” ou de “responsabilidade” entre democracia e constitucionalismo (TUSHNET, 2008).

Apesar de a relação entre democracia e constitucionalismo ser mais complexa e problemática (CHUEIRI; GODOY, 2010) do que a breve análise ora realizada, o que se verifica é que entre democracia e constitucionalismo também pode estar presente uma ideia de unidade e não necessariamente de desencontros ou afastamentos (TORRES, 2011).

Dessa forma, nossa opção, teórica e metodológica, afasta-se momentaneamente das análises que apontam para eventuais tensões e distanciamentos entre democracia e constitucionalismo para avançar no que elas têm em comum e que se materializa sob a égide dos Movimentos Constitucionalistas que têm origem na Modernidade: o estabelecimento de limites e a garantia de direitos (CANOTILHO, 2003).

Por isso, pensar a democracia – ou melhor, a ação política – por meio dos aportes presentes nos objetivos dos Movimentos Constitucionalistas Modernos abre a possibilidade de a democracia também ser analisada a partir do que lhe é mais prejudicial: ações antidemocráticas; e, mais recentemente, como será abordada na seção seguinte, a popularidade que a prática desses atos adquire – ou melhor, têm adquirido – em algumas sociedades contemporâneas, entre as quais a brasileira.

Ameaças à democracia têm sido definidas como experiências difíceis de serem classificadas e, em alguns casos, identificadas. Ao analisar momentos desafiadores à democracia, Francis Fukuyama (2015) destaca ser difícil identificar se esses desafios constituem uma espécie de “retrocesso momentâneo” experimentado pelas grandes democracias ou se esses desafios corresponderiam a uma mudança maior no cenário político mundial. No entanto, para o autor, o que

não apresenta maiores dificuldades é a identificação de que nos últimos anos as democracias têm tido um desempenho insatisfatório em relação a valores democraticamente defendidos.

Essa tese também é recuperada quando são analisados os números relacionados ao desempenho democrático em diferentes lugares do mundo. Em pesquisa⁵ realizada em 2018, Michael J. Abramowitz verificou que após décadas seguidas de crescimento no número de países considerados livres ou parcialmente livres, em 2017 esses números apresentaram retração.

Quadro 1: Análise de países livres, parcialmente livres e não livres, no período de 1987 a 2017.

Países	1987	1997	2007	2017
Livres	72	89	97	94
Parcialmente livres	72	63	65	62
Não livres	65	57	47	53

Fonte: elaborado pelo autor, a partir dos dados da pesquisa⁶ de Abramowitz (2018).

Os dados apresentados acima demonstram que, sobretudo a partir do ano de 2007, o número de países considerados livres ou parcialmente livres diminuiu em relação àqueles considerados não livres, cujo número passou de quarenta e sete em 2007, para cinquenta e três em 2017.

Entre os resultados apresentados, a pesquisa demonstrou que valores democráticos, notadamente aqueles relacionados ao direito de escolha de governantes em eleições livres, à liberdade de imprensa e ao Estado de Direito sofreram ou foram alvo de grande retrocesso na última década objeto da pesquisa.

Em relação à Europa, a pesquisa demonstrou que como um dos resquícios da crise migratória ocorrida entre os anos de 2015 e 2016 naquele continente, houve uma ascensão de políticos populistas de extrema direita em países do bloco, contribuindo para que práticas e anseios xenofóbicos ganhassem espaço, ao tempo em que esses mesmos partidos populistas de extrema direita também aumentassem sua base eleitoral em países como a Alemanha, Holanda, Áustria e

5 A pesquisa *Freedom in the World* 2018 analisou a condição de liberdade democrática de 195 países e 14 territórios ao longo do ano de 2017. Para a realização da pesquisa foram considerados e pontuados 25 indicadores de cada um dos países e territórios analisados. Por meio de pontuações obtidas, foram determinadas classificações relacionadas aos direitos políticos e às liberdades civis. A partir dessa classificação estabeleceu-se uma média que posicionou países e territórios em livres, parcialmente livre e não livres. A metodologia utilizada e a pesquisa realizada podem ser consultadas em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/democracy-crisis>. Acesso em: 15 jan. 2021.

6 Importante esclarecer que apesar de o autor da pesquisa não ter declinado objetivamente os parâmetros conceituais utilizados, parece-nos que há ampla utilização de concepções formais de democracia, Estado, liberdade e justiça, com pouca inclinação a concepções materiais de compreensão do acesso a direitos e à concepção de democracia. De outro modo, há indícios de que na pesquisa realizada o mundo democrático é compreendido a partir de uma perspectiva liberal e formal da democracia, que parece pensar em formas de governo com pouca aderência à realidade social.

França (ABRAMOWITZ, 2018, p. 15).

Uma das chaves de interpretação para o retrocesso democrático em democracias recentes, mas também em democracias consolidadas é a fragilidade presente nos processos de institucionalização dessas democracias. Essas fragilidades são percebidas nas dificuldades encontradas para que essas democracias façam efetivamente a passagem de um estado patrimonial para um estado moderno, fundamentado na impessoalidade (FUKUYAMA, 2015). Para Fukuyama, a impessoalidade é uma das características principais dos Estados Modernos, por meio dela as pessoas são tratadas igualmente. As relações entre as pessoas e o Estado não estariam fundamentadas em suas relações com o governante. Contrariamente, destaca o autor, em estados patrimoniais – em oposição aos Estados Modernos – as relações políticas, ou a própria política, não estão fundamentadas no princípio da impessoalidade, mas na indistinção entre público e privado, mais especificamente, na indefinição entre o interesse público e interesse do governante.

Embora Fukuyama (2015) reconheça que contemporaneamente não estejamos mais diante de Estados totalmente patrimoniais, como aqueles que antecederam à Modernidade, há Estados contemporâneos que apesar de pretenderem serem Estados Modernos, fundamentados na impessoalidade, são, de fato, Estados neopatrimoniais, nos quais o Estado é utilizado para interesses pessoais de seus governantes.

Nesses Estados, as pessoas não ascendem à política para gerir interesses públicos, mas para atender aos seus próprios interesses. É nessa direção que, para Fukuyama, muitos Estados contemporâneos terão que agir em duas direções, por um lado deverão se constituir como Estados Modernos e, ao mesmo tempo, deverão constituir instituições democráticas sólidas. Nesse sentido, o alerta feito pelo autor aponta para a necessidade de que comunidades democráticas não se cansem da busca pela construção de instituições democráticas sólidas em face de governos autoritários, que podem estar no interior da própria democracia.

Sobre esse problema, Stephen Holmes (2018) demonstra que em uma democracia, podem estar presentes distanciamentos entre aqueles que lutam para sobreviver e uma elite “bem nascida”, privilegiada e que busca constantemente privilégios nessa ordem democrática. Ao analisar as razões pelas quais as democracias perecem, o autor demonstra que esses distanciamentos correspondem a um terreno fértil para o “surgimento” de empreendedores políticos, em outras palavras, oportunistas políticos. Para Holmes, relações como essa fortalecem governos populistas. Contemporaneamente, governos populistas têm sido considerados grandes ameaças aos governos democráticos (SCHEPPELE, 2019).

SOBRE POPULISMO(S)

O populismo tem sido considerado um tema com múltiplas possibilidades de compreensão (BARBER, 2019), sendo possível falarmos inclusive em variedades de populismos (TUSHNET, 2019). O interesse semântico na compreensão do populismo soma-se à constatação que “o mundo está inundado de populismo atualmente”⁷ (SCHEPPELE, 2019, p. 314)⁸.

Para Kim Lane Scheppele (2019), essa categoria de políticos classificada como populistas seria constituída por autocratas que colocam em xeque o constitucionalismo liberal e notadamente seus valores democráticos, por meio do conhecimento e da crítica às fragilidades do constitucionalismo liberal, evidenciando eventuais fraquezas da teoria constitucional.

No entanto, alerta a autora, uma análise mais detalhada dos pressupostos teóricos desse populismo será capaz de demonstrar, nos casos analisados pela autora⁹, que não se trata de um populismo em seus fundamentos teóricos, tampouco um populismo sério, mas um abandono do liberalismo pela busca do poder pelo poder, por esses autocratas. (SCHEPPELE, 2019, p. 314).

Para Mark Tushnet (2019), definições relacionadas ao populismo comumente classificam-no como um regime representativo de um líder carismático, com ampla utilização de um discurso de oposição e ataque às elites.

Para ele, outras abordagens conceituais de governos populistas classificam suas ações como: o povo considerado contras as elites – estas consideradas corruptas; a sociedade dividida em dois grupos, sendo um deles constituído pelas “pessoas de verdade” e o outro pelas elites corruptas, a sociedade constituída por esses dois grupos antagônicos, porém homogêneos; que os populistas são guiados pelo desejo do povo e que não são plurais, ou seja, avessos à diversidade. (2019, p. 382)¹⁰.

Além dessas abordagens, que para Mark Tushnet tomam o populismo tão somente como um modelo de ação política, sem avançar em termos de seu conteúdo específico, o autor destaca que também é necessário analisar o populismo do ponto de vista de seu conteúdo que terá elementos de natureza mais nacionalista e liberal, aproximando-se de abordagens mais relacionadas à direita e elementos de natureza mais nacionalista e socialista, mais próximo de abordagens à esquerda

7 Tradução livre.

8 No original: “The world is awash in populism these days” (SCHEPPELE, 2019, p. 314).

9 Em seu texto, a autora exemplifica com os seguintes casos: “hard to pin down politically, but considered populist in any event, are Putin in Russia and Erdoğan in Turkey. And then there is the new wave of populists who have scored major electoral victories by surprise: Trump in the US, the Brexiteers in the UK, and Bolsonaro in Brazil. (SCHEPPELE, 2019, p. 314).

10 No original: The definitional approach — taken by academics — offers general criteria by which populist regimes can be identified. The most common definitions include criteria like these: Politics is understood as setting “a morally pure and unified people against elites who are deemed corrupt or in some way morally inferior” or as treating “only some people [as] really the people;” populists “split society into ‘two homogenous and antagonistic groups: The pure people on the one end and the corrupt elite on the other, ’and say they’re guided by the ‘will of the people;’” populists “are not pluralist. They consider just one group: ‘the people’: legitimate.” (TUSHNET, 2019, p. 382).

(TUSHNET, 2019). Dessa maneira, governos populistas – embora com características distintas – podem estar mais alinhados tanto a discursos de direita quanto, em certa medida, a discursos de esquerda.

Embora o populismo possa ser classificado a partir de diversos elementos, características e análises distintas, torna-se importante, neste artigo, uma aproximação a elementos que possam ser tomados como caracterizadores de governos populistas, como aquele que o define como “um tipo particular de patologia constitucional. [...] Como uma característica negativa de governo¹¹” (BARNER, 2019, pp. 129-130)¹². Esses elementos podem apontar para uma *raison d'être* do populismo contemporâneo.

Uma das abordagens que podem ser utilizadas para a identificação de governos populistas ou ao menos de práticas que se aproximam de ideais populistas é a análise da maneira pela qual esses governos ou aqueles que se identificam com esses governos constroem discursos e materializam suas ações.

Embora não se trate necessariamente de uma equiparação entre populismo e autoritarismo, Karen Stenner e Jonathan Haidt (2018) demonstram que entre as principais características do populismo está a construção de um “outro”. Um “outro” que se materializa na construção de um discurso nacionalista em oposição à adoção de práticas globais e conseqüentemente em ações isolacionistas no relacionamento com outros Estados.

Na mesma direção, práticas xenofóbicas (STENNER; HAIDT, 2018) também constituem uma das características de governos populistas. Dessa forma, migrantes e refugiados são posicionados em uma categoria que supostamente ameaça os interesses nacionais e os interesses do povo do Estado, do “verdadeiro povo” do Estado. Declarações como “nosso país para o povo do nosso país” são comuns em governos populistas, de modo que diversas ações podem ser implantadas com o objetivo de “repelir” a ameaça simbolizada por migrantes e refugiados que passam a ser tratados como uma questão de segurança nacional¹³. Assim, têm espaço ataques, acusações e expressões racistas àqueles não considerados integrantes da nação – “*the real nation*” (TUSHNET, 2019, p. 386).

Essa caracterização de migrantes e refugiados é comumente utilizada para o fortalecimento de duas categorias internas a esses Estados: o “nós”, constituído pelos nacionais do Estado e os

11 Tradução livre.

12 No original: “Populism is a particular type of constitutional pathology. [...] Populism is a negative feature of government.” (BARNER, 2019, pp. 129-130).

13 Um dos exemplos mais recentes entre as democracias contemporâneas foi o anúncio realizado pelo então Presidente dos Estados Unidos, Donald John Trump de construção de um muro na fronteira entre o México e os Estados Unidos.

“outros¹⁴” grupo representativo dos migrantes e refugiados. Além de caracterizações como essas serem utilizadas para estigmatizar migrantes e refugiados, elas também cumprem a função de posicioná-los como inimigos de uma suposta identidade nacional, concorrentes em ofertas de emprego e como ameaças à prosperidade do Estado. (STENNER; HAIDT, 2018).

Em sentido semelhante, outro traço característico do populismo tem sido identificado por meio de proposições que apontam para a fundamentação e para o fortalecimento do discurso populista por meio de alegações como supostas explorações dos verdadeiros cidadãos, pessoas reais ou em outras palavras “cidadãos de bem” por elites, pela corrupção de alguns grupos e por outras formas de exploração. Essa característica de formas populistas de governo age para posicionar “cidadãos de bem” contra todos os outros que supostamente impedem seu acesso a direitos, a valores, à identidade, entre outros.

Assim, o populismo estaria diretamente associado a uma espécie de conjuntura contemporânea caracterizada pela insatisfação com as condições atuais da vida no mundo do que propriamente uma força política. Dessa maneira, a emergência do populismo contemporâneo, ou dos populismos contemporâneos, associa-se diretamente à incapacidade de elites políticas avançarem na efetivação de um constitucionalismo de bem estar social (TUSHNET, 2019, p. 384). Para Tushnet, esse cenário ofereceu “uma forte fundação para o antielitismo que caracteriza o populismo contemporâneo¹⁵”. (2019, p. 384). Em direção semelhante, populistas “são oportunistas que se aproveitam de um momento em interesse próprio¹⁶” (SCHEPELLE, 2019, p 315).

Nesse cenário, partidos e ideologias “adormecidos” parecem despontar como alternativas à insatisfação conjuntural. Essa “demonstração de insatisfação” é fortalecida quando encontra ressonância no populismo de extrema direita. (STENNER; HAIDT, 2018). Essa conjuntura foi transformada em oportunidade para *outsiders* populistas – de esquerda e de direita. (TUSHNET, 2019, p. 385).

Embora não se possa equiparar autoritarismo e conservadorismo, o autoritarismo¹⁷ tem

14 Sobre o tema: “I come to the nationalist components of right and left-wing populism. Right-wing populism’s nationalism is ethnocentric, whereas left-wing populism’s nationalism may be ethno-centric in immediate practice but need not be so in principle. All forms of populism set “the people” against “the others,” but who the others are can vary. Contemporary populism’s diagnosis finds the source of domestic problems in an international political-economic order, and so “the others” also are found on the international plane”. (TUSHNET, 2019, p. 388).

15 Tradução livre. No original: “It gave a solid foundation to the anti-elitism that characterizes contemporary populism”. (TUSHNET, 2019, p. 384).

16 Tradução livre. No original: “[...] we will see that they are opportunists, taking advantage of the moment to press a self-interested case” (SCHEPELLE, 2019, p 315).

17 No original: authoritarianism inclines one toward attitudes and behaviors variously concerned with structuring society and social interactions in ways that enhance sameness and minimize diversity of people, beliefs, and behaviors. It tends to produce a characteristic array of functionally related stances, all of which have the effect of glorifying, encouraging, and rewarding uniformity and disparaging, suppressing, and punishing the difference. Since enhancing uniformity and minimizing diversity implicate others and require some control over their behavior, ultimately these stances involve actual coercion of others (as in driving a black Family from the neighborhood) and,

sido definido como uma abordagem que se materializa em estratégias voltadas à padronização e ao não reconhecimento da diversidade, uma espécie de valorização de “igualdades formais” em detrimento da valorização de diversidades (STENNER; HAIDT, 2018, p. 184), aproximando-se, portanto de um dos elementos caracterizadores do populismo.

Essa distinção entre governos populistas e governos autoritários, ou ao menos entre autoritarismos e populismos, é importante quando se verifica que governos populistas não são necessariamente governos que possam ser classificados como tiranias ou ditaduras – embora muitas vezes as ações perpetradas por esses governos possam ser classificadas e encontrar amparo em elementos constitutivos de um governo tirânico e ditatorial.

Nicholas Barber (2019) demonstra que enquanto governos tirânicos e ditatoriais geralmente governam com pouco ou quase nenhum apoio popular, governos populistas fundamentam suas ações no apoio popular, ainda que esse apoio possa ser fortalecido ou construído em desfavor ou por meio de ataques a outros membros do Estado.

É nesse sentido que governos populistas em democracias não podem ser caracterizados como governos que refutam a democracia, sobretudo em razão de o “populismo ser uma perversão da democracia ao invés de uma refutação à democracia¹⁸” (BARBER, 2019, p. 132). Caracterizados como uma perversão da democracia, governos populistas podem estar, nesse sentido, inseridos dentro das dinâmicas de uma democracia.

Aliás, mais que isso, outra característica de governos populistas é a “reinvindicação de legitimidade sob o manto de estruturas constitucionais pré-existent¹⁹” (BARBER, 2019, p. 132). Dessa maneira, quando atos praticados por governos populistas são analisados à luz das leis de um Estado é comum que esses atos sejam considerados “legais”, já que objetivamente não são contrários à lei, mas são contrários ao “princípio”, ao “espírito” das leis de um Estado (SCHEPELLE, 2016).

Essa linha cinzenta entre democracia e ditadura é chamada por Kim Lane Scheppele (2016) de “democraduras²⁰”. Para ela, as democraduras “estão suspensas entre a democracia e a ditadura e possuem características de ambas” (SCHEPELLE, 2016, p. 4-5), de maneira que ao mesmo tempo em que essas democraduras são erigidas sob a égide constitucional e buscam legitimidade constitucional, as práticas, as ações – muitas vezes materializadas em decretos do Poder Executivo negam o “espírito” constitucional e o conjunto de valores e direitos protegidos pela

more often, demands for the use of group authority. (STENNER; HAIDT, 2018, p. 184).

18 Tradução livre. No original: “Populism is a perversion of democracy rather than a refutation of it” (BARBER, 2019, p. 132).

19 Tradução livre. No original: “the populist claims legitimacy under the pre-existing constitutional structures” (BARBER, 2019, p. 132).

20 O termo em inglês utilizado pela autora é “Democratorships” (SCHEPELLE, 2016, p. 4).

Constituição de um Estado.

Em caminho semelhante ao descrito acima, em governos populistas são comuns ações fundamentadas em uma suposta legalidade, mas que ferem princípios importantes da Administração Pública. Assim, algumas práticas de governos populistas agem “indiretamente” contra valores importantes tutelados pela Constituição de um Estado, como a nomeação de pessoas desqualificadas para cargos importantes do governo, em detrimento de pessoas técnicas com conhecimento na área de atuação; exacerbadas e infundadas acusações à mídia; moralismos excessivos fortemente difundidos na sociedade e fragilização da laicidade estatal são alguns dos exemplos.

A construção do discurso de um governo populista passa pelo uso de técnicas de linguagem. A maneira pela qual um governo populista se dirige ao povo é fundamental para o fortalecimento de sua base de apoiadores, como também para a disseminação de valores próprios das “democraduras”.

Dessa forma, populistas fazem usos de mecanismos diretos para interação com o povo, sobretudo com seus apoiadores, exemplificativamente, pode ser citado o papel de destaque que redes sociais como o Twitter²¹ alcançaram nas últimas eleições tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos. Assim, “o líder populista demonstra ter contato direto com o povo, ouve suas preocupações e se mostra capaz de respondê-las sem que para isso tenha que negociar com as estruturas constitucionais estabelecidas²²” (BARBER, 2019, p. 133).

Além disso, também tem sido demonstrado que em práticas discursivas, líderes populistas usualmente fazem discursos fundamentados em linguagem altamente emocional. Nesses discursos, esses líderes são avessos a argumentos que demonstrem qualquer razoabilidade – e em alguns casos, racionalidade – são discursos alimentados por uma linguagem emocional (BARBER, 2019). Dessa maneira, ao invés de líderes populistas “apresentarem argumentos evidentes às suas posições, preferem estabelecer uma conexão puramente emocional com o povo²³”. (BARBER, 2019, p. 133). Um discurso apelativo e emotivo, muitas vezes, é construído por meio de ataques e condutas de negação à ciência e ao conhecimento, numa espécie de ode à ignorância.

Por fim, análises de governos populistas têm demonstrado que embora nesses governos existam linhas tênues entre democracia e ditadura, como exemplificado acima, estruturas constitucionais de controle continuam existindo e, dessa maneira, como demonstrou Nicholas

21 Sobre o tema: “It is little surprise that Donald Trump, a would-be populist leader, has continued to use his Twitter account even after becoming President of the United State of America” (BARBER, 2019, p. 132).

22 Tradução livre. No original: “the populist leader shows herself to have a direct connection to the people, listening to their concerns, and, in addition, is able to respond to these concerns without having to negotiate the decision through constitutional structures” (BARBER, 2019, p. 133).

23 Tradução livre. No original: Rather than provide evidenced arguments for these positions, populists seek to make an emotional connection with the people, using visceral language that circumvents the structures and disciplines of reasoned decision-making” (BARBER, 2019, p. 133).

Barber (2019), os populistas subvertem os governos constitucionais por meio de um *modus faciendi* capaz de arrebanhar muitas pessoas do povo constituindo-as seus fiéis apoiadores.

SOBRE O IMPEACHMENT

“Aqui qualquer coisa é *impeachment*²⁴”. Essa frase foi recentemente proferida pelo Vice-Presidente da República Hamilton Mourão (PRTB), ao manifestar sua opinião a respeito do debate relacionado a um eventual *impeachment* do atual presidente do Brasil²⁵. Analisada no contexto em que foi proferida a frase parece ser traduzida em uma espécie de defesa prévia que pretende esvaziar de conteúdo, relevância, materialidade ou até mesmo de viabilidade quaisquer discussões relacionadas a um suposto *impeachment* do atual Presidente.

Aliás, esse sentido fica mais claro quando recorremos à Linguística para compreender os sentidos da escolha lexical utilizada pelo Vice-Presidente. Ao fazer uso de um pronome indefinido adjetivo, qual seja: “qualquer”, atribuiu insignificância ao termo “coisa”, desqualificando materialmente pedidos de *impeachment* realizados no Brasil, o que facilmente poderia ser traduzido como: Aqui coisas sem importância são *impeachment*.

O uso da lexia “qualquer” opõe-se diretamente às hipóteses de crimes de responsabilidade elencadas no artigo 85 da Constituição Federal de 1988. Dito de outra maneira, as possibilidades de prática de crime de responsabilidade pelo Presidente da República são aquelas elencadas pela Constituição Federal, ao equipará-las a “qualquer coisa” retira-se a materialidade do fato, já que toda, ou melhor, “qualquer coisa” é *impeachment*.

A análise fica mais clara quando se analisa a frase proferida a partir de seu oposto. Se em vez de dizer: “Aqui qualquer coisa é *impeachment*” o Vice-Presidente tivesse dito, por exemplo: no Brasil, apenas coisas importantes são *impeachment*”, a qualificação do debate sobre a viabilidade de um eventual *impeachment* do atual Presidente da República teria sido outra, em razão de a carga semântica da lexia “qualquer” se aproximar de significados como sem importância, sem relevância, medíocre.

Dessa forma, é possível que a frase ora analisada tenha sido utilizada para afastar eventual relevância dos 68²⁶ pedidos de *impeachment* realizados à época, em desfavor do atual Presidente da

24 A frase foi pronunciada pelo Vice-Presidente da República Hamilton Mourão (PRTB) em entrevista concedida do Jornal Estadão em 15/01/2021 e publicada na edição do dia 17/01/2021 e pode ser conferida em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,deixa-o-cara-governar-po-afirma-mourao,70003584122>>. Acesso em 20/01/2021.

25 O atual Presidente do Brasil é Jair Messias Bolsonaro, sem partido político.

26 As informações dos pedidos de *impeachment* do atual Presidente da República foram retiradas do levantamento realizado pelo Jornal Folha de São Paulo e publicado no dia 06 de fevereiro de 2021. A matéria pode ser acessada em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/pais-tem-1-novo-pedido-de-impeachment-de-bolsonaro-a-cada-11-dias-processos-se-acumulam-pulverizados-na-camara.shtml>>. Acesso em 10 fev. 2021.

República, nos dois primeiros anos de seu mandato.

No entanto, ao dizer que “Aqui qualquer coisa é *impeachment*”²⁷ o Vice-Presidente da República ampliou as hipóteses de interpretação de sua frase, expandido seu alcance para toda a base territorial do Estado por meio do uso do advérbio de lugar: “aqui”, ou seja, no Brasil e, sobretudo pelo uso do verbo “ser” utilizado no presente do indicativo, indicando que contemporaneamente, no Brasil coisas sem importância e sem materialidade são casos de *impeachment*.

Construindo o discurso dessa maneira, parece-nos que a frase proferida pelo Vice-Presidente da República espalhou-se no tempo e no espaço para alcançar, indistintamente, o instituto do *impeachment* no Brasil, e não apenas as discussões relacionadas ao eventual *impeachment* do atual Presidente da República.

Nessa direção, outros pedidos e outros processos de *impeachment* poderiam ser analisados à luz do entendimento exarado pela frase do Vice-Presidente da República, qual seja o de que “qualquer coisa”, no Brasil, poderia dar causa ao *impeachment*.

Embora, em razão dos limites inerentes à análise ora realizada, não se possa entrar no mérito tanto dos pedidos de *impeachment* realizados na vigência do atual mandato presidencial quanto de pedidos e processos anteriores, o processo de *impeachment* sofrido pela Presidenta Dilma Vana Rousseff tem sido objeto de análises, críticas e questionamentos quanto à materialidade do suposto crime de responsabilidade que a 36ª Presidenta da República teria cometido.

Em certa medida, essas análises se somam à compreensão de que no Brasil “qualquer coisa” seria *impeachment*. Algumas pesquisas relacionadas ao procedimento político e jurídico utilizado no processo de *impeachment* sofrido pela Presidenta Dilma Vana Rousseff têm caracterizado o procedimento como um golpe tanto político quanto constitucional (KOZICKI; CHUEIRI, 2019). Nesse mesmo sentido, “um projeto político que se utiliza de procedimentos democráticos para chegar ao poder e que nega os princípios mais elementares do Estado de Direito não pode ser chamado de democrático” (KOZICKI; CHUEIRI, 2019, p 171).

O eventual uso de mecanismos democráticos para a negação de valores democráticos nos leva a uma terceira possibilidade de interpretação da frase proferida pelo Vice-Presidente da República: “qualquer coisa é *impeachment*” pode apontar para usos imprevistos, aleatórios e indeterminados da ferramenta democrática que é o instituto do *impeachment*.

Nessa direção, parece-nos não haver maiores dúvidas em relação às hipóteses de utilização

27 A frase foi pronunciada pelo Vice-Presidente da República Hamilton Mourão (PRTB) em entrevista concedida do Jornal Estadão em 15/01/2021 e publicada na edição do dia 17/01/2021 e pode ser conferida em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/deixa-o-cara-governar-po-afirma-mourao.70003584122>>. Acesso em 20/01/2021.

da ferramenta democrática, cujo objetivo principal é “permitir seu uso para uma categoria restrita de abusos cometidos que resultam do exercício dos poderes presidenciais²⁸” (SUSTEIN, 1998, p. 280).

O uso indiscriminado do *impeachment* pode apontar para o enfraquecimento de um importante instituto para a democracia e para o Estado de Direito. Não se trata aqui, por óbvio e pelos limites deste trabalho, de se somar à manifestação “aqui qualquer coisa é *impeachment*”, para isso os mais de cento e trinta pedidos de *impeachment* do atual Presidente da República precisariam ser analisados, mas, trata-se tão somente de demonstrar que o instituto está fundamentado na defesa de valores caros à democracia e que suas possibilidades de incidência foram estipuladas pela Constituição Federal, estabelecendo sua aplicação à prática de crimes de responsabilidade e que usos alheios ao escopo previamente estabelecido, além de fragilizar o instituto podem fragilizar a própria democracia.

É nesse sentido que quando uma democracia se depara com um processo de *impeachment* seus fundamentos estão estremecidos e a própria democracia é colocada em xeque (KOZICKI; CHUEIRI, 2019).

Dessa maneira, democracia, populismo e *impeachment* estabelecem uma relação importante na defesa de valores democráticos. A compreensão do que seja a democracia ou mais especificamente das disputas que têm espaço nas democracias; das manifestações populistas que podem eclodir em uma democracia e fazer uso de ferramentas democráticas contra a própria democracia, transformando-a em “democraduras” (SCHEPELLE, 2016); e da força protetora, mas também ameaçadora e fragilizadora do instituto do *impeachment* demonstram que os Estados Modernos têm grandes desafios a serem superados na construção de sociedades verdadeiramente democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os limites inerentes à análise realizada, tornou-se possível identificar que entre democracia, populismo e *impeachment* há uma relação que se materializa no interior de Estados Democráticos e apresenta desafios, limites e disputas aos regimes democráticos, sobretudo em razão de esses desafios se constituírem por meio de instrumentos democráticos, como pode acontecer em governos populistas.

Conclui-se argumentando que as democracias contemporâneas precisam fortalecer seus mecanismos democráticos frente a desafios, ameaças e rupturas democráticas instaladas em seu interior.

28 Tradução Livre. No original: “[...] the principal goal of the Impeachment Clause is to allow impeachment for a narrow category of egregious or large-scale abuses of authority that comes from the exercise of distinctly presidential powers”. (SUSTEIN, 1998, p. 280).

REFERÊNCIAS

- ABRAMOWITZ, Michael J. Democracy in crisis: freedom in the world 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/democracy-crisis>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BARBER, N. W. Populist Leaders and Political Parties. *German Law Journal*, nº 20, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/populist-leaders-and-political-parties/BA883B7AE8798F07E88F85FB66111741>. Acesso em 03 fev. 2021.
- BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *REVISTA DIREITO GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights: Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, p. 381-432, 1992. Disponível em: < <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4757&context=uclrev>>.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 13-30.
- FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.
- Francis Fukuyama, 'Why Is Democracy Performing So Poorly?' In: *Journal of Democracy*, volume 26, nº 11, 2015. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/why-is-democracy-performing-so-poorly/>. Acesso em 24 jan. 2021.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: Era das Transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.153-173.
- HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio. Coimbra: Edições Almedina, 2019.
- Holmes, Stephen. How Democracies Perish. In: Sunstein, Cass. Can it happen here? *Authoritarianism in America*. 2018, p. 387 a 428.
- KOZICKI, Katya. Prefácio à edição brasileira. In: MOUFFE, Chantal. Sobre o político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

- KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. IMPEACHMENT: A arma nuclear constitucional. Lua Nova, São Paulo, n. 108, p. 157-176, Dez, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452019000300157&lng=en&nrm=iso. Acesso em 06 fev. 2021.
- MICHELMAN, Frank Isaac. Excerpts from Brennan and democracy. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.
- MOUFFE, Chantal. Sobre o político. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- SCHEPPELE, Kim Lane. The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism. German Law Journal, n° 20, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/opportunism-of-populists-and-the-defense-of-constitutional-liberalism/687EC99BB43AB8AE88FAA42ED4D83DB0>>. Acesso em 03 fev. 2021.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). 2016. Disponível em: <http://perma.cc/Q266-MJEK>. Acesso em 03 fev. 2021.
- STENNER, Karen. HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but na eternal dynamics within liberal democracies. In: Sunstein, Cass. Can it happen here? *Authoritarianism in America*. 2018, p. 175 a 219.
- SUSTEIN, Cass. Impeaching the President. University of Pennsylvania Law Review. V. n° 147, n° 02. 1998.
- TORRES, Ana Paula Repolêsa: A relação entre constitucionalismo e democracia: revisões periódicas e abertura interpretativa. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n° 18 – jul./dez. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/296872803.pdf>. Acesso em 18 jan. 2021.
- TUSHNET, Mark V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law, (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper n°. 09-06. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em 13 jan. 2021.
- TUSHNET, Mark V. Varieties of Populism. German Law Journal, n° 20, 2019. Disponível em:<<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/varieties-of-populism/CCC1F93141F2202E26ABC184808407A5>>. Acesso em 02 fev. 2021.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática o mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CAPÍTULO VIII
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

A REFLECTION OF CONSTITUTIONAL CRISES AND THE CHALLENGES OF DEMOCRACY: FROM THE ANGLE OF BREXIT

Amanda Batistel RIBEIRO¹

THEME

The British constitutional tradition holds a legal and security history concerning the system that discourse about the preserve of individuals rights and freedoms in an alternative perspective this proposal of the system is to concern the protect and preserved the individual's life, liberty and rights seeing as a represent democracy that must converge with the constitutional order.

In a deeper way, the contemporaneity situation still existing in United Kingdom to broach of separate in European Union (EU) the engender of a constitutional crisis means a wide range of the disagreement political issue². Such as this crisis evidence a conflict between the governmental institutes, even though this critical scenario of democracy is particular rare upon the system. The British crisis normally happen considering the disagreement between the Prime Minister and Parliament over Britain's withdrawal from the European Union³.

The antagonism between the representative democracy and direct democracy expresses the membership of United Kingdom in the European Union would create a possibility of "populist" democracy which confer for the UK a great power in the political sphere with the parliament, judiciary and devolved governments.

RESEARCH PROBLEM

The structure of government in United Kingdom is based once in the Crown who allow the power of state which concern in a separation of three main pillars the legislature, the executive and the judiciary. In United Kingdom, the executive authority was exercised by the ministers of government bound by the British Prime Minister who chooses his cabinet members, elected for a nationwide ballot, analogous to the Electoral College⁴. In that sense, the power between the Crown and the government occasions a hostility that led the acceptance of membership with the European

1 Discente do 5º ano do curso de direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Estagiaria de direito na Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Bolsista no Grupo de Iniciação Científica: Direito Penal na Modernidade do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente Centro Universitário.

2 WHITTINGTON, Keith E. **Yet Another Constitutional Crisis?**, 43 WM. & MARY L. REV. 2093, (2002); Sanford Levinson & Jack M. Balkin, *Constitutional Crises*, 157 U. PA. L. REV. 707, 709 (2009).

3 STEWART, Heather. Carrell, Severin. Boffey, Daniel. O'Carroll, Lisa. **Johnson Faces New Constitutional Crisis as Brexit Talks Grind to a Halt**, The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/04/boris-johnson-new-constitutional-crisis-no-brexid-delay>. 2019.

4 REYES, René. **CONSTITUCIONAL CRISES COMPARED: IMPEACHMENT, BREXIT, AND EXECUTIVE ACCONTABILITY**. Emory Int'l L, 35. Ver. 441. 2021.

Union in 1973, this political constitutional process joined the parliament in 1975.

Nevertheless, some assessment started to have an emphasize seeing as the dissatisfaction of the relation with Britain's and the Europe in this way the Prime Minister David Cameron began to provide the idea of remain the membership with the European Union for that matter in 2016 the parliament foster a referendum which had the necessary votes to opted for the United Kingdom leave the European Union.

Theresa May succeeds David Cameron and became the Prime Minister, she was responsible, in concert for began the execute of the referendum even was fulfilled earlier and for a quarrel with ministers could do the withdraw of treaties concerning the retain with European Union, concurrently accompanied by the preview constitutional crisis Theresa May further some disputes between the three pillars powers of the state: executive authority, parliamentary sovereignty and the democratic accountability.

These disputes turn to in a favour of the parliament which would for exercise the authority with agreement of the parliamentary legislation based in the constitutional principles of UK law. In this way the referendum proposal did not make the results, since the moment which its principles that compose was reviewed and demonstrated an incompatibility with the constitutional law.

Subsequently, the government of United Kingdom made others attempts to achieve the withdraw, some important situation it was when May's carried out the both houses of parliament accept the Great Repeal Bill which required the end of European Union supremacy over the United Kingdom making it easier for accomplish the Brexit and supporting the future transitions of the constitutional view. This bill makes the provisions like an Act of Parliament⁵.

With Boris Johnson winning the leadership of Prime Minister election, he provides the intention to implement the United Kingdom withdraw, escorted with the help of the whole parliament Johnson's begin a constitutional crisis, against the queen's fillet, caused by an extension of the Brexit, seeing as the rebel Tory MPs was trying to blocking the no-deal Brexit, Johnson's calls it a "smash and grab raid against our democracy". Therefore, when the United Kingdom leave the EU (with or without the deal) this act was enshrined such as an injure of the democratic legacy.

HYPOTHESES

The Brexit process create a reform of the political constitutional in another perspective of democracy that will not disappear, this crises of identity and trust that Brexit causes, introducing the geopolitics into the questions of national identity in this away the UK's place turns to an uncertain

5 WILLIAMS, David Sir. **The Courts and Legislation: Anglo-American Contrasts**, 8 IND. J. GLOB. LEGAL STUD. Pg. 323-326, 2001.

world concurrently with the erosion of trust in the political system which was declining. A flexible constitution was inevitable with the Brexit seeing as the settlement realized and the reforms that will consist of a dissatisfaction temporary by the citizens and national representatives.

THEORICAL ANALYSIS

This process has to a kind place in the new populist democracy in passing the scenario of UK are divide in a post-liberal and a populist politics that create this polarization in the country. Otherwise, the Brexit push UK in the course for a democratic constitutionalism reaffirming the democratic state.

CONCLUSION

The British constitutional process stands in need of the risk been the essential issue for the democratic politics which was approach with the act of a collective make a decision that would produce the identity and trust between of the government and citizens, meanwhile with Brexit this particular kind of trust are not appear as much it should. Perhaps the Brexit might be the end of a journey in United Kingdom and the begging to prove that the constitution cannot be controlled or determined by a court.

MAIN REFERENCES

REYES, René. **CONSTITUCIONAL CRISES COMPARED: IMPEACHMENT, BREXIT, AND EXECUTIVE ACCONTABILITY**. Emory Int'I L, 35. Ver. 441. 2021.

WILLIAMS, David Sir. **The Courts and Legislation: Anglo-American Contrasts**, 8 IND. J. GLOB. LEGAL STUD. Pg. 323-326, 2001.

WHITTINGTON, Keith E. **Yet Another Constitutional Crisis?**, 43 WM. & MARY L. REV.2093, (2002); Sanford Levinson & Jack M. Balkin, **Constitutional Crises**, 157 U. PA. L. REV. 707, 709 (2009).

BRAZILIAN CONSTITUENT CONGRESS (1987-1988): CONSTITUENT POWER AND LIMITS TO THE REPRESENTATION OF NATIONAL SOVEREIGNTY

Lucas de Moura Alves EVANGELISTA¹

The National Constituent Assembly (NCA) of 1987-1988 was an achievement for the democratization of Brazil during the democratic transition period after 21 years of a Military Dictatorship. Although Tancredo Neves's victory in the presidential elections is the milestone of the Military Dictatorship's fall, a Constitution was still necessary, one that corresponded with the society that sought to rebuild. It would not be possible to restore the Rule of Law under the aegis of an authoritarian and anti-democratic Constitution. Thus, based on Sieyès's perspective that the holder of the Constituent Power is the Nation (FERREIRA, 2014, p. 47), this research questions: did the way the National Constituent Assembly of 1987-1988 develop in any way limit national sovereignty?

This research problem is justified in order to verify the differences between Assembly and Constituent Congress in relation of the exercise of Constituent Power and how this possibly limits national sovereignty, testing the hypothesis that the representatives for the NCA were Federal Deputies and Senators, in the concomitant exercise of the roles of traditional legislators and constituents, it is proposed that national sovereignty was limited. Finally, the research developed through the hypothetical-deductive method uses as a basis the Theory of Constituent Power by Joseph Sieyès, as well as authors who analyzed it, such as Ferreira Filho and Lima.

Through Message No. 48/1985, the President of the Republic José Sarney announced that a National Constituent Assembly would be convened, whose constituent powers would be vested in "Federal Deputies and Senators chosen by the suffrage of the Brazilian people" (BRASIL, 1985, p. 1, tradução livre). At first, it is possible to imagine that the Constituent Assembly would be exclusive. However, PEC N° 43/1985 announced in its article 1 that the members of the Chamber of Deputies and the Federal Senate would meet, without prejudice to their constitutional attributions to compose the NCA (BRASIL, 1985, p. 1, tradução livre). For Virgílio Afonso da Silva, this simultaneous dual function is one of the five characteristics of the 1987 Constituent Congress (SILVA, 2021, p.80-81, tradução livre), which in fact took place instead of a National Constituent Assembly, despite the nomenclature.

In addition to this characteristic, the NCA of 1987-1988 can be considered a Constituent

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro da linha de pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB). Bolsista PIBEX pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Congress because the constituents were Federal Deputies and Senators elected, respectively, by the proportional and majoritarian system, which leads to the third component: the disproportionality of representation of Federal Deputies, who should be proportional to the population of the respective member state, but with a minimum and maximum quantity established by law it technically creates a disproportionality, unlike senators who are fixed three per member state. Moreover, the participation of Senators elected in 1982 in the Constituent Congress of 1987, who were not elected with this purpose, and also the fact that candidates elected with this purpose continued their mandates even beyond the Constituent Congress (SILVA, 2021, p. 80, tradução livre). Finally, in complement to the first characteristic mentioned by Silva, for Magalhães the 1987-1988 Constituent would only be exclusive if its function was solely to draft the Constitution and subsequently terminate the mandates to call new general elections (MAGALHÃES, 2017, p. 49, tradução livre).

Although Silva demonstrates favorable characteristics to prove the existence of a Constituent Congress in 1987, it is necessary to understand how the Constituent Power was exercised. The analysis of Joseph Sieyès's proposals reveals that in the author's perspective, the supreme holder of the Constituent Power is the Nation, understood as "the embodiment of a community in its permanence, in its constant interests that eventually are not confused nor reduced to the interests of the individuals that compose it at a given instant", while People is the meeting of individuals subject to a power (FERREIRA FILHO, 2014, p. 48, tradução livre). Rousseau states that the terms Nation and People in Sieyès's perspective can cause confusion, however, it can be stated that "the People is the Nation" and there is no other way for the Nation to express its will if not through the representatives (ROUSSEAU, 2018, p. 233, tradução livre). Thus, the distinction of Nation and People made by Sieyès consists of the "numerical sum of individuals of the people and, on the other side, the communion of persistent interests of a nation" (LIMA, 2018, p. 75, tradução livre).

This difference in concepts results in the national sovereignty, taken as the holder of the Constituent Power, existing in function "to the common and permanent interests of a community", while the People are able to disagree with these interests (LIMA, 2018, p. 75, tradução livre) and even sacrifice them (FERREIRA FILHO, 2014, p. 48, tradução livre) However, despite Sieyès presenting his perspective of censitary suffrage, (BASTOS, 2009, p. 35, tradução livre), he states that it is up to society to decide how to manifest its Constituent Power (FERREIRA FILHO, 2014, p. 44, tradução livre), therefore, there is no standard model.

Based on Sieyès's perspective on Constituent Power, except for the theory of censorial eligibility proposed by the author, and the characteristics cited by Silva and Magalhães about the 1987-1988 Constituent Congress, a parallel is drawn that there were limitations on nation

sovereignty on the occasion. When considering that the role of those elected to the Constituent was not exclusive, the opportunity to exercise Constituent Power through political representation by other members of the Nation was suppressed, given that two distinct political functions were simultaneously concentrated in the constituents.

If in fact the 1987 National Constituent Assembly was an Exclusive Constituent, the elected constituents would hold office only as long as it lasted. Since Sieyès doesn't propose a standard, another possibility would be to separate constituent representation from ordinary political representation, that is, simultaneously representatives of the Nation would formulate a new Constitution while other political representatives would act in National Congress in their traditional functions, given that Amendment 01/1969 was in force at the time.

REFERENCES

BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mensagem 48 e 49 de 1985 e PEC 43/1985**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/emenda.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. 2017, p. 47-57. In: DIEHL, Diego Augusto et al. (Ed.). **Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível**.

ROUSSEAU, Dominique. Constitucionalismo e democracia. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 10(3), 228-237 p. setembro-dezembro 2018

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

FILLING THE GAP: THE ROLE OF REPRESENTATION AGAINST THE BACKLASH EFFECT

Gabriela Borges da CUNHA¹
Isabela Christina Arrieta MASIEIRO²

This research aims to respond to the following issue: how does female underrepresentation rooted in Brazilian politics contribute to a negative repercussion of the backlash effect against decisions emanating from the Judiciary? The bibliographical research focused in matters of representation, democracy and constitutionalism, and the deductive method is used to verify the importance of a policy that effectively meets the demands emanating from society according to the complexity required by gender issues in through a structure of perennial inequality. The example of the need to address the disparity is highlighted through the analysis of the judgment made by the Brazilian Supreme Court (STF) in ADPF 54, which deals with abortion of fetuses in the event of anencephaly, as the role of the highest body of the Judiciary stems from the legislative abstention on the issue so far.

The backlash effect is characterized, in its broadest sense, as the adverse social reaction to acts of the Public Power or whoever does them sometimes, so that the integrity of the Rule of Law is put to the test in face of the requirement of a constitutional order by democratic legitimacy (FONTELES, 2019, p. 41 - 56). Despite the broad scope that such a concept implies, in Brazil the occurrence of the phenomenon is noted predominantly in the figure of the vocalization of social dissatisfaction in the face of decisions made by the Judiciary, in particular materialized in the figure of the Brazilian Supreme Court, notably in relation to those that tend to change the current status quo in society, as in cases involving the sexual and reproductive rights of women, resulting from the wide expansion of its exercise in the resolution of disputes in the face of the "retraction of the representative system and its inability to fulfill the promises of justice and equality" (VIEIRA, 2008, p. 443).

Despite the Court's assumption of the leading role in the conquest of rights, the perspective of democratic instability caused by the inflammation of debates arising from its activity is assessed, as is subject to examination during the judgment of ADPF 54. In this case, under the claim that the National Congress would be exempting itself from legislating on the issue, the Federal Court

-
- 1 Discente do curso de graduação em Direito na Instituição Toledo de Ensino (ITE). Estagiária no escritório BGR - Bahia, Gímael & Ribeiro Advogados Associados. Tem experiência em pesquisa na área de Direito Constitucional, com ênfase nos temas: direitos fundamentais; ativismo e minimalismo judicial e efeito backlash. Contato: gabrielaborgescunha@gmail.com.
 - 2 Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Pesquisas em direito e gênero, especialmente direitos sexuais e reprodutivos.

decided on the abortion of the anencephalic fetus in accordance with the speech of the rapporteur Justice Marco Aurélio, who institutes that imposing pregnant woman with the duty to continue the pregnancy for nine months, while being aware of the fetus's impossibility, causes a clear violence to their physical, moral and psychological dignity, as well as the restriction of the personal autonomy. Despite the constitutional conformity of the decision, there seems to be a rapture with part of public opinion, generating backlash, stemming from the conservative's reaction. The dissatisfaction with the mere possibility of discussing the issue is materialized by the organization of a vigil on the eve of the trial, in front of the Supreme Court, as well as a liturgical ceremony, in order to figure as an influencing factor (LUNA, 2018, p. 170 – 176).

Given the inherent risks in the studied effect, it is mandatory to rethink the means of maintaining democratic security without creating a dependency on the countermajority action of the Constitutional Courts (NASCIMENTO, 2020, p. 120). The need for a proactive posture of the Legislative Power is discussed in an attempt to mitigate such repercussions, in view of the consecration of broader representation as an alternative to better respond to the interests of vulnerable groups, such as women, without the need for direct intervention from the Judiciary. It is noteworthy that a greater representation of women is necessary in the Legislative Power, since, although such presence is not an unquestionable guarantor of the potential acquisition of rights by women, the inclusion of their voices and perspectives enables a more democratic debate, capable of more comprehensively incorporate issues related to their sexual and reproductive rights during the exercise of legislative activity, historically placed behind the scenes during discussions by representatives in a structure impacted by patriarchy. Observing the intrinsic complexity of the issues that make up the intersection between representation and gender, the rise of different strands can be noted that search for the form that best addresses the demands emanating from the represented group.

On one hand, according to Fraser (2007, p. 107 – 108), recognition must be analyzed through a status model, which aims at a policy with the objective of overcoming the subordination that causes the individual to be falsely recognized as an integral society member, since, in view of this systematic, non-recognition is evidenced from the moment institutions structure the interactions according to cultural norms that prevent parity of participation. On the other hand, there is the descriptive representation model, defended by Mansbridge (1999, p. 629), in which the term "descriptive" refers to a representation exercised by individuals who share with the represented group not only external identification characteristics, such as gender or skin color, but also experiences and manifestations to which those represented are, in general, frequently submitted. Therefore, in this hypothesis, this representation has a contingent aspect, that is, it would be a

temporary solution and inserted in a certain historical context, so that the participation of women within the government structure corresponds to a more responsive action to their interests (MANSBRIDGE, 1999, p. 647).

Regardless of the way in which representation is approached, the need for a more representative policy for women is evident, especially with regard to issues related to their sexual and reproductive rights, since the movements in favor of the acquisition of rights in such matters they tend to transcend the pre-established patriarchal structure. It can be seen in the contemporary political scenario that, despite the legal provisions of gender quotas and propagandist activity, under-representation is perpetuated in the Legislative Power, in order to facilitate the inflammation of the social debate in the face of Brazilian Supreme Court decisions, culminating in instability derived from the backlash effect. Therefore, a greater number of women deciding on their bodies it is necessary, so that it is no longer necessary for the Judicial Branch to fill in the gaps of the Legislative Power.

REFERENCES

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Lua Nova: **Revista de Cultura e Política**, n. 70, p. 101–138, 2007.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LUNA, Naara. O julgamento no Supremo do aborto de anencéfalo – ADPF 54: uma etnografia da religião no espaço público. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 24, n.52, p.165-197, set./dez. 2018.

MANSBRIDGE, Jane. Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent “yes”. **Journal of Politics**, v. 61, n. 3, p. 628–657, 1999.

NASCIMENTO, Arthur Ramos. **A democracia crítica como superação do risco de backlash em face do reconhecimento das uniões homoafetivas**: o uso (estratégico) da jurisdição constitucional na ampliação de espaços democráticos de inclusão. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, p.441-464, jul./dez. 2008.

INNOVATIONS IN JUDICIAL COMMUNICATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE BETWEEN BRAZIL AND MEXICO SUPREME COURTS

Leonardo Paschoalini PAIVA
Jairo Neia LIMA¹

Since the attribution of broad powers to the Brazilian Supreme Court, made by the Constitution in 1988, the Court has been gaining increased space and attention in the national daily life, whether as the first and last defender of democracy and Brazilian Constitution or as a key protagonist in the resolution of historical and cultural issues, the fact is that there is now hardly any moral or political controversy in these countries that does not sooner or later turn into a judicial one (HIRSCHL, 2004, p. 169). The same can be said about the Mexican Supreme Court after the judicial reform it went through in the 1990s.

Simultaneously to the phenomena of judicialization in these countries there is the integration of the means of communication in social daily life in such a way that the institutional model itself in order to maintain its legitimacy, understands the need to adapt to such technologies (CASTELLS, 2018, p. 422) and the growing global trend towards transparency, since, even though there has been a transfer of the legal source from the legislature to the judiciary, the latter at least in Latin America, has always had difficulty integrating with the rest of civil society. Nonetheless, it is important to emphasize that such phenomena does not occur in the same proportions in Brazil and Mexico and therefore, they diverge in intensity and form.

However, even where cultural, historical and institutional differences reside, some similarities also arise in relation to the factors presented above. Still, within a Latin American perspective, there is the case of Brazil and Mexico, where both the Brazilian Supreme Court and the Mexico Supreme Court, in a small space of time difference between these countries started to adopt new strategies for legitimizing its power: through the televising of the Plenary decision's, made by a specialized channel.

Thus, this research seeks to address through a comparative and culturalist approach the points of convergence and divergence that surround the broadcasts made by the Brazilian and Mexican Supreme Courts. At first, it is necessary to take into account the temporal order characteristics that gave rise to such practices.

1 Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Foi pesquisador visitante na Universidade de Glasgow (Escócia). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Do Norte do Paraná - UENP Campus Jacarezinho/Pr. Especialização em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UENP. Professor dos cursos de especialização Filosofia Jurídica e Política (UEL) e Direito Constitucional (IDCC). Tem experiência na área de Direito Constitucional. Pesquisa em torno do eixo temático Constitucionalismo e Democracia.

In the case of Brazil, there was a transition from a dictatorial regime to a democratic one which gave rise to the creation of the National Constituent Assembly, with the purpose of drafting the Constitution in force until today. This very moment gave rise to the clash of multiple political forces that were present in the country, among them, the Judiciary Branch itself, which sought to reinforce its corporate interests in the face of the coming institutionality. Such “juscorporatism” (CARVALHO, 2017) is what allowed, in large part, the structuring and centrality of the Judiciary Power in the political and social field that is known today.

In this way, the implementation of “TV Justiça” in 2002 became a fundamental procedure for the Brazilian Supreme Court, as it provides for the publicity of the broadcasts decided, providing a certain approximation of the Court to civil society – that is described as its main function (SACCHETTO, 2021, p. 77) - while providing democratic legitimacy to the decisions rendered by the Supreme Court.

By consolidating a certain basis of legitimacy of the Judiciary through transmission seems to be necessary, since the Judiciary has no influence over either the sword or the purse (HAMILTON; MADISON; JAY, 2015, p. 380). However, the continuous exposure of the Court and its members at a given procedural moment may be used to distort the transmission from its original function; distinct members of the Court can, by adopting a spectacular posture, seek to increase their individual reputation, which, have the potential to become problematic for the collective reputation of the Courts.

Mexico, in turn, began a process of democratic transition in 1977, which would only end in the 2000s, which, in turn, would end the period of hegemony of the Institutional Revolutionary Party (PRI), which had elaborated a political system based on presidentialism, State-party, and the corporatism that made it impossible to exercise power through institutional means. Although the Mexican redemocratization process did not lead to the establishment of an Assembly for the formulation of a new Constitution – with the 1917 Constitution still in effect – the Mexican Judiciary Branch – seen as the cornerstone for the implementation of a Rule of Law – went through a reformation in 1994 which aimed to strengthen the *Suprema Corte de Justicia* de la Nación with a democratic direction (POZAS-LOYO; RIOS-FIGUEROA, 2017, p. 28).

With the end of the redemocratization process, the Court seeks to detach itself from the image of an institution linked to the Executive, with transparency and publicity on the agenda, in search of applicability and instrumental use of a larger project capable of strengthening institutional legitimacy. In 2005, the Mexican Court began to rethink its position vis-à-vis other socio-political agents, while it began to open up to public scrutiny. (GIMÉNEZ, 2017, p. 211). In 2006, the Court launched its judicial channel, which began to broadcast the deliberations of its Plenary. It is evident

then, that with the redemocratization and the reform of the Judiciary, the Mexican Supreme Court is positioned in a different place, from which it was during the government of the Institutional Revolutionary Party - (PRI), however, not all institutional adversities remain solved, since within the Mexican Judiciary's governing body there are still great disagreements among its members, of an interpretive and ideological order, which invariably leads to a lack of due attention to cases that can prove to be truly transformative. and become obstacles to democratic and institutional consolidation (GIMÉNEZ, 2017, p. 215).

Finally, it can be seen that the Brazilian and Mexican Supreme Courts, by innovating in the use of mass media, seek to connect with society through the transmission of their Plenums, both with TV Justiça and Justicia TV. civil, while breaking with the recent past of an authoritarian nature, and seeking to build their legitimacy within essentially democratic parameters; transparency, publicity and information. It remains to be seen whether mass communication tools will prove beneficial to institutional adaptation to democratic parameters, or whether with such tools, the problems of a historical-cultural and social order peculiar to Brazil and Mexico - personalism, authoritarianism - will intensify and they will deepen the existing problems, to the institutional point of no return, given the need for such mechanisms for the feedback of the democratic legitimacy of the judiciary.

REFERENCES

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Juscorporativismo: Os Juízes e o Judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, nº114, p.31-77, jan/jun. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19ª Ed. Trad, Roneide Venancio Majer. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabia Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: De outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**. São Paulo, nº88, p.429-469, 2013.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. "Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy". In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.). **Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy**. New York: Routledge, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalists**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2015.

LEGRAND, Pierre. **Como Ler o Direito Estrangeiro**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

POZAS-LOYO; RIOS-FIGUEROA. "The Transformation of the Role of the Mexican Supreme

Court”. In: Castagnola, Andrea; Noriega, Saúl López (Orgs.) **Judicial Politics in Mexico: The Supreme Court and the Transition to Democracy**. New York: Routledge, 2017.

SACCHETTO, Thiago Coelho. **Jurisdição Constitucional Transparente: a função contramajoritária na TV Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

NOTES ON POPULISM, REFUGE AND MIGRATION

Fernando Cesar Mendes BARBOSA¹

This paper discusses some characteristics of populism and proposes reflections on its relationship with refuge and migration. It draws on theoretical foundations about populism to characterize it as a threat and challenge to democratic values and institutions in contemporary democracies. The argument is based on the understanding that both the protection of and the challenges to democracy can be embedded in the same dynamic and can be strengthened by different uses of democratic tools. This is qualitative research that uses literature review research techniques. The conclusion points to the need for democratic institutions to be strengthened in the face of the challenges posed to democratic values.

For Kim Lane Scheppele (2019), the category of politicians classified as populists consists of autocrats who question liberal constitutionalism and, notably, its democratic values by acknowledging and criticizing the weaknesses of liberal constitutionalism, highlighting possible fractures in constitutional theory, and thus “the world is awash in populism these days” (SCHEPPELE, 2019, p. 314). For this author, in many of the cases, this is not populism in its theoretical foundations, nor is it serious populism, but an abandonment of liberalism by these autocrats for the pursuit of power for power's sake (SCHEPPELE, 2019, p. 314).

For Mark Tushnet (2019), definitions of populism commonly classify it as a representative regime of a charismatic leader, with extensive use of a discourse of opposition and attack on the elites. Although populism can be characterized by several different elements, features and analyses, it is important to approach those elements that are regarded as typical of populist governments, such as this definition: “Populism is a particular type of constitutional pathology. [...] Populism is a negative feature of government.” (BARBER, 2019, pp. 129-130). These elements may point to a *raison d'être* of contemporary populism.

While not necessarily equating populism with authoritarianism, Karen Stenner and Jonathan Haidt (2018) show that among the main characteristics of populism is the construction of an "other". that emerges in the construction of nationalist discourse in opposition to the adoption of global practices and, consequently, in isolationist actions in the relationship with other states.

Xenophobic practices (STENNER; HAIDT, 2018) are also characteristic of populist governments. Migrants and refugees are positioned in a category that supposedly threatens national

¹ Advogado. Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - PPGD/UFPR. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. É servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Pesquisador do Grupo de Pesquisa BIOTEC - Direito, Biotecnologia e Sociedade, da Universidade Federal do Paraná.

interests and the interests of the people of the state, the "real people" of the state. Statements such as "our country for our country's people" are common in populist governments, and various actions may be implemented to "repel" the threat symbolized by migrants and refugees who are treated as a matter of national security². Thus, there is room for attacks, accusations and racist remarks against those who are not considered members of the nation – "*the real nation*" (TUSHNET, 2019, p. 386).

This profiling of migrants and refugees is commonly used to strengthen two categories within these states: the "us", referring to the state's national population, and the "them"³, that is, migrants and refugees. In addition to characterizations like these being used to stigmatize migrants and refugees, they also serve the function of positioning them as enemies of a supposed national identity, competitors for job offers, and threats to the prosperity of the state. (STENNER; HAIDT, 2018).

In this scenario, "dormant" parties and ideologies seem to emerge as alternatives to conjunctural dissatisfaction, and this "display of dissatisfaction" is strengthened when it finds resonance in far-right populism. (STENNER; HAIDT, 2018). This conjuncture has been turned into an opportunity for populist outsiders – left and right. (TUSHNET, 2019, p. 385). Nicholas Barber (2019) demonstrates that while tyrannical and dictatorial governments generally rule with little or almost no popular support, populist governments base their actions on popular support, even though that support may be strengthened or otherwise constructed at the expense of or through attacks on other members of the state.

It is in this sense that populist governments in democracies cannot be characterized as governments that refute democracy, especially given the fact that "Populism is a perversion of democracy rather than a refutation of it" (BARBER, 2019, p. 132). Characterized as a perversion of democracy, populist governments can be, to this extent, embedded within the dynamics of a democracy.

More so, another characteristic of populist governments is that "the populist claims legitimacy under the pre-existing constitutional structures" (BARBER, 2019, p. 132). Hence, when acts done by populist governments are analyzed in light of the laws of a state, it is common for these acts to be considered "legal," since they are objectively not against the law, but they do contradict the "principle," the "spirit" of the laws of a state (SCHEPELLE, 2016).

2 One of the most recent examples among contemporary democracies was the announcement by the then-President of the United States, Donald John Trump, to build a wall on the border between Mexico and the United States.

3 On this topic: "I come to the nationalist components of right and left-wing populism. Right-wing populism's nationalism is ethnocentric, whereas left-wing populism's nationalism may be ethno-centric in immediate practice but need not be so in principle. All forms of populism set "the people" against "the others," but who the others are can vary. Contemporary populism's diagnosis finds the source of domestic problems in an international political-economic order, and so "the others" also are found on the international plane". (TUSHNET, 2019, p. 388).

This gray line between democracy and dictatorship is what Kim Lane Scheppele (2016) calls "Democratorships" (SCHEPELLE, 2016, p. 4). For her, democratorships are somewhere between democracy and dictatorship and hold characteristics of both (SCHEPELLE, 2016, p. 4-5), so that at the same time that these democracies are erected under the constitutional aegis and seek constitutional legitimacy, the practices, the actions – often materialized in decrees of the Executive Branch – deny the constitutional "spirit" and the set of values and rights protected by the Constitution of a state.

Finally, analyses of populist governments have shown that although in these governments there are fine lines between democracy and dictatorship, as exemplified above, constitutional structures of control continue to exist; therefore, as Nicholas Barber (2019) has shown, populists subvert constitutional governments through a *modus faciendi* capable of garnering many individuals from the people and turning them into their loyal supporters. From this conjecture emerges the need for democratic institutions to be strengthened in the face of the challenges posed to democratic values.

REFERENCES

- BARBER, N. W. Populist Leaders and Political Parties. *German Law Journal*, n° 20, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/populist-leaders-and-political-parties/BA883B7AE8798F07E88F85FB66111741>. Acesso em 03 fev. 2021.
- SCHEPELE, Kim Lane. The opportunism of populists and the defense of constitutional liberalism. *German Law Journal*, n° 20, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/opportunism-of-populists-and-the-defense-of-constitutional-liberalism/687EC99BB43AB8AE88FAA42ED4D83DB0>>. Acesso em 03 fev. 2021.
- SCHEPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). 2016. Disponível em: <http://perma.cc/Q266-MJEK>. Acesso em 03 fev. 2021.
- STENNER, Karen. HAIDT, Jonathan. Authoritarianism is not a momentary madness, but an eternal dynamics within liberal democracies. In: Sunstein, Cass. Can it happen here? *Authoritarianism in America*. 2018, p. 175 a 219.
- TUSHNET, Mark V. Varieties of Populism. *German Law Journal*, n° 20, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/varieties-of-populism/CCC1F93141F2202E26ABC184808407A5>>. Acesso em 02 fev. 2021.

POLITICS CRIMINALIZATION AND REDUCTION OF DEMOCRATIC SPACES IN BRAZIL

Amanda Mendes GIMENES¹

The theme of this summary contours the perspective of reducing democratic spaces, expanding autocratic spaces and its relationship with politics criminalization in Brazil. In this way, the problem investigated in this research is the possibility that politics criminalization has contributed, somehow, with this world phenomenon ascension of authoritarian regimes.

The hypotheses is that, the discourse of corruption combat adopted by Brazilian media and different judiciary actors, like public minister and judges, specially Supreme Court, is in part responsible for public aversion to the idea of make politics, the aversion of dialogue and the ascension of the actual government, which was already known by its intolerance and flirt with fascism, but presented itself as a third way, exponential of honest and a new way of make politic.

Democracy and autocracy not always have delimited spaces in a country. As David Landau (2013, p. 191) observed, sometimes politicians who are in power use different mechanisms, as abusive utilization of constitutional amendments, to keep themselves in power. This posture reduces the democratic space in a country and promote the dissemination of autocracy, without a rupture with the Constitution. Actually, they use the Constitution in an abusive way, which helps to realize their plan of power.

In Brazil, it's clearly seen that the State is going through this way, maybe not thinking about abusive Constitutionalism, but certainly noting that democratic spaces are giving place for authoritarian spaces in which the dialogue, basis of any kind of democratic regime, liberal, republican or deliberative (HABERMAS, 2002, p. 270-271), is being substituted by force, hate discourses, ignorance, especially when the theme is minority rights.

This is the typical way of actual Brazilian president make politic, including the promotion of crises with other two Republic Powers, especially with the Judiciary. The president, his sons and ministers act hard to reduce democratic spaces, rig the state-owned machine with militaries and supporters, win the help of congresses to prevent impeachment proceedings and investigations,

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduanda em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Processo Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (2018). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2017). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2016). Professora da disciplina "Fundamentos Jurídicos do Direito Penal" do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia do Vale do Ivaí - Fatec. Advogada Criminalista. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Processual Penal, Execução Penal e Criminologia. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/PR, subseção de Londrina.

turning impossible to blame the president by his few republican acts.

This government also create crises, frequently using the discourse of combat against corruption, a discourse inaugurated almost twenty years ago, when the judiciary assumed the role of great combatant of corruption and moralizer of politics.

From Lava-Jato operation, more specifically from Criminal Action 470, which originally proceeded with the Supreme Court, the idea that corruption was inherent to the exercise of one's own politics in the country became dominant and, in the idea of fighting corruption, the perspective created was that the subjects who exercised politics needed to be fought, understood as enemies (SCHMITT, 2009, p. 28) of the country and its population.

Since that time, the Judiciary has taken on the role of moralizing policy, trying to meet the population's desires, and this happened with the criminalization of politics in an attempt to fight corruption that is known to be systemic.

However, what this speech caused was, in fact, a power vacuum, which ended up being filled by the current government, which acts, as explained above, in an undemocratic manner, having already threatened the correct progress of the next elections for the presidency.

In any case, it is possible to conclude that the criminalization of politics has contributed and continues to contribute to the reduction of democratic spaces in Brazil in two ways. First because it made possible the power vacuum used by the current president, who was built exactly on an anti-politics discourse.

Second, because it continues to serve as a foundation, albeit only superficial and demagogic, for a false support for democracy, which does not correspond to known democratic models, but to a pseudo-democracy, in the molds proclaimed by the current ruler, in which dialogue doesn't make part of politics and not even part of democracy, which is, an autocracy.

REFERENCES

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law*

Review, 47, 2013. Disponível em: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf> Acesso em: 02 ago. 2021.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político / Teoria do partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SYSTEM AS A WAY TO REDUCE SOCIAL INEQUALITIES

Alessandra Mendes SPALDING¹

In this paper we will demonstrate the context and reasons of the important debate to include alternative dispute resolutions as a choice for all citizens and how this could help not just to reduce the numbers of lawsuits but also to reduce social inequalities for those who need to go after the Judiciary System.

We can explain the concept of alternative dispute resolutions – ADR describing it as mechanism capable of providing a substitute to the conventional methods of resolving disputes.

Generally, alternative dispute resolution uses a neutral third party who helps the parties to communicate, discuss the differences and resolve the dispute. It is a method which enables individuals and groups to maintain co-operation, social order and provides opportunity to reduce hostility and also to solve social inequalities

It is important to remember that a dispute, according to Richard L. Abel, who wrote “A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society”, is the public assertion of inconsistent claims over something value.

The subject of resolving disputes and conflicts using alternatives instruments are something quite new in Brazil.

However the conflicts occur in all relationships, societies and cultures since the beginning, the way the Brazilian legal system chose to answer this conflicts was by knocking only on the Judiciary door.

But since the last 20 years the legislators started to believe that just the use of the Judiciary Power was not enough to deliver a real and effective justice for Brazilians citizens.

The intention of this new view is to raise the alternative dispute resolution such as conciliation, mediation and arbitration as a second choice that can be faster and much less expensive.

Our system was inspired by a new vision brought by The United States of America where the citizens had not just one door to solve their conflicts, but they could choose one of the multi-doors offered to them.

And this new system was developed to bring procedures that could give more effective and efficient answers to society and also to try to minimize the cost of the Judiciary system, that

¹ Doutoranda pela Universidade do Norte o Paraná- UENP. Possui mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Atualmente é juíza - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atuando principalmente nos seguintes temas: Métodos alternativos de solução de conflitos, Negociação e Liderança.

sometimes can not be afford by everybody.

The American legal system has clearly placed an important role to the Alternative Dispute Resolutions. They understand that the development of the society and economy over the years follows by social changes gave new demands that could not be absorbed just by the legal system that already exist.

In Brazil, the hardest challenge to start the use of Alternative Dispute Resolution is the necessity to change the culture of litigation.

And to convince his colleagues that the use of alternatives methods would not make than lose clients Frank Sander said: "Really sophisticated lawyers recognize that if you make clients happy, and both parties leave a dispute having both won or at least not lost, they're going to use that lawyer over again". And said more: "A satisfied client is the best advertising you can get".

So it is important to present all the advantages of the use of alternative dispute resolution, such as:

3. Less time consuming: people resolve their dispute in short period as compared to courts;
4. It is free from technicalities of courts, here informal ways are applied in resolving dispute;
5. People are free to express themselves without any fear of court of law. They can reveal the true facts without disclosing it to any court;
6. Efficient way: there are always chances of restoring relationship back as parties discuss their issues together on the same platform;
7. It prevents further conflict and maintains good relationship between the parties and it preserves the best interest of the parties.

But although all the advantage listed above are important, one of the best advantage is the low cost of the method, because it can help to reduce social inequalities and bring a much fairer system, where the level of wealth of the party will not be so value as it used to be in the regular lawsuit.

And to encourage this new way of resolving dispute the Nacional Council of Justice wrote the Resolution nº 125/2010, defined a new agreement in the performance of the Brazilian law activity by the implementation of consensual mechanisms of solution of litigations like the conciliation and the mediation.

It is clearly that society realized that a good legal system should provide different forms to solve a dispute, and it why in Brazil we could notice this new movement by legislators and also from academy and courts to start to find different ways to solve disputes and to allow the access of it for everyone does not matter the level of wealth.

It is certain that we just could see it happened in Brazil because our country had a

democratic state of law. Just a country with this system could permit his own citizens find new paths to solve problems without the necessity of the State interference.

And those alternatives mechanisms, when they do not require a State interference to determine the content of the decision, represent a democratic opening inside the constitutionalism. The parties themselves would be defining the way to solve their conflict without the imposition of the State and also without a high cost that could avoid some to be part of it.

In this way we could see reading the Brazilian Constitution, beginning by its preamble, we could find the importance the legislator gave to find ways for peaceful settlement disputes. Lets see some examples.

“PREAMBLE. We, the representatives of the Brazilian People, convened in the National Constituent Assembly to institute a democratic state for the purpose of ensuring the exercise of social and individual rights, liberty, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the internal and international orders, to the peaceful settlement of disputes, promulgate, under the protection of God, this Constitution of the Federative Republic of Brazil”.

“Article 4. The international relations of the Federative Republic of Brazil are governed by the following principles: (...) VII – peaceful settlement of conflicts.”

“Article 5. All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: (...) LXXVIII – a reasonable length of proceedings and the means to guarantee their expeditious consideration are ensured to everyone, both in the judicial and administrative spheres.

I have no doubt that the effectiveness of the alternatives disputes resolutions go far beyond just a resolution of a problem, but also the use of this kind of mechanism can help to bring more equality to all citizens.

REFERENCES

FISHER, Roger. Getting Together. Building Relationships as we Negotiate. . New York: Pinguim Book, 1989..

SHAPIRO, Daniel. Beyond Reason. Using Emotions as you Negotiate. New York: Pinguim Book, 2005.

URY, William. Negocie para vencer. Instrumentos criativos para chegar ao Sim. 2º edição. São Paulo: HSM Editora, 2013.

____Como chegar ao Sim. Como negociar sem fazer concessões. 3º edição. Rio de Janeiro: Editora

Salomon, 2014.

___Getting Past NO. Negotiation in Difficult Situations. New York: Bantam Trade Paperback, 2007.

___The Power of Postive No. Save the Deal, Save the Relationship and Still Say NO. New York: Bantam Trade Paperback, 2008.

___Getting to Yes with yourself. How to what you Truly Want. New York: HarperCollins, 2016.

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45/04 AS A CONSTITUTIONAL DISMEMBERMENT

Vinny PELLEGRINO¹

This abstract intends to answer the following research problem: can the Constitutional Amendment (CA) 45/04, that restructured the Judiciary Power, be considered a constitutional dismemberment, such as defined by Richard Albert?

Our hypothesis is that yes, the CA 45/04 can be considered a constitutional dismemberment, once it brought deep changes to one of the pillars of the Republic: The Judiciary Power. The changes it brought altered the 1987-1988 Constituent will and they mean more than a simple amendment.

The research develops by the hypothetical-deductive method, by reviewing papers, articles, and texts about the matter. It justifies because it aims to contribute to the comprehension of problems that are related to the study of constitutional amendments in Brazil (LIMA, J., 2018), about the power of constitutional reforming and the extension of the reforms via amendment process, without any distinction of the ordinary amendments.

The first initiative that aimed to restructure de Judiciary Power and to present a new way of controlling it was presented by CA 07/1977, that created the Magistracy National Council (CNJ) as a part of the Judiciary Power (BRASIL, 1977).

This matter was discussed once again later, during the slow democratization process – first, by the Provisory Commission for Constitutional Studies (created by Decree 91.450/85 and called “Afonso Arinos Commission”), in 1985, and after by the Constituent National Assembly (ANC), between 1987 and 1988 (BASTOS, 2019).

The proposition created by the Afonso Arinos Commission was broadly discussed during the entire constitutional process, but it wasn't even sent to the National Congress, once the debates on ANC about restructuring the Judiciary Power and creating a new form of controlling it found strong opposition on the Judiciary organs and the magistrates associations. In the end, the Brazilian Federal Constitution of 1988 was enacted without the creation of an organ to control the Judiciary Power: not the CNJ, not the former Magistracy National Council.

In despite of this defeat, four years later, in 1992, Deputy Helio Bicudo proposed the Constitutional Amendment Proposal (PEC) 96/92, aiming to modify the structure of the Judiciary Power. The PEC was approved as the CA 45/04 and restructured the Judiciary Power, creating the

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor na Faculdade de Direito OAPEC. Advogado.

Justice National Council (CNJ), that was included on article 103-B of the Constitution. The CNJ was effectively created on June 14, 2005.

Having this chain of events on mind, this research aims to understand if the CA 45/04 works as a constitutional dismemberment, once it makes intense changes in one of the pillars of the Federal Constitution and its identity.

The notion of “constitutional dismemberment” is brought by Richard Albert (2019, p. 78). The author proposes an explanation beyond the conventional theory of the constitutional amendments. It is a descriptive concept that states that if there is a space between the two possibilities accepted by the conventional theory; a way between a new constitution that replaces the old one and an unconstitutional constitutional amendment, that sets an illegitimate change of the current Constitution; if this space can mean a destruction or an improvement of the current Constitution, it is called “constitutional dismemberment”. The author gives us examples of constitutional dismemberments, such as the attemptives of alteration of article 9 of the Japanese Constitution, that sets a peace clause; and the case of the reforms of Ireland’s Senate in 2013 and Italy’s Senate on 2016 (ALBERT, 2019, p. 66/67).

The CA 45/04 seems to fit just this space, once it means more than a simple amendment and less than a new constitution, because it seeks an improvement of the Judiciary Power’s structure and of its relationships with the Other Powers. That being said, this research acknowledges that it constitutes a constitutional dismemberment.

Even though this acknowledgement is about a descriptive concept, we find some problems concerning the constitutional dismemberment that applies to the process of the CA 45/04, specially about its lack of popular support for a change of such intensity. It’s about a normative plea that points out that because there is no distinction among the common constitutional amendment process and the constitutional amendment that generates a constitutional dismemberment, and because there are no guarantees for popular participation² on the second procedure, this kind of alterations lacks legitimacy on Brazil. That said, we conclude that CA 45/04 generated an illegitimate constitutional dismemberment, such as any other constitutional amendment made in Brazil that causes such effects.

REFERENCES

ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions.** Oxford University Press, 2019

2 As opposed to what happens, for example, on the Switzerland’s Constitution (article 193) and Austria’s Constitution (article 44, number 3), that obliges popular participation on cases of Constitutional Reviews, including dismemberments.

BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a elaboração do texto da Constituição de 1988**: construção, procedimento e legitimidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992**. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em 23 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em 23 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em 23 set. 2021.

CARVALHO, Alexandre. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo horizonte, v. 114, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas constitucionais inconstitucionais**: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Ligia B. **O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo**. Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

THE PARADOX OF TOLERANCE BY SIR KARL RAIMUND POPPER

Lucas de Lazari DRANSKI¹
Jamile Gonçalves CALISSI²

The theme of this work is the paradox of tolerance, a logical game engendered by Sir Karl Raimund Popper – an important Austrian-British professor, and philosopher of the 20th century – in his book *The Open Society and its Enemies*, in response to World War II.

Fundamentally, it is the idea – and with this concept, one also presents these research's problem – that “[u]nlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance” (POPPER, 1947, p. 226); in other words, that a democratic society which tolerates the intolerant without holding social defenses against their attacks to its most dear values would be bringing itself its decay.

The hypotheses that support it are many, the most convincing being those arising from historical arguments. It is a well-known fact that taking advantage of a moment of socioeconomic instability, after Germany's defeat in World War I, Adolf Hitler raised his empire with slight ease, albeit through the manifestly intolerant National Socialist ideology (see “How Did Hitler Happen?”, 2021). Benito Mussolini did not act differently in Italy when, seeing opportunity in the economic and political weakness of his country, came up with fascism. (FOOT *et al.*, 2000). What is the corollary in common? Authoritarianism, intolerance.

The question is: what should have been the posture of the democratic society towards these supporters of intolerance? Are they allowed to enjoy the freedom of expression when they attempt against it? If civilization does not allow it, it will share the same blemish with them; here is the paradox.

In these cases, Sir Karl R. Popper seems to suggest that society must stand firm, defend its founding precepts and fend off the anti-democratic attack of its enemies with legitimate measures to, only as a last resort, appeal to state criminal prosecution against them (POPPER, 1947, p. 226).

As for other thinkers who commented on this approach, some sympathized with it while others refuted it. In this context, two personalities stand out: John Rawls, distinguished professor of political philosophy at Harvard University, and Michael Laban Walzer, another renowned educator, from the Institute for Advanced Study at Princeton.

John Rawls, in short, upheld the coherence of Sir Karl R. Popper's position with the

1 Law student at Integrated Colleges of Jaú (FIJ), law intern at the Federal Public Ministry (MPF), technician in Legal Services at the State Technical School of Itararé, and writer. Former law intern at the Federal Court of São Paulo, Public Ministry of São Paulo, and Executive Branch of the Municipality of Itararé-SP (at the Legal Department and the Consumer Protection and Defense Foundation). Lattes curriculum: <<http://lattes.cnpq.br/6112858444498145>>.

2 Law student at Integrated Colleges of Jaú (FIJ), law intern at the Federal Public Ministry (MPF), technician in Legal Services at the State Technical School of Itararé, and writer. Former law intern at the Federal Court of São Paulo, Public Ministry of São Paulo, and Executive Branch of the Municipality of Itararé-SP (at the Legal Department and the Consumer Protection and Defense Foundation). Lattes curriculum: <<http://lattes.cnpq.br/6112858444498145>>.

fulcrum on the principle of the supremacy of the public interest. For him, the democratic society would be allowed to go against, exceptionally, the foundations of its existence, if it were to watch over its integrity. Furthermore, in the philosopher's view, it is not reasonable for an intolerant faction, which denies the rights of third parties, to complain when these same rights are denied to them (RAWLS, p. 190-191).

On the other hand, Michael L. Walzer chose, *prima facie*, to expand the notion of intolerance, to antagonize not only the State but other institutions that, in the social environment, he saw performing this role [that of an intolerant agent], such as the religious and political ones. Then he proposed an infamous solution: that although intolerant parties should be allowed to coexist in society; they also should be deprived of those rights they would supposedly use to diffuse their intolerant ideologies, by restricting their participation on Congress, for instance (WALZER, 1997, p. 82).

To elaborate this research, the exploratory research method was used, with an eminently qualitative nature, through which the following referenced bibliography was analyzed, by authors respected for their knowledge of the topic investigated here.

In conclusion, it is noted that, although solutions to the paradox of tolerance are sought, they cannot be remedied without incurring a contradiction. However, more important than that [than invalidating the premises of this syllogism] is to adopt means capable of maintaining the democratic rigidity that allows everyone to express their opinions, like this one, despite how intolerant they may sound.

REFERENCES

FOOT, J. *et al.* Rise to power of Benito Mussolini. **Britannica**, 2000. Available on:

<<https://www.britannica.com/biography/Benito-Mussolini/Rise-to-power>>. Accessed on: 4th Sept. 2021.

HOW Did Hitler Happen? **WWII – The National WWII Museum – New Orleans**. Available on:

<<https://www.nationalww2museum.org/war/articles/how-did-hitler-happen>>. Accessed on: 4th Sept. 2021.

POPPER, K. R. **The Open Society and its Enemies**: The Spell of Plato. London: George Routledge & Sons, LTD., 1947.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Revised Edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

WALZER, M. L. **On toleration**: The Castle Lectures in Ethics, Politics and Economics. New Haven; London: Yale University Press, 1997.

THE PROPOSAL OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 03/2021 AND THE “PARLIAMENTARY IMMUNITIES”

Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

This paper aims to analyze the Proposal of Constitutional Amendment n° 03/2021, which proposes changes to the articles 14, 27, 53, 102, and 105 of the Brazilian Federal Constitution, to provide parliamentary prerogatives, called “parliamentary immunities”. The proposal of constitutional amendment was presented in response to the arrest of congressman Daniel Silveira, from Partido Social Liberal - PSL, according to what appears in the proposal justification (BRASIL, 2021). The congressman Daniel Silveira had preventive detention decreed by a monocratic decision from Justice Alexandre de Moraes on February 16, 2021, after publishing a video on youtube inciting violence against justices of the Supreme Court and cherishing for AI-5, considered the most violent act of Brazilian military dictatorship (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2021).

According to the decision of Justice Alexandre de Moraes, the Deputy would, in theory, have committed several crimes against the National Security Law (Law No. 7,170/73), such as try to change the order, the current regime or the rule of law with the use of violence or serious threat, provided in article 17; trying to prevent, with the use of violence or serious threat, the free exercise of the Powers of the Union or States, provided in article 18; advertise violent or illegal processes to change the political or social order or any of the crimes provided in law, provided in article 22; incite the subversion of the political or social order, animosity between the Armed Forces or between them and social classes or civil institutions or the commission of the crimes provided in law, provided in article 23, and that of slandering or defaming the Supreme Court, provided in article 26 (BRANDINO, 2021).

One day after the arrest decreed by the justice Alexandre de Moraes, the plenary of the Federal Supreme Court unanimously endorsed the decision. On February 19, the Chamber of Deputies decided, by 364 votes to 130, to keep the congressman in prison. In March, justice Alexandre de Moraes authorized the house prison of the Deputy, with electronic monitoring. In July, after failing to comply with the rules of electronic monitoring, the Deputy had his arrest ordered again by the Justice Alexandre de Moraes (PORTAL DE NOTÍCIAS DO STF, 2021).

From the context discussed above, this research seeks to answer the following problem: if the main changes that they intend to consolidate in the matter of “parliamentary immunities” through the proposed constitutional amendment n° 03/2021 be approved, will the essential features of the constitution be harmed? Thus, some points of the proposal will be analyzed, in order, at the end, to respond to the proposed problem.

The hypotheses of this research is that the PEC n° 03/2021 aims to make the application of legal sanctions to congressmen by the Judiciary more difficult, attributing more to the congress the process of accountability of parliamentarians, which means an important constitutional change, but not in a central point of the constitution.

By the analysis of the proposal, it is noted that by the change of the *caput* of article 53, Congress members will only answer for their words, opinions, and votes, in case of incompatible conduct with the function held, with ethical-disciplinary sanction, and not with judicial sanction, as it happens today. With the amendment of paragraph first of the referred article, the thesis signed by the Supreme Court in Criminal Action n. 937, according to which the jurisdiction by the prerogative of the function only applies to crimes committed during the exercise of the position and related to the functions performed, will be incorporated into the Constitution.

The proposal also intends to include some paragraphs in article 53. With the inclusion of paragraph 2°-A in the Constitution, when arrested in the act, the parliamentarian must be sent to the respective House and kept under his custody. With the addition of paragraph 9, contained in the proposal, the removal of the parliamentarian from his functions by judicial decision, with the loss of the mandate falling, only will occur in the cases of article 55 of the Constitution. By doing this, it seeks to prevent the removal of a member of Congress by precautionary decision. It also intends to include paragraph 12 to article 53 so that the precautionary measures that come to interfere in the parliamentary mandate have the production of its effects conditioned on the ratification by the plenary of the Supreme Court.

Other relevant changes worth mentioning are: by the change in article 14 of the Constitution, the effectiveness of the relative ineligibility provided for in the current paragraph 9 of the article will be conditioned on the observance of the double degree of jurisdiction; with the inclusion of paragraph 1 in article 27 of the constitution, the system of prerogatives will also be applied to members of the State Legislative Power.

In that regard, Richard Albert (2018, p. 2-3) brings contributions about the concept of constitutional dismemberment, a phenomenon that occurs when the essential characteristics of the constitution are harmed and its foundations destroyed by a constitutional change. With its occurrence, a new foundation will be rooted in principles contrary to the old ones, and political actors must modify their behavior in accordance with new popular expectations, just as the courts must reinterpret the constitution.

A constitutional dismemberment, as points Richard Albert (2018, p. 04), seeks to change, for example, a fundamental right, the structure or a core feature of the identity of a constitution. It is a constitutional change seem to be inconsistent with the constitution at the time the change is made.

The constitutional dismemberment aim and have an effect to unmake a constitution.

As conclusion, it is possible to indicate that, although the PEC nº 03/2021 will generate major changes in the matter of parliamentary immunities if approved, causing new interpretations to be constructed, it will not be configured as a constitutional dismemberment, since it will not change a central point of the Constitution. It is noteworthy that the matter of parliamentary immunities has already undergone changes in 2001 through Constitutional Amendment No. 35, which leads to the conclusion that the matter can be modified.

REFERENCES

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Deputado Daniel Silveira é preso por ordem do ministro Alexandre de Moraes**. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/728380-deputado-daniel-silveira-e-preso-por-ordem-do-ministro-alexandre-de-moraes/>. Accessed: 31 August 2021.

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, v. 43, p. 2-84, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Accessed: 03 September 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 03/2021**. Altera os arts. 14, 27, 53, 102 e 105 da Constituição Federal, para dispor sobre as prerrogativas parlamentares e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Available at: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270800>. Accessed: 08 September 2021.

BRANDINO, Géssica. **Saiba quais crimes Daniel Silveira pode ter cometido e qual a pena somada pelo ataque ao Supremo**. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/saiba-quais-crimes-daniel-silveira-pode-ter-cometido-e-qual-a-pena-somada-pelo-ataque-ao-supremo.shtml>. Accessed: 31 August 2021.

PORTAL DE NOTÍCIAS DO STF. Ministro **Alexandre de Moraes restabelece prisão de Daniel Silveira**. Available at: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468167&ori=1>. Accessed: 3 August 2021.

PORTAL DE NOTÍCIAS DO STF. **Ministro nega pedido de revogação de medidas cautelares impostas ao deputado Daniel Silveira**. Available at: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=465804&ori=1>. Accessed: 31 August 2021.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 61/09 AND THE JURISTOCRACY

Gabriel Teixeira SANTOS¹
Samia Saad Gallotti BONAVIDES²

There are theoretical themes that constantly return to discussions, in a repetitive action that requires confrontation on each of the different occasions. In fact, maybe it's the lack of an adequate approach or even deeper investigation, or simply the fact that, given the controversy surrounding the topic, there is even a need to keep an epistemological distance, so that on different occasions come back for further theoretical reflections. This is precisely the case of the so-called juristocracy, which, in a certain way, is pertinent and sensitive, in the context of institutional dialogues, to constitutional relations³.

This theoretical perception takes into account that there is an effective role of judges, at its most diverse levels, to interpret the Federal Constitution (and the rules below) and that there is effectively an imbalance, considering a system of checks and balances, in the control of these interpretations.

In fact, there are some instruments and mechanisms created to control judicial/jurisdictional activity. For this summary, it was decided to use the analysis of the composition of the presidency of the National Council of Justice (CNJ), especially focusing on the changes introduced by Constitutional Amendment N°. 61/09.

Thus, the formulated hypothesis corresponds to the following question: Did the modification promoted by Amendment N°. 61/09 (attributing the presidency of the institution in question to the President of the Federal Supreme Court) confer a greater degree of democracy, control and interdependence in the powers?

In order to contextualize the preference and choice of this Constitutional Amendment in a specific way, it should be borne in mind that the CNJ was only constituted in 2005, with the insertion of article 103-B in the Federal Constitution, after the intense judicial reform promoted by the Constitutional Amendment N°. 45/04 which aimed to give greater control to the activity of legal

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Advogado. E-mail: gabriel.ts@uol.com.br

2 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento (MPPR). Coordenadora do NUPIA – Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição (MPPR). Professora do curso de graduação em Direito - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do programa de pós-graduação strictu sensu (doutorado e mestrado) (UENP). Co-coordenadora do MP Mulheres – Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público - MNMMP.

3 BARBOSA, Claudia. A JURISTOCRACIA NO BRASIL E O FUTURO DA CONSTITUIÇÃO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** [Online], 14.2 (2019): RECDUFMSM - ISSN 1981-369; e34100. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100>, Acesso em 02 de jul de 2021.

operators. A bibliographical review of the theme was carried out and, especially, the hearing of the sessions (sound archive of the Chamber of Deputies) in which the aforementioned amendment was processed or debated.

Therefore, this institution is mentioned as a way to quantify the performance of judicial actors and, at the same time, promote forms of control and punishment for any excesses or deviations in function, breaking the existing corporatism and the lack of transparency in these investigations. However, currently, said body goes beyond that competence to regulate important institutes such as custody hearings (Resolution No. 213/2015) and even in which cases there is the possibility of granting house arrest during the pandemic period (Resolution No. 62/2020) — in a true legislative function.

However, when examining the composition of that body (items in the caput), it was found that the members come from the judicial bodies themselves, granting greater independence only to members of the law firm (since the elected people are the result of political indications and a notorious juridical knowledge is required, which, in a certain way, makes the institution even more elite and distances it from its ideal purpose).

In this tuning fork, given the aspects that the amendment changed in article 103-B, the direction of the presidency of that institution to the president of the Federal Supreme Court was elected (which now cumulates both functions). Therefore, the president of the Constitutional Court, who, as a result, is responsible for interpreting the most important rule in the nation, is responsible for overseeing the entire Judiciary and its members.

In this sense, the reasons for the presentation of the bill, consisting of a one-page document, No. 324/2009, were related to the purpose of a speedy procedure (procedural speed), which was considered important by the same Amendment that instituted the Body.

As it is a Constitutional Amendment that reflects on judicial action, so that there was an adequate system of checks and balances, it would be appropriate to propose and proceed exclusively by politicians outside the legal sphere. However, that is not what happened.

The initial proposal was presented by Senator Demóstenes Torres, who was a member of the State Attorney before entering his political career. If that wasn't enough, because yet the president of the Legislative House was a member of the congress Michel Temer, who was before, in another time, president of the country and author of a work in the area of constitutional law.

Unlike other proposals in which the debates are hotter and fiercer, the double processing of this amendment did not have greater nuances. The second vote, for example, lasted approximately 15 minutes and in almost the entirety of that period (between the votes on two other topics) Deputy Onyx Lorenzoni took the floor to criticize the current government. Therefore, the vote was

summarized by the mention made by the president about the unanimity in the previous vote, if that unanimity remained and that vote was closed.

In turn, in the first vote there was an explanation of the project and its reasons, including with participation of the judge in Supreme Court Gilmar Mendes, already occupant of the Court at that time. There were no major debates and what was noted throughout the analysis was a great passiveness of the party acronym. The vote, as already said, was unanimous.

This Constitutional Amendment, as can be seen, in addition to the peaceful procedure, was fully proposed and influenced by jurists – who would be directly affected by the proposal. A necessary dialogue observed by Rosalind Dixon (2019, p. 184) is broken, even though from the perspective of judicial review and control and its democratic relationship⁴, so that a paradigm and interdependence between the powers was broken. We saw a legislative project purely headed by the Judiciary itself and which, unfortunately, is no exception (as seen recently in the debate on the “10 measures against corruption” that gave rise to a resurgence of criminal policies).

Still, in the case of this modality of amendment to the Constitution, when the functions and possibilities arising in this way that are not limited to textual change are examined, the corrective function brought by the aforementioned amendment generated a beneficial and, at the same time, contradictory situation for the National Council (CNJ), because itself becomes the Supreme Court of Justice. The benefit, brought within the motivations for the proposal, encompasses the decrease in the number of members of that Court in the CNJ, as well as the improvement in the jurisdictional provision (since, by having two members in that Council, both would be excluded from the distribution of processes).

Despite this, the contradiction in the accumulation of functions creates a kind of “super president” responsible for the control and discipline of his peers. There is a clear break in the impartiality of the latter and it would even be impossible for it to surface when judging any disciplinary acts. Likewise, there is no “backlash”.

Therefore, after analyzing the practical effects and the deployment of said amendment in a period longer than ten years and after examining the audios resulting from the parliamentary sessions, it was concluded that said amendment, despite its corrective effect that aimed at solving and adapting the jurisdictional provision of the Brazilian Constitutional Court (in view of a previous model that generated an embezzlement of two members), it gave rise to the creation of a legal position in which there was the creation of a "super-president" who cumulates the presidency of that

4 DIXON, Rosalind. Constitutional “Dialogue” and Deference. In G. Sigalet, G. Webber, & R. Dixon (Eds.), **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions** (Cambridge Studies in Constitutional Law, pp. 161-185). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108277938.007, Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/constitutional-dialogue/constitutional-dialogue-and-deference/C6F8A0632E4B5BB072CD27C88911BF6A>, Acesso em: 02 de jun de 2021.

Court and the CNJ.

Thus, the same Constitutional Amendment created a paradox when trying to solve a situation that existed until then and derived from a previous reform. This counterpoint ends up fostering juristocracy, showing that the Judiciary itself intervenes directly in the legislative issues that are affected by its representatives and, from the moment that the theme takes on legal contours, there is no opposition from the political class to what is "imposed".

The possible solution for similar situations lies in the use of mechanisms and control entities internal and external to the body itself, which effectively encourage direct popular participation and correspond to true "accountability". In conclusion, the discussion, therefore, cannot create a situation similar to that of the short story "Casa Tomada" by Júlio Cortazar in which, among the multiple possible interpretations, the house itself expels the residents.

REFERENCES

BARBOSA, Claudia. A JURISTOCRACIA NO BRASIL E O FUTURO DA CONSTITUIÇÃO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** [Online], 14.2 (2019): RECDUFSM - ISSN 1981-369; e34100. Available on: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/34100>, Access on 02 de jul de 2021.

DIXON, Rosalind. Constitutional "Dialogue" and Deference. In G. Sigalet, G. Webber, & R. Dixon (Eds.), **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions** (Cambridge Studies in Constitutional Law, pp. 161-185). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108277938.007, Available on: <https://www.cambridge.org/core/books/constitutional-dialogue/constitutional-dialogue-and-deference/C6F8A0632E4B5BB072CD27C88911BF6A>, Access on: 02 de jun de 2021.

DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective (**University of Chicago Public Law & Legal Theory** Working Paper No. 347, 2011), Available on: https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/71/, Access on: 02 de jun. de 2021.

THERE'S NO SUCH THING AS NEOLIBERAL CIVIL SOCIETY

Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA¹

KEY-WORDS: Foucault. Governmentality. Neoliberalism. Civil society. Social organization.

In 1987, Margaret Thatcher, one of the main neoliberal politicians, said in an interview that “there’s no such thing as society” (because there would only be individuals and nothing else). If society, as a whole, is in fact over, one could ask: what does this concept stand for? In other words, what’s really over when one says that society no longer exists? Examining Michel Foucault’s notes on *civil society* and its relation to the liberal governmentality, this abstract aims at investigating how neoliberal theoretical proposals affect the relation between society and subjectivity. Therefore, our object of research rests on Foucault’s perception of how civil society and neoliberal reason are related to each other. Hence, this abstract is based on the following problem: how the neoliberal reason threatens to dissolve modern subjectivity? Thus, the goal of this abstract is to demonstrate how neoliberal political strategies undermine the modern conditions to create subjectivities. Our hypothesis is that it does that through political strategies that, neglecting the dangers inherent to economic freedom, aim at disintegrating the idea of civil society, reorganizing economically the social complexes. Liberty is not something naturally given – as suggested by naturalist conceptions of society – but something that must be produced. The existence of liberty is conditioned by the control of social and economic dangers. That’s why liberalism requires not a simple removal of the State from social and economic relations, but a form of government able to control the dangers without excessively affecting the market. Civil society is the imaginary correlative notion of this form of government, constituting a technology of dangers, discipline, and liberty management (FOUCAULT, 2004, p. 67-68; 2015, p. 216-217). Its characters of consistency and social synthesis (FOUCAULT, 2004, p. 295-317) authorize the political organization of liberal economic relations. Taking these characters into account, Foucault, in his course of 1978-1979, divide the so-called “neoliberal” theorists – which oppose themselves to the modern liberal thought – into three categories: the German *ordo-liberals*, the Austrian liberals, and the neoliberals *stricto sensu*; the latter are American economists that were influenced by the Austrian liberal Friedrich Hayek (FOUCAULT, 2004, p. 77-190; BROWN, 2019). This third group would encompass ideas that endorse radical changes in the economic practices, such as a new theory of prices, a new theory of salary, and a new labor theory of value, which is based on the concept of human capital (FOUCAULT, 2004, p. 221-270). These changes imply, according to Foucault, a shift from a

¹ Mestre em ciência jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharel em direito pela mesma universidade. E-mail: lucas.bertolucci@gmail.com.

sociological-centered thought to an economic-centered thought, and bring with them the emergence of an enterprise-mindset subjectivity that replaces the regular social subjectivity (FOUCAULT, 2004, p. 249-254). The neoliberal theorists' formula is not to control a state of affairs to avoid and extinguish the social problems but to statistically calculate and measure the economic importance of those problems (FOUCAULT, 2004, p. 261, 277-278). They accept concurrence as a standard economic pattern to determine to what extent would be worth realizing management actions – or, in other words, to what extent the negative consequences are less expensive than an eventual damage control (FOUCAULT, 2004, p. 245-270). Concurrence is no longer limited by social security rules, bypassing the strictly economic field and becoming society's enduring chain of hostile behavior (AGAMBEN, 2010; CHAMAYOU, 2020; DEJOURS, 2007). If economic liberalism was founded on governmental control of the dangers and production of liberty, neoliberalism is based on strategical-political management of social risks to maintain the economic flow, allowing the subsistence of part of those risks (FOUCAULT, 2004, p. 261). One that looks at these neoliberal social theories by the modern civil society lens would have the impression that society is in fact over (GUILLUY, 2020). That's because most of the neoliberals' economic change proposals discard the modern civil society principle of social integration. This discard entails, from a unified society perspective, a gradual fracturing of the social bond, which produces new management forms of dangers, disciplines, and liberty. From that perspective, the increasing possibility of the emergence of a society without society would prevent the material conditions to imagine a social subjectivity (CASTORIADIS, 2000; MILLS, 1975). However, to sustain neoliberal capitalist exchange relations, there must be some amount of social consistency, without which no organization is possible (FOUCAULT, 2004, p. 116-117, 182, 192, 204). In response to the above-proposed problem, neoliberal rationality only threatens the modern conditions to constitute subjectivity insofar as it modifies them, producing its own subjectivity. If neoliberal theorists' social politics constantly undermine social security, and, in consequence, weakens the social aggregation principle, we may conclude that their conceptions of society qualitatively differ from the modern concept of civil society. If this conclusion is correct, we should inquire how it's possible to think philosophically about the displacement from the modern idea of subject to a category of subject bound to the individualistic social subjectivity proposed by neoliberal theories. As Foucault notices, the modern conception of civil society brings within it its principle of dissolution: economic exchanges (FOUCAULT, 2004, p. 306-309). As concurrence intensifies, commodity exchanges threaten to undo social unification. And Foucault's analytics of governmentality allows us to conclude that the dissipation of a social utopia implies not the extinction of society, but its rearrangement by another utopia – in the neoliberal case, a utopia that takes concurrence and

hostility as norms of social organization.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Tradução de Mario A. Marino e Eduardo Altheman C. Santos. 1. ed. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Tradução de Guy Reynaud. Revisão técnica de Luiz Roberto Salinas Fortes. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- CHAMAYOU, Grégoire. *A sociedade ingovernável: uma genealogia do liberalismo autoritário*. Tradução de Letícia Mei. 1. ed. São Paulo: Ubu Editora, 2020.
- DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução de Ivone C. Benedetti. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. (Coleção obras de Michel Foucault).
- FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris : Seuil; Gallimard, 2004.
- GUILLEY, Christophe. *Fim da classe média: a fragmentação das elites e o esgotamento de um modelo que já não constrói sociedades*. Tradução de Alessandra Bonruquer. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- MILLS, Charles W. *A imaginação sociológica*. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

WHAT IS THE NON-CONSTITUENT PEOPLE?

Matheus Conde PIRES¹

The category “people” stands as a central point in the structuring of Liberal Democracy. With the end of the process of independence of the United States, the Constitution (2020, p. 404) established in its preamble indicated “we the people”, as if that document represented a totality of american individuals. In turn, the French Revolution, another term has the same function of representing a totality, *la nation*. In the political writing *Qu'est-Ce Que Le Tiers État*, Abbot Sieyès (2001, p. LI) poses three questions: “What is the Third Estate?”, “What has it been?” and “What does he ask for?”. In response, what was presented was the need for greater participation in political power by the Third Estate, since it was “everything”. The exclusion of other orders, nobility and clergy was being postulated, since the Third Estate had everything necessary for the formation of a nation (LIMA, 2018, p. 73). Here, the attempt by a *plebs* to claim the role of *populous* is evident, with the aim of legitimizing a new legal-political order.

Both the term nation and people have the function of representing a totality, as if this category substantiated the authentic will for the establishment of a new order. Thus, “talking about constituent power is talking about democracy” (NEGRI, 2015, p. I). From this point a question arises: who are the people? Such reflection implies identifying a context and a historical outline so that an adequate answer can be given. However, this problem allows the understanding of a specific event, an episode at a given time, so as not to contribute to the comprehensive knowledge of the phenomenon. For that, the question “what is the people” is more adequate.

Initially, it should be noted that the real is always mediated by the symbolic, so that the apprehension of reality is constituted through discourse (BURITY, 2008, p. 38 - 41). Discourse, in this perspective, is not restricted to words, as it is a structured practice also through actions (RODRIGUES: MENDONÇA, 2008, p. 26). In this sense, when one sees mentions like us the people, or *volonté de la nation*, one is faced with a representation, an attempt to totalize individuals into a single category. However, the universal does not have its own content (LACLAU, 2011, p. 65), so that the attempt to discursively totalize the essence of the sovereign's nature of being proves doomed to failure.

For Ernesto Laclau (2018, p. 123), the formation of a people takes place through the

1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Ciências Humanas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atuou como Vice-Presidente em 2015, como Presidente em 2016 e como secretário em 2018 do Diretório Acadêmico Octávio Mazziotti, órgão representativo dos alunos do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

articulation of demands. In other words, a people is the result of a chain of equivalences of different demands, articulated discursively, which become hegemonic and come to represent the whole (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 163 – 164). In short, the formation of a people always takes place through the logic of a plebe that presents itself as populous (LACLAU, 2018, p. 134). The universal is, in reality, a particularity that came to figure in a dominant position (GIACAGLIA, 2008, p. 77).

At first, it could be said that such a perspective would impede any attempt to think about democracy and popular sovereignty, since the people are always seen as a contingent and precarious concept. However, Ernesto Laclau (2011, p. 66; 2018, p. 246) indicates that it is precisely this fact that constitutes the precondition of democracy, as the idea of a “true body of the universal” properly achieved would make dissent, the field of dispute and political competition itself. This theoretical contribution allows us to identify the existence of a constituent “people” and a constituent “non-people” in a given historical setting. In this way, the “non-people” would be formed by the demands not articulated in the hegemonic discourse, being placed outside the equivalence chain. In other words, non-constituent people are those who keep their demands from outside the hegemony established in the formation and reformulation of a Constitution.

REFERENCES

- BURITY, Joaílido Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 35 – 52. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA 1787. In.: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 403 – 428. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- GIACAGLIA, Mirta. Universalismo e particularismo: emancipação e democracia na teoria do discurso. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 71 – 88. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.
- LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.
- LIMA, Jairo. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. A impossibilidade da emancipação: notas a partir da teoria do discurso. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 53 – 70. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: qu'est-ce que le Tier État. 4ª ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jur

WOMEN'S VOICES IN FRONT OF THE DECISIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT: THE DEMAND FOR A FEMINIST CONSTITUTIONALISM

Gabriela Siqueira HO¹
Júlia Prado DÁGOLA²

The expression feminist constitutionalism has been used both in Brazil and in other countries by authors who defend a gender perspective as a method, thus being a hermeneutic posture of constitutionalism, aiming the inclusion of women in equality (SILVA; GOMIDE, 2020). Since the power relations between men and women are patriarchal and unequal in Brazilian society, and these subjects carry discourses that permeate the legal, political, and economic spheres, feminist constitutionalism presents itself as a strong ally in strengthening the rule of law.

Analyzing history, in general, women did not participate in the constituents, especially those held in the 18th and 19th centuries. In Brazil, it is verified that the inclusion of rights began with the incorporation of a large part of the claims made by women's movements during the 1988 Constituent Assembly, culminating in Art. 5, item I, of the Federal Constitution that expressly ensures equality between men and women, in addition to other achievements, however, it is verified that Parliament is more restrictive when it comes to women's rights.

Therefore, legal practices and decisions that are permeated by a feminist constitutionalism are extremely important, because they bring with them narratives of diversity to the legal sphere, and it is necessary, in addition, the opening of space for feminist activism in the courts, considering that through feminist legal instruments, "women can face issues about consideration and impact of laws on their lives" (BARBOZA; DEMETRIO, 2019, p. 15).

That said, the problem presented in this work is the scarcity of decisions in which the lens of feminist constitutionalism was used, and how the unequal composition of the Court contributes to this reality. Thus, feminist constitutionalism in Brazil, at times when it was applied, was not in an intentional manner and interpretation by the ministers of the Supreme Court, and it is necessary to emphasize that in the field of courts, women are minority, and the positions of leadership are occupied mostly by men. Like the Supreme Court, of the 11 ministers, only 2 are women, thus

1 Discente do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atua em pesquisas relacionadas ao Direito Penal, Direito Constitucional e Direitos Humanos, com enfoque no âmbito do Gênero relacionado ao Direito. Integrante dos grupos de pesquisa: Laboratório de pesquisa em teorias constitucionais e políticas – *Constitutional and political theories research lab* (CPOL/LAB), e Democracia e Direitos Fundamentais, ambos do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Endereço eletrônico: gabiho.gh@gmail.com

2 Discente do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Integrante dos grupos de pesquisa: Laboratório de pesquisa em teorias constitucionais e políticas – *Constitutional and political theories research lab* (CPOL/LAB), e Democracia e Direitos Fundamentais, ambos do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Endereço eletrônico: judagola@outlook.com

becoming a challenge to the applicability of feminist constitutionalism, "considering the need to listen and enable the participation of women and minorities in the legal spectrum, including in their ministers' and judges' staff" (BARBOZA; DEMETRIO, 2019, p. 28).

Therefore, in order to achieve gender equality, it is understood that the current normative framework must be accompanied by actions that incorporate a gender perspective, considering the differentiated impact that public policies and legislation will have on women and men, avoiding situations of discrimination in their elaboration and execution, it is also essential to implement decisions that start from a gender perspective, thus deconstructing the naturalization of roles in power relations present in Brazilian society.

In this sense, female participation in power relations and constitutional debates is essential for the construction of effective gender equality, ensuring the application of rights already positive in the constitutional sphere. Moreover, surpassing the female representation, feminist representation is even more influential in the affirmation of guarantees related to the theme of constitutional decisions from the perspective of gender.

In the Brazilian constitutional sphere, the commitment to formal equality between men and women was only once again a considered theme after the end of the military dictatorship, with the Redemocratization. At this stage, the constituent process began, the "National Constituent Assembly of 1987 had the participation of 26 members and no senators" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021), which, in parallel with the participation of more than 500 deputies, highlights the female under-representation in the formulation of the Constitution.

From the premise that the constituent power is the source from which the new constitutional order sprouts (CHUEIRI; GODOY, 2010), feminist constitutionalism emerges to question the foundations of traditional constitutionalism through a feminist perspective (BARBOZA; DEMETRIO, 2019), seeking gender equality and the consolidation of the Democratic Rule of Law with the participation of all citizens in the state decision-making process (SILVIA; GOMIDE, 2020).

In this context, among the decisions in which the Supreme Court used typical discussion of feminist constitutionalism, although from a mostly male perspective, we highlight the ADI 5.617, analyzed in 2018, regarding the legitimacy of quotas for women's political participation, with which the Supreme sought to ensure greater political parity of gender in the elaboration of laws and consequently enable a full democratic state. At the time, the rapporteur, Minister Edson Fachin, considered constitutional the quotas to promote the political participation of women and recalled that there will be no real democracy until women's voices become audible in this field (DECISÕES DA CORTE, 2021). Therefore, there is a new direction of Brazilian constitutionalism, even without

the purpose of feminist constitutionalism, committed to gender equality in the Democratic State of Law.

As a result of the analysis made in this work, it remains unequivocal the importance of the effective implementation of a feminist constitutionalism that contributes to overcoming the influence of stereotypes and discrimination in the interpretation of the devices, removing the woman from her place of subordination in relation to men and moving towards the feminist constitutional interpretation (BARBOZA; DEMETRIO, 2019). Because, even with the evolution of women's rights, the concepts were defined through a male perspective, and this perspective continues to be applied, which is evident in the face of the scarcity of decisions in which the lens of feminist constitutionalism was used, as well as the unequal composition of the Court.

Moreover, it is understood that the inclusion of feminist constitutionalism within law universities would cooperate so that gender would enter all fields of knowledge that interrelate with the legal sciences. "From this inclusion, jurists will be easier to look at the Federal Constitution from a gender-based angle" (BARBOZA; DEMETRIO, 2019, p. 14). Consequently, with this new perspective, the application of rights already constitutionally positive will prove more palpable, integrating women in positions of power and ensuring the space for their voices to be heard.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. **Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista**. Revista Direito GV. São Paulo. V. 15 N. 3, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Portal da Constituição Cidadã: Bancada feminina**. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html >. Acesso em: 06 set. 2021.

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel. **Constitucionalismo e democracia – Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, jan./jun. 2010.

NOWAK, Bruna (Org.); SILVA, Christine Oliveira Peter da (Coord.); BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz (Coord.); FACHIN, Melina Girardi (Coord.). **Constitucionalismo feminista: expressão das políticas públicas voltadas a igualdade de gênero**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2 Ed, 2020.

TF destaca decisões da corte que vêm garantindo proteção às mulheres. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-08/stf-destaca-decisoes-corte-garantiram-protecao-mulheres>>. Acesso em: 14 set. 2021.

CAPÍTULO IX
CRIMINOLOGÍA

ACUERDO DE NO PERSECUCIÓN PENAL: ¿INNOVACIÓN O REPETICIÓN?

Gabriel Teixeira SANTOS¹
Bibiana Paschoalino BARBOSA²

Cuando John Harriss Langbein hace su famoso trabajo *Torture and Plea Bargaining* en que criticaba los avances y la selectividad penal del modelo estadounidense, se creó una fractura en los modelos de la tradición jurídica del *common law* y en sus modelos incorporados – gobernados, en su mayor parte, mediante una lógica eficiente y que apunta a acomodar problemas estructurales en respuestas sencillas.

Sin embargo, a pesar de que el modelo de negocio es blanco de constantes críticas, luego de varios contactos entre las tradiciones jurídicas a nivel brasileño con la integración de los institutos derivados de la *english men tradition*, el *Pacote Anticrime* (Ley 13.964/19) instituye lo denominado “acuerdo sin persecución penal” (ANPP), reformando parcialmente el proceso penal brasileño insertando, entre otras cosas, el artículo 28-A³.

Este instituto puede verse como una extensión del trámite penal existente en el microsistema de juzgados penales especiales para delitos de menor potencial ofensivo, aquellos cuyas penas no superan los dos años; en estos casos, las críticas de Langbein fueron repetidas por la doctrina brasileña. Sin embargo, como elemento de diferenciación de los institutos, el acuerdo y la transacción penal, tenemos la inserción de tres requisitos en la nueva propuesta: la pena mínima debe ser menor de cuatro años, el convenio debe ser suficiente para prevenir/reprimir la infracción, lo que aporta una subjetividad al diploma jurídico y la necesidad de la confesión del delito.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Associado contribuinte do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Advogado. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1714513911855025> E-mail: gabriel.ts@uol.com.br

2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo instituto Damásio de Direito /IBMEC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos UNIFIO. Membro do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES) de liderança do Prof. Dr. Renato Bernardi. Coordenadora da Comissão de Criminologia da OAB Subseção de Ourinhos/SP. Advogada Criminalista. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3948873079949707> E-mail: bibianapaschoalino@gmail.com

3 “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”.

Lo que destaca y merece cautela al analizar esta nueva posibilidad de composición entre las partes de un proceso penal es la seducción de una posible reducción del encarcelamiento como argumento válido para la optimización y expansión del sistema. Sin embargo, al analizar el objeto de la investigación bajo la perspectiva criminológica como un verdadero mecanismo de freno y / o contrapeso, nos damos cuenta de que no podemos disociar ningún elemento contenido en el Procedimiento Penal brasileño.

En este diapasón, al tratarse de un tipo de acuerdo que surge en un escenario de incertidumbres sobre la prosperidad del modelo de negocio, este trabajo buscó indagar si el acuerdo transpuso la burbuja de estas críticas, especialmente en lo que respecta a Efecto de verificación de la posibilidad de archivo del procedimiento de instrucción ya sea por la ausencia de elementos susceptibles de sustentar un reclamo procesal penal o por la demostración de que existen, en plan, circunstancias susceptibles de dar lugar a la absolución del agente (tales como autodefensa, insignificancia, entre otros). Transponiéndolo a una pregunta: ¿un acuerdo de enjuiciamiento no penal promueve una banalización de los procedimientos de investigación y sus respectivos registros? ¿Fue un medio de coaccionar una confesión?

Mediante el método hipotético-deductivo, resultado del análisis bibliográfico y jurisprudencial sobre el tema, se concluyó que, ni siquiera parcialmente, el instituto no pasa por los filtros críticos que se aplican a los modelos de negocio, especialmente en lo que se refiere al instituto de transacción criminal.

REFERENCIAS

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 359-361.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução: Perfecto Andrés Ibánéz, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basocco, Rocío Cantarero Bandrés. Espanha/Madrid: Editora Trotta, 1995.

LANGBEIN, John H. (1978). Torture and Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 46, Iss. 1, p. 3-22, 1978. Disponível em <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3>>. Acesso em 10 de set. de 2021.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos**

Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dec. 2017. ISSN 2526-5180.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal através de un sistema de conformidades low cost. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, p. 1-30, 20 de jun. 2018. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>>. Acesso em 31 de mai. de 2021.

DERECHO AL OLVIDO Y CRIMINOLOGÍA: RECONOCIMIENTO POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES

Victória Santos MARQUES¹

Este resumen pretende abordar el derecho al olvido en el ámbito penal, verificando si está reconocido en el ordenamiento jurídico y en qué casos debe aplicarse. A través del método científico deductivo y mediante una explicación documental, se encontró que el derecho al olvido es un derecho de personalidad que está directamente vinculado a los derechos a la privacidad e intimidad. En efecto, corresponde al derecho del individuo de no ser acosado por actos pasados que no tengan un interés público legítimo, prohibiendo la divulgación del nombre, imagen y demás datos relacionados con la personalidad, que en el ámbito penal se extienden a la información y antecedentes penales, datos que no deben ser divulgados para hacer posible la resocialización del condenado (BOLDRINI, 2016, p. 10-11).

En verdad, el propio debate sobre el derecho al olvido tiene su origen en el instituto de rehabilitación penal (ALBUQUERQUE, 2017, p. 43), previsto en el art. 93, del Código Penal Brasileño, y que “alcanza las penas impuestas en sentencia definitiva, asegurando al condenado la confidencialidad de los registros de su proceso y condenación” (BRASIL, 1940, online). En este contexto, si una persona ha cometido un delito y ya ha cumplido la pena debida, o ha sido absuelta de su imputación, no se puede exponer la información que le concierne, y esto se debe a la necesidad de garantizar la oportunidad de plena reintegración en la sociedad, con la restauración de la dignidad, sin sufrir ningún prejuicio o vergüenza (LEITE, 2019, online). En la práctica, sin embargo, este derecho no es observado.

Actualmente, y con el advenimiento de Internet y de las redes sociales, en que se produce una propagación instantánea de datos, lo que se vive es la sociedad de la hiperinformación, sin una división tangible entre lo que es esfera privada y lo que es esfera pública (BOLDRINI, 2016, p. 08). Los propios medios televisivos, por ejemplo, hacen uso de información procesal que debería ser confidencial para aumentar la audiencia, sin respetar los derechos de la personalidad (en particular el derecho a la privacidad, intimidad y honor), en el argumento de ejercer el derecho a la libertad de expresión e información. Esto facta permite discutir si el derecho al olvido está o no reconocido en

1 Advogada associada no escritório Pellegrino Advogados Associados, em Santa Cruz do Rio Pardo/SP. Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Tem experiência e realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. Já realizou estágio na 3ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo/SP, e no Cartório Eleitoral da mesma cidade.

el ordenamiento jurídico brasileño, el objeto central de este resumen. En Brasil, el debate se intensificó en 2013, cuando el Superior Tribunal de Justicia se pronunció en Recurso Especial sobre los casos paradigmáticos de “Chacina de Candelária” y “Aída Curi” (BOLDRINI, 2016, p. 09).

En 2006, mucho después de una secuencia de asesinatos ocurridos en 1993 en Río de Janeiro y conocidos popularmente como “Chacina de Candelária”, un hombre acusado de ser coautor de los crímenes, pero absuelto, vio lesionados sus derechos de personalidad cuando fue mencionado como autor de los delitos por el programa “Linha Direta”, de la Rede Globo. Al solicitar las reparaciones necesarias por los daños causados, la Cuarta Turma del STJ, en decisión pronunciada en 2013 (REsp 1.334.097/RJ), condenó la emisora a pagar una indemnización por daño moral, entendiendo que el imputado, absuelto o condenado, había derecho al olvido, y que la confidencialidad de la hoja de antecedentes penales y la exclusión de los registros de condenación impedían la perpetuación de los efectos de la pena, debido al daño negativo causado a la persona (MARQUEZAN, 2017, p. 09-10). El derecho al olvido, en este caso, superó el derecho a la libertad de expresión y de prensa (BOLDRINI, 2016, p. 13).

En el caso “Aída Curi” (REsp 1.335.153/RJ), también juzgado en 2013, el STJ decidió de manera diferente. Aída Curi era una joven de 18 años que en 1958 fue llevada a la terraza de un edificio en Copacabana por tres hombres que abusaron sexualmente de ella, la violaron hasta la muerte, y la arrojaron de la escena. Cincuenta años después del crimen, que ganó relevancia nacional por las circunstancias en que se cometió, la historia fue nuevamente reportada por el programa “Linha Direta”, sin autorización de la familia de la víctima, quien reclamó una indemnización por daños morales, materiales y de imagen debido a la exploración de la noticia, que les hizo revivir el dolor del pasado. Al juzgar el caso, la Cuarta Turma del STJ denegó los pedidos de los familiares, ante el argumento de que en un delito de repercusión nacional, la figura de la víctima es un elemento inseparable del delito. Así, prevaleció la libertad de prensa, dada la relevancia de la historicidad del caso que, según la Corte, impidió el reconocimiento del derecho al olvido (BOLDRINI, 2016, p. 13-14). En febrero de 2021, en Recurso Extraordinario de repercusión general (RE 1.010.606/RJ, tema 786), el Supremo Tribunal Federal puso fin al caso “Aída Curi”, entendiendo que la idea de un derecho al olvido es incompatible con la Constitución Federal. La Corte enfatizó que los excesos o abusos en el ejercicio de la libertad de expresión e información deben ser analizados caso por caso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, online).

Esta tesis, sin embargo, fue confusa, ya que se hizo evidente que el derecho al olvido no tiene incompatibilidad con la Constitución Federal. Simplemente no se trata de un derecho absoluto: no debe aplicarse a casos de gran repercusión social. En otras situaciones, si no se respeta el derecho al olvido, existe la posibilidad de indemnización por los abusos que se puedan cometer, ya

que reducir la persona a la coisificación, con la exposición de su pasado, atenta contra su dignidad y existencia.

En conclusión, las limitaciones y violaciones al derecho a la privacidad, intimidad y honor derivadas de la divulgación de informaciones criminales deben ser analizadas en concreto, de acuerdo con las particularidades de cada caso, pudiendo haber responsabilidad civil y incluso penal por la violación de esos derechos en el ámbito individual, siempre que se demuestren excesos en la libertad de expresión e información, y siempre que no se trate de una situación de interés público y notorio. No reconocer este derecho al olvido en casos individuales es lo mismo que permitir la ocurrencia de una pena perpetua, con la eternización del crimen y del criminoso, lo que no puede ser tolerado en el Estado Democrático de Derecho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Carla Cabral de Melo. **Direito ao esquecimento: da proteção à intimidade do cidadão aos limiares do conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão.** Ideias: Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 19, n. 1, p. 40-53, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/230458/25009>>. Acesso em: 27 set. 2021.

BOLDRINI, Fernanda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: o conflito entre a liberdade de expressão, de informação e de imprensa versus os direitos de personalidade.** 2016. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/fernanda_boldrini_2016_2.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2021.

LEITE, Alana Sheilla Brito. **Direito ao esquecimento: eternização do crime e do criminoso.** 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-esquecimento-eternizacao-do-crime-e-do-criminoso/>>. Acesso em: 27 set. 2021.

MARQUEZAN, Bibiana Lara Simões. **O direito ao esquecimento na internet e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.** In: 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Anais [...]. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2017. p. 01-15. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/3-13.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial: **REsp 1.334.097/RJ.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. Julgado em: 28/05/2013. DJE: 10/09/2013. Disponível em: <<https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/STJ-REsp-1334097.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2021.

_____. Recurso Especial: **REsp 1.335.153/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta turma. Julgado em: 28/05/2013. DJE: 10/09/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 27 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário: **RE 1.010.606/RJ**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 11/02/2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=31&dataPublicacaoDj=19/02/2021&incidente=5091603&codCapitulo=2&numMateria=2&codMateria=4>>. Acesso em: 27 set. 2021.