

XII SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO



XII  
SIACRID

2023  
UENP  
JACAREZINHO/PR  
BRASIL



ORGS.

JAIRO NÉIA LIMA

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

FERNANDO DE BRITO ALVES

## **Anais do XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

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

Alberto Pintado Alcázar; Arthur Ramos do Nascimento; Bruna Azevedo de Castro; Dirceu Pereira Siqueira;  
Dmytro Slinko; Flavia Donini Rossito; Gisele Caversan Beltrami Marcato; Ivan Clementino de Souza;  
Jairo Néia Lima; José Eduardo Lourenço dos Santos; José Mauro Garboza Junior;  
Luiz Fernando Kazmierczak; Luiz Geraldo do Carmo Gomes; Renan Possella Mandarino;  
Roberta Cristina Paganini Toledo; Vivianne Rigoldi e Zulmar Fachin  
(Coordenadores)

Vladimir Brega Filho  
(Editor)

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

### **Comissão Científica do XII SIACRID**

Prof. Dr. Jairo Néia Lima (UENP-PR)  
Prof. Dr. Samuel Rodriguez Ferrandez (Universidad de Murcia – Espanha)  
Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR)  
Profa. Dra. Vivianne Rigoldi (UNIVEM)  
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini (FMU)  
Profa. Dra. Gisele Caversan Beltrami Marcato (Toledo Prudente Centro Universitário)  
Prof. Dr. Dmytro Slinko (UENP-PR - Fundação Araucária); (Kharkiv National University-Ukraine)

### **Comissão Organizadora do XII SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidad de Murcia - Espanha)  
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão Preto)  
Profa. Dra. Thaisa Maira Rodrigues Held (UFGD)  
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (UNIVEM)  
Profa. Dra. Roberta Cristina Paganini Toledo (ITE-Bauru)  
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (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, 2023. (Anais do XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-74362-3

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

**LOS MECANISMOS DE REHABILITACIÓN SOCIAL ECUATORIANOS Y ESPAÑOLES MÁS (IN)EFECTIVOS PARA ASESINOS SERIALES CON TRASTORNO PSICOPÁTICO DE LA PERSONALIDAD.....14**

Andrés Mariño CÁRDENAS

**O “SERIAL KILLER” NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO: CRIMINOSO SEM PENA OU INIMIGO DO DIREITO PENAL.....53**

Maria Vitoria Ferreira MORAES

**CASO MARI FERRER E A AMPLA DEFESA: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL SOB O VIÉS DA LEI 14.245 DE NOVEMBRO DE 2021 .....68**

Nathália Gomes MOLITOR

**AUTORITARISMO E INSTITUIÇÕES PENAIS: EPISTEMOLOGIA GARANTISTA COMO INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO.....83**

Tamires PETRIZZI

Isadora Ribeiro CORREA

**DA SENZALA AO CARCERE: A INTERLOCUÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA COM A INTERSECCIONALIDADE COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO AO ENCARCERAMENTO FEMININO.....98**

Ana Carolina Davanso de Oliveira CÂNDIDO

Ligia BINATI

**O ESTELIONATO POR MEIOS DIGITAIS: A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO.....111**

Gabriel Santos RIBEIRO

**ETIQUETAMENTO SOCIAL E TEORIAS DA EXCLUSÃO: O ESTRANGEIRO COMO UM INIMIGO PARA O DIREITO PENAL.....126**

Arthur Ramos do NASCIMENTO

Mateus Ferrari LUZ

**UM OLHAR CRÍTICO À ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA NO NEOLIBERALISMO.....140**

Marcos Antonio FRABETTI

### CAPÍTULO II

## FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

### **O PODER SOBERANO E A VIDA NUA: NOTAS SOBRE SOBERANIA, ESTADO DE EXCEÇÃO E RACISMO DE ESTADO.....157**

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA  
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA

### **AFINAL: O QUE (DEVEMOS) APRENDER COM O PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT ?.....178**

Pedro Augusto Gil de CARVALHO

### **ANIMAIS E DIREITO: DISCUSSÕES SOBRE A PRESENÇA DOS NÃO-HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO.....192**

Alice Beraldo JEUVOUX  
Jamile Gonçalves CALISSI  
Renato Zanolla MONTEFUSCO

### **“FAKE NEWS”: BASES FILOSÓFICAS.....207**

Anna Júlia Moreschi VALENTE

## **CAPÍTULO III PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **TECNOLOGIA COMO ALIADA NO PROCESSO CIVIL E A RESPONSABILIDADE DOS APLICADORES DO DIREITO NO USO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS.....221**

Ana Beatriz Bazan ROLLO

### **AS LIMITAÇÕES DA RACIONALIDADE NO USO DAS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM PELO JUIZ: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS.....239**

Carolina Cotta Barbosa de Sá ALVARENGA

### **O ARRESTO DE ATIVOS FINANCEIROS COMO SOLUÇÃO À FRUSTRAÇÃO DA CITAÇÃO NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO MOVIDOS CONTRA EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS E SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LIMITADAS.....255**

Gabriel Lorenzetti Pinheiro GARCIA  
Victor Hugo Maia COELHO

### **A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....276**

Giowana Parra Gimenes da CUNHA

### **TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....291**

Laura Milhomem MOURÃO  
Maria Eduarda Alencar ROMANO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO EM CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS CAUSADOS POR ATIVIDADES ECONÔMICAS: ANÁLISE DO CASO EM OHIO E SEUS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS.....306**

Francisca Cecília de Carvalho Moura FÉ  
Délton Winter de CARVALHO

**JUSTIÇA DE RESULTADOS: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....324**

Ana Clara Baggio VIOLADA  
Ana Claudia ROSSANEIS

**O ACESSO À JUSTIÇA E A REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA DESCONSTRUÇÃO SOFRIDA FACE ÀS CONQUISTAS PERANTE A CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....344**

Ricardo Bispo RAZABONI JUNIOR

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO DAS *ONLINE DISPUTE RESOLUTION* (ODR) COMO TECNOLOGIA POTENCIALIZADORA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA.....363**

Saulo Capelari JUNIOR  
João Victor Nardo ANDREASSA

**CAPÍTULO IV  
VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

**APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE BIENES INMUEBLES EN LOS DIFERENTES REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES.....379**

Maria Pilar López García ROCHA

**TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NO AMBIENTE DAS MICROEMPRESAS COMO MECANISMOS PARA O DESENVOLVIMENTO, A PARTIR DO PENSAMENTO DE CELSO FURTADO.....400**

Daniela Ramos Marinho GOMES  
Luiz Otávio BENEDITO

**IMPACTOS DA ECONOMIA DE PLATAFORMA NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E AS IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA.....414**

Isabella Gimenez MENIN  
Giovana Aparecida de OLIVEIRA

**ESCÓLIO DO DESENHO UNIVERSAL PARA A APRENDIZAGEM, COMO TÉCNICA PARA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO ESCOLAR DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA.....433**

Taís Nader MARTA  
Telma Aparecida ROSTELATO

|   |            |
|---|------------|
| <b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESENVOLVIMENTO: O CASO DA ILHA DE SUPERAGÜL.....</b>  | <b>456</b> |
| Luiz Eduardo LESTE<br>João Victor Nardo ANDREASSA   |            |
| <b>POVOS INDÍGENAS E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>  | <b>470</b> |
| Guilherme Rocha KAWAUTI<br>Mateus Freiria FUIN  |            |
| <b>OS DESAFIOS À INCLUSÃO DIGITAL E A RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>                                       | <b>486</b> |
| Dirceu Pereira SIQUEIRA<br>Mayume Caires MOREIRA  |            |
| <b>CENTENÁRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: HÁ MOTIVOS PARA COMEMORAR?.....</b>  | <b>499</b> |
| Juliana de Almeida SALVADOR<br>Danieli Cristina LEITE   |            |
| <b>RECOMEÇO OU PERPETUAÇÃO? O TRABALHO INFANTIL DE CRIANÇAS REFUGIADAS NO BRASIL.....</b>                                     | <b>514</b> |
| Heloisa Helena PASSAGNOLO<br>Júlia Helena Martins de OLIVEIRA   |            |
| <b>RACISMO AMBIENTAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE OS QUARTOS DE DESPEJO, BIOPOLÍTICA E CATÁSTROFES CLIMÁTICAS.....</b>          | <b>526</b> |
| Luma Teodoro da SILVA<br>Olívia Fonseca MARASTON  |            |
| <b>A RESPONSABILIDADE OMITIVA DO ESTADO PERANTE OS YANOMAMIS.....</b>   | <b>540</b> |
| João Vitor Martin Corrêa SIQUEIRA<br>Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA   |            |
| <b>CAPÍTULO V</b>   |            |
| <b>DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES</b>   |            |
| <b>A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO COLONIAL, IMPERIAL E DA REPÚBLICA VELHA.....</b> | <b>558</b> |
| Nathan Michel Martins de SOUZA<br>Priscila Kutne ARMELIN  |            |
| <b>VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E OS DESAFIOS ATUAIS.....</b>  | <b>571</b> |
| Maria Clara Brolezzi NAHAS<br>Fernanda de Matos Lima MADRID   |            |
| <b>A LEI MARIA DA PENHA E A VÍTIMA TRANSEXUAL.....</b>  | <b>590</b> |
| Taís Nader MARTA<br>Telma Aparecida ROSTELATO   |            |

**A OBRIGATORIEDADE DAS DIRETRIZES DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM AVANÇO NO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS TRANSEXUAIS.....611**

Daniela Braga PAIANO  
Gabriela Eduarda Marques SILVA

**CONGELAMENTO DE ÓVULOS COMO BENEFÍCIO TRABALHISTA – É ISSO QUE AS MULHERES QUEREM?.....630**

Cláudia Maria Felix de Vico Arantes da SILVA

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DIREITOS HUMANOS: UM DIAGNÓSTICO COMPARATIVO ENTRE REGIÕES PARA UMA PROTEÇÃO ESPECÍFICA DE GÊNERO .....647**

Fernanda Caroline Alves de MATTOS  
Grasielle Borges Vieira de CARVALHO

**FORMA JURÍDICA E SUBJETIVIDADE JURÍDICA DA MULHER À LUZ DA TEORIA DO VALOR-CLIVAGEM.....663**

Maria Eduarda Antunes da COSTA  
Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA

**CAPÍTULO VI  
POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**A ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL E A MUNICIPALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS.....692**

Jussara Romero SANCHES  
Lara Caxico MARTINS

**PROCESSO ESTRUTURAL: UMA ABORDAGEM PROSPECTIVA E DIALÓGICA EM DEMANDAS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....707**

Ana Cristina CREMONEZI  
Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins SANTOS

**A ONERAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL DEFRENTE À TRIBUTAÇÃO DOS PRODUTOS ESSENCIAIS FEMININOS.....727**

Camila Cristina Alves RIBEIRO  
Tauany Prado Oliveira Da SILVA

**A APLICAÇÃO BRASILEIRA, NO ÂMBITO AMBIENTAL, DO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO.....748**

Paulo Cezar de Carvalho ALVES

**A BALANÇA ENTRE INTERDEPENDÊNCIA, HARMONIA E DISCRICIONARIEDADE NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....765**

Maria Fernanda PIRES

**ENTREGA LEGAL: O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO Nº 485/2023 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....777**

Júlia Mariana Cunha PERINI

Daniela Braga PAIANO

**O NOVO ENSINO MÉDIO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL OU REAFIRMAÇÃO DE DESIGUALDADE?.....796**

Ana Clara Raimundo ZANETE

Arthur Rafael Flores PEROLE

**CRIMINALIZAÇÃO EM AMBIENTE ESCOLAR: UMA ANÁLISE DA FALHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS PARA PREVENIR A VIOLENCIA NAS ESCOLAS .....810**

Joice Silva COSTA

**INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A LIBERDADE EM XEQUE: DA RELAÇÃO ENTRE AMBAS E A EXCLUSÃO ECONÔMICA E SOCIAL DELAS DECORRENTES COMO VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE.....827**

Bruna Caroline Lima de SOUZA

Dirceu Pereira SIQUEIRA

**O DEVER ESTATAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....842**

Octaviano de Biassio MAZZUTTI

João Vitor MEIRELLES

**TRÁFICO DE PESSOAS E TRABALHO ESCRAVO: TUMOR EM METÁSTASE.....863**

Maria Clara Bianchi FIRMINO

Matheus Arcoleze MARELLI

**CANNABIS MEDICINAL E ATIVISMO JUDICIAL: TENSÕES ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O DEBATE SOBRE POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL .....878**

Carla Graia CORREIA

Guilherme Rocha KAWAUTI

Luiz Fernando KAZMIERCZAK

**A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE A PARTIR DA ORDEM CONSTITUCIONAL DA CULTURAL E DA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....897**

Bruno Alberto MAIA

Jamile Gonçalves CALISSI

**COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESPANHA EM RELAÇÃO ÀS LEIS CRIADORAS DOS PROGRAMAS SOCIAIS EMERGENCIAIS PARA CONTENÇÃO DA CRISE ECONÔMICA GERADA PELA PANDEMIA DE COVID-19.....913**

Ana Luiza Godoy PULCINELLI

Danieli Aparecida Cristina LEITE

**CAPÍTULO VII**



## **DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO**

**DINÂMICA DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO A PARTIR DA ESTRUTURA PROMULGADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....930**

Leonardo Inácio NUNES

**A DEMOCRACIA LIBERAL NA CONTEMPORANEIDADE ENTRE INSUFICIÊNCIAS E UTILIDADES.....943**

Claudia Maria BARBOSA

Wily ADDA

**A DEMOCRACIA DE HANS KELSEN E O PROBLEMA DO PODER CONSTITUINTE DO POVO.....968**

Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS RESTRIÇÕES OBSERVADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....989**

Filipe Benevenuto DOMINGOS

Vinícius Mello de OLIVEIRA

**COMO O STF PODE MINORAR A ATUAÇÃO DO CNJ? O CASO DA RESOLUÇÃO Nº 280/2019 E OS POSSÍVEIS MEIOS DE INFLUÊNCIA NO CONSELHO.....1005**

Matheus Conde PIRES

Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: DO PROTAGONISMO AO GARANTIDOR DAS REGRAS DO JOGO DEMOCRÁTICO.....1019**

Vinicius Consoli Ireno FRANCO

**JUSTIÇA AGRÁRIA COMO REALIZAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....1034**

Arthur Ramos do NASCIMENTO

Robson de Oliveira LEZAINSKI

### **CAPÍTULO VIII**

#### **CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES**

**DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM: BETWEEN ANTAGONISM AND CO-DEPENDENCY.....1054**

Matheus Conde PIRES

Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

**WOMEN AND POLITICS: THE LACK OF FEMALE REPRESENTATION IN SPACES OF POWER AFTER THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION.....1057**

Vanessa de Souza OLIVEIRA

**JUDICIAL ACTIVISM IN THE STF: A BRIEF ANALYSIS OF THE DECLARATION OF**

|  |             |
|--|-------------|
| <b>UNCONSTITUTIONALITY OF THE PRINTING OF VOTE RECEIPTS.....</b>   | <b>1060</b> |
| Isabela Christina Arrieta MASIEIRO   |             |
| Gabriel Vieira TEREZI  |             |
| <b>THE NOTION OF REPUTATION OF THE OAB: A THEORETICAL PROPOSITION<br/>FROM DATA OF THE INSTITUTIONAL PERFORMANCE OF THE ORDER.....</b>   | <b>1063</b> |
| Paula Alves ZANOTO   |             |
| Vinny Pellegrino PEDRO   |             |
| <b>THE INVISIBILITY OF WOMEN JUDGES IN THE FEDERAL SUPREME COURT.....</b>  | <b>1066</b> |
| Marcela Luísa FOLONI   |             |
| <b>THE RESTORATIVE JUSTICE AS A PARADIGM FOR THE ENFORCEMENT OF<br/>HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PUBLIC POLICY.....</b>  | <b>1069</b> |
| Henrique GIACOMINI   |             |
| <b>CONVENTIONALITY CONTROL AS A MECHANISM TO ENHANCE THE<br/>EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL.....</b>  | <b>1072</b> |
| Olívia Fonseca MARASTON  |             |
| Vladimir Brega FILHO   |             |
| <b>COMMUNICATION AS A LEVELER: THE POSSIBILITIES OF INSTITUTIONAL<br/>DIALOGUE OF THE SUPREME COURTS WITH THE LATIN AMERICAN SOCIETY IN<br/>A COMPARATIVE PERSPECTIVE.....</b> | <b>1075</b> |
| Leonardo Paschoalini PAIVA   |             |
| <b>NOTES ON THE TUTELAGE OF DEMOCRATIC VALUES IN THE EUROPEAN UNION<br/>.....</b>  | <b>1078</b> |
| Augusto Franini dos SANTOS   |             |
| <b>TERRITORIAL DISPUTE WITHOUT CLOTHES: THE DEMOCRATIC EXPRESSION IN<br/>THE REDEFINITION OF THE LIMITS BETWEEN THE STATES OF CEARÁ AND PIAUÍ<br/>.....</b>                    | <b>1081</b> |
| João Pedro Felipe GODOI  |             |
| <b>CHALLENGES FOR ACHIEVING A SIGNIFICANT PARLIAMENTARY MINORITY<br/>REPRESENTATIVENESS IN THE BRAZILIAN HOUSE OF REPRESENTATIVES.....</b>                                     | <b>1084</b> |
| Victor Romário Alves Zaak SARAIVA  |             |
| <b>THE IDEOLOGICAL CHANGES IN CHILDREN AND YOUTH ATTITUDE AS A<br/>CONSEQUENCE OF THE FAR RIGHT'S HATE SPEECHES.....</b>   | <b>1087</b> |
| Angelica Rodrigues ALVES   |             |

## **CAPÍTULO IX CRIMINOLOGÍA**

**REFLEXIONES SOBRE LA UBICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL**

|   |             |
|---|-------------|
| <b>CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....</b>  | <b>1091</b> |
| José Antonio Posada PÉREZ   |             |
| <b>LÍMITES Y POTENCIALIDADES DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 136 DEL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN MATERIA DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA.....</b>                | <b>1115</b> |
| Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO<br>Carla BERTONCINI   |             |
| <b>CONSIDERACIONES SOBRE LA (A)TIPICIDAD DE LOS HECHOS COMETIDOS EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.....</b>  | <b>1119</b> |
| Angelo GIRALDI  |             |
| <b>DESCIFRANDO LOS SECRETOS DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: UN ENFOQUE NEUROCIENTÍFICO PARA DILUCIDAR EL JUICIO DE RACIONALIDAD PRECEDENTE A LA ACEPTACIÓN DEL SOBORNO.....</b> | <b>1124</b> |
| Janna da Nóbrega SOUZA  |             |
| <b>RACISMO RELIGIOSO Y EL GENOCIDIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN BRASIL.....</b>  | <b>1128</b> |
| Andrei Domingos FONSECA<br>Jordy Arcadio Ramirez TREJO  |             |
| <b>ANÁLISIS Y PROPUESTAS EN MATERIA DE TUTELA DE DATOS DE ANTECEDENTES PENALES EN EL MERCADO DE SERVICIOS DIGITALES.....</b>  | <b>1131</b> |
| Margarita Orozco GONZÁLEZ   |             |
| <b>UNA APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA AL FENÓMENO DEL TRUE CRIME.....</b>   | <b>1134</b> |
| Alberto Pintado ALCÁZAR   |             |
| <b>LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE ÁNIMES....</b>  | <b>1136</b> |
| Yanhan Josuab Carlos CALCINA  |             |
| <b>MUJERES NARCOTRAFICANTES, CÁRCEL BRASILEÑA Y POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>  | <b>1140</b> |
| Camila Rarek ARIOZO   |             |
| <b>LOS PRINCIPIOS DE LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL SEGÚN ALESSANDRO BARATTA.....</b>  | <b>1143</b> |
| Tamires PETRIZZI<br>Luiz Fernando KAZMIERCZAK   |             |
| <b>¿TRATA DE SERES HUMANOS O NARCOTRÁFICO? INJUSTICIA EPISTÉMICA EN LA CONDENA DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS UTILIZADAS COMO MULAS PARA EL NARCOTRÁFICO.....</b>               | <b>1145</b> |
| Paula Alves ZANOTO<br>Vinny Pellegrino PEDRO  |             |

|  |             |
|--|-------------|
| <b>LA LEY MARIA DA PENHA BAJO LA PERSPECTIVA DE LA VICTIMOLOGÍA CRÍTICA FEMINISTA.....</b> | <b>1149</b> |
| Fernando de Brito ALVES  |             |
| Marcela Luísa FOLONI   |             |

|  |             |
|--|-------------|
| <b>EL CICLO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y EL PAPEL DE LA LEY: ¿SE PUEDE ROMPER EL CICLO SÓLO CON LEYES?.....</b> | <b>1152</b> |
| Vitória Aguiar SILVA   |             |

**CAPÍTULO I**  
**VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA**

# LOS MECANISMOS DE REHABILITACIÓN SOCIAL ECUATORIANOS Y ESPAÑOLES MÁS (IN)EFECTIVOS PARA ASESINOS SERIALES CON TRASTORNO PSICOPÁTICO DE LA PERSONALIDAD.

Andrés Mariño CÁRDENAS

## RESUMEN

Considerando la compleja problemática respecto de un fenómeno conocido en nuestra sociedad como son los asesinos seriales, la posibilidad de una debida rehabilitación que permita a los mismos reintegrarse socialmente se ve indudablemente afectada si se añade el factor de que sean diagnosticados con un trastorno psicopático de la personalidad. Por lo mismo, es crucial analizar cuáles son las herramientas con las que la sociedad cuenta para que este tipo de criminales muy particulares puedan acceder a una verdadera rehabilitación con resultados positivos. El análisis se enfocará de forma general en los tratamientos sobre psicópatas criminales violentos, para luego proceder a un estudio pormenorizado de la situación en Ecuador y España, dos países que comparten raíces culturales y similares ordenamientos jurídicos. Sin embargo, el objetivo de esta investigación crítica, tanto en el sentido de crisis y en el sentido de opinión constructiva, es preguntarse de forma general, ¿qué se está haciendo en todo el mundo para ofrecer una posible respuesta a esta cuestión?

**PALABRAS CLAVE:** Asesinos múltiples; asesinos seriales; psicopatía; trastorno psicopático de la personalidad; rehabilitación; tratamiento.

## ABSTRACT

Considering the complex problem regarding a well-known phenomenon in our society, such as serial killers, the possibility of a proper rehabilitation that allows them to reintegrate socially is undoubtedly affected if a psychopathic personality disorder is added to the equation. Regarding this particular type of criminal, it is imperative to analyze which tools can be used for real rehabilitation with positive effects. The analysis will focus first on worldwide treatments for violent criminal psychopaths, to later proceed with a detailed study of the situation in Ecuador and Spain, two countries that share cultural roots and similar legal systems. However, the objective of this critical investigation, concerning both crisis and constructive opinion, is to answer: What is being done around the world to offer a possible answer to this matter?

**KEYWORDS:** Multiple killers; serial killer, psychopath, psychopathic personality disorder; rehabilitation; treatment.

## 1. EL FENÓMENO DEL ASESINATO EN ECUADOR, ESPAÑA Y EL MUNDO

Desde 1978 hasta 1980, Pedro Alonso López, mejor conocido como “El Monstruo de los Andes”, acabó con la vida de más de 300 niñas, aterrorizando a varias ciudades de Sudamérica, especialmente Ecuador. Entre las muchas entrevistas realizadas a su persona con fines criminológicos, cuando fue inquirido sobre el motivo por el cual hizo todo lo que hizo, atinó a responder: “Había un momento divino cuando ponía mis manos alrededor del cuello de las niñas y

observada cómo se iba apagando la luz de sus ojos”.<sup>1</sup>

A su vez, José Antonio Rodríguez Vega, apodado como “El Mataviejas”, operó entre los años 1987 y 1988 en Santander, España. Sus víctimas fueron 16 mujeres de avanzada edad, entre 60 y 90 años, asfixiándolas si era rechazado en sus intenciones de tener contacto íntimo con las mismas<sup>2</sup>. Su perspicacia, carácter manipulador y egocentrismo hacían de él una persona intrigante al mismo tiempo que muy peligrosa, hasta el punto de establecer indirectamente que el motivo de sus asesinatos yacía en una desviación y atracción sentimental hacia su madre: “Yo no me sentía atraído hacia las ancianas. Ha sido una venganza contra mi madre. ¿Cómo vas a matar a tu madre que es la que te ha traído al mundo?”.<sup>3</sup>

Ambos, Pedro Alonso López y José Antonio Rodríguez Vega son dos tipos de delincuentes particulares que incurren en actos aberrantes, demostrando una clase de criminalidad en concreto que difiere de aquella común que conocemos día a día en nuestras actividades regulares. Desde tiempos inmemorables, la figura del asesino ha trascendido el imaginario colectivo hasta convertirse en un fantasma materializado que aterroriza y atrae, con un toque paradójico para quienes se enfocan en estudiar y adentrarse en los recónditos más oscuros de la mente humana.

En suma, han existido, existen y existirán asesinos en cada rincón del mundo, incluyendo Ecuador y España, lo cual quiere decir que cada sociedad ha lidiado con este tipo peculiar de criminal de diferentes formas, donde la política criminal ha jugado un papel crucial en su interminable cruzada para reaccionar ante los graves actos de quienes matan a través de mecanismos muy particulares para impedir que los sigan cometiendo y, bajo un enfoque muchas veces romántico e idealizado, lograr la tan anhelada rehabilitación mediante una reeducación que permita una reinserción y resocialización exitosas. En este sentido, los trabajos de investigación recientes se enfocan mucho en estudiar dos conceptos muy relacionados, el asesinato y la psicopatía, siendo necesario enfatizar que, hasta el momento, se ha demostrado empíricamente que su conexión es una cuestión, innegable, de correlación, no de causación<sup>4</sup>.

Al mezclarse estas dos figuras, es decir, cuando entra en juego el factor de la psicopatía en una persona catalogada como asesina serial, la meta de rehabilitación se vuelve mucho más difusa, quizás ya no constituye una meta romántica idealizada, sino una utopía platónica, pues habría que

---

1 Álvarez, Mónica. El Monstruo de los Andes que se excitaba matando niñas a plena luz del día: “Es mi misión”. 2020. <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20200821/482914384951/pedro-alonso-lopez-monstruo-andes-asesino-en-serie-ninas-dia-peru-libertad-las-caras-del-mal.html>

2 Janire Rámila, *Depredadores humanos, el oscuro universo de los asesinos en serie*. (Madrid: Ediciones Nowtilus, 2011). 7.

3 Paco Delgado. El Mataviejas: 16 ancianas asesinadas por venganza y un final inesperado: “Recordar a mi madre me excitaba”. 2020. [https://www.cope.es/actualidad/sociedad/crimenes-historicos/noticias/mataviejas-ancianas-asesinadas-por-venganza-final-inesperado-recordar-madre-excitaba-20201011\\_930696](https://www.cope.es/actualidad/sociedad/crimenes-historicos/noticias/mataviejas-ancianas-asesinadas-por-venganza-final-inesperado-recordar-madre-excitaba-20201011_930696)

4 Se analizará posteriormente su conexión, misma que permite inferir lógicamente que no todo psicópata es un criminal y que no todo criminal es un psicópata.

salir de la caverna para entender que dicha meta ya no pertenecería a este mundo. Sin afán de que el presente trabajo se convierta en un extenso análisis de materias ya revisadas por tantos y prestigiosos autores, el objetivo principal será realizar un estudio pormenorizado de las técnicas más efectivas de rehabilitación ecuatorianas y españolas en asesinos seriales que han sido diagnosticados con trastorno psicopático de la personalidad en dos países hispanoparlantes que comparten raíces culturales y realidades similares, así como también ordenamientos jurídicos parecidos.

El artículo se centrará en analizar los mecanismos más efectivos de rehabilitación en asesinos seriales convictos, diagnosticados con un trastorno psicopático de la personalidad. Merece la pena también especificar que se enfoca específicamente en asesinos seriales de sexo masculino ya que son la muestra poblacional más extensa en relación con este tipo de asesinato<sup>5</sup>, a diferencia de las perpetradoras femeninas del mismo género criminal que incluso reciben el título de “cisnes negros” al constituir un fenómeno más raro en comparación con su contraparte masculina<sup>6</sup>. A este punto, es menester recordar a modo de advertencia que, para adentrarse en el mundo de los asesinos, se requiere una mente abierta para una investigación apasionada que no trata de justificar lo que han hecho, sino de comprender, constituyendo una fina y delgada línea que separa la heurística con la intención de contrarrestar sus actos de la apología.

El presente trabajo comenzará analizando cuestiones previas que permitan al lector zambullirse en el tema aun sin haber tenido contacto con los vastos campos de la psicología o la psiquiatría, el derecho y específicamente, de la criminología. Entre dichas cuestiones, se explicará brevemente sobre el asesinato y el asesino múltiple, sus categorías, tipologías y aspectos más relevantes, concretando con el asesino en serie. A su vez, continuará desentrañando a la figura de la psicopatía, delimitando el campo de investigación de este artículo para definir a este constructo de acuerdo con un instrumento reconocido por excelencia en el campo clínico y forense. Se ofrecerá entonces una rápida compilación sobre la correlación entre asesinato y psicopatía, para comprender de qué forma interactúan de forma empírica. Una vez determinado esto, se explicará en qué consiste actualmente la meta de la rehabilitación, gracias a la revisión de un conjunto variado de artículos sobre la misma, para entender de forma básica qué es. Posteriormente, se revisará a nivel internacional la situación actual de los mecanismos de tratamiento para rehabilitar a psicópatas criminales, enfocándose principalmente en Ecuador y España, concretando y explicando sus modelos para verificar si cuentan con algún sistema enfocado en este tipo de criminalidad. Posteriormente, el trabajo ofrecerá algunas recomendaciones desde un enfoque hipotético cualitativo-deductivo, para entonces finalizar con algunas conclusiones en torno al tema tratado.

---

5 Paz Velasco de la Fuente. *Criminalmente. La criminología como ciencia*. 8va ed. (Barcelona: Ariel, 2021). 153.

6 Ver, Michael Kelleher y C. L. Kelleher, *Murder Most Rare: The Female Serial Killer* (Dell Publishing: New York, 1999), XII.



## 1.1 El Asesino y el asesinato

¿Quién es un asesino? Gracias a pioneros como Ressler y Schachtman<sup>7</sup>, hasta expertos contemporáneos como Garrido<sup>8</sup> o Pintado<sup>9</sup>, hoy en día se puede acceder a mucha información variada respecto de la figura del asesino como tal. Muchos se preguntarán cuál es el origen del mismo y por qué causa tanta sensación en el inconsciente colectivo, atrayendo la atención de varios campos que poco o nada tienen que ver con el ámbito criminal. Sin duda, el asesino constituye una imagen alterna del villano al que se anhela, de forma inconsciente, enfrentarse y derrotar para así reforzar una percepción de justicia, de honor y de rectitud interna, situación que permite, en general, saber que nos atenemos a los preceptos clásicos de la moral en la conducta humana y nos diferenciamos de esa criatura desalmada que termina la vida de sus pares sin remordimiento o piedad. Asimismo, hay quienes sienten fascinación en el estudio de este tipo de criminal en virtud de crear y desarrollar mecanismos efectivos que permitan reducir y resarcir los efectos nocivos de su conducta, fin al que se adhiere, con disimulada modestia, quien redactó el presente artículo. Dicho esto, ¿quién es un asesino?

## 1.2 Origen

La palabra asesino proviene etimológicamente del árabe *haššāšīn*, que entre sus significados hace referencia a “fumadores de hachís” o “seguidores de Hasan”, puesto que era un título peyorativo atribuido a miembros altamente entrenados de una fuerza militar y religiosa chiita de origen persa, que se encargaba del asesinato estratégico y selectivo de objetivos específicos liderados por Hasan Al-Sabbah<sup>10</sup>. A pesar de contar con pocos miembros, gracias a sus habilidades y métodos eficaces, particularmente el fanatismo religioso que los caracterizaba como secta, adquirieron tal reputación permitiéndoles mantener aterrorizada a la población del territorio de la actual Irán por casi 200 años.

Desde entonces, se ha adoptado el término para referirse con el mismo a la persona que acaba con la vida de otra mediante técnicas especiales o empleando métodos que agravan su conducta y la diferencian del homicidio, consideraciones que heredamos desde la antigua Roma<sup>11</sup>. En algunas legislaciones del mundo, los códigos penales realizan una clara distinción entre el asesinato y el homicidio, en virtud de que, para consumar el asesinato, se requieren de determinadas

---

7 Ver, Robert Ressler y Tom Schachtman. *Whoever fights monsters*. (Saint Martins Press: New York, 1992).

8 Ver, Vicente Garrido Genovés. *Asesinos múltiples y otros depredadores sociales*. (Barcelona: Ariel, 2021).

9 Ver, Alberto Pintado Alcázar. *Análisis criminológico de los asesinatos en serie*. (Madrid: Dykinson S.L., 2017).

10 Paz Velasco de la Fuente. *Criminalmente. La criminología como ciencia*. 8va ed. (Barcelona: Ariel, 2021). 27-31

11 Lidia Álvarez Gázquez. *El delito de homicidio en perspectiva histórico-jurídica*. (Trabajo de Fin de Grado en Derecho, Universidad de Almería, 2015), 4-6.

actuaciones adicionales que provocan más sufrimiento, que permiten apreciar un ensañamiento, alevosía y desdén únicos<sup>12</sup>. Las mismas engañan o impactan a la víctima para atraerla a un ambiente de falsa seguridad, para posicionarla en una situación de indefensión o para aumentar deliberadamente su sufrimiento<sup>13</sup>. Para resumir, asesinato y homicidio no son el mismo acto, al primero se lo considera como una conducta más aberrante y dañina a nivel social en comparación con el segundo, que consiste en solo causar la muerte a otra persona<sup>14</sup>. Ecuador tipifica al homicidio en el artículo 144 de su Código Orgánico Integral Penal<sup>15</sup> (en adelante COIP) con una pena privativa de libertad de 10 a 13 años, y al asesinato en el artículo 140 del mismo cuerpo legal<sup>16</sup> con una pena privativa de libertad de 22 a 26 años.

A su vez, España también recoge la conducta de homicidio en el artículo 138 de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal<sup>17</sup>, con una pena de prisión de 10 a 15 años. Dicha normativa también contiene el tipo de asesinato en el artículo 139<sup>18</sup>, con una pena de prisión de 15 a 25 años, incluyendo la imposición de sanciones más graves como la prisión permanente revisable en caso de concurrir otras circunstancias descritas en el artículo 140<sup>19</sup> para ésta última.

---

12 Paz Velasco de la Fuente. *Criminalmente. La criminología como ciencia*. 8va ed. (Barcelona: Ariel, 2021). 26.

13 Centro de Formación Jurídica en Línea. *El homicidio calificado por alevosía, ensañamiento o medio insidioso*. (Universidad de Costa Rica, 2013), 3-4.

14 Nieves Sanz Mulas. *Política Criminal, Presente y Futuro*. (Madrid: Grupo Editorial Ibáñez, 2018). 144-145.

15 *Art. 144.- Homicidio.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.*

16 *Art. 140.- Asesinato.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano. 2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación. 3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas 4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado. 5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos. 6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima. 7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción. 8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción. 9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública. 10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.*

17 *Artículo 138.* 1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concorra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

18 *Artículo 139.* 1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. 2. Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

19 *Artículo 140.* 1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. 3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. 2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

Como se puede observar, ambos códigos realizan una clara distinción de la conducta de asesinato al tipificarlo de forma independiente, con una sanción más grave para el mismo, en comparación del homicidio. Esto indica, fuera de toda duda, que los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español se adhieren a una concepción del asesinato como un acto más aberrante o nocivo que el homicidio, por lo cual la reacción de un control formal consiste en atribuirle una sanción de mayor pena privativa de libertad.

En suma, es menester exponer la figura del asesino desde el punto de vista jurídico para entender la connotación y trascendencia de la misma en torno al tratamiento que ejecuta el control político criminal. Desde esta perspectiva, en definitiva, asesino es la persona que incurra en el delito de asesinato, misma que consiste en causar la muerte de una persona con la intención y conocimiento conscientes tanto del acto como del resultado de muerte a través de mecanismos o mediante circunstancias que la agravan. Esto incluye especificar que la conducta solo puede ser realizada por humanos, y es considerada por varios ordenamientos jurídicos, en especial Ecuador y España, como más grave y lesiva que un homicidio ya que se ejecuta a través de un conjunto variado de actuaciones que la caracterizan para hacerla más reprochable socialmente. Todo esto hace del asesinato una conducta única, y por supuesto, define y determina al asesino otorgándole un lugar especial como el criminal entre los criminales.

### **1.3 Tipología**

En relación con lo explicado, la doctrina criminológica es fructífera en varios frentes del globo intentando explicar el fenómeno del asesinato, producto de la cual resalta el asesino múltiple, que es aquel que mata a más de una persona impulsado por motivos multidimensionales para hacer realidad deseos o satisfacer necesidades internas<sup>20</sup>. Dentro de los asesinos múltiples, los criterios de diferencia se dividen de acuerdo con el lugar, tiempo y número de víctimas<sup>21</sup> entre tres subcategorías: asesino serial, asesino en masa o conocido actualmente como asesino múltiple en un solo acto<sup>22</sup> y asesino itinerante o actualmente conocido como ofensor de secuencia rápida<sup>23</sup>. El trabajo se enfocará en el asesino en serie.

### **1.4 Asesino serial**

---

20 Juan Pablo Rodríguez. *Asesinos múltiples: perfil y características en común*. (2019). 5.

21 Santiago Redondo Illescas y Vicente Garrido Genovés. *Principios de Criminología*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 617-619.

22 Alberto Pintado Alcázar. "Asesinos en masa y asesinos múltiples en un solo acto". *Revista Electrónica de Criminología*. Vol. 02, No. 02. (Diciembre 2019): 1.

23 Enyo Yaksic. "Moving past sporadic eruptions, discursive killing, and running amok: recognizing the convergence of the serial and spree killer". *Journal of Criminal Psychology* Vol. 9, No. 3. (Julio 2019): 138.

El más conocido asesino múltiple es el asesino serial<sup>24</sup>, consecuencia lógica de que la mayoría de los trabajos y estudios se enfoquen en esta especie del género de asesinos múltiples. El mismo se caracteriza por matar a tres o más personas (según la doctrina mayoritaria<sup>25</sup>) de forma continua pero no sucesiva, lo cual significa la existencia de tres o más escenas del crimen individualizadas e independientes en tiempo y lugar<sup>26</sup>, con periodos conocidos como “enfriamiento”, espacio temporal en el cual el asesino no comete más asesinatos esperando una reactivación emocional que impulsa la tendencia a volver a realizarlos<sup>27</sup>.

De acuerdo con los estudios de Ressler, Burgess, Burgess y Douglas, los asesinos en serie pueden ser clasificados en organizados o desorganizados, correspondiendo respectivamente a la primera clasificación con “psicópatas” y la segunda, con “psicóticos”<sup>28</sup>. Sobre este punto, se debe señalar que dicha clasificación ha perdido validez empírica<sup>29</sup>, motivo por el cual es preferible referirse al estudio de sus escenas del crimen como organizadas o desorganizadas<sup>30</sup>, sin relacionarlas con una psicopatía o psicosis. Incluso, la propuesta de una tercera clasificación de “mixto”, de acuerdo a lo establecido en el Manual de Clasificación del Crimen de la Agencia Federal de Investigación o FBI por sus siglas en inglés, y según la cual el asesino serial reúne tanto características de organizado como desorganizado, propone la posibilidad de que en realidad ningún asesino serial sea completamente organizado o desorganizado, sino que pueda reunir elementos de ambas categorías, lo cual es concordante con los estudios de conductas humanas que ciertamente nunca presentan un criterio único o cerrado, sino que reúnen diversos elementos como continuo, sin poder catalogar de forma tajante como parte o no de una clasificación<sup>31</sup>. Por esa razón, además del hecho de que más adelante se explicará el concepto de psicopatía con el cual se trabajará el resto del

---

24 Vicente Garrido Genovés. *Nuevos perfiles criminales. Los mayores desafíos de la investigación criminal*. (Valencia: Ariel, 2020), 29.

25 Ressler, Holmes y Holmes, Hickey, Skrapec, Cuquerella, Morillas, citados en Paula Salado San Pedro. *Asesinos Seriales, Etiología de sus crímenes y perfilación*. (Trabajo de Fin de Grado en Criminología, Universidad del País Vasco, 2016), 12-13. Al respecto cabe mencionar que, en un simposio realizado en el año 2005 por la Agencia Federal de Investigación o FBI por sus siglas en inglés, se estableció el mínimo de dos víctimas para considerar al perpetrador como asesino en serie. Considerando que el fin del artículo no es el de ofrecer una respuesta definitiva, se adherirá a la posición del FBI en virtud de que, el asesino en serie, al ser una especie del género de asesinos múltiples, debe existir por ello más una de víctima, mínimo dos.

26 Ángel Cuquerella Fuentes. “Asesino en serie. Clasificación y aspectos médico-forenses.” *Centro de Estudios Judiciales de la Administración de Justicia. Curso de formación para médicos forenses: Peligrosidad criminal, aspectos médico forenses, psiquiátricos y psicológicos*. (Madrid. 2004), 3.

27 Jorge Jiménez Serrano. “Asesinos en serie: definición, tipologías y estudios sobre esta temática”. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*. No. 10. (Marzo 2014): 5.

28 John E. Douglas, Ann W. Burgess, Allen G. Burgess y Robert K. Ressler, *Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crimes*. (San Francisco: Jossey-Bass, 2006), 98.

29 David V. Canter, Laurence J. Alison, Emily Alison y Natalia Wentink. “The Organized/Disorganized Typology of Serial Murder: Myth or Model?” *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 10 No. 3 (Septiembre 2004): 324-325.

30 Velasco de la Fuente, *Criminalmente*, 54.

31 Rachel Harding. *A comparative study between a range of Victimology, Crime Scene Behaviors and Forensic Awareness Strategy variables utilized, or not, by Trucker and Non-Trucker Serial Killers*. (Tesis para Maestría en Ciencia Forense, Universidad de Murdoch, 2021), 4.

presente análisis, no se toma en consideración la clásica división criminológica entre asesino en serie organizado o “psicópata” y desorganizado o “psicótico”, sino que se trabajará sobre otro constructo más empírico y validado de psicopatía como entidad nosológica bajo su propio instrumento de diagnóstico.

### 1.5 Fantasías criminales

Para concluir este apartado, se considera apropiado enfatizar que el asesino múltiple se diferencia por poseer lo que se conocen como “fantasías criminales”<sup>32</sup>, caracterizándolo y diferenciándolo de otros criminales que también pueden incurrir en un asesinato. Murray explica cómo la fantasía influye en el asesino en masa y en el asesino serie<sup>33</sup>, provocando que los mismos busquen una catarsis profana debido a su inhabilidad de lidiar con la realidad<sup>34</sup>. Pintado define a las fantasías como aquellos sueños, utopías o fábulas de índole violenta (sexual o de otro tipo) que experimentan determinados sujetos, debido a la realidad inadaptada que padecen, volviéndose cada vez más insidiosas en la persona hasta el punto de obligarla a exteriorizarlas y perfeccionarlas constantemente, constituyendo, por ende, el elemento nuclear del porqué mata el asesino serie<sup>35</sup>.

A su vez, Garrido detalla cómo la mayoría de los autores determinan que el asesino múltiple, y el asesino serial en particular, actúa con el objetivo de buscar una gratificación a una necesidad psicológica interna a modo de satisfacción de una compulsión latente en el individuo, propio de una motivación intrínseca<sup>36</sup>, la cual consiste precisamente en una propensión inherente y espontánea para involucrarse en actividades por propio gusto o interés<sup>37</sup>. Respecto a las fantasías, el mismo autor presenta entonces un proceso que inicia con un síndrome conocido como la identidad fracturada, según estudios de Holmes, Tewksbury y Holmes<sup>38</sup>, en los cuales se teoriza la existencia de una causa de origen de las fantasías criminales. La teoría consiste en un evento externo experimentado en la niñez de un asesino serial que provoca un trauma, estrés o reacción adversa en el menor individuo<sup>39</sup> con una predisposición psicobiológica defectuosa, provocando que se aíse y para canalizar la frustración, se generan las fantasías<sup>40</sup>. De acuerdo con lo explicado, los niños que experimentan esto, no pueden adaptarse a los retos del desarrollo madurativo normal, provocando que se encuentren constantemente en estado de hipervigilancia, lo cual causa confusión y

---

32 Rámila. *Depredadores Humanos*, 40.

33 Jennifer Lynn Murray. *The role of fantasy in mass and serial murder*. (Disertación doctoral en Filosofía, Universidad Estatal de Arizona, 2011), 91.

34 Ibid. 174.

35 Alberto Pintado Alcázar. *Análisis criminológico de los asesinos en serie*. (Madrid: Dykinson S.L., 2017), 75-78.

36 Garrido, *Nuevos perfiles criminales*, 34-37.

37 John Marshall. *Motivación y emoción*. 5ta. ed. (Ciudad de México: McGraw Hill. 2010), 83.

38 Garrido, *Nuevos perfiles criminales*. 66.

39 Ibid. 67

40 Ibid. 54.

perturbación, y para escapar, generan ideaciones o cogniciones distorsionadas, según el modelo de Control-Trauma de Hickey que expone Garrido<sup>41</sup>.

A esto se suma un proceso de disociación propuesto por Carlisle, como mecanismo de defensa psicológico al que recurre esa persona para evitar, en diferentes grados, el recuerdo de dicho evento o experiencia dolorosa, traumática o impresionante<sup>42</sup>, producto de lo cual la fantasía nace para idealizar un mundo ilusorio donde el asesino serial no sufre del dolor experimentado realizando actividades cuestionables que le producen placer y excitación. Según Garrido, Carlisle define a las fantasías como un proceso imaginario en el que una persona intenta obtener una gratificación vicaria, viéndose realizar actos que no se atreve a llevar a cabo en la realidad<sup>43</sup>. La fantasía se vuelve un impulso latente e imperativo de ser satisfecho, que genera más incidencia a medida que el sujeto se aísla y retrae en su mundo, invitándolo poco a poco a manifestarla para convertirla en realidad, aunque nunca estará a la altura de la imaginación y ello provoca un bucle adictivo de búsqueda de la perfección ya que, en este caso, la realidad no supera a la ficción<sup>44</sup>.

Consecuentemente, esto produce que la persona adopte las nuevas conductas de forma muy similar a una actividad lúdica o divertida, que produce satisfacción por el simple hecho de ser realizada, como el ocio o el juego, siendo por ello, otra vez, una conducta producto de una motivación intrínseca<sup>45</sup>. Garrido termina explicando que en esto coincide Reid, donde el asesino serial mata por satisfacer un deseo, una compulsión, para obtener una gratificación interna satisfaciendo una necesidad nuevamente a modo de motivación intrínseca<sup>46</sup>.

En este sentido, las fantasías criminales son predominantemente de índole hegemónico (poder o control) o sexual (búsqueda desviada de placer)<sup>47</sup>, es decir, sitúan a la persona en escenarios donde tiene el poder, el control, el dominio y también puede dar rienda suelta a sus más oscuras parafilias. Aquí es donde es posible diferenciar al asesino múltiple, caracterizado por las fantasías criminales, de otros criminales como el sicario en el crimen organizado o el terrorista, siendo claro que el asesino actúa por el asesinato como un fin en sí mismo, la recompensa que recibe es el hecho de matar<sup>48</sup>. De acuerdo con Norris, entre las fases por las que pasa un asesino serial<sup>49</sup>, las fantasías se manifiestan en la primera fase, conocida como fase aurea, impulsando al

---

41 Ibid. 68. Este modelo explica cómo un ente biopsicosocial ante un acontecimiento traumático genera fantasías con las que intenta controlar su desconfianza, frustración, aislamiento y ansiedad, siendo el asesinato serial el resultado. En resumen, el trauma causa fantasías, las fantasías motivan al crimen, el crimen es el control sobre el trauma.

42 Ibid, 59.

43 Ibid, 60.

44 Ibid. 66.

45 Garrido, *Nuevos perfiles criminales* 80.

46 Ibid. 36.

47 Ibid. 38 y 98.

48 Ibid. 73.

49 Joel Norris. *Serial Killers*. (New York: Anchor, 1989), 23-35.

asesino a proceder en las siguientes fases hasta culminar en el asesinato, como combustible y motor de su conducta. Para terminar, Giannangelo especifica que el asesino serial mata para crear una identidad, porque le permite encontrar un escape hacia alguien idealizado, o, en otras palabras, ser alguien<sup>50</sup>.

Se concluye entonces que las fantasías criminales, propiamente resultados de una distorsión en las funciones mentales o cognitivas complejas, fruto del pensamiento (en este caso criminal<sup>51</sup>), se definen como ideas que poco a poco provocan un impulso latente que obliga al asesino a materializar las mismas a través de conductas criminales generalmente por una falta de autocontrol como elemento crucial en la inhibición de causar daño a otros<sup>52</sup>. Muchas veces provienen de un origen multidimensional, puede ser fisiológico por lesiones o disfunciones cerebrales<sup>53</sup> sumadas a la experiencia externa que provoca una reacción adversa y un aislamiento donde se intensifican, es decir, a través de la interacción de factores biológicos, psicológicos y ambientales, como la mayoría de fenómenos humanos<sup>54</sup>.

Las poseen tanto los asesinos seriales<sup>55</sup>, como los asesinos en masa<sup>56</sup> y los asesinos itinerantes<sup>57</sup>, es decir, caracteriza a este tipo de criminalidad<sup>58</sup>. Se producen, en teoría, como efecto ante una experiencia subjetiva de estilo traumática o impactante para la persona en concreto, sea un episodio cotidiano, un trauma, una lesión, abandono, rechazo, maltrato, abuso, falta de apego, etc., de tal nivel, que generan este tipo de distorsiones cognitivas y se intensifican con el aislamiento. De acuerdo con un estudio realizado por Prentky y sus colaboradores en 1989, se pudo comprobar que el 86% de asesinos seriales tenían fantasías violentas, en comparación con asesinos no seriales que carecían de las mismas<sup>59</sup>, lo cual concuerda con los estudios de Ressler y Schachtman de 1992 en el cual el total de sus entrevistados, asesinos seriales convictos, idealizaban fantasías irresistibles que los hacían dependientes a las mismas<sup>60</sup>.

Todo esto permite comprender que, el alto índice de aquellos porcentajes, identifica a la

---

50 Stephen Giannangelo. *The Psychopathology of serial murder, a theory of violence*. (Connecticut: Greenwood Publishing Group, 1996), 9.

51 Santiago Redondo Illescas. *El Origen de los Delitos*. (Valencia: Tirant Humanides, 2015), 106.

52 Alfonso Serrano Maíllo. *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*. (Madrid: Dykinson, 2013), 111.

53 Alfredo Sosa Velásquez. "La mente del asesino en serie: etiopatogenia". *Boletín Universitario de Neurociencias Synapsis* Vol. 3, No. 1 (Diciembre 2010): 8.

54 Jorge Jiménez Serrano et al. *Manual práctico del perfil criminológico*. 2da ed. (Valladolid: Lex Nova, 2012), 159.

55 Pintado Alcázar, *Análisis criminológico*, 75.

56 Pintado Alcázar, "Asesinos en masa", 6.

57 Juan Francisco Alcaraz Albertos. *Manual del asesino en serie, aspectos criminológicos*. (España: Uno Editorial, 2014), 16.

58 Jiménez Serrano, *Manual práctico criminológico*, 158.

59 Citado por Miguel Ángel Soria Verde. "La psicología de investigación criminal: perfiles psicológicos criminales y hallazgos criminológicos forenses". En *Psicología criminal*, ed. Miguel Ángel Soria Verde y Dolores Sáiz Roca, 365-396 (Madrid: Pearson Prentice Hall, 2005), 373.

60 Robert Ressler y Tom Schachtman. *Whoever fights monsters*. (New York: Saint Martin's Press, 1992), 48.

fantasía criminal con los asesinos seriales como elemento constituyente de sus actuaciones, lo cual da a entender lo clave de su importancia. Como se mencionó, este elemento además los distingue de otros tipos de criminales, como miembros de organizaciones criminales o terroristas cuyos motivos para incurrir en conductas como el asesinato son económicas o políticas respectivamente, no para satisfacer una fantasía interna de gratificación psicológica, lo cual, a su vez, no excluye que puedan coincidir en algunas situaciones, siendo un fenómeno muy interesante y posible la simbiosis entre asesinato múltiple, psicopatía y crimen organizado o terrorismo<sup>61</sup>.

## 2. PSICOPATÍA

Toda vez que se ha analizado someramente a la figura del asesino, en especial del asesino serial, cabe revisar el complejo y vasto concepto de la psicopatía. En este sentido, un asesino serial puede ser diagnosticado con trastorno psicopático de la personalidad, lo cual insta que se deba examinar la relación entre un tipo específico de criminalidad, con este trastorno que ha suscitado un gran debate en el campo de las ciencias de la salud. Desde las incipientes prácticas psiquiátricas en las cuales destacan Pinel<sup>62</sup> con la figura de la “manía sin locura”, y más adelante Rush<sup>63</sup>, Esquirol<sup>64</sup>, Prichard<sup>65</sup>, Lombroso<sup>66</sup>, Morel<sup>67</sup>, Von Krafft-Ebing<sup>68</sup>, Koch<sup>69</sup>, Kraepelin<sup>70</sup>, Birnbaum<sup>71</sup>, Schneider<sup>72</sup>, Eysenck<sup>73</sup>, Cleckley<sup>74</sup> para así llegar finalmente hasta Hare<sup>75</sup>, la psicopatía ha sido objeto de varios estudios y análisis, donde un denominador común es su incidencia sobre un elemento conocido como personalidad.

Ésta, muy simplificada, es un constructo psicológico que reúne una serie de complejos elementos que determinan la forma de ser, pensar y actuar de una persona<sup>76</sup>. La misma se compone principalmente de rasgos, aspectos conductuales que caracterizan e individualizan a una

61 David Coldwell y Sarah Coldwell. “Promoting a safe environment in our cities: towards a theoretical model of “moral deficit” for appropriate psychopathic therapy”, *International Journal of Environmental Research and Public Health* Vol. 17, No. 4968 (July 2020): 7.

62 Ver, Philippe Pinel, *Traité medico-philosophique sur l'alienation mentale ou la manie*, (Paris, 1801).

63 Ver, Benjamin Rush, *Oration before the American Philosophical Society*, (Philadelphia, 1812).

64 Ver, Jean-Étienne Dominique Esquirol. *Des passions considérées comme causas, symptômes, et moyens curatifs de l'alienation mentale*, (Paris, 1805).

65 Ver, James Cowles Prichard. *A treatise in insanity and others disorders affecting the mind*, (Londres: 1835).

66 Ver, Cesare Lombroso, *L'uomo delinquent*, (Roma: 1876).

67 Ver, Bénédic Morel, *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales d l'espèce humaine et des causes qui produisent ces variétés malades*, (Paris: 1857).

68 Ver, Richard Von Krafft-Ebing, *Psychopathia Sexualis*, (Stuttgart, 1886).

69 Ver, Julius Ludwig August, *Die Psychopathischen Minderwertigkeiten*, (Stuttgart 1891).

70 Ver, Emil Kraepelin, *Psychiatrie*, (Leipzig, 1883).

71 Ver, Karl Birnbaum, *Über Psychopathische Persönlichkeiten*, (Wiesbaden, 1909).

72 Ver, Kurt Schneider, *Die Psychopathischen Persönlichkeiten*, (Viena, 1923).

73 Ver, Hans Eysenck, *The scientific study of personality*, (Londres, 1952).

74 Ver, Hervey Cleckley, *The Mask of Sanity*, (St. Louis, 1941).

75 Ver, Robert Hare, *Without Conscience. The Disturbing World of the Psychopaths around us*, (New York, 1993).

76 Duane P. Schultz y Sidney E. Schultz, *Teorías de la Personalidad*. 9na ed. México. (D.F.: Cengage Learning. 2010), 3-9.



persona como tal, tanto de presentación interna como externa, es decir, que hacen de un sujeto se comporte consigo mismo y con los demás de una forma individualizable, mientras a su vez los rasgos permiten inferir el temperamento, el carácter, las emociones, los sentimientos, pensamientos, las actitudes y las conductas, todos elementos de la personalidad<sup>77</sup>. De esta forma, se evidencia que la personalidad es una unión profunda de muchos factores que no puede definirse de forma concreta, y es por esta razón que un trastorno sobre la misma es igual de complejo. Los trastornos de la personalidad se caracterizan por ser inflexibles, desadaptativos y duraderos, inciden en la experiencia interna pudiendo provocar una conducta alejada de las expectativas sociales y culturales, causando un malestar subjetivo o un deterioro funcional significativo<sup>78</sup>.

Es innegable que hasta el día no existe respuesta certera sobre lo que es, de forma definitiva, la psicopatía<sup>79</sup>, sin embargo, se propone explicar a la misma como un constructo continuo y dimensional caracterizado por la presencia de una constelación de rasgos heterogéneos que afectan o distorsionan algunas áreas de la personalidad, entre ellas, específicamente las áreas cognitiva, interpersonal, afectiva y conductual<sup>80</sup>. Esto significa que el término propiamente “psicopatía” abarca una amplia gama de rasgos propios de una personalidad fuera de la común, es decir, patológica, causando déficits en muchas áreas interrelacionadas de una persona. Razón por lo cual ha suscitado intenso debate en el ámbito clínico y jurídico, al considerar su innegable relación con la criminalidad, la violencia y la reincidencia<sup>81</sup> de acuerdo con recientes estudios<sup>82</sup>, evidenciando una clara correlación, mas no una causación.

En virtud del presente trabajo, es menester señalar que la psicopatía no se encuentra recogida en los manuales de entidades nosológicas oficiales<sup>83</sup>, tanto de la Asociación Americana de Psicología, con su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (o DSM-5 por sus siglas en inglés); o de la Organización Mundial de la Salud, con su Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD-11, por sus siglas en inglés).

---

77 Robert Feldman. *Introduction to psychology*. 10 ed. (New York: McGraw Hill, 2011), 461.

78 Bernat-Noël Tiffon, *Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología, Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense*. (Barcelona: Bosch Penal, 2008), 126-127.

79 Víctor Dujo López y Pedro José Horcajo. “La Psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 17. (Septiembre 2017): (69-88). 84

80 Stephane A. De Brito. et al. “Psychopathy”. *Nature Reviews. Disease Primers* Vol. 7, No. 49 (2021): 1. En opinión del autor del presente artículo, esta fuente contribuye con la más actualizada y fundamentada visión de la psicopatía.

81 Tara Alonso del Hierro, María E. Peña Fernández y José M. Andreu Rodríguez. “Psicopatía, Agresión y Violencia: un Análisis de la Interrelación de una Muestra de Delincuentes”. *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 32. (2022): 66.

82 Ver, Andreas Mokros, Pia S. Hollerbach y Reinhard Eher. “Offender subtypes Bases on Psychopathic Traits”. *European Journal of Psychological Assessment*. No. 37. (2021).

83 Rosalina Rodríguez González y David González-Trijueque. “Psicopatía: análisis criminológico del comportamiento violento asociado y estrategias para el interrogatorio”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 14. (2014): 126.

Ciertamente, a pesar de esto, no obsta que exista un tipo particular de entidad nosológica que, si bien sigue bajo constante escrutinio, se ha denominado como psicopatía, y posee un instrumento estandarizado, con alta fiabilidad y validez para diagnosticarla, conocido como la Lista de Verificación de Psicopatía<sup>84</sup> (en adelante PCL-R). Robert Hare representa, actualmente, la figura líder en el ámbito de la investigación empírica de la psicopatía<sup>85</sup>, lo cual se evidencia a través del desarrollo del instrumento antedicho y sus diferentes escalas<sup>86</sup>, además de incontables estudios sobre la personalidad psicopática como tal. Gracias a él, y a muchos otros expertos, el constructo de la psicopatía como tal puede determinarse, sin lugar a dudas, no es lo mismo que Trastorno Antisocial de la Personalidad<sup>87</sup> o TAP, ni una condición que obnuble o aliene a una persona de la realidad objetiva, perdiendo el contacto con aquello que es perceptible por los sentidos, como lo es una psicosis<sup>88</sup>, por lo cual la tendencia mayoritaria de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, es considerar la plena imputabilidad de quien sea diagnosticado con este constructo, es decir, un psicópata delincuente, en virtud de que puede elegir con libre albedrío su conducta bajo una elección racional, sin que se afecte su capacidad de cognición o volición, posición a la que se suman Ecuador<sup>89</sup> y España<sup>90</sup>.

Por las razones expuestas, para efectos de este trabajo, la psicopatía se considerará como un trastorno de la personalidad, bajo los estándares de la PCL-R, puesto que incide de tal forma en el sujeto que la padece, hasta el punto de impedir una normal adaptación y desarrollo del individuo en el ambiente en que se desenvuelva debido a los déficits en las distintas áreas. La PCL-R, como instrumento clave en relación con la psicopatía analiza la dimensión, según niveles de intensidad de presencia de este trastorno según dos dimensiones o factores, el primero denominado Factor I Emocional y el segundo Factor II Estilo de vida antisocial<sup>91</sup>, divididos los mismos en cuatro facetas: interpersonal, afectiva, estilo de vida impulsivo/irresponsable y antisocial. El instrumento cuenta

---

84 José Manuel Muñoz Vicente. “La psicopatía y su repercusión criminológica: Un modelo comprensivo de la dinámica de personalidad psicopática”. *Anuario de Psicología Jurídica*. Vol. 21. (2011): 4. PCL-R significa Psychopathy Checklist Revised por sus siglas en inglés. Revised significa que ha sido validada y estandarizada.

85 López y Horcajo, “La Psicopatía en la actualidad”, 70.

86 PCL-SV Screening Version para un análisis más expedito y en población no penitenciaria, y PCL-YV Youth Version para jóvenes menores de 18 años que presenten comportamiento conflictivo fuera de los estándares normales del desarrollo infantil y hormonal.

87 Marta Aguilar Cáceres. “La inadecuada identificación de la psicopatía con el trastorno antisocial de la personalidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 19. No. 13. (2017): 19. De acuerdo a la autora, la psicopatía, a nivel del DSM-V (próximamente TR o corroborado), podría entenderse como un constructo único e independiente que presenta rasgos del Trastorno Antisocial de la Personalidad, equivalentes al Factor I de la PCL-R, y rasgos del Trastorno Narcisista de la Personalidad, equivalentes al Factor II de la PCL-R.

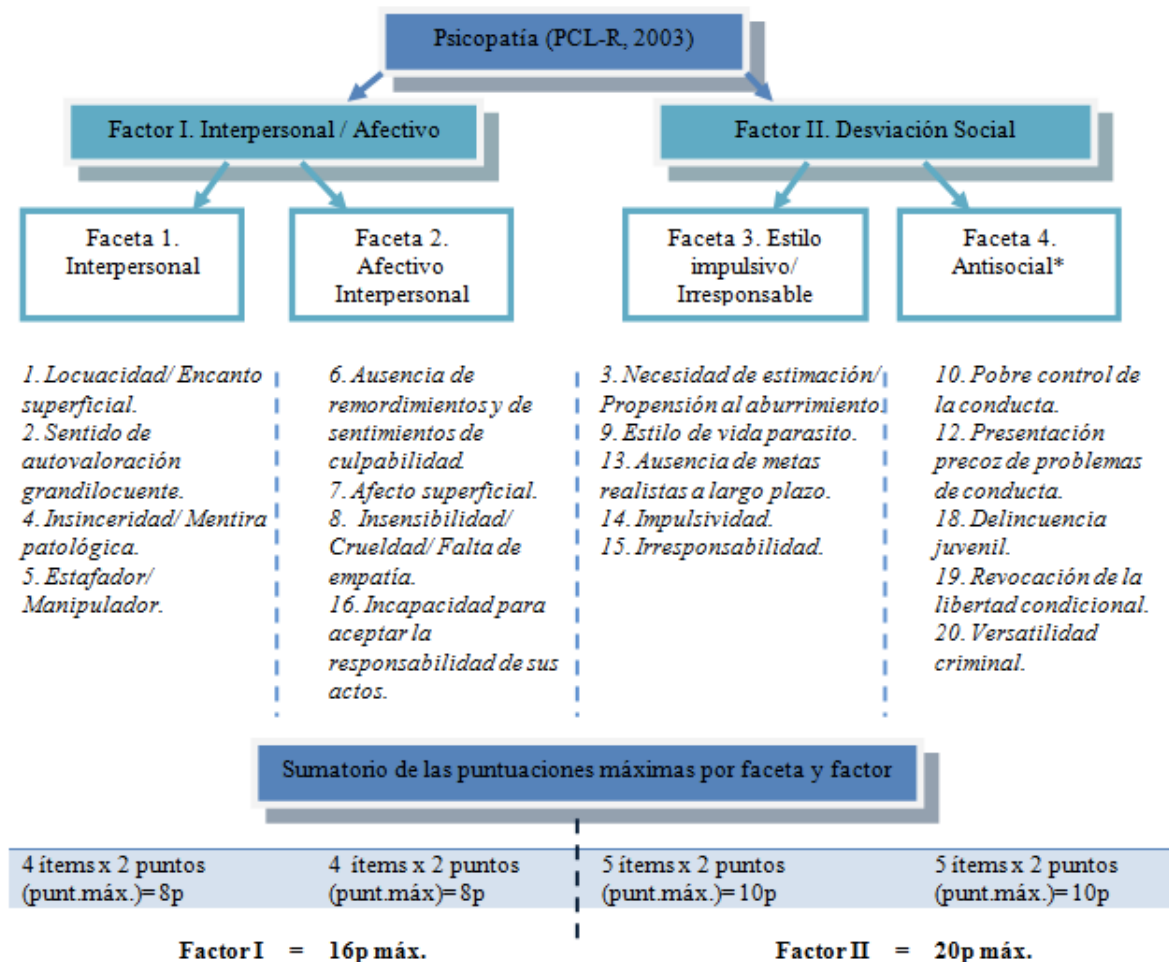
88 Julio Vallejo Ruiloba et al. *Introducción a la Psiquiatría y a la psicopatología*. 5ta ed. (Barcelona: Masson, 2005), 365.

89 Xavier Andrade. *La imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el derecho penal ecuatoriano*. (Quito: Iuris Dictio, 2015), 120 y 137.

90 Francisco José Sánchez Garrido. “Fisonomía de la psicopatía. concepto, origen, causas y tratamiento legal.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, No. 2. (2009): 124.

91 Vicente Garrido. *El psicópata. Un camaleón en la sociedad actual*. 2da ed. (Valencia: CientoCuarenta, 2017), 36.

con 20 criterios que pertenecen a las facetas antes mencionadas, según se observa de la figura a continuación, elaborada por Marta Aguilar Cáceres<sup>92</sup>, y que, según su constatación mediante una entrevista semi-estructurada, entrevista a personas cercanas y análisis completo de anamnesis y archivos legales y personales, se puede clasificar la persona padece de este trastorno si llega a un punto de corte sobre los 30 puntos<sup>93</sup>.



Cabe detallar que el Factor I se relaciona más con aspectos interpersonales y afectivos, es decir de la personalidad como tal, mientras que el Factor II, se vincula más con aspectos conductuales y de comportamiento antisocial<sup>94</sup>, lo cual se corresponde con las categorías de psicopatía primaria y secundaria<sup>95</sup>, sin embargo, para efectos de esta investigación, psicopatía se entenderá que engloba a ambas de forma general. Es clara la presencia de ciertos rasgos llamativos y preocupantes, propios del Factor I interpersonal y afectivo, que caracterizan a la psicopatía como

92 Aguilar Cáceres, “La inadecuada identificación de la psicopatía”, 15.

93 Julie Blais y Mary B. Ritchie. “Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R)”. *Encyclopedia of Personality and Individual Differences*. (2016): 1-2.

94 Alonso del Hierro, Peña Fernández y Andreu Rodríguez. “Psicopatía, agresión y violencia”, 64.

95 Redondo y Garrido, *Principios de Criminología*, 650.

cuadro clínico correlacionado altamente con la criminalidad, la violencia y la reincidencia según lo antedicho, entre las cuales destacan falta de empatía o la ausencia de remordimiento, por mencionar unos pocos.

Todo esto, hace de la psicopatía un trastorno grave y al mismo tiempo, muy intrigante y necesario de ser analizado y continuar bajo el constante estudio, especialmente por parte de los sectores de las ciencias de la salud y criminológicas. De acuerdo con todo lo explicado, el trabajo se enfocaría entonces en el caso de un individuo varón adulto o mayor de edad, condenado como autor del delito de asesinato con sentencia en firme, al cual criminológicamente se le ha atribuido la calificación de asesino serial, y que ha sido analizado, mediante el instrumento PCL-R, resultando en un diagnóstico positivo de trastorno de personalidad psicopática con una puntuación mayor a 30 puntos.

En Ecuador, el tratamiento psicológico o psiquiátrico de la psicopatía ha sido muy poco desarrollado<sup>96</sup>, hasta el punto de confundirlo muchas veces con el TAP<sup>97</sup> (éste estaría más relacionada con la “sociopatía”<sup>98</sup>) o de afirmar que todo asesino serial es un psicópata<sup>99</sup>, lo cual es un error epistémico evidente. Aparte de esto, tampoco existe una investigación exhaustiva a nivel normativo para entender a este cuadro clínico<sup>100</sup>. Esas son claras muestras de que, en el Ecuador, no se ha otorgado la debida atención a esta entidad nosológica como constructo empírico. A su vez en España, el psicópata ha sido objeto de interesantes análisis, siendo Vicente Garrido su máximo expositor<sup>101</sup>. En este país se ha explicado y analizado detenidamente en qué consiste la psicopatía, y aunque no existe aún un consenso sobre su naturaleza, esto no obsta que su acercamiento, en comparación, es más avanzado y fundamentado que el de Ecuador, con algunos trabajos publicados<sup>102</sup>. Explicado este elemento, se mantendrán fuera del presente trabajo aquellos asesinos seriales que hayan sido diagnosticados con un trastorno psicótico, es decir, que los haya alienado de la realidad perceptible por los sentidos, mismo que les impida comprender la ilicitud de su conducta

---

96 Marco Antonio Caicedo Montoya. *Trastorno antisocial de la personalidad y psicopatía en hombres en conflicto con la ley del Centro de Rehabilitación Social Riobamba, periodo junio-noviembre 2016*. (Trabajo de Grado para Psicólogo Clínico, Universidad Nacional de Chimborazo, 2017), 2.

97 Nathaly Leonor Flores Carrillo. *Análisis de la implementación de la cadena perpetua en el Ecuador en los casos de depredadores humanos*. (Disertación Final de Carrera para Abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2018), 25.

98 La “sociopatía” no es un trastorno psiquiátrico reconocido formalmente (como sí lo es la psicopatía), sin, embargo, muchos defienden que se encuentra compuesto de elementos propios que lo relacionan más con el Trastorno Antisocial de la Personalidad. Ver, Velasco de la Fuente, *Criminalmente*, 113.

99 Como se ha evidenciado, no todo criminal es un psicópata, y no todo psicópata es un asesino serial.

100 Dominique Alexandra Zúñiga Núñez. *Análisis doctrinario de la voluntad psicopática al amparo del artículo 26 reformado, sobre el dolo, del Código Orgánico Integral Penal*. (Trabajo de Fin de Carrera para Abogacía, Universidad San Francisco de Quito, 2020), 23.

101 Ver, Garrido. *El psicópata*, y Vicente Garrido Genovés, *Cara a cara con el psicópata*. (Valencia, 2004).

102 Benjamín Salvador Simón. et. al. “La psicopatía: Una revisión bibliográfica y bibliométrica”. *Archivos Brasileiros de Psicologia*. Rio de Janeiro. Vol. 67. No. 2. (Junio 2015): 111.

u ordenarse de acuerdo con dicha comprensión, o, en otras palabras, que sean inimputables.

## 2.1 Asesinato serial y psicopatía

Un asesino serial puede ser diagnosticado con un trastorno de personalidad psicopática, en virtud de que ambos fenómenos se encuentran muy relacionados<sup>103</sup>. Esto significaría que dicho tipo de criminal, una vez capturado, ha sido sometido a ciertas pruebas y análisis, especialmente la PCL-R, para entonces concluir, mediante un proceso pormenorizado, que el mismo cumple con criterios mínimos para ser diagnosticado con este tipo de trastorno.

La relación entre psicopatía y criminalidad, especialmente violenta, es innegable<sup>104</sup>, aspecto corroborado incluso por la naturaleza efectiva de la PCL-R como un gran mecanismo predictor para incurrir en conductas antisociales, de reincidencia, así como de violencia<sup>105</sup>. La violencia, a diferencia de la agresividad, es un elemento cultural aprendido generalmente por mecanismos vicarios que degenera en un daño<sup>106</sup> o efecto adverso sobre quién o qué se ejerza. Con relación a la psicopatía, la violencia es generalmente más de carácter instrumental o proactiva, es decir, premeditada, con el afán de obtener un fin, en comparación con la violencia reactiva ante un estímulo adverso, como es generalmente la agresión<sup>107</sup>. A esto se añade el aspecto de que una gran cantidad de asesinos seriales cumplan con criterios para ser diagnosticados con un trastorno psicopático de la personalidad<sup>108</sup>, es decir, predomina la psicopatía como cuadro clínico en los asesinos seriales.

Aquello es considerable, de acuerdo con la evidente equivalencia en sus características, que, según estudios recientes, comparten el asesino serial y la psicopatía: falta de remordimiento, falta de empatía, insensibilidad afectiva, manipulación, engaño, narcisismo, falta de moralidad, impulsividad, necesidad de poder/control, búsqueda de sensaciones, afectividad superficial, sangre fría, modelos de trabajo internos hostiles y patrones desadaptados de apego<sup>109</sup>. De esta forma, es claro que existe una correlación entre psicopatía y una propensión hacia la conducta delictiva,

---

103 Juan Manuel Pozueco Romero, S.L. Romero Guillena y N. Casas Barquero. "Psicopatía, violencia y criminalidad: un análisis psicológico-forense, psiquiátrico-legal y criminológico (Parte II)". *Cuaderno de Medicina Forense*. Vol. 17, No. 4. (Julio 2011): 181.

104 Alonso del Hierro, Peña Fernández y Andreu Rodríguez. "Psicopatía, agresión y violencia", 62.

105 Rasmus Rosenberg Larsen. "Psychopathy Treatment and the Stigma of Yesterday's Research". *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 29, No. 3 (Septiembre 2019): 250.

106 José Sanmartín. "¿Qué es esa cosa llamada violencia?", en *Diario de Campo. Boletín Interno de los investigadores del área de Antropología N°. 89*. ed. José Sanmartín (México D.F.: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2006), 11.

107 Randy Quiñones-Maldonado, Alfonso Martínez-Taboas y José Rodríguez-Gómez. "Psicopatía en poblaciones hispanas y consideraciones clínicas para su tratamiento". *Revista Puertorriqueña de Psicología*. Vol. 25, No. 1 (Junio 2014): 8-10.

108 Garrido, *Asesinos múltiples*, 226.

109 Raqota Berger. "Serial Killers-Views on why Sadipaths Kill, the Death Penalty and Rehabilitation". *American Journal of Law and Legal Studies* Vol.3 No. 6 (2020): 9.

especialmente de tipo violenta, y en este caso, de índole instrumental. De acuerdo con esto, ¿existe una posible rehabilitación para asesinos seriales diagnosticados con trastorno antisocial de la personalidad?

### 3. REHABILITACIÓN, ¿ESO EXISTE?

Una vez presentados los aspectos más relevantes sobre los cuales se enfocará el presente trabajo, debemos analizar qué es la rehabilitación para comprender cómo pueden existir mecanismos efectivos sobre un asesino serial que haya sido diagnosticado con un trastorno psicopático de la personalidad. El crimen es tan antiguo como la humanidad, constituyendo una constante en toda sociedad<sup>110</sup>. Consiste en un acto contra la naturaleza humana de gravedad considerable por alterar la cohesión social y caracterizado por atribuírsele un efecto singular conocido como castigo, una reacción generalizada que evidencia un sentimiento de rechazo o desaprobación por parte del grupo<sup>111</sup>. Es así que el castigo ha evolucionado hasta el punto de convertirse la prisión en el mecanismo por defecto en el cual se obliga a cumplir una condena privativa de libertad a cualquier individuo al que se ha determinado la comisión de un delito, es decir, un crimen tipificado en una normativa penal, reconocido por la dogmática del derecho penal e individualizado por una autoridad judicial en el derecho procesal penal. La prisión, la máxima pena más humana que se puede esperar en un país civilizado, que consiste en extirpar socialmente a un individuo peligroso que pueda provocar graves daños tanto a una persona como a la totalidad de una agrupación, es nada más que la solución a corto plazo para prevenir y proteger de acuerdo con la política criminal general en el mundo. Sus fines han sido analizados en algunos estudios, concretando que se resumen en tres: 1) Incapacidad física; 2) Disuasión y 3) Rehabilitación<sup>112</sup>.

Si la rehabilitación es aceptada como un fin de la pena privativa de libertad, la pregunta más importante que cualquier persona relacionada al ámbito penitenciario debe hacerse es: ¿sirve de algo esta eliminación física y disuasiva de quien incurre en actos delictivos? En virtud de que quien se encuentra encerrado en un lugar que los sociólogos denominan como “institución total”<sup>113</sup>, donde se gastan recursos tanto humanos como materiales, el acercamiento a este sujeto es de crucial importancia ya que al final, no es relevante el tiempo, sino lo que se haga en el mismo para entender los motivos por los cuales incurrió en actos dañinos socialmente, y asistirle o ayudarle, no justificarle. El santo grial de la rehabilitación no ha sido en vano el fin último de todo ordenamiento jurídico, aunque sea solo letra muerta en muchas de sus manifestaciones geográficas, pero, aun así,

110 Pilar Sacoto de Merlyn. *Introducción a la criminología*. 2da ed. (Quito: CEP, 2016), 227.

111 Anthony Giddens y Philip W. Sutton. *Sociología*. 7ma ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2014), 1031.

112 Luiz Octavio Coimbra y Álvaro Briones. “Crimen y castigo, una reflexión desde América Latina”. *Revista Latinoamericana de Estudios y Seguridad*. No. 24. (Noviembre 2019): 31.

113 Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. 2da ed. (Madrid: Editorial Trotta, 2018), 188.

la cruzada por encontrar tal importante cáliz sigue siendo la esperanza de mejorar la calidad de vida de una sociedad.

Existe una tendencia a hablar de rehabilitación en el ámbito clínico y forense, mas no a definir en qué consiste la misma, hasta el punto de referirse a ésta como un “enredo”<sup>114</sup> literalmente, puesto que varía su mención en diferentes campos sin siquiera saber qué es. Más allá del caos conceptual en el que se encuentra la rehabilitación, se evidencia lo necesario de comprender en qué consiste para que, de esa forma, se pueda determinar sin lugar a duda cuál es el objetivo que guía los sistemas penitenciarios que respeten la dignidad innata del ser humano y los derechos constitucionales reconocidos en la gran mayoría de ordenamientos del mundo.

Se tiene la tendencia de relacionar a la rehabilitación con las teorías de las penas, propias más del derecho penal que de la criminología como tal. En ese sentido, la rehabilitación se corresponde como parte de la teoría de la prevención especial positiva,<sup>115</sup> es decir, aquella modalidad enfocada en la persona privada de libertad para que pueda acceder a los mecanismos y herramientas que le permitan reeducarse, volverse a reinsertar socialmente y generar vínculos sociales positivos. Siguiendo a McNeill, rehabilitación significa la restauración de una persona criminal a un nivel de vida normal en la medida de lo posible, mediante un apropiado entrenamiento<sup>116</sup>. Forsberg y Douglas señalan que rehabilitación consiste en una mejora de las habilidades, capacidades y oportunidades de un interno mediante el uso de intervenciones psicológicas dirigidas a corregir características, comportamientos y actitudes criminales<sup>117</sup>. Finalmente, Nina Valenzuela explica que la rehabilitación consiste en un proceso cuyo objetivo es la restauración funcional y óptima de un individuo mediante un tratamiento para reintegrarlo socialmente, alcanzando un rol social estimable al potenciar la realización de actividades prosociales diarias de forma independiente.<sup>118</sup>

Más allá de definir a la rehabilitación, la mayor parte de los autores concuerdan en que el objetivo principal de la rehabilitación consiste en reducir o eliminar la reincidencia delictiva.<sup>119</sup> En este sentido, la Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración social de

---

114 Fergus McNeill. “When Punishment is Rehabilitation”. En *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, ed. G. Bruinsma y D. Weisburd (New York: Springer Science and Business Media, 2014): 4.

115 Felipe Rodríguez Moreno. *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo III Teoría de la Pena*, 2da ed. (Quito: Cevallos, 2021), 204-205.

116 McNeill, “When Punishment is Rehabilitation”, 4.

117 Lisa Forsberg y Thomas Douglas. “¿What is Criminal Rehabilitation?” *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 16 (Octubre 2020): 108.

118 Nina Valenzuela de la Torre. *La rehabilitación social en el Ecuador y en el contexto del Código de Ejecución de Penas*. (Tesis Doctoral, Universidad Internacional SEK, 2007), 47.

119 Ver, Forsberg y Douglas, “What is Criminal Rehabilitation?”, 110.; Jorge Fernández Muñoz. *Rehabilitación de delincuentes. Centro para el estudio y prevención de la delincuencia*. (2014), 7-8.; Criterios para un sistema orientado al respeto de los Derechos Humanos. Un modelo de Reinserción Social, bases para la prevención terciaria. Planteamientos específicos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2018, 10-11.

Delincuentes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito establece: “la reducción de la reincidencia delictiva sigue siendo el mejor indicador de un programa de reintegración social exitoso.”<sup>120</sup> Cabe a este punto señalar que, en general, la rehabilitación constituye un proceso más complejo y vasto que solo la no reincidencia, pues la primera sintetiza diversas esferas de intervención en el ámbito psicológico, sociológico y no solo le interesa el resultado para efectos jurídico-penales<sup>121</sup>.

En este sentido, también merece la pena señalar que investigaciones recientes con fuertes bases empíricas demuestran que un acercamiento de rehabilitación con fundamento en la dignidad humana y refuerzos positivos, reduce la reincidencia, al contrario de los programas punitivos que han demostrado ser, hasta ahora, totalmente inefectivos<sup>122</sup>. A esto se suma el hecho de que el tratamiento personalizado e individualizado plasmado a través del conjunto de programas y acercamientos hacia criminales en un proceso de rehabilitación, ha demostrado ser la clave para reducir índices de reincidencia<sup>123</sup>. En este contexto, la terapia de índole cognitivo-conductual es aquella que reúne más soporte y fundamento empírico al momento de tratar con delincuentes<sup>124</sup>, siendo más efectiva en este sentido que la misma psicoterapia<sup>125</sup>. En pocas palabras, este tipo de terapia se basa en la premisa de que cogniciones incorrectas o desadaptadas, originan y mantienen problemas conductuales y emocionales<sup>126</sup>. De esta forma, se enfoca en una reestructuración cognitiva para cambiar pensamientos distorsionados, con el afán de desarrollar habilidades que permitan tener respuestas adaptativas, tanto cognitivas como conductuales en la resolución de conflictos y el diario proceder<sup>127</sup>.

De acuerdo a lo explicado, para los propósitos del presente trabajo y sin desmerecer lo amplio del concepto, se considerará efectiva a una rehabilitación cuando se cumpla solamente el objetivo de reducir o eliminar la reincidencia delictiva una vez que el sujeto ha salido de una institución privativa de libertad, después de haber cumplido una condena por la cual se haya

---

120 Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración social de Delincuentes. Serie de Guías de Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2013 10.

121 Francisco Pucci, Emiliano Rojido, Nicolás Trajtenberg y Ana Vigna. “Explicaciones de la no reincidencia delictiva,” en *Uruguay, Inseguridad, Delito y Estado*, ed. Rafael Paternain y Álvaro Rico (Montevideo: Trilce, 2012), 251-253.

122 Francis T. Cullen. “Correctional rehabilitation” en *Reforming Criminal Justice Volume 4: Punishment, Incarceration and Release*, ed. Erik Luna (Phoenix: Arizona State University, 2017), 259.

123 Odette Terol Levy. “Propuesta de tratamiento para delincuentes violentos con componente psicopático”. *Psicopatología Clínica Legal y Forense* Vol. 8 (Diciembre 2008): 164.

124 Ver, Kazantzis, Nikolaos, Marck Reinecke y Arthur Freeman. *Cognitive and Behavioral Theories in Clinical Practices*. New York: Guilford Press. 2010.

125 Cristina Esteban, Vicente Garrido y Julio Sánchez. “Cuando la emoción es un problema: un estudio metanalítico de la eficacia de los tratamientos con sujetos diagnosticados como psicópatas”. *Ansiedad y Estrés* Vol. 2 No. 1 (1996): 67.

126 Cullen, “Correctional rehabilitation”, 250-251.

127 Ibid.



determinado la existencia de más de un asesinato que permita categorizar a un violento ex convicto como asesino serial, diagnosticado con un trastorno psicopático de la personalidad. En este punto, cabe recordar que tanto Ecuador<sup>128</sup> como España<sup>129</sup> prevén a la rehabilitación social o reeducación y reinserción como fines constitucionales que delinear el objetivo principal de sus sistemas penitenciarios.

#### 4. EL MITO DE LA INTRATABILIDAD DEL PSICÓPATA CRIMINAL

La opinión, tristemente generalizada de muchas ramas de investigación, se ha decantado por establecer, de manera concluyente, que el psicópata criminal no puede ser rehabilitado<sup>130</sup>. o que incluso, aplicar tratamientos sobre el mismo, tendría efectos iatrogénicos<sup>131</sup>. Conclusiones nada más alejadas de la realidad, en virtud de la realización de reconocidos meta-análisis<sup>132</sup> que han demostrado la posibilidad de desarrollar programas de rehabilitación efectivos para este tipo particular de criminal. Ciertamente, no existe una respuesta definitiva, sin embargo, el panorama no es del todo desesperanzador ni tampoco irreal, puesto que poco a poco se realizan más investigaciones que permiten arribar a resultados muy prometedores en este campo. En este sentido, se revisarán diversos programas que se han desarrollado o adaptado para el tratamiento del psicópata criminal, así como algunos estudios que han aportado datos positivos en relación con su tratamiento. Como se ha apreciado, la psicopatía indudablemente es un constructo complejo, de lo cual se advierte que gran parte del pesimismo de su “intratabilidad” deviene de la falta de individualizar o concretar sobre qué definición de psicopatía se trabaja para entonces saber cómo tratarla.

---

128 Artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador que establece: *El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.*

129 Artículo 25.2 de la Constitución Española que establece: *El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.*

130 Esto según el estudio de Marnie E. Rice, Grant T. Harris y Catherine A. Cormier, An Evaluation of a maximum security therapeutic community for Psychopaths and other mentally disordered offenders de 1992, con una posterior publicación en un artículo en 2006, fundamentado en la perspectiva pesimista del ámbito de la rehabilitación denominado “Nothing Works” de Robert Martinsons en 1974. Aquel estudio, al que ahora se le atribuyen graves críticas metodológicas y deontológicas, produjo serios sesgos clínicos sin fundamento empírico, convirtiéndose en la base de la opinión mayoritaria infundada que afirma que el psicópata criminal es intratable.

131 López y Horcajo. “La Psicopatía en la actualidad”, 75.

132 Los mismos son macro investigaciones de diversos estudios que se enfocan en un aspecto en concreto, analizando los resultados de éstos para, mediante una técnica estadística, ofrecer conclusiones más fehacientes que permitan arribar a correlaciones válidas y fiables. Para más información ver, Cristina Esteban, Vicente Garrido y Carmen Molero, El Meta-análisis: un proyecto de revisión literaria cuantitativa de los resultados del tratamiento de la psicopatía en la investigación. Revista Complutense de Educación. Vol. 5 No. 1. (Madrid, 1994).

Desde el meta-análisis de Salekin<sup>133</sup> en el año 2002, en el cual se examinaron 42 estudios de tratamientos sobre convictos con rasgos psicopáticos, hubo un cambio notorio dentro de la concepción anacrónica de la intratabilidad del psicópata criminal. Si bien los resultados no son concluyentes, los mismos no son del todo desalentadores como la mayoría de profesionales piensan, donde las terapias cognitivo-conductuales tuvieron un porcentaje general de efectividad del 62%<sup>134</sup>. Asimismo, se aprecia un resultado general de reducción de reincidencia después de aplicado un tratamiento sobre convictos psicopáticos<sup>135</sup>. El psicópata criminal sí es tratable, solamente deben comprenderse una serie de aspectos básicos que permitan al programa ser más efectivo sobre el mismo. En otras palabras, la meta no es fácil de obtener, pero tampoco imposible de alcanzar.

El trabajo cúlmine en esta materia se remite a los estudios de Andrews y Bonta, con su Modelo RNR o de Riesgo, Necesidad y Responsividad. Este modelo, altamente recomendado y demostrada su efectividad<sup>136</sup>, se enfoca en tres principios núcleo que sirven de guía o lineamiento general para desarrollar programas o intervención en el decurso del tratamiento de un convicto con altos rasgos psicopáticos.

Muy concretamente, el primer principio es el de Riesgo, éste aclara que, mientras exista más peligrosidad o riesgo de incurrir en conductas delictivas por parte de algún sujeto, debe entonces enfocarse con más razón el tratamiento en el mismo<sup>137</sup>. Esto incluye no desgastar energía y recursos tanto materiales como humanos en personas que no requieran un tratamiento de alto riesgo, y con ello, identificar quienes sí son candidatos ideales para el efecto.

A su vez, el segundo principio es el de Necesidad, según el cual existen dos tipos de necesidades en el convicto: criminógenas u originarias de la conducta criminal (que pueden ser estáticas o dinámicas), o no criminógenas<sup>138</sup>. Lo recomendable para que el tratamiento sea efectivo, es enfocarse en las necesidades criminógenas dinámicas, aquellas que pueden cambiarse, puesto que son moldeables y se modifican en el tiempo, lo cual incluye que, de tratarlas debidamente, inciden directamente en la ausencia de reincidencia futura<sup>139</sup>. Las necesidades pueden ser variadas, y muestran claramente sobre qué aspectos del convicto se debe trabajar, individualizando y personalizando cada caso para identificar concretamente cómo abordar las mismas y poder mejorar los pronósticos de eficacia en la rehabilitación, para lo cual se recomienda usar el instrumento VRS

---

133 Randall T. Salekin. "Psychopathy and therapeutic pessimism. Clinical lore or clinical reality?". *Clinical Psychology Review* Vol 22. (Diciembre 2002): 95.

134 Ibid. 101.

135 Ibid. 105.

136 Cullen, "Correctional Rehabilitation", 248.

137 D. A. Andrews y James Bonta. *The Psychology of Criminal Conduct*. 5ta ed. (New Jersey: LexisNexis. 2010), 47.

También se encuentra disponible su 6ta edición de 2017, con más investigaciones recientes.

138 Andrews y Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 48

139 Ibid. 49

o la Escala de Riesgo de Violencia<sup>140</sup> para aquellos factores criminógenos dinámicos y que son de suprema importancia para determinar puntos que puedan cambiar la conducta.

Finalmente, el tercer principio de Responsividad analiza la apertura, disposición y motivación del convicto ante el tratamiento, es decir, su reacción, ya sea positiva o negativa, ante la aplicación de los programas, terapias e intervenciones, y su voluntad de continuar<sup>141</sup>. Esto permite identificar qué aspectos están obstaculizando el desarrollo del tratamiento y poder asumirlos con una perspectiva estructurada y planificada sin perder de rumbo el objetivo final: asistir a quienes han infringido la ley para mejorar su regreso a la sociedad. Andrews y Bonta determinan que hay dos tipos de Responsividad, general, compuesta por el estilo y capacidad de aprendizaje de un convicto, y específico, basado en aspectos más característicos de cada convicto en particular como rasgos de personalidad<sup>142</sup>. En suma, el Modelo RNR ha sido analizado y contrastado<sup>143</sup> y como resultado, su eficacia es notoria, donde el objetivo es identificar convictos de alto riesgo para enfocarse en sus necesidades criminógenas que los motivan a la conducta criminal, y avanzar progresivamente a medida que se verifica su Responsividad al tratamiento, siendo éste adaptado completamente al criminal como tal. En lo que al tratamiento efectivo de psicópatas criminales respecta, cabe recalcar que se han sintetizado tres puntos clave: 1) El tratamiento debe ser intensivo y enfocarse en agresores de alto riesgo, 2) El tratamiento debe dirigirse sobre necesidades criminógenas en concreto, y 3) Las intervenciones cognitivo-conductuales son las más recomendadas por su demostrada efectividad<sup>144</sup>.

Después, otros estudios se han inspirado en el modelo anterior para desarrollar nuevas estrategias. El trabajo de Wong y sus colaboradores de 2012 analizó tres estudios del tratamiento de la psicopatía para reducir la violencia y comportamientos agresivos, en el cual sus resultados evidencian que las estrategias cognitivo-conductuales son más efectivas en pacientes psicopáticos con alto puntaje en el Factor II de Estilo de vida antisocial.<sup>145</sup> Con base en eso, Wong propone un modelo de Dos Componentes, correspondientes cada uno con los Factores I y II de la PCL-R, para enfocarse más en el Factor II, en virtud de que concentrarse en el comportamiento antisocial focalizado como componente dinámico del Factor II, y no tanto en rasgos de la personalidad como

---

140 Este instrumento se basa en identificar necesidades criminógenas de riesgo y cuenta con su propio método estandarizado de alta fiabilidad y validez para usar dinámicas variables con la intención de modificar conductas violentas. Para más información ver, Stephen Wong y Kathy Lewis, *The Violence Risk Scale: Predictive Validity and Linking Changes in Risk with Violent Recidivism in a Sample of High-Risk Offenders with Psychopathic Traits*, (2012).

141 Ibid. 49.

142 Ibid. 48.

143 Ibid. 366.

144 Ibid. 216.

145 Stephen C.P. Wong, Audrey Gordon, Deqiang Gu, Kathy Lewis y Mark E. Olver. "The effectiveness of violence reduction treatment for psychopathic offenders: empirical evidence and a treatment model". *International Journal of Forensic Mental Health*. Vol. 11, No. 4. (December 2012): 345.

componente estático del Factor I y núcleo de la personalidad psicopática, provee de más eficacia en los resultados para evitar reincidencia<sup>146</sup>. Esto se basa en los análisis realizados por Wong y su equipo, evidenciando que la violencia se encuentra correlacionada más con el Factor II que con el Factor I<sup>147</sup>.

Asimismo, Polaschek y Skeem en 2018 realizan una revisión de estudios sobre el tratamiento de psicópatas para concluir que existe evidencia empírica de tratamientos efectivos para reducir la reincidencia de aquellos<sup>148</sup>. Más recientemente, Sewall y Olver con su trabajo de 2019, mostraron que psicópatas criminales se pueden beneficiar notoriamente del tratamiento, en comparación con no psicópatas, para reducir efectivamente tasas de reincidencia<sup>149</sup>.

El compendio de algunos de estos estudios se puede encontrar en el trabajo de Lasala Porta, *El Tratamiento Penitenciario de los Delincuentes Psicópatas*, de 2014. Entre varias cuestiones, analiza al constructo de la psicopatía desde la PCL-R como la posición más ampliamente aceptada<sup>150</sup> gracias a su capacidad de predicción de violencia, reincidencia y resultados del tratamiento<sup>151</sup>, para después confirmar la relación entre psicopatía con mayor reincidencia y violencia instrumental o sádica<sup>152</sup>. El trabajo resume cuatro modelos de tratamientos que han sido analizados y contrastados de forma empírica para evidenciar que son mecanismos efectivos para reducir la reincidencia y tratar específicamente a delincuentes violentos con alto grado psicopático<sup>153</sup>, entre los cuales encontramos al Modelo RNR y al Modelo de Dos Componentes, que son aquellos que más fundamento empírico presentan hasta el momento.

Ante esto, el trabajo muestra la realidad de siete estudios de tratamientos en diferentes países como Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Holanda y Reino Unido sobre internos con altos rasgos psicopáticos.<sup>154</sup> De los estudios, caben destacar cinco de ellos, los cuales utilizaron a la PCL-R como instrumento clave para evaluar la psicopatía, eligieron a internos varones de diversa edad desde los 18 años en adelante, con alto grado de violencia (principalmente condenados por delitos contra la vida), aplicando varios programas con las siguientes características en general: uso de tratamientos de naturaleza cognitivo-conductual, terapias individuales y grupales de larga

---

146 Ibid. 339.

147 Ibid. 338.

148 Devon Polaschek y Jeniffer Skeem. "Treatment of adults and juveniles with psychopathy". En *Handbook of Psychopathy*, ed. C.J. Patrick (New York: The Guilford Press, 2018), 710.

149 Lindsay Sewall y Mark Olver. "Psychopathy treatment and outcome: results from a sexual violence reduction program". *Personality Disorders-Theory Research and Treatment* Vol. 10 No. 1 (2019): 59.

150 Fernando de Lasala Porta. *El Tratamiento Penitenciario de los Delincuentes Psicópatas. Del pesimismo a la esperanza a partir de los avances en la última década*. (Madrid: Ministerio del Interior del Gobierno de España, 2014), 22

151 Ibid, 24.

152 Ibid. 34.

153 De Lasala Porta, *Tratamiento de Delincuentes Psicópatas*, 67.

154 Ibid. 87-87

duración e intensivo, equipo multidisciplinario compuesto por varios profesionales especializados en psicopatía, instituciones adecuadas para tratar a criminales violentos y conformación de ambiente de confianza basados en la alianza terapéutica. Los resultados son muy esperanzadores, puesto que, en términos simples, indicaban una efectiva reducción de reincidencia violenta, lo cual significa que el tratamiento tiene un efecto positivo, a diferencia de no tener tratamiento en lo absoluto<sup>155</sup>. En el compendio mencionado se exponen también las limitaciones y críticas a dichos estudios, como el tamaño de la muestra o la necesidad de analizar más variables, sin embargo, los estudios destacan de entre los demás por evidenciar cambios positivos y demostrar que se puede trabajar y analizar el efecto del tratamiento en internos peligrosos con altos rasgos psicopáticos en la reducción de sus tasas de reincidencia, especialmente violenta. Sobre los otros dos estudios, uno se enfocaba más en delincuencia juvenil y el último sigue en observación actualmente, conocido como “Chromis” en Reino Unido. Respecto de este último, fue diseñado para enfocarse en personas con altos rasgos psicopáticos, donde hasta el momento, ha mostrado resultados positivos analizando su aplicación en casos de estudio que incluyen a este tipo de criminal resistente a la rehabilitación<sup>156</sup>, disminuyendo sus niveles de violencia. Aunque aún se necesitan de más análisis en muestras más extensas, los avances son muy prometedores<sup>157</sup>.

Cabe mencionar aquí al Modelo de Vidas Satisfactorias o Good Lives Model, que se basa en proveer a convictos de las herramientas necesarias para desarrollar su vida de una forma satisfactoria sin tener que recurrir al crimen<sup>158</sup>, en vez de enfocarse en el manejo de riesgos criminógenos como el Modelo RNR, y funciona a base de incentivar y desarrollar las fortalezas de cada individuo según sus intereses, habilidades y aspiraciones con un enfoque más humanista<sup>159</sup>.

El trabajo de Lasala Porta aportó significativamente demostrando que los programas aplicados a candidatos seleccionados correctamente según el riesgo que presentan, con modelos de tratamiento adecuados a las necesidades de dichos sujetos, bajo la intensidad necesaria, la implicación de los terapeutas considerando la dignidad humana del agresor, en centros adecuados y preparados para el efecto sumado al apoyo de entornos capacitados para la intervención tratamental, ofrecen, de manera empírica, resultados esperanzadores en materia de reducción en la reincidencia<sup>160</sup>. Además, cabe recalcar el enfoque del Modelo RNR que todos los programas utilizaron de base, aumentando sus probabilidades de éxito y añadiendo más fundamento a su validez y probabilidad

---

155 Ibid. 137.

156 Jenny Tew y Alice Bennett. “The Chromis programme: Exploratory research using multiple case studies.” *Ministry of Justice Analytical Series*. Her Majesty Prison & Probation Service (2020): 31.

157 Ibid.

158 Mayumi Purvis, Tony Ward y Gwenda Willis. “The Good Lives Model in practice: offence pathways and case management”. *European Journal of probation*. Vol. 3. No. 2. (2011): 6-7.

159 Ibid. 7.

160 De Lasala Porta, *Tratamiento de Delinquentes Psicópatas*, 137-141.

de obtener resultados positivos<sup>161</sup>.

## **5. MECANISMOS ESPECÍFICOS DE TRATAMIENTO SOBRE ASESINOS SERIALES CON TRASTORNO PSICOPÁTICO DE LA PERSONALIDAD EN ECUADOR Y ESPAÑA**

Una vez que se han analizado los mecanismos o tratamientos que se enfocan en la rehabilitación del psicópata criminal, y que se relacionan con criminalidad especialmente violenta como la del asesino serial, entonces se debe analizar si Ecuador y España cuentan con dichos elementos para combatir a esta modalidad criminal, con el antecedente de que ambos países ya han experimentado previa o actualmente la presencia de dicha forma de delincuencia, y también que prevén a la rehabilitación como directriz constitucional de sus sistemas penitenciarios.

### **5.1 Ecuador**

Actualmente, el Ecuador se encuentra sumido en una crisis carcelaria producto, entre otros factores, del hacinamiento, sobrepoblación, falta de política criminal y políticas públicas de rehabilitación efectivas<sup>162</sup>. Estas políticas se rigen principalmente por el COIP y por el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social (en adelante el Reglamento). Ambos contienen a los denominados ejes de tratamiento<sup>163</sup>, que consisten en un conjunto de unidades temáticas para organizar las actividades de los internos en centros penitenciarios y, en teoría, asistirles para cumplir con el objetivo de la rehabilitación<sup>164</sup>. Se dividen en seis categorías: eje laboral, eje educativo, eje cultural, eje deportivo, eje de salud y eje de vinculación social y familiar, más el eje de reinserción en la fase final de rehabilitación.

De acuerdo al Informe de Personas Privadas de Libertad en el Ecuador de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2022, elaborado en virtud de la crisis carcelaria antes mencionada y basados en la revisión y visita realizadas por miembros de la Comisión, se constata que no existe un acompañamiento personalizado para verificar el estado del cumplimiento de los ejes de tratamiento, además de que la mayoría de internos no realizan actividades o programas relacionados a la rehabilitación, provocando que luego, 8 de cada 10 reincidan<sup>165</sup>. Así, el Informe establece que “debido a la insuficiencia de este tipo de programas y al escaso personal asignado para este fin, solamente el 50% de la población penitenciaria podría acceder a actividades enfocadas

---

161 Ibid. 141.

162 Andrés Sebastián Cevallos Altamirano, Patricia Lissette Martínez Vaca, Erik A. Panchi de Jesús. “¿Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos?” *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE*. (2021): 294.

163 En el artículo 701 del COIP y en el artículo 178 del Reglamento.

164 Jorge Núñez et. al. *Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador*. (Quito: Kaleidos, Centro de Etnografía Interdisciplinaria, 2021), 19.

165 Personas Privadas de Libertad en Ecuador 2022, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. OEA/Ser.L/V/II. 69.

a la reinserción social”.<sup>166</sup>

A su vez, según Roberto Mosquera Escobar, psicólogo clínico de la Universidad Central del Ecuador, existen algunos programas que se aplican en el ámbito penitenciario, entre ellos los siguientes: Programa para el Control de la Agresión Sexual, Programa para el Control del Comportamiento Agresivo, Programa de Resolución de Conflictos, Programa de Tratamiento, Crecimiento y Desarrollo Integrativo, Programa en Prevención y Tratamiento al Consumo de Drogas y Alcohol y Programa de Tratamiento de Trastornos de la Personalidad, Conducta y Comportamiento<sup>167</sup>. En relación a asesinos seriales psicopáticos, de los programas antedichos resaltarían el Programa para el Control del Comportamiento Agresivo y el Programa de Tratamiento de Trastornos de la Personalidad, Conducta y Comportamiento. Sin embargo, el primero se enfoca solamente en mecanismos de controlar la ira<sup>168</sup>, y el segundo no se remite a los estudios actualizados sobre tratamientos actuales y contrastados sobre psicópatas criminales ya revisados<sup>169</sup>, por ende, ninguno está enfocado en asesinos seriales psicopáticos. A esto se añade que el eje de salud mental es el que más déficit de profesionales posee<sup>170</sup>, junto con la falta de acompañamiento psicológico o de tratamiento enfocado en la salud mental, provocando una inexistencia de un sistema de progresión o rehabilitación<sup>171</sup>

En definitiva, según los estándares analizados a nivel mundial sobre tratamientos exitosos, ciertamente es triste señalar la falta de un programa enfocado en criminales especialmente violentos, no se diga con rasgos psicopáticos o especialmente de criminalidad serial<sup>172</sup>, en el Ecuador. En este aspecto, tampoco se prevén programas efectivos con otros tipos de criminales o criminalidad menos grave, pues los propios internos afirman que no se recibe una intervención que sea remotamente parecida a un tratamiento en los centros penitenciarios<sup>173</sup>, centros que

---

166 Ibid.

167 Roberto Mosquera Escobar. *Psicología Criminal. Estudio del pensamiento delincuenciales*. (Quito: Zul Graf, 2018), 260-261.

168 Ibid. 262.

169 El Dr. Roberto Mosquera solamente menciona al programa, sin embargo, no explica sus pormenores. Esto, en concordancia con el eje de tratamiento de salud, según el artículo 705 del COIP y 215 del Reglamento, que es aquel eje que prevé terapias sobre salud psicológica, en el cual no se hace mención a terapias o programas enfocados en trastornos de la personalidad, permite entender que no se tiene una correspondencia con los estudios modernos sobre psicopatía expuestos anteriormente. Además, es evidente que, si no se tienen programas efectivos para criminales comunes, lógicamente no se prevén tratamientos para criminales diagnosticados con un trastorno tan complejo y vasto como lo es la psicopatía, más aún sin estudios empíricos sobre el constructo en el Ecuador, como se revisó anteriormente. Para revisar testimonios desgarradores de privados de libertad sobre este y otros ejes, ver la investigación de maestría en derecho penal de Nadia Núñez Falconí, Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de la libertad, de 2018.

170 Núñez et al. *Diagnóstico Penitenciario Ecuador*, 35.

171 Núñez et al. *Diagnóstico Penitenciario Ecuador*, 88-89.

172 Flores Carrillo. *Implementación cadena perpetua Ecuador*, 47-48.

173 Zita Betsabé Serrano Chérrez y Lourdes Gabriela Torres Germán. *La reinserción social del liberado del Sistema de Rehabilitación Social ecuatoriano: un derecho garantizado o vulnerado*. (Tesis de Carrera para Abogacía, Universidad de Guayaquil, 2020), 62 y 66.

paradójicamente son llamados “Centros de Rehabilitación Social”<sup>174</sup>.

## 5.2 España

España muestra un escenario considerablemente distinto al de Ecuador. El mayor exponente español del estudio criminológico de la psicopatía es indudablemente Vicente Garrido Genovés, mismo que ha presentado varios estudios sobre este trastorno en particular en el ámbito criminal<sup>175</sup>, propuesto mecanismos de tratamiento en torno al mismo<sup>176</sup> e incluso, dirigido trabajos de tesis doctorales sobre este tema<sup>177</sup>. Junto a él, se encuentra Santiago Redondo Illescas, con quien comparte un libro crucial en el ámbito del crimen en general y sobre la psicopatía como tal y su tratamiento en España<sup>178</sup>, además de ser él mismo autor de obras cruciales en este sentido<sup>179</sup>.

De esta forma, es claro que España se mantiene un paso al frente al analizar a la psicopatía de acuerdo a los estudios más actualizados de este constructo, sin embargo, se debe analizar si posee tratamientos o programas enfocados en este peculiar tipo de criminal de acuerdo a los modelos validados que se han presentado anteriormente, más aún si a éste se lo puede clasificar en la categoría de asesinos seriales. En el año 2019, la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, bajo la dirección del Ministerio del Interior de España, publicó un Informe General en el cual se detallan y describen varios tipos de programas que han sido aplicados en el ámbito penitenciario, siendo muchos de ellos exitosos en diversos aspectos<sup>180</sup>, por lo cual aquí se mencionarán los más importantes: Violencia de Género o PRIA, Control de la Agresión Sexual o PECAS, Población Penitenciaria Extranjera, Prevención de Suicidios, Personas con Discapacidad Física, Sensorial, Psíquica o Intelectual, Internos en Departamentos de Régimen Cerrado, Intervención con Jóvenes, Terapia asistida con Animales o TACA, Resolución Dialogada de Conflictos, Programa Ser Mujer, Programa de Preparación de Permisos de Salida, Tabaquismo, Programa de Deshabitación al Alcohol, Módulos de Respeto, Módulos Terapéuticos, Programa de Juego Patológico, Programa de Pornografía Infantil, Programa para el Control de la Conducta Violenta o PICOVI y Programa para la Igualdad y No Discriminación o DIVERSIDAD<sup>181</sup>.

174 Mesías Elías Machado Maliza, Emily Mishell Hernández Gaibor, Marjorie Salomé Inga Jaramillo, Diego Fabricio Tixi Torres. “Rehabilitación y reinserción social: una quimera para los privados de libertad”. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores* Vol. VII No. 48. (Diciembre 2019): 9.

175 Ver, Vicente Garrido Genovés. “El delincuente psicópata”. *Revista Electrónica de Motivación y Emoción*. Vol. XII. No. 32-33. (2009).

176 Ver, Vicente Garrido Genovés. “El tratamiento del psicópata”. *Psicothema*. Vol. 14. Supl. (2002).

177 Ver, Cristina Esteban Martínez. El tratamiento de la psicopatía. Un estudio cualitativo y meta-analítico. (1995).

178 Redondo y Garrido, *Principios de criminología*, 654.

179 Santiago Redondo Illescas. *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. (Madrid: Pirámide, 2015), 273.

180 Por ejemplo, revisar a Virginia García López. “Programas específicos de tratamiento en las prisiones españolas: control de la agresión sexual, atención integral a enfermos mentales y unidades terapéuticas y educativas”. *Revista de Estudios Socioeducativos*, No. 7. (2019): 184-200.

181 Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Gobierno de España. *Informe General*.



De los mismos, resalta el programa de Intervención en Conductas Violentas o PICOVI, mismo que se enfoca en enseñar mecanismos de control de la violencia mediante intervenciones psicosociales cognitivas y emocionales<sup>182</sup>, no obstante, está enfocado para criminales sin rasgos psicopáticos ya que no incluye en su compendio de intervenciones, técnicas enfocadas para la psicopatía en concreto, conociendo sus complejos pormenores.

Una vez revisados estos programas, ninguno se enfoca en concreto en psicópatas criminales, o en su defecto, en concreto en asesinos seriales con trastorno psicopático de la personalidad. Para ello, incluso Vicente Garrido critica la falta de atención a los psicópatas y a los delincuentes violentos en general<sup>183</sup>, por ende, se alega que el sistema de justicia español ha olvidado al psicópata delincencial, sumado a los insuficientes estudios en torno a este tema<sup>184</sup>, provocando que muy pocos programas y estudios tomen medidas evaluativas de la psicopatía<sup>185</sup>. Incluso Lasala Porta enfatiza que, hasta el momento de su trabajo, no existen programas eficaces para delincuentes psicópatas en España<sup>186</sup>. Incluso de forma general, de acuerdo a González Guerrero, llama la atención el escaso número de unidades y programas específicos para los trastornos de la personalidad en España<sup>187</sup>, peor aún para la psicopatía según lo expuesto. En suma, respecto del tema de los asesinos en serie y de psicopatías en España, es muy controvertido y no hay mucha investigación al respecto<sup>188</sup> en lo que al ámbito del tratamiento respecta.

## **6. RECOMENDACIONES: DEL PSICÓPATA CRIMINAL AL PSICÓPATA CRIMINAL ASESINO SERIAL**

Gracias a los modelos de tratamiento y estudios analizados en líneas anteriores, sumado al conocimiento de la situación tanto en Ecuador como en España, se realizarán ciertas recomendaciones. Antes, es menester señalar que las investigaciones respecto de su aplicación, específicamente en asesinos seriales diagnosticados con trastorno psicopático de la personalidad, no proveen de material empírico fehaciente que permita obtener un producto objetivo, contrastable y replicable por el momento<sup>189</sup>. Sin embargo, aquello no obsta que se pueda analizar la información

---

(Centro Penitenciario Arabal/Álava: 2019). 41-50.

182 Laura Agudo Madrona et. al. *Programa de Intervención en Conductas Violentas*. (2017), 9-12.

183 Vicente Garrido Genovés. "El tratamiento del psicópata". *Psicothema*. Vol. 14. Supl. (2002): 186.

184 Demelsa Hernández González. *Tratamiento de delincuentes organizados (Psicópatas)*. (Trabajo de Fin de Máster en Intervención Criminológica y Victimológica, Universidad Miguel Hernández de Elche, 2014), 44.

185 Santiago Redondo Illescas. *Evaluación y tratamiento de delincuentes. Jóvenes y adultos*. (Madrid: Pirámide, 2017), 49.

186 De Lasala Porta, *Tratamiento de Delincuentes Psicópatas*, 66.

187 Laura Gonzáles Guerrero. *Trastornos de la personalidad: influencia sobre la conducta delictiva y repercusiones forenses en la jurisdicción penal*. (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011), 101-102.

188 Marta Meiro Mendoza. *Asesinos en serie y psicópatas*. (Trabajo de Fin de Grado en Psicología, Centro de Enseñanza Superior Cardenal Cisneros, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 9.

189 Nicholas Martin. "Treatment and Rehabilitation of Serial Killers after Crime". *StudyMoose*. 2017. <https://studymoose.com/treatment-and-rehabilitation-of-serial-killers-after-crime-essay>.

comprobada de los estudios realizados sobre asesinos seriales, en conjunto con los mecanismos validados que se remiten en concreto a psicópatas criminales violentos. Este trabajo toma entonces un enfoque teórico, cualitativo y deductivo para proponer un enfoque de acercamiento hacia mecanismos de rehabilitación del asesino en serie diagnosticado con trastorno psicopático de la personalidad, como posibilidad de aplicación tanto en Ecuador, como en España. Obviamente la posición aquí adoptada no impide que se puedan y se deban realizar comprobaciones cuantitativas e inductivas a futuro para poder hablar con bases más fundamentadas de mecanismos de rehabilitación en este particular criminal con el trastorno en mención.

Primero, se debe trabajar con un concepto avalado y definido de psicopatía, para lo cual se recomienda remitirse a la PCL-R para diagnosticarla, bajo el recomendado modelo RNR para tratarla<sup>190</sup> (modelo más avalado, por ahora, que el GLM o Modelo de Vidas Satisfactorias)<sup>191</sup> De esta forma, el Principio de Riesgo ya se cumple, sabiendo de la alta peligrosidad del asesino serial psicopático. En lo que al Principio de Necesidad respecta, como se ha establecido, la característica particular que define al asesino múltiple y lo distingue de otros tipos de asesinos, consiste en la existencia de un elemento en concreto que funciona de motor para su conducta: la fantasía criminal. Lo importante, consiste en la forma de acercamiento a esas fantasías criminales, principalmente de naturaleza violenta con fines de poder/control o sexual<sup>192</sup>, para poder formular estrategias de tratamiento efectivas ante este tipo peculiar de criminal.

Se puede analizar a la fantasía como un componente desviado parte de la motivación del criminal, es decir, constituye una base del origen, mantenimiento y dirección de la conducta del criminal, lo cual puede traducirse como una “necesidad” en el sentido psicológico de la palabra<sup>193</sup>. Dentro del campo del estudio de la motivación, existen tres tipos de necesidades principales que deben satisfacerse para que el ser humano alcance un nivel óptimo y saludable de estabilidad y desempeño mental: fisiológicas, psicológicas y sociales<sup>194</sup>. Entre dichas necesidades, las sociales son aquellas que más se asemejan al concepto de fantasías criminales, al ser necesidades psicológicas adquiridas (no innatas) y se producen por reacción por la interacción de la experiencia

---

190 David DeMatteo y Mark E. Olver. “Use of the Psychopathy Checklist-Revised in Legal Context: Validity, Reliability, Admissibility and Evidentiary Issues”. *Journal of Personality Assessment*. Vol. 104. No. 2 (2022): 235.

191 Rachel Horan, Kevin Wong y Kirstine Szifris. “Enabling change: an assessment tool for adult offender that operationalizes risk needs responsivity and desistance principles”. *European Journal of Probation* Vol. 12. No. 1. (2020): 4.

192 Cabe recalcar que, el hecho de que un asesino múltiple, en concreto serial, tenga una fantasía de índole sexual, esto no lo convierte en un delincuente sexual, puesto que el objetivo de sentir placer sexual se obtiene por medio del asesinato, siendo por ello la conducta principal el acto contra la vida que produce el efecto deseado, a diferencia de aquellos criminales que incurren en actos delictivos de naturaleza sexual como abuso sexual, violación, etc.

193 Desde el punto de vista psicológico, necesidad consiste en fuerza psicoquímica inherente a la persona que provoca tensión, por lo cual es imperativo satisfacerla para el sano desarrollo interno y desenvolvimiento en un ambiente de dicha persona, para más información ver, Schultz y Schultz, *Teorías de la Personalidad*, 187.

194 Marshall. *Motivación y emoción*. 58.

interna con el ambiente<sup>195</sup>, entre las cuales destacan las necesidades sociales de logro (mantener estándar de excelencia),<sup>196</sup> de afiliación e intimidad (mantener relación afectiva con otras personas)<sup>197</sup>, y la de poder (deseo de que el mundo físico y social se ajuste a la imagen o plan personal del individuo)<sup>198</sup>, ésta última relacionada con la violencia<sup>199</sup>.

Por ello, al ser las fantasías criminales, un símil tergiversado o patológico de necesidades sociales normales, que deben ser satisfechas para reducir el nivel de ansiedad o estrés de quien las idealiza, se pueden considerar factores criminógenos. A esto se suma el hecho de que, al no ser innatas, sino adquiridas, son moldeables, cambiables, es decir, dinámicas. Con ello, cumplen los requisitos para que se pueda trabajar sobre las mismas con base en los modelos mencionados. La necesidad de logro en el asesino serial psicopático se puede evidenciar como una forma de encontrar su identidad, de ser alguien, sobresalir con un estándar de excelencia al satisfacer sus fantasías. A su vez, con la necesidad de afinidad e intimidad, una manera desviada de satisfacer impulsos sexuales debido a su incapacidad de hacerlo normalmente por miedo al rechazo. Finalmente, el poder, la necesidad de dominar, controlar o influir a otras personas, materializando sus fantasías en las cuales ellos mandan, que muchas veces motiva la conducta violenta.

Por estas razones, se corresponden indudablemente con el Factor II de la PCL-R de Estilo de vida antisocial, con sus facetas estilo de vida impulsivo/irresponsable y antisocial, al ser elementos cognitivos de carácter violento que motiva actos violentos, más que rasgos definitorios de personalidad o emocionalidad. Cabe recalcar a su vez que, de acuerdo al modelo RNR y el modelo de Dos Componentes anteriormente analizados, el Principio de Necesidad dinámica criminógena se relaciona con el Factor II de la PCL-R en virtud de que, concentrarse en el mismo con intervenciones de terapia cognitiva-conductual, puede provocar una disminución considerable de la violencia, siendo lo imperativo enfocarse en necesidades concretas del criminal, en este caso, necesidades tergiversadas producto de distorsiones cognitivas. Finalmente, respecto del Principio de Responsividad, lo ideal es analizar cómo se comporta y desarrolla el interno ante el tratamiento, donde se puede adaptar de acuerdo a sus características de la personalidad, concretamente del Factor I, para que no sean un obstáculo, sino un incentivo estructurado.

En concreto, se propone entonces utilizar terapias cognitivo-conductuales basadas en los principios de los modelos RNR y de los Dos Componentes, para, mediante una reestructuración cognitiva, enfocarse en necesidades criminógenas relacionadas con aspectos del Factor II de la PCL-R, que están interconectados con el comportamiento violento, no en la personalidad o sus

---

195 Ibid. 127-130.

196 Ibid. 130.

197 Ibid. 142.

198 Marshall. *Motivación y emoción*. 145.

199 Ibid. 145.

aspectos, para que así el tratamiento sea efectivo en reducir índices de reincidencia. Las necesidades en concreto de asesinos seriales psicopáticos, son sus fantasías criminales altamente relacionadas con una motivación intrínseca de gratificación psicológica, muy similares a necesidades sociales de logro, afiliación e intimidad y poder, en virtud de requerir que sean satisfechas para obtener sentimientos de identidad, de dominio y control o placer sexual tergiversados por la experiencia propia del sujeto. Obviamente, no se descarta que esas sean las únicas necesidades o factores criminógenos de riesgo sobre los cuales deba enfocarse el tratamiento, al contrario, se propone que sean el punto de partida para desde ahí, encontrar todas las demás necesidades que podrían derivarse.

Finalmente, se ha reiterado varias veces que la posibilidad de una rehabilitación efectiva es factible, que la misma debe ser enfocada en el individuo infractor, personalizada a sus necesidades y no desde un enfoque punitivo, pues solo así, existe una correlación positiva con la disminución de reincidencia. Esto incluso puede también relacionarse con Maslow y su pirámide jerárquica de necesidades que deben ser satisfechas para adquirir un estado saludable de desarrollo psicológico<sup>200</sup>. En el último escalón encontramos a la “autorrealización”<sup>201</sup>, donde parte de la gratificación que recibe el asesino múltiple por exteriorizar su fantasía criminal, le permite arribar a un estado desviado de realización, una forma patológica de llegar a la cúspide de su esencia al realizar aquello que lo caracteriza como individuo y le otorga identidad con sentido a su existencia<sup>202</sup>, por decirlo de manera simple.

En lo principal, el tratamiento debe guiarse en el moderno y validado modelo RNR, a través de terapias cognitivo-conductuales que sean personalizadas y adaptables, tanto individuales como grupales, de larga duración e intensidad aplicadas por un equipo multidisciplinario de profesionales especializados en instituciones adecuadas para el efecto bajo una estructura adaptable, pero definida. Con esto, se podría arribar a una reestructuración del pensamiento que poco a poco, influya en el cambio comportamental.

## 7. CONCLUSIONES

Este artículo ha sido redactado con el afán de motivar y proveer nuevas fuentes de investigación sobre un tema muy interesante pero más que nada, necesario, entendiendo la problemática actual donde existen varios sujetos que incurren en actividades delictivas inimaginables e indescriptibles. El lector se preguntará, ¿por qué concentrarse en asesinos seriales

200 Schultz y Schultz, *Teorías de la Personalidad*, 303.

201 Jiménez Serrano, et al, *Manual perfil criminológico*, 136. La necesidad de autorrealización consiste en lograr satisfacer la naturaleza individual y cumplir con el potencial del crecimiento personal.

202 Sara Chorro Romero. “Nociones básicas de asesinos seriales”. *Scelus Studium Educational Online Research Center*. (2020): 5.

psicopáticos? La rehabilitación de asesinos seriales con trastorno psicopático debe ser un ámbito donde expertos y especialistas enfoquen sus esfuerzos ya que aquello significaría mejorar un sistema decadente donde muchas veces, el castigo es un incentivo más que un método disuasivo o peor aún, rehabilitador. Ecuador y España comparten una triste realidad en el sentido de no poseer programas especializados que se remitan a este tipo de criminal en particular, considerando la cantidad de estudios que señalan cómo, enfocarse en internos de alto riesgo, es lo recomendable y permite desarrollar mecanismos para aquellos de menos riesgo, como bien dice el aforismo: *Quien puede lo más, puede lo menos*. Si se tiene éxito de rehabilitación con el criminal más resistente y peligroso, aquello augura un acierto esperanzador para aplicarse en muchos otros criminales.

Se ha analizado al asesinato serial, a la psicopatía, a la rehabilitación, y verificado, de acuerdo a estudios y modelos empíricos, que su combinación no es tan catastrófica como parece. Es decir, se realizó un recorrido alrededor del mundo para ver qué se está intentando hacer al respecto. Aunque quede mucho por hacer, el psicópata criminal es rehabilitable, con efectos positivos en reincidencia por ahora, por eso se propone remitirse a estudios empíricos que avalan esta posición. Motivo de lo cual, también se propone un simple enfoque de recomendación merecedor de consideración, especialmente para Ecuador y España, que carecen de programas para el asesino serial psicopático. Ahora, respecto de los mecanismos de rehabilitación sobre asesinos seriales, cabe analizar si quizás el enfoque de concentrarse en la necesidad psicológica-criminógena conformada por sus fantasías criminales, sea un primer paso a seguir desarrollando mejores terapias o tratamientos que se ajusten al asesino serial como tal, y su posible replicación en otros tipos de asesinos múltiples como en masa o itinerantes. Incluso considerar mecanismos cuestionables como el uso de biomejoras en este tipo de criminales, como ya se está haciendo<sup>203</sup>.

Algo es cierto, no es posible alegar al fracaso como respuesta definitiva, puesto que se ha demostrado que muchos sistemas de rehabilitación tienen éxito a pesar de los obstáculos y de las adversidades a las que se enfrentan, en especial con el tipo de criminal más resistente a la rehabilitación. Parte de este trabajo se ha enfocado en exponer de forma diáfana que el asesino serial psicopático, un personaje que resuena en el inconsciente colectivo de la población mundial, tiene esperanzas en lo que a su rehabilitación respecta. No hay que olvidar que aún aquellas personas no dejan de ser humanos, donde removerles de esta calidad inherente conllevaría transformarnos en lo que ellos ya son, motivo por el cual no es posible eliminar esta delgada línea que nos diferencia. Dentro de las llamadas “características prosociales” que la raza humana posee en general, se encuentra la empatía, un rasgo cognitivo y emocional imperativo para que una

---

203 Ver, Francisco Lara, Biomejora moral de delinquentes psicópatas. Tecnologías y aspectos éticos. Política Criminal Vol. 16 No. 31 (Junio 2021): 397.

persona se desarrolle de forma armónica y adaptable en un ambiente, puesto que ejecuta una importante función al determinar qué es lo más correcto que debe hacerse en una situación concreta bajo un enfoque netamente moral ante el sufrimiento ajeno, dirigido a la comprensión y convivencia humana. Es por esta razón que la empatía influye innegablemente en el sistema de regulación de la conducta humana, conocido como ordenamiento jurídico, donde es claro que aquellos que actúan bajo la normativa no son iguales que aquellos que no, pero incluso en dicha circunstancia, la respuesta formal que ejerce el uso legitimado del poder debe ser justa, proporcional y humana, en virtud de que no se puede tergiversar su esencia y tornarse criminal para sancionar a criminales. Aquellas autoridades y servidores encargados del sistema penitenciario custodian en sus manos la posibilidad de hacer la diferencia para que no se borre esa barrera infranqueable que otorga el sentido ontológico que distingue entre criminales y no criminales.

Ciertamente no existe una respuesta definitiva, sin embargo, es la aproximación a esa respuesta lo que finalmente representa nuestra naturaleza humana: la verdadera perfección es hermosamente imperfecta.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Agudo Madrona, Laura, Docampo Freiria, Milagros, Herrero Maroto, Susana, Herrera Rodríguez, María José, Navarro Pascual, María, Pozuelo Rubio, Florencia, Ruiz Alvarado, Alfredo y Ruiz Arias, Sergio. *Programa de Intervención en Conductas Violentas*. 2017.

Aguilar Cáceres, Marta. “La inadecuada identificación de la psicopatía con el trastorno antisocial de la personalidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 19. No. 13. (2017): 1-40. ISSN 1695-0194.

Alcaraz Albertos, Juan Francisco. *Manual del asesino en serie, aspectos criminológicos*. España: Uno Editorial, 2014.

Álvarez Gázquez, Lidia. *El delito de homicidio en perspectiva histórico-jurídica*. Trabajo de Fin de Grado de Derecho, Universidad de Almería, 2015.

Andrade Castillo, Xavier. *La imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el derecho penal ecuatoriano*. Quito: Iuris Dictio, 2015.

Andrews, D. A. y Bonta, James. *The Psychology of Criminal Conduct*. 5ta ed. New Jersey: LexisNexis. 2010.

Blais, Julie y Ritchie, Mary B. “Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R)”. *Encyclopedia of Personality and Individual Differences*. (2016): 1-4. DOI 10.1007/978-3-319-28099-8\_1100-1.

Berger, Raqota. “Serial Killers-Views on why Sadipaths Kill, the Death Penalty and Rehabilitation”. *American Journal of Law and Legal Studies* Vol.3 No. 6 (2020): 1-12. ISSN:2638-2202.

Caicedo Montoya, Marco Antonio. *Trastorno antisocial de la personalidad y psicopatía en hombres en conflicto con la ley del Centro de Rehabilitación Social Riobamba, periodo junio-*

noviembre 2016. Trabajo de Grado para Psicólogo Clínico, Universidad Nacional de Chimborazo, 2017.

Canter, David V., Alison, Laurence J., Alison, Emily y Wentink, Natalia. "The Organized/Disorganized Typology of Serial Murder: Myth or Model?" *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 10 No. 3 (Septiembre 2004): 293-331. ISSN 1076-8971 DOI: 10.1037/1076-8971.10.3.293.

Centro de Formación Jurídica en Línea. *El homicidio calificado por alevosía, ensañamiento o medio insidioso*. Universidad de Costa Rica, 2013.

Cevallos Altamirano, Andrés Sebastián, Martínez Vaca, Patricia Lisette y Panchi de Jesús, Erik A. "¿Crisis carcelaria en un Estado Constitucional de Derechos?" *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE*. (2021): 291-336. DOI: 10.26807/rr.v3i03.63.

Chorro Romero, Sara. "Nociones básicas de asesinos seriales". *Scelus Studium Educational Online Research Center*. (2020): 1-13.

Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

Coldwell, David y Coldwell, Sarah. "Promoting a safe environment in our cities: towards a theoretical model of "moral deficit" for appropriate psychopathic therapy", *International Journal of Environmental Research and Public Health* Vol. 17, No. 4968 (July 2020): 1-16. doi:10.3390/ijerph17144968.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2022. *Personas Privadas de Libertad en Ecuador 2022*. OEA/Ser.L/V/II.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado 311, 29 de diciembre de 1978.

Cullen, Francis T. "Correctional rehabilitation" en *Reforming Criminal Justice Volume 4: Punishment, Incarceration and Release*, editado por Erik Luna, 235-260. Phoenix: Arizona State University, 2017.

Cuquerella Fuentes, Ángel. "Asesino en serie. Clasificación y aspectos médico-forenses." *Centro de Estudios Judiciales de la Administración de Justicia. Curso de formación para médicos forenses: Peligrosidad criminal, aspectos médico forenses, psiquiátricos y psicológicos*. Madrid. 2004.

David DeMatteo y Mark E. Olver. "Use of the Psychopathy Checklist-Revised in Legal Context: Validity, Reliability, Admissibility and Evidentiary Issues". *Journal of Personality Assessment*. Vol. 104. No. 2 (2022): 235. DOI: 10.1080/00223891.2021.1955693.

De Brito, Stephane A, Forth, Adelle E., Baskin-Sommers, Arielle R., Brazil, Inti A., Kimonis, Eva R., Pardini, Dustin, Frick, Paul J., Blair, Robert James R. y Viding, Essi. "Psychopathy". *Nature Reviews. Disease Primers* Vol. 7, No. 49 (2021): 1-21. <https://doi.org/10.1038/s41572-021-00282-1>.

De Lasala Porta, Fernando. *El Tratamiento Penitenciario de los Delincuentes Psicópatas. Del pesimismo a la esperanza a partir de los avances en la última década*. Madrid: Ministerio del Interior del Gobierno de España, 2014.

- Del Hierro, Tara Alonso, Peña Fernández, María E. y Andreu Rodríguez, José M. “Psicopatía, Agresión y Violencia: un Análisis de la Interrelación de una Muestra de Delincuentes”. *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 32. (2022): 61-69. <https://doi.org/10.5093/apj2021a25>.
- Douglas, John E., Burgess, Ann W., Burgess Allen G., y Ressler, Robert K. *Crime Classification Manual: A Standard System for Investigating and Classifying Violent Crimes*. San Francisco: Jossey-Bass, 2006.
- Esteban, Cristina, Garrido, Vicente y Sánchez, Julio. “Cuando la emoción es un problema: un estudio metanalítico de la eficacia de los tratamientos con sujetos diagnosticados como psicópatas”. *Ansiedad y Estrés* Vol. 2 No. 1 (1996): 55-68. ISSN: 1134-7937.
- Feldman, Robert. *Introduction to psychology*. 10 ed. New York: McGraw Hill, 2011.
- Flores Carrillo, Nathaly Leonor. *Análisis de la implementación de la cadena perpetua en el Ecuador en los casos de depredadores humanos*. Disertación Final de Carrera para Abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2018.
- Forsberg, Lisa y Douglas, Thomas. “¿What is Criminal Rehabilitation?” *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 16 (Octubre 2020): 103-126. <https://doi.org/10.1007/s11572-020-09547-4>.
- Garrido Genovés, Vicente. *Asesinos múltiples y otros depredadores sociales*. Barcelona: Ariel, 2021.
- Garrido Genovés, Vicente. *Nuevos perfiles criminales. Los mayores desafíos de la investigación criminal*. Valencia: Ariel, 2020.
- Garrido, Vicente. *El psicópata. Un camaleón en la sociedad actual*. 2da ed. Valencia: CientoCuarenta, 2017.
- Garrido Genovés, Vicente. “El tratamiento del psicópata”. *Psicothema*. Vol. 14. Supl. (2002): 181-189. ISSN 0214-9915.
- Giannangelo, Stephen. *The Psychopathology of serial murder, a theory of violence*. Connecticut: Greenwood Publishing Group, 1996.
- Giddens, Anthony y Sutton, Philip W. *Sociología*. 7ma ed. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- González Guerrero, Laura. *Trastornos de la personalidad: influencia sobre la conducta delictiva y repercusiones forenses en la jurisdicción penal*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011.
- Harding, Rachel. *A comparative study between a range of Victimology, Crime Scene Behaviours and Forensic Awareness Strategy variables utilised, or not, by Trucker and Non-Trucker Serial Killers*. Tesis para Maestría en Ciencia Forense, Universidad de Murdoch, 2021.
- Hernández González, Demelsa. *Tratamiento de delincuentes organizados (Psicópatas)*. Trabajo de Fin de Máster en Intervención Criminológica y Victimológica, Universidad Miguel Hernández de Elche, 2014.
- Horan, Rachel, Wong, Kevin y Szifris, Kirstine. “Enabling change: an assessment tool for adult offender that operationalizes risk needs responsivity and desistance principles”. *European Journal of Probation* Vol. 12. No. 1. (2020): 1-16. DOI: 10.1177/2066220319883555.



- Jiménez Serrano, Jorge. “Asesinos en serie: definición, tipologías y estudios sobre esta temática”. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*. No. 10. (Marzo 2014): 4-12. ISSN 2174-9019.
- Jiménez Serrano, Jorge. *Manual práctico del perfil criminológico*. 2da ed. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- Lara, Francisco. “Biomejora moral de delincuentes psicópatas. Tecnologías y aspectos éticos”. *Política Criminal* Vol. 16 No. 31 (Junio 2021): 381-407.
- Larrauri, Elena. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. 2da ed. (Madrid: Editorial Trotta, 2018), 188.
- Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.
- López, Víctor Dujó y Horcajo, Pedro José. “La Psicopatía en la actualidad: abordaje clínico-legal y repercusiones forenses en el ámbito penal”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 17. (Septiembre 2017): 69-88. ISSN: 1576-9941.
- Machado Maliza, Mesías Elías, Hernández Gaibor, Emily Mishell, Inga Jaramillo, Marjorie Salomé y Tixi Torres, Diego Fabricio. “Rehabilitación y reinserción social: una quimera para los privados de libertad”. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores* Vol. VII No. 48. (Diciembre 2019): 1-18.
- Marshall, John. *Motivación y emoción*. 5ta. ed. Ciudad de México: McGraw Hill. 2010.
- McNeill, Fergus. “When Punishment is Rehabilitation”. En *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, editado por. G. Bruinsma y D. Weisburd, 4195-4206. New York: Springer Science and Business Media, 2014.
- Meiro Mendoza, Marta. *Asesinos en serie y psicópatas*. Trabajo de Fin de Grado en Psicología, Centro de Enseñanza Superior Cardenal Cisneros, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Mosquera Escobar, Roberto. *Psicología Criminal. Estudio del pensamiento delincuencial*. Quito: Zul Graf, 2018.
- Muñoz Vicente, José Manuel. “La psicopatía y su repercusión criminológica: Un modelo comprehensivo de la dinámica de personalidad psicopática”. *Anuario de Psicología Jurídica*. Vol. 21. (2011): 57-68. DOI: 10.5093/jr2011v21a6.
- Murray, Jennifer Lynn. *The role of fantasy in mass and serial murder*. (Disertación doctoral en Filosofía, Universidad Estatal de Arizona, 2011), 91.
- Nicholas Martin. “Treatment and Rehabilitation of Serial Killers after Crime”. *StudyMoose*. 2017. <https://studymoose.com/treatment-and-rehabilitation-of-serial-killers-after-crime-essay>.
- Norris, Joel. *Serial Killers*. New York: Anchor, 1989.
- Núñez, Jorge, Suárez, Maka, Flores, Mayra, Carpio, Sofía y Gutiérrez, Pedro. *Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador*. Quito: Kaleidos, Centro de Etnografía Interdisciplinaria, 2021.
- Octavio Coimbra, Luiz y Briones, Álvaro. “Crimen y castigo, una reflexión desde América Latina”. *Revista Latinoamericana de Estudios y Seguridad*. No. 24. (Noviembre 2019): 26-41. [dx.doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3779](https://doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3779).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración social de Delincuentes. Serie de Guías de Justicia Penal. Nueva York, 2013.

Pintado Alcázar, Alberto. *Análisis criminológico de los asesinos en serie*. Madrid: Dykinson S.L., 2017.

Pintado Alcázar, Alberto. “Asesinos en masa y asesinos múltiples en un solo acto”. *Revista Electrónica de Criminología*. Vol. 02, No. 02. (Diciembre 2019): 1-18. ISSN: 2695-2882.

Polaschek, Devon y Skeem, Jennifer. “Treatment of adults and juveniles with psychopathy”. En *Handbook of Psychopathy*, editado por. C.J. Patrick, 710-731. New York: The Guilford Press, 2018.

Pozueco Romero, Juan Manuel, Romero Guillena, S.L., y Casas Barquero, N. “Psicopatía, violencia y criminalidad: un análisis psicológico-forense, psiquiátrico-legal y criminológico (Parte II)”. *Cuaderno de Medicina Forense*. Vol. 17, No. 4. (Julio 2011): 175-192.

Pucci, Francisco, Rojido, Emiliano, Trajtenberg, Nicolás y Vigna, Ana. “Explicaciones de la no reincidencia delictiva,” en *Uruguay, Inseguridad, Delito y Estado*, editado por Rafael Paternain y Álvaro Rico. Montevideo: Trilce, 2012.

Purvis, Mayumi, Ward, Tony y Willis, Gwenda. “The Good Lives Model in practice: offence pathways and case management”. *European Journal of Probation*. Vol 3. No. 2. (2011): 4-28. ISSN: 2006 – 2203.

Quiñones-Maldonado, Randy, Martínez-Taboas, Alfonso y Rodríguez-Gómez, José. “Psicopatía en poblaciones hispanas y consideraciones clínicas para su tratamiento”. *Revista Puertorriqueña de Psicología*. Vol. 25, No. 1 (Junio 2014): 10-28. ISSN 1946 -2016.

Rámila, Janire. *Depredadores humanos, el oscuro universo de los asesinos en serie*. Madrid: Ediciones Nowtilus, 2011.

Redondo Illescas, Santiago. *Evaluación y tratamiento de delincuentes. Jóvenes y adultos*. Madrid: Pirámide, 2017.

Redondo Illescas, Santiago. *El Origen de los Delitos*. Valencia: Tirant Humanides, 2015.

Redondo Illescas, Santiago. *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. Madrid: Pirámide, 2015.

Redondo Illescas, Santiago y Garrido Genovés, Vicente. *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Reglamento Sistema Nacional de Rehabilitación Social, Resolución Nro. SNAI-SNAI-2020-0031-R, Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes, Edición Especial No. 958, 4 de septiembre de 2020.

Ressler, Robert y Schachtman, Tom. *Whoever fights monsters*. New York: Saint Martin’s Press, 1992.

Rodríguez González, Rosalina y González-Trijueque, David. “Psicopatía: análisis criminológico del comportamiento violento asociado y estrategias para el interrogatorio”. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 14. (2014): 125-149. ISSN: 1576-9941.

- Rodríguez, Juan Pablo. *Asesinos múltiples: perfil y características en común*. 2019.
- Rodríguez Moreno, Felipe. *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo III Teoría de la Pena*, 2da ed. Quito: Cevallos, 2021.
- Rosenberg Larsen, Rasmus. “Psychopathy Treatment and the Stigma of Yesterday’s Research”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 29, No. 3 (Septiembre 2019): 243-272. <https://doi.org/10.1353/ken.2019.0024>.
- Sacoto de Merlyn, Pilar. *Introducción a la criminología*. 2da ed. Quito: CEP. 2016.
- Salekin, Randall T. “Psychopathy and therapeutic pessimism. Clinical lore or clinical reality?”. *Clinical Psychology Review* Vol 22. (Diciembre 2002): 79-112.
- Salvador Simón, Benjamín, Pérez Sánchez, Beatriz, Fernández Alonso, Laura, Bringas Molleda, Carolina y Rodríguez Díaz, Francisco Javier. “La psicopatía: Una revisión bibliográfica y bibliométrica”. *Arquivos Brasileiros de Psicologia. Rio de Janeiro*. Vol. 67. No. 2. (Junio 2015): 105-121.
- Sánchez Garrido, Francisco José. “Fisonomía de la psicopatía. concepto, origen, causas y tratamiento legal.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, No. 2. (2009): 79-125.
- Sanmartín, José. “¿Qué es esa cosa llamada violencia?”, en *Diario de Campo. Boletín Interno de los investigadores del área de Antropología N.º. 89*, editado por José Sanmartín, 11-29. México D.F.: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2006.
- Sanz Mulas, Nieves. *Política Criminal, Presente y Futuro*. Madrid: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.
- Schultz, Duane P. y Schultz, Sidney E. *Teorías de la Personalidad*. 9na ed. México. D.F.: Cengage Learning. 2010.
- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Gobierno de España. *Informe General*. Centro Penitenciario Arabal/Álava: 2019.
- Serrano Chérrez, Zita Betsabé y Torres Germán, Lourdes Gabriela. *La reinserción social del liberado del Sistema de Rehabilitación Social ecuatoriano: un derecho garantizado o vulnerado*. Tesis de Carrera para Abogacía, Universidad de Guayaquil, 2020.
- Serrano Maíllo, Alfonso. *El problema de las contingencias en la teoría del autocontrol. Un test de la teoría general del delito*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Sewall, Lindsay y Olver, Mark. “Psychopathy treatment and outcome: results from a sexual violence reduction program”. *Personality Disorders-Theory Research and Treatment* Vol. 10 No. 1 (2019): 59-69. <https://doi.org/10.1037/per0000297>.
- Soria Verde, Miguel Ángel. “La psicología de investigación criminal: perfiles psicológicos criminales y hallazgos criminológicos forenses”. En *Psicología criminal*, editado por Miguel Ángel Soria Verde y Dolores Sáiz Roca, 365-396. Madrid: Pearson Prentice Hall, 2005.
- Sosa Velásquez, Alfredo. “La mente del asesino en serie: etiopatogenia”. *Boletín Universitario de Neurociencias Synapsis* Vol. 3, No. 1 (Diciembre 2010): 16-22.
- Terol Levy, Odette. “Propuesta de tratamiento para delincuentes violentos con componente psicopático”. *Psicopatología Clínica Legal y Forense* Vol. 8 (Diciembre 2008): 161-192.

Tew, Jenny y Bennett, Alice. "The Chromis programme: Exploratory research using multiple case studies." *Ministry of Justice Analytical Series*. Her Majesty Prison & Probation Service (2020): 1-48.

Tiffon, Bernat-Noël. *Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología, Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense*. Barcelona: Bosch Penal, 2008.

Valenzuela de la Torre, Nina. *La rehabilitación social en el Ecuador y en el contexto del Código de Ejecución de Penas*. Tesis Doctoral, Universidad Internacional SEK, 2007.

Vallejo Ruiloba, Julio, Álvarez, Alonso Ortega, Ma. Del Pino, Álvarez Martínez, Enric, Arranz Estévez, F.J., Aymamí I Sanromá, Neus, Ballús-Creus, Carles, Bernardo Arroyo, Miguel, Bioque Alcázar, Miquel, Blanch Andreu, Jordi, Bulbena Vilarrasa Antonio, Cabrero Ávila, Luis J., Cardoner Álvarez, Narcís, Casas Brugué, Miguel, Castro Fornieles, Josefina, Cervilla Ballesteros, Jorge, Contreras Fernández, Fernando, Crespo Blanco, José Manuel, Díez Quevedo, Crisanto, Duro Herrero, Pilar, Esquerda Aresté, Montse, Fernández-Aranda, Fernando, Gastó Ferrer, Cristóbal, Gómez-Durán, Esperanza L., Gómez Gil, Esther, Grande I Fullana, Iria, Grau Fernández, Antoni, Gual Solé, Antoni, Guarch Doménech, Joana, Gutiérrez Ponce De León, Fernando, Jiménez-Murcia, Susana, Jorquera Hernández, Aurora, Junqué Plaja, Carme, Labad Arias, Javier, López Pelayo, Hugo, Lorán Meler, Ma. Eulalia, Marcos Bars, Teodoro, Martín López, Luis Miguel, Martínez-Amorós, Érika, Menchón Magriña, José Manuel, Mondón Vehils, Silvia, Navarro Odriozola, Victor, Ortega-Monasterio, Leopoldo, Otero Camprubí, Aurora, Penadés Rubio, Rafael, Pérez-Blanco, Josefina, Pérez Solá, Víctor, Pifarré Paredero, Josep, Pinet Ogué, Ma. Cristina, Pintor Pérez, Luis Puigdemont Campos, Dolors, Ramos Montes, Josep, Rodríguez-Urrutia, Amanda, Ros Montalbán, Salvador, Salamero Baró, Manel, Sánchez-Planell, Luis, Segalás Cosí, Cinto, Soler González, Carlos, Soria Tomás, Virginia, Toro Trallero, Josep, Urretavizcaya Sarachaga, Mikel, Valdés Miyar, Manuel y Vieta I Pascual, Eduard. *Introducción a la Psiquiatría y a la psicopatología*. 8va ed. Barcelona: Masson, 2015.

Velasco de la Fuente, Paz. *Criminalmente. La criminología como ciencia*. 8va ed. Barcelona: Ariel, 2021.

Wong, Stephen C.P., Gordon, Audrey, Gu, Deqiang, Lewis, Kathy y Olver, Mark E. "The effectiveness of violence reduction treatment for psychopathic offenders: empirical evidence and a treatment model". *International Journal of Forensic Mental Health*. Vol. 11, No. 4. (December 2012): 336-349. DOI: 10.1080/14999013.2012.746760.

Yaksic, Enyo. "Moving past sporadic eruptions, discursive killing, and running amok: recognizing the convergence of the serial and spree killer". *Journal of Criminal Psychology* Vol. 9, No. 3. (Julio 2019): 138-146. DOI 10.1108/JCP-03-2019-0009.

Zúñiga Núñez, Dominique Alexandra. *Análisis doctrinario de la voluntad psicopática al amparo del artículo 26 reformado, sobre el dolo, del Código Orgánico Integral Penal*. Trabajo de Fin de Carrera para Abogacía, Universidad San Francisco de Quito, 2020.

# O “SERIAL KILLER” NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO: CRIMINOSO SEM PENA OU INIMIGO DO DIREITO PENAL

Maria Vitoria Ferreira MORAES<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como tema o estudo do *serial killer*, empreendendo uma análise acerca do tratamento criminal brasileiro dispensado ao assassino em série. Nesse sentido, verifica-se a falta de uma posição adequada na atual legislação penal, contrastando, simultaneamente, com uma perspectiva errônea que coloca o *serial killer* como exemplo de Inimigo do Estado, o que denota uma violação do princípio da dignidade humana. Dessa forma, buscou-se apresentar uma classificação inicial das chamadas “teorias da conduta”, de modo a explicar a origem do conceito de inimigo no direito penal. A partir desse ponto, realiza-se uma abordagem no que tange à violação das garantias fundamentais dos cidadãos por uma teoria que não apenas classifica o indivíduo como inimigo, como também acaba restringindo ou eliminando os seus direitos individuais. Posteriormente, demonstra-se as sanções penais e a ineficácia do sistema carcerário frente às condutas praticadas por assassinos em série, pela perspectiva da aplicabilidade do sistema jurídico brasileiro. Importante ressaltar que, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e dissertações, buscando pareceres que conferissem ao texto melhor argumento em relação ao atual enquadramento do *serial killer* no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que se refere ao Direito Penal. Para a discussão da temática realizou-se, por conseguinte, uma análise de caráter qualitativo, com o auxílio do método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assassino em série; Direito Penal do Inimigo; Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The present work has as its theme the study of the serial killer, undertaking an analysis of the Brazilian criminal treatment of serial killers. In this sense, there is a lack of an adequate position in the current criminal legislation, contrasting, simultaneously, with an erroneous perspective that places the serial killer as an example of Enemy of the State, which denotes a violation of the principle of human dignity. Thus, an attempt was made to present an initial classification of the so-called “theories of conduct”, in order to explain the origin of the concept of enemy in criminal law. From this point on, an approach is taken regarding the violation of the fundamental guarantees of citizens by a theory that not only classifies the individual as an enemy, but also ends up restricting or eliminating their individual rights. Subsequently, criminal sanctions and the ineffectiveness of the prison system are demonstrated in relation to the conduct practiced by serial killers, from the perspective of the applicability of the Brazilian legal system. It is important to point out that bibliographical research in books, articles and dissertations was used as a methodology, seeking opinions that would give the text a better argument in relation to the current framework of the serial killer in the scenario of the Brazilian legal system, especially with regard to Law Criminal. For the discussion of the theme, therefore, a qualitative analysis was carried out, with the aid of the deductive method.

**KEY WORDS:** Serial Killer; Enemy Criminal Law; Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019).

O presente estudo tem como objetivo principal a análise dos atos criminosos praticados pelos *Serial Killers*, em conformidade com o conjunto de normas jurídicas do direito penal brasileiro. Nessa conjuntura, não raro a figura dos assassinos em série é normalmente retratada em filmes e séries, de modo a desencadear um sentimento de pânico ou choque. Todavia, na realidade social, não são facilmente identificados, porquanto suas condutas criminosas se tornam cada vez mais diversificadas, tendo em vista a frieza que caracteriza esse tipo de crime.

Assim sendo, é de grande relevância indagar em qual situação se encontra o desenvolvimento da justiça brasileira frente a esses ilícitos, no que se percebe, a propósito, que a lei criminal ainda é carente, inexistindo um amparo específico para lidar com indivíduos com tamanha periculosidade. Por consequência, é fundamental estudar o assunto, visto que este é pouco debatido no âmbito penal, sendo que as discussões acerca das particularidades dos crimes praticados por estes agentes acabam ressoando de modo genérico. Ademais, observa-se também uma tendência, dada a falta de tratamento específico do tema, de relacionar tais condutas à noção de Direito Penal do Inimigo, o que se mostra inviável em face dos Direitos Fundamentais, constitucionalmente consagrados.

Nessa esteira, o presente estudo traz uma classificação inicial acerca das “Teorias da Conduta”, chegando à abordagem do Funcionalismo sistêmico ou radical, idealizado por Jakobs e à concepção da ideia de “Inimigo”, evidenciando, assim, um evidente contrassenso entre a criação de um Direito de Segregação e a evolução das garantias individuais e coletivas que permeiam o século XXI.

A partir dessa concepção, esta pesquisa aborda a realidade atual brasileira, que mesmo após a Constituição de 1988, com o reconhecimento de direitos e garantias imprescindíveis aos cidadãos, ainda é marcada por uma constante criação de “inimigos da sociedade”. Por conseguinte, apesar do papel desempenhado pela mídia que, de certa forma, acaba incitando a população, nota-se também uma certa criação de inimigos pelo próprio legislador que, contrariando os princípios constitucionais, tipifica condutas evidentemente inconstitucionais como o Projeto de Lei nº 140/2010, o qual denota manifestamente a intenção de classificar o *Serial Killer* como Inimigo do Direito Penal.

Na última seção deste estudo, foi empreendida uma análise acerca da falta de legislação específica sobre o tema, de modo a elucidar as questões do crime e seus critérios, punibilidade e imputabilidade na percepção correta do indivíduo. Busca-se, assim, esclarecer a aplicação das sanções penais de diminuição de pena ou medida de segurança, dependendo do diagnóstico, reforçando a relevância do debate sobre o tema, tendo em vista o pouco preparo tanto do legislativo, quanto do judiciário, assim como a fragilidade do sistema carcerário, incapaz de proporcionar a

ressocialização de indivíduos que praticam crimes de menor gravidade, o que dirá então do caso dos assassinos em série.

Cumprе mencionar que este trabalho foi desenvolvido utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e dissertações, a fim de selecionar conceitos e ideias que conferissem ao texto melhor argumento em relação ao atual enquadramento do *Serial Killer* no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que se refere ao Direito Penal. Para a abordagem do tema empreendeu-se, uma análise de caráter qualitativo, com o auxílio do método dedutivo.

## 1. AS TEORIAS DA CONDUTA E A ORIGEM DO INIMIGO

O crime pode ser conceituado sob três aspectos distintos, quais sejam: aspecto material (toda ação ou omissão humana que, propositada ou descuidadamente lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal); aspecto formal (o conceito de crime está ligado à mera subsunção da conduta ao tipo previsto em lei); e analítico. O conceito analítico distingue-se da concepção “material” dos demais, na medida em que examina individualmente cada elemento do crime, de maneira estratificada. Nas palavras de Fernando Capez:

Aspecto analítico é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime. A finalidade deste enfoque é propiciar a correta e mais justa decisão sobre a infração penal e seu autor, fazendo com que o julgador ou intérprete desenvolva o seu raciocínio em etapas. Sob esse ângulo, o crime é todo fato típico e ilícito. Dessa maneira, em primeiro lugar deve ser observada a tipicidade da conduta. Em caso positivo, e só neste caso, verifica-se se a mesma é ilícita ou não. Sendo o fato típico e ilícito, já surge a infração penal. A partir daí, é só verificar se o autor foi ou não culpado pela sua prática, isto é, se deve ou não sofrer um juízo de reprovação pelo crime que cometeu. Para a existência da infração penal, portanto, é preciso que o fato seja típico e ilícito (CAPEZ, 2020, p. 185).

Neste diapasão, cumprе ressaltar, no que tange ao aspecto analítico que, há um grande divergência doutrinária, a partir da qual pode-se constatar a presença de três principais teorias: Teoria Bipartida; Tripartida e Quadripartida, sendo que as mais adotadas e defendidas são as duas primeiras, em que se verificam argumentos importantes apresentados por célebres penalistas. A primeira delas, denominada “Bipartida”, aduz que o crime constitui apenas fato típico e ilícito (ou antijurídico), de modo que a culpabilidade não integra esse conceito. Por outro lado, para a teoria “Tripartida”, o conceito de crime é formado por um fato típico, antijurídico e culpável. De acordo com Fernando Capez, essa teoria não merece prosperar, devendo o conceito de crime abarcar apenas o fato típico e ilícito, afirmando que a culpabilidade não deve ser relevada na definição de crime:

[...] Não há como continuar sustentando que crime é todo fato típico, ilícito e culpável, pois a culpabilidade não tem mais nada que interessa ao conceito de crime. [...] Além disso, a culpabilidade é um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, por

isso, não pode ao mesmo tempo estar dentro dele. Não existe crime culpável, mas autor de crime culpável. (CAPEZ, 2020, p. 186).

Nessa esteira, Damásio de Jesus (2011, p. 197-198) também entende que o crime é um fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade seria um mero pressuposto para aplicação da pena.

Todavia, a Teoria Tripartida também apresenta como principais adeptos: Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Heleno Fragoso, Aníbal Bruno, Frederico Marques, Nelson Hungria, dentre outros, que consideram como características fundamentais do conceito analítico de crime: o fato típico, ilícito e culpável.

Por seu turno, a teoria “Quadripartida” – defendida por Basileu Garcia, Claus Roxin, dentre outros -, designa o crime como fato típico, antijurídico, culpável e punível, sendo esta teoria minoritária quando comparada às duas primeiras.

Isto posto, aduz-se, genericamente, que a conduta será típica quando prevista, de modo expresso, no ordenamento jurídico, em observância ao princípio da legalidade; será antijurídica (ilicitude) quando tal conduta for contrária ao ordenamento jurídico como um todo. Ademais, a conduta será culpável, para aqueles que defendem esse entendimento, quando for possível averiguar um juízo de reprovação do agente, marcado pela contradição de sua vontade à determinação legal. Dessa forma, o fato típico supradescrito é, na realidade, constituído por quatro elementos: Conduta, Resultado, Nexo de Causalidade e Tipicidade.

Para chegar ao conceito de conduta, também podem ser averiguadas diversas teorias. Entre elas, tem-se a chamada “Teoria Naturalista ou Causal”, que definia a conduta como qualquer modificação no mundo externo, sem visualizar uma finalidade. Para os naturalistas, os elementos subjetivos (dolo e culpa) deveriam ser analisados somente na culpabilidade, não sendo relevante sua averiguação dentro da conduta. Fernando Capez, ao abordar essa teoria, explica que,

A fotografia externa do evento, independentemente da vontade do agente, era tudo o que importava para o fato típico. A ação passou a ser considerada um puro fator de causalidade, uma simples produção do resultado, mediante o emprego de forças físicas. De acordo com o ensinamento de Liszt, uma modificação no mundo exterior, perceptível sensorialmente. Agir é dar causa a algum evento perceptível no mundo natural, O único nexos que importava estabelecer era o natural (da causa e efeito), desprezando-se os elementos volitivo (dolo) e normativo (culpa), cujo exame ficava relegado para o momento da verificação da culpabilidade. (CAPEZ, 2020, p.192).

Após, em meados do século XX, nasce a teoria finalista. A partir daí, há uma quebra do paradigma até então estipulado pela teoria naturalista, uma vez que o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade, de modo a compor o fato típico.

A conduta passa então a ser analisada, conforme sua finalidade e intenção. A partir da Reforma empreendida pela Lei nº 7.209/1984, o Código Penal passou a prever em sua parte geral, mais especificamente, no art. 20, *caput*, a seguinte redação: “O erro sobre elemento constitutivo do



tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. O atual texto da lei demonstra, assim, uma manifesta preferência ao sistema finalista. Nessa linha, Fernando Capez esclarece que,

Nosso Código Penal seguiu essa orientação, fundindo a vontade e a finalidade na conduta, como seus componentes essenciais. Em seu art. 18, I e II, expressamente reconheceu que o crime ou é doloso ou é culposos, desconhecendo nossa legislação a existência de crime em que não haja dolo ou culpa. No caso, portanto, de o sujeito vir a matar alguém, sem dolo ou culpa, embora o resultado morte tenha sido produzido, não se pode falar em crime. É que não existe homicídio que não seja doloso ou culposos. Do mesmo modo, como nosso direito não pune o furto culposos, a exclusão do dolo leva à atipicidade desse fato”. (CAPEZ, 2020, p. 199).

Entretanto, constatou-se que a teoria finalista não se mostrava suficiente, de modo que acabou eclodindo uma nova abordagem representada pelo funcionalismo. Consoante o ensinamento de Luís Greco:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e a legitimidade da atuação do Direito Penal. (GRECO, 2000, p. 39).

A problemática moderna não se dirige mais no sentido de alcançar uma definição do Direito Penal, mas sim em compreender sua finalidade. Passa a ser analisado então o principal ponto da discussão até aqui empreendida: a teoria funcionalista.

O funcionalismo não designa uma teoria da conduta, pois seu objeto de estudo não é o fato típico, almejando explicar o direito penal a partir de suas funções. Surgiu na década de 1970, resultado de estudos e pesquisas de penalistas alemães, teorizando que o Direito Penal deve ser organizado, interpretado e executado em razão de sua função, tendo como última abordagem, as finalidades das suas penas ou medidas alternativas. Apresenta três vertentes: O funcionalismo moderado; o Funcionalismo reducionista e o Funcionalismo sistêmico.

O funcionalismo moderado, teleológico ou valorativo foi idealizado pelo penalista alemão Claus Roxin, determinando uma função exclusiva do Direito Penal em proteger bens jurídicos essenciais. Neste viés, o Direito Penal se destina à proteção da coletividade, constituindo um órgão de controle social, respondendo aos anseios e sentimentos coletivos.

Por seu turno, o Funcionalismo reducionista ou contencionista, defendido por Zaffaroni, determina que a função do Direito Penal encontra-se estritamente relacionada à redução do poder punitivo estatal. Logo, incumbe a ele empreender a contenção dos abusos e arbitrariedades, evitando a desproporcionalidade das penas no âmbito criminal.

Por derradeiro, encerrando as classificações iniciais, antes de sobrelevar o tema principal da pesquisa, passa-se ao exame do Funcionalismo sistêmico ou radical, idealizado por Jakobs. De

acordo com ele, a finalidade primordial do Direito Penal, que o realiza por intermédio de suas penas, é a reafirmação da autoridade da norma, com vistas ao fortalecimento das expectativas de seus destinatários de que determinada norma vige e, portanto, deve ser respeitada.

Essa concepção, como se observa, acaba relegando a proteção do bem jurídico para um segundo plano. Para Jakobs, o respeito e a observância àquilo que diz a lei era uma obrigação do indivíduo e, quem a desrespeitasse, seria considerado um inimigo da sociedade. Sobre o assunto, Fernando Capez assevera que:

Essa linha funcionalista de Jakobs aproxima-se muito mais do Estado Formal de Direito e de sua linha positivista do século XIX e dificulta um controle material do tipo. Pode ser passível de distorção e abuso [...]. Em que pesem as preocupações garantistas de Jakobs, que procura equilibrar o rigor de seu pensamento com ponderações sociológicas, o perigo desta linha funcionalista é a de que um Estado totalitário, para fazer valer seu regime, pode entender necessária uma atividade excessivamente incriminadora e interventiva, alcançando, em alguns casos, bens jurídicos que não deveriam merecer uma tutela tão agressiva quanto a penal. Estaria justificada a atuação invasiva, apenas pela conveniência do sistema, relegando a um segundo plano o valor humano. (CAPEZ, 2020, p. 212-213).

Esse é o ponto de partida da teoria que passa-se então a abordar no presente trabalho, em conformidade com o atual contexto do inimigo, tendo como exemplo o *serial killer*, objeto do presente estudo.

## **2 O INIMIGO NA CONTEMPORANEIDADE**

A partir da perspectiva da política-criminal, notabiliza-se um certo consenso em torno da concepção de que o Direito Penal representa a forma mais grave de intervenção do Estado diante do indivíduo, dando causa à consequências altamente estigmatizadoras, sendo imprescindível a apresentação de justificativas contundentes para a sua intervenção.

Essa noção acaba conduzindo ao surgimento de diversas propostas, desde as puramente abolicionistas até as reducionistas do sistema penal, as quais à guisa de exemplos, pode-se citar, as alternativas à pena privativa de liberdade, fundamentadas em dois aspectos: a despenalizadora, que se mostra manifestamente contrária ao expansionismo do Direito Penal contemporâneo, bem como as propostas de conferir à vítima um papel central no conflito penal.

Todavia, a discussão acerca da legitimidade do Direito Penal, a qual até pouco tempo centralizava-se nesse dilema (Propostas Abolicionistas-Propostas Reducionistas), pode ser definida atualmente pelo binômio “Reduccionismo versus Expansão”, ou seja, com a discussão própria da contextualização e circunstâncias do que se denomina “modernização do direito penal”.

Tal “modernização” compreende, entretanto, construções como o chamado “Direito Penal do Inimigo”, que busca destituir a cidadania de determinados sujeitos, os quais passam a ser tratados como meras “fontes de perigo”, e que, de acordo com essa teoria, devem ser neutralizados

a qualquer preço. Dessa forma, Luiz Flávio Gomes explica que,

De acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia. (GOMES, 2004, n.p).

Constata-se, assim, que essa aparente “modernização” designa, na verdade, um lamentável retrocesso. De acordo com Eduardo Demetrio Crespo (2004, p.1), “O Direito Penal do Inimigo se caracteriza, entre outras coisas, por um amplo adiantamento da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um incremento notável das penas e por um relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais”.

Infelizmente, essa ideologia não é apenas teórica, mas pode ser factualmente encontrada em nossa legislação penal e processual penal: nos âmbitos de abordagem do terrorismo, do tráfico de drogas e, com destaque no presente estudo, do *serial killer*.

A expressão “*serial killer*” foi empregada pela primeira vez na década de 1970, por Robert Ressler, um ex-agente de investigação que integrava o FBI ou Departamento Federal de Investigação norte-americano, com notável contribuição para o tema. Todavia, apesar de sua conceituação ser relativamente recente, a complexidade envolvendo o assunto é muito maior, conforme leciona Harold Schechter,

Há pessoas que, de fato, acreditam que serial killers são um fenômeno estritamente contemporâneo. Porém, eles sempre existiram, apenas não eram chamados dessa forma. Os jornais, frequentemente, descreviam tais criminosos em termos sobrenaturais, tais como monstros sanguinários, diabos em forma humana, entre outros. Uma das razões para isso é que durante a maior parte do século XX, a mídia nunca fez referência ao termo “serial killer”, visto que o mesmo ainda não havia sido inventado. (SCHECHTER, 2013, p.54)

Nesse sentido, convém mencionar que Robert Ressler, integrava uma unidade do FBI chamada *Behavioral Sciences Unit* – BSU (Unidade de Ciência Comportamental), que tinha sua base em Quântico, Virgínia. Tal unidade deu prosseguimento aos trabalhos empreendidos pelo psiquiatra James Brussell, um dos pioneiros no estudo da mente dos criminosos.

O BSU iniciou a abordagem por meio da estruturação de uma biblioteca de entrevistas gravadas com *serial killers* já condenados e presos em todas as regiões dos EUA. Os estudiosos que integravam a citada unidade realizavam visitas aos criminosos, tentando, de alguma forma, entrar em suas mentes, para entender o que os motivava a matar. Com o passar do tempo, as técnicas foram se aperfeiçoando, de modo que no ano de 1985 foi criado o VICAP (*Violent Criminal*

*Apprehension Program*), o qual consiste em um programa de informática destinado a analisar e relacionar esses delitos.

Nessa esteira, percebe-se que alcançar um conceito para o assassino em série traz grandes discussões e debates na doutrina. Na maioria das vezes, são levados em consideração critérios como a quantidade de crimes, o resultado, as características das vítimas, a frequência. Não se trata de um exame superficial ou de uma mera subsunção do fato à norma, mas de uma avaliação visando a esclarecimentos de datas, fisionomias e procedimentos. Nas palavras de Pereira e Russi,

Serial Killer é aquele que comete dois ou mais assassinatos em série, em um intervalo de tempo que separa os eventos criminosos, podendo ser dias, meses ou até mesmo anos, sejam por motivos desconhecidos, ou até que seja preso ou morto. Suas vítimas possuem o mesmo perfil e faixa etária, sexo, raça, etc, que são escolhidas ao acaso dentro de um perfil criado por ele, e sem razão aparente são mortas, são objetos de sua fantasia. (PEREIRA; RUSSI, 2016, n.p).

Logo, pode-se verificar a partir do conceito apresentado, que a quantidade de assassinatos por si só não é suficiente para caracterizar um assassino em série, deve-se, pois, analisar o *modus operandi*, o perfil da vítima, bem como a frequência de tais atos e a necessidade de satisfação que o agente almeja com suas ações.

A partir dessa diferenciação, ressalta-se que o assassino em série não se confunde com o assassino em massa, tão pouco com o homicida comum, ainda que este tenha mais de uma vítima. No que tange ao assassino em massa, tem-se que é caracterizado por um grande número de mortes em um único ato, que na maioria dos casos acaba terminando com a morte do próprio agente.

Dessa forma, destaca-se que o motivo do crime, ou mais especificamente, a falta dele, é de grande importância para conceituar um assassino como serial. As vítimas parecem ser definidas ao acaso e mortas sem nenhuma razão (Casoy, 2004). Geralmente, o *serial killer* nem ao menos conhece a vítima, de modo que ela retrata tão somente um símbolo para ele. Na realidade, ele não almeja obter nenhum tipo de recompensa com a prática do crime, tão somente opera seu poder e domínio sobre a vítima.

Uma vez traçado o seu conceito, analisa-se como a temática foi abordada no cenário brasileiro, relacionando-a ao Direito Penal do Inimigo. Com efeito, tramitou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o Projeto de Lei nº 140/2010, proposto pelo Senador Romeu Tuma, com o objetivo de inserir na legislação penal brasileira o conceito de assassino em série, também conhecido como *serial killer*.

Em que pese referido Projeto já tenha sido arquivado, em data de 26 de dezembro de 2014, em decorrência do término da legislatura, observou-se uma perigosa atuação invasiva e excessivamente incriminadora por parte do legislativo. Visava, pois, acrescentar os parágrafos sexto, sétimo, oitavo e nono ao artigo 121 do Código Penal e se estruturava da seguinte forma:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. O artigo 121, do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940

(Código Penal brasileiro) passa a vigorar acrescido dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º, tendo a seguinte redação:

"Art. Art. 121. Matar alguém:

[...]

Assassino em série

§ 6º Considera-se assassino em série o agente que comete 03 (três) homicídios dolosos, no mínimo, em determinado intervalo de tempo, sendo que a conduta social e a personalidade do agente, o perfil idêntico das vítimas e as circunstâncias dos homicídios indicam que o modo de operação do homicida implica em uma maneira de agir, operar ou executar os assassinatos sempre obedecendo a um padrão pré-estabelecido, a um procedimento criminoso idêntico.

§ 7º Além dos requisitos estabelecidos no parágrafo anterior, para a caracterização da figura do assassino em série é necessário a elaboração de laudo pericial, unânime, de uma junta profissional integrada por 05 (cinco) profissionais:

I – 02 (dois) psicólogos;

II – 02 (dois) psiquiatras; e

III – 01 (um) especialista, com comprovada experiência no assunto.

§ 8º O agente considerado assassino em série sujeitar-se-á a uma expiação mínima de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, ou submetido à medida de segurança, por igual período, em hospital psiquiátrico ou estabelecimento do gênero.

§ 9º É vedado a concessão de anistia, graça, indulto, progressão de regime ou qualquer tipo de benefício penal ao assassino em série.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor 90 (noventa) dias após sua publicação. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 140/210. Texto Original).

Primeiramente, convém ressaltar que o Código Penal, em seu art. 75, dispõe que: “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade **não pode ser superior a 30 (trinta) anos**” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Assim, percebe-se que não há qualquer possibilidade, conforme dispõe o § 8º do retrotranscrito Projeto de Lei, de uma “expiação mínima de 30 anos”, pois o ordenamento brasileiro é direto e manifesto no que tange ao tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Em segundo lugar, no que se refere ao cumprimento de regime integralmente fechado abordado pelo Projeto de lei, tem-se que havia previsão na Lei n. 8.072/1990 (a chamada “Lei dos Crimes Hediondos”), que já teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. Súmula Vinculante 26 do STF).

Também se observa que, conforme disciplinava o art. 9º do supracitado Projeto de Lei, proibia-se qualquer tipo de anistia, graça, indulto ou progressão de regime para o assassino, o que, por seu turno, viola o princípio da igualdade ao criar estes tipos de exceções.

Conforme pode-se constatar, há aqui uma utilização simbólica do Direito Penal, que busca objetivos que se distinguem da proteção dos bens jurídicos no marco constitucional, bem como denota a crise do Estado Democrático de Direito. Vale mencionar aqui algumas das características marcantes do Direito Penal do Inimigo, conforme explanação de Luiz Flávio Gomes,

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o

futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES, 2004, n.p).

Integralmente situado na conjuntura de Inimigo do Direito Penal, o *Serial Killer* apresenta atributos, como, por exemplo, a periculosidade e a reincidência, que conduzem ao conceito de inimigo, assim como à aplicação de uma pena diferenciada daquela destinada ao “cidadão” comum. Como manifesto no Projeto de Lei supradescrito, o *Serial Killer* é extremamente perigoso, devendo a ele ser aplicadas leis severas. Certamente, aos “perigosos” sempre se destina um tratamento de “inimigos” pelo sistema penal. A estes “seres perigosos” seria inaplicável o Direito Penal das garantias constitucionais.

Entretanto, sobreleva-se que, a Constituição Federal de 1988 apresenta, em seu título primeiro, os chamados “princípios fundamentais”. Dentre eles, o princípio da dignidade humana é dotado de especial relevância, tratando-se do princípio norteador da Carta maior. De acordo com a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de 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 (SARLET, 2002, p. 62).

O Direito Penal, por seu turno, traz o princípio da dignidade humana em sua essência, sendo que a partir de tal princípio deflagram-se vários outros, dos quais pode-se citar, o princípio da aplicação da pena, a impossibilidade de regime integralmente fechado, as condições mínimas de vida digna nas prisões, o limite máximo de pena privativa de liberdade entre outros.

Dessa forma, a partir do momento em que se opera a diferenciação de indivíduos como “cidadãos” e “inimigos”, observa-se a mais contundente falha da teoria de Jakobs. Por conseguinte, a aplicação do Direito Penal do Inimigo no contexto de uma sociedade como a brasileira, guiada pelos princípios e garantias constitucionais, mostra-se verdadeiramente inadmissível, conduzindo à um Direito Penal autoritário e desigual. O agente não é mais julgado pela conduta praticada, mas pelo que ele é ou por aquilo que representa e, como demonstrado acima, isso está longe de configurar um avanço social ou qualquer tipo de progresso, eliminando qualquer possibilidade de ressocialização.

### 3 O “SERIAL KILLER” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o assassino serial não dispõe de um tratamento específico, de modo que os casos foram sendo descobertos quase que por acaso, sendo que vários deles acabaram arquivados, em razão do despreparo da polícia e da falta de especialistas para este tipo de crime.

Neste diapasão, observa-se que os assassinatos em série habitualmente recebem o mesmo tratamento destinado aos casos de homicídio qualificado “por motivo fútil”, conforme disposto no art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, bem como aplica-se, na grande maioria das vezes, o instituto do crime continuado (art. 71, CP); ou ainda, em razão de circunstâncias de tempo, lugar e *modus operandi*, é reconhecido o concurso material de crimes (art. 69, CP).

A psicopatia ainda não é muito abordada no país. Há pouco investimento destinado à área da psicologia forense, assim como para abordagens fundamentadas na Neurociência. Assim, dada essa falta de discussão acerca do tema, o Judiciário não dispõe de informações necessárias para aplicar as sanções correspondentes, bem como o Legislativo também acaba cometendo erros, deixando de estabelecer quais exames criminológicos devem ser empreendidos para determinar se o indivíduo possui ou não algum transtorno, sem falar na falta de um sistema carcerário adequado para a situação. Conforme explana Guilherme de Souza Nucci,

Temos hoje uma preocupação semelhante para os delinquentes efetivamente perigosos, sujeitos a elevadíssimos montantes de penas, que podem atingir a cifra de 100, 200, 300 e até mais anos de prisão. Será ele ressocializado necessária e automaticamente ao atingir 30 anos de cumprimento da pena, devendo ser imediatamente liberado, conforme prevê o art. 75 do Código Penal? Parece-nos que a realidade irá nos demonstrar no futuro o contrário, ou seja, quando esses sentenciados começarem a ser libertados e tornarem a delinquir, precisaremos repensar o sistema penal, possivelmente ressuscitando forma semelhante ao duplo binário. Não sendo o caso, outra medida efetiva deverá ser tomada, como já sugerimos no contexto de análise do art. 75, isto é, um livramento condicional apenas, ao final dos trinta anos, desde que não cessada a periculosidade. O que não se pode tolerar é a incapacidade do Direito Penal de lidar com a delinquência irrecuperável. (NUCCI, 2014, p.480).

A pena é um instituto que designa uma forma de ressocialização do sujeito para que possa regressar à vida em sociedade, depois de ter praticado a conduta tipificada em lei, todavia o que se observa é que, em muitos casos, essa ressocialização não ocorre na prática e a grande maioria destes indivíduos se tronam criminosos reincidentes.

Ademais, quando se trata da definição da culpabilidade dos assassinos em série a complexidade é ainda maior, não sendo um tema pacífico na doutrina, muitas vezes em razão da falta de um posicionamento consolidado pela própria Psiquiatria na questão. Alguns entendem que os assassinos em série são pessoas plenamente capazes e conscientes, devendo ser punidas e afastadas da sociedade, mas há também aqueles que entendem que os *serial killers* devem ser

encarados como psicopatas. De acordo com Delton Croce, o termo “psicopata” designa,

Indivíduos que, sem perturbação da inteligência, inobstante não tenham sofrido sinais de deterioração, nem de degeneração dos elementos integrantes da psique, exibem através de sua vida intensos transtornos dos instintos, da afetividade, do temperamento e do caráter, mercê de uma anormalidade mental definitivamente preconstituída, sem, contudo, assumir a forma de verdadeira enfermidade mental (CROCE, 1998, p. 560).

Cabe ressaltar que em relação à inimputabilidade, destaca-se a aplicação da medida de segurança para o inimputável que tenha praticado conduta típica e ilícita, porém não culpável. Logo, o inimputável (aquele que apresenta total incapacidade de compreensão do ato que pratica) deve ser absolvido, aplicando-se a medida de segurança, que possui finalidade distinta da pena. Sendo assim, o Código Penal é expresso em seu art. 26, cuja redação é a seguinte:

Art. 26. É **isento de pena** o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, **inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato** ou de **determinar-se de acordo com esse entendimento**.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Por conseguinte, quando se trata de inimputabilidade absoluta, o Código Penal incorporou o denominado sistema “biopsicológico normativo ou misto”, tendo em vista que, o fato do agente apresentar uma doença mental não se mostra suficiente para que seja declarado inimputável, sendo imprescindível que a deficiência ou transtorno realmente influenciem sua capacidade de compreensão acerca do caráter ilícito do fato ou de determinação no momento da ação criminosa.

No que tange ainda às medidas de segurança, Basileu Garcia, determina que,

[...] Ora, em contraposição, as medidas de segurança não traduzem castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa coletiva, atendendo à preocupação de prestar ao delinquente uma assistência reabilitadora. À pena – acrescenta-se – invariavelmente se relaciona um sentimento de reprovação social, mesmo porque se destina a punir, ao passo que as medidas de segurança não se voltam à pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade (GARCIA, 2008, p. 593-594).

Assim, via de regra, os psicopatas têm capacidade de compreensão acerca do caráter do ilícito de seu ato, afirmação esta que poderia levar à conclusão de que são indivíduos imputáveis. Todavia, dependendo do diagnóstico, pode ser caso de aplicação de uma medida de segurança ou diminuição de pena, pois, em muitos casos, o psicopata não detém a capacidade de determinar-se conforme seu entendimento. Em tal situação, o psicopata seria considerado inimputável, conforme disposto no art. 26, do Código Penal, supracitado.

A problemática maior, entretanto, reside no fato de que além de não existir uma proposição específica na legislação que analise a psicopatia do indivíduo, inexistente também algo que implique em tal constatação. Nas palavras de Oliveira e Struchiner (2011, n.p) “isso apenas reforça e



demonstra a incipiência do tema no Brasil, que aparece aos poucos e em casos isolados”.

Ademais, deve-se ressaltar que, embora se verifique a necessidade de uma disposição específica que trate corretamente do tema, este não deve ser abordado pelo legislador por meio da criação de inimigos, como foi o caso do Projeto de Lei 140/2010, abordado anteriormente.

Nesta via, ao tratar do Projeto de Lei, pode-se citar aqui o pensamento de Siena (2011, n.p), segundo o qual, “a presente proposição está em franca desarmonia com o sistema de penas adotado pela Parte Geral do Código Penal”. Com efeito a tipificação de figuras que importem a violação de normas de caráter geral, além do desrespeito aos princípios constitucionalmente garantidos é inaceitável, devendo ser afastada.

Portanto, é imprescindível que o legislador, ao tratar do tema que envolve o assassino serial, busque um aperfeiçoamento, considerando as peculiaridades que caracterizam este perfil de criminoso, com a aplicação de medidas condizentes, capazes de atuar sobre o infrator, sem, todavia, derrogar direitos e garantias fundamentais, assegurando a pacificação social.

## CONCLUSÃO

A psicopatia, de modo geral, tem considerado os psicopatas como imputáveis. Todavia, as taxas crescentes de reincidência revelam que o tratamento dado a estes casos tem sido inadequado.

A temática que envolve os *Serial Killers* no Brasil, sendo a grande maioria deles composta por psicopatas, é marcada por muitas controvérsias. A falta de investimentos destinados a implementação de técnicas mais avançadas ou mesmo de peritos qualificados, além do grande volume de processos, obsta a aplicação de um tratamento adequado para cada caso.

Além disso, sobreleva-se que, ao tratar do assunto, incumbirá ao legislador a observância dos direitos e princípios preconizados pela Constituição Federal, de modo a resguardá-los, com vistas a assegurar a pacificação social. Com efeito, tendo em vista a legitimação dos direitos humanos e fundamentais, escolher indivíduos, destituindo-lhes de sua cidadania e transformando-os em inimigos do Direito Penal, constitui um verdadeiro retrocesso em relação aos avanços e garantias constitucionais até então conquistados.

Logo, a tão almejada proteção da sociedade por intermédio do isolamento de indivíduos considerados perigosos acabará importando na extinção dos direitos que tais indivíduos, etiquetados como inimigos, também possuem, e conforme preconizada pela Lei Maior, são inalienáveis, indisponíveis, invioláveis e intransigíveis.

Entretanto, importante ressaltar que, embora possam ser constatadas diversas falhas, seja no âmbito do legislativo ou do judiciário, o tema possui grande relevância, não podendo mais ser negligenciado.

Assim, para os *serial killers* que sejam diagnosticados como psicopatas, em razão de não serem capazes de realizar julgamentos morais ou então, de autodeterminar-se, conclui-se pela sua inimputabilidade. Ainda que não haja perfeito enquadramento da condição apresentada por tais indivíduos na descrição de “doença” constante do dispositivo penal, o entendimento e interpretação da ciência jurídica deverá, em tais casos, acompanhar o progresso científico alcançado na área da Psicologia, compreendendo as doenças mentais de modo mais amplo.

Tendo em consideração ainda a questão da aplicação da medida de segurança, tem-se que esta deve ser verificada conforme a sua finalidade e as circunstâncias averiguadas no caso concreto, pois não se pode esperar avanços das penas comuns – as quais buscam punir e ressocializar -, no caso em que o indivíduo sequer consegue entender o caráter ilícito de suas ações.

Isto posto, verifica-se que, apesar da periculosidade demonstrada pelo assassino serial, é imprescindível que os operadores do direito possam conferir um tratamento adequado para tais casos, com vistas ao aperfeiçoamento da aplicação da lei penal, positivando um conceito apropriado, de modo que a criação de leis não seja um exercício de discriminação.

A medida de segurança, como já ressaltado, designa um caráter muito mais assistencial e terapêutico para tais indivíduos. Ainda que sejam acometidos de um transtorno incurável, incluí-los em um sistema carcerário que já não se mostra apto a atender a maioria dos criminosos não é a resposta mais apropriada, tanto da perspectiva do criminoso quanto da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PLS 140/210**. Acrescenta os §§ 6º, 7º, 8º e 9º, ao artigo 121 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) com o objetivo de estabelecer o conceito penal de assassino em série. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96886>>. Acesso em: 26 mar. 2011. Texto Original.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 784 p.

CASOY, Ilana. **Serial killer: louco ou cruel?**. 6ª.ed. São Paulo: Madras, 2004. 360 p.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “Direito penal liberal” ao “Direito penal do inimigo”. 2004. Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89302>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CROCE, D. **Manual de Medicina Legal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 757 p.

- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 844 p.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. 2004. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22193/direito-penal-doinimigo-ou-inimigos-do-direito-penal>>. Acesso em: 26 mar. 2023.
- GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Porto Alegre: Revista Jurídica, 2000. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/209511125/Greco-Luis-Introducao-a-dogmatica-funcionalista-do-delito-pdf> >. Acesso em: 28 mar. 2023.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 801 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 965 p.
- OLIVEIRA, Alexandra Carvalho Lopes de; STRUCHINER, Noel. **Análise da figura do psicopata sob o ponto de vista psicológico-moral e jurídico-penal**. PUC Rio, 2011. Disponível em: <[https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR\\_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Alexandra%20Carvalho%20Lopes%20de%20Oliveira.pdf) >. Acesso em: 24 mar. 2023.
- PEREIRA, Littiany Sartori; RUSSI, Leonardo Mariozi. **O SERIAL KILLER E O PSICOPATA**. Revista Científica Eletrônica de Ciências Aplicadas da FAIT, [s. l.], 1 nov. 2016. Disponível em: <[http://fait.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/SVz2AtUnIU1Soee\\_2020-7-23-17-42-34.pdf](http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/SVz2AtUnIU1Soee_2020-7-23-17-42-34.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 92 p.
- SCHECHTER, Harold. **Serial Killers, Anatomia do Mal** - Tradução de Lucas Magdiel - Rio de Janeiro - Dark side books. 2013.
- SIENA, David Pimentel Barbosa de. **O "serial killer" como inimigo no Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20457>>. Acesso em: 28 mar. 2023.

# **CASO MARI FERRER E A AMPLA DEFESA: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL SOB O VIÉS DA LEI 14.245 DE NOVEMBRO DE 2021**

Nathália Gomes MOLITOR<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho pretende analisar a Lei 14.245/2021, sob a perspectiva da limitação ao princípio da ampla defesa. A priori, faz-se a conceituação da ampla defesa, apontando sua importância no ordenamento jurídico brasileiro como garantia constitucionalmente prevista. Em um segundo momento, realiza-se a contextualização acerca do caso ocorrido envolvendo a influenciadora digital Mariana Ferrer durante a segunda audiência de instrução e julgamento, bem como traz posição da mulher no sistema criminal brasileiro, como mártir da criminalização não manifesta e da vitimização secundária, conceituando os tipos de vitimização e como elas se fazem presente no contexto atual da persecução penal, sendo impactadas pela violência institucionalizada. Por último, baseando-se nos impactos da situação vivenciada pela influenciadora, observa-se a necessidade da promulgação de leis tais como a Lei Mariana Ferrer, que buscam prevenir e punir excessos durante as audiências que possam atingir a esfera da dignidade da pessoa humana e da integridade física e psicológica da vítima e que; em uma sociedade que busca combater a violência contra a mulher, a tese de que a limitação da ampla defesa poderia prejudicar o réu torna-se infundada frente à dignidade da pessoa humana e ao combate a violência de gênero que não deve ser incentivada em nenhuma instância. Assim, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, baseando-se no histórico da ampla defesa e da vitimização secundária da vítima mulher para concluir que, a dignidade da pessoa humana permite a limitação da defesa do réu na medida em que é atingida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ampla Defesa; Caso Mariana Ferrer; Criminalização; Lei 14.245/2021, Vitimização Secundária.

## **ABSTRACT**

The present work intends to analyze Law 14.245/2021, from the perspective of limiting the principle of full defense. A priori, the broad defense is conceptualized, pointing out its importance in the Brazilian legal system as a constitutionally provided guarantee. In a second moment, there is a contextualization about the case involving the digital influencer Mariana Ferrer during the second instruction and trial hearing, as well as bringing the position of women in the Brazilian criminal system, as a martyr of the non-manifest criminalization and secondary victimization. , conceptualizing the types of victimization and how they are present in the current context of criminal prosecution, being impacted by institutionalized violence. Finally, based on the impacts of the situation experienced by the influencer, there is a need to enact laws such as the Mariana Ferrer Law, which seek to prevent and punish excesses during hearings that may affect the sphere of human dignity and of the physical and psychological integrity of the victim and that; In a society that seeks to combat violence against women, the thesis that limiting the broad defense could harm the defendant becomes unfounded in the face of human dignity and the fight against gender violence which should not be encouraged in any instance. Thus, the hypothetical-deductive method was used, based on the history of the broad defense and secondary victimization of the female victim to conclude that the dignity of the human person allows the limitation of the defendant's defense to the extent that it is affected.

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

**KEY-WORDS:** Wide Defense; Case Mariana Ferrer; Criminalization; Law 14.245/2021, Secondary Victimization.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo científico tem como objetivo analisar a Lei 14.245 de novembro de 2021, sob a perspectiva de uma suposta limitação gerada por ela ao princípio da ampla defesa. Assim, em um primeiro momento, contextualiza-se o conceito deste princípio, seu histórico e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, traz-se o caso concreto que originou a Lei 14.245/2021, correlacionando a situação vivenciada pela influenciadora Mariana Ferrer como resultado de criminalizações não manifestas e vitimizações secundárias que há muito ocorrem em nossa sociedade, gerando episódios como o analisado, onde a violência institucional se faz presente perante a omissão de seus agentes à defesa da dignidade da vítima.

Por fim, analisa-se os dispositivos trazidos pela lei, bem como o impacto que suas alterações trariam ao exercício da ampla defesa pelo réu, sob a perspectiva da violência vivenciada sistematicamente pelas mulheres na condição de vítimas na persecução penal.

A metodologia utilizada no presente artigo científico tem como método adotado o hipotético-dedutivo, a fim de, por meio das premissas e conhecimentos gerais sobre a temática, absorver e compreender os meandros do tema em debate, no que tange às mudanças trazidas pela lei e sua interferência direta no exercício da ampla defesa.

Os procedimentos utilizados para extrair o melhor resultado útil possível foi o bibliográfico, por meio de análise de artigos, livros, sites, relatórios, dados, com o fito de enriquecer a pesquisa e fundamentá-la para alcançar a apreensão do assunto de maneira satisfatória.

O objetivo geral é apresentar o problema da utilização da ampla defesa como escusa para situações bárbaras como as que ocorreram no caso Mariana Ferrer e, com a apresentação, abrir margem a soluções de tal óbice, tendo a problemática selecionada sido a análise do princípio da ampla defesa frente à dignidade da pessoa humana na Lei 14.245/2021.

Já os objetivos específicos serão: a) a demonstração da aplicabilidade do princípio da ampla defesa; b) a análise do caso em concreto e da criminalização não manifesta junto à vitimização secundária no processo penal; c) contextualizar o caso concreto e a aplicabilidade da lei no exercício da ampla defesa.

## **1. A AMPLA DEFESA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A figura da ampla defesa encontra-se consagrada como direito e garantia de cunho constitucional, intimamente ligada ao contraditório e presente junto a este no artigo 5º, LV, da

Constituição Federal de 1988, o qual preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Tendo sua importância refletida principalmente na influência que os princípios supratranscritos possuem na regulação do direito de resposta na legislação infraconstitucional, que deve estar consoante ao devido processo legal e, conseqüentemente, ao contraditório e a ampla defesa (ARAÚJO, 2003, p. 47).

Entretanto, a ampla defesa apenas ganhou espaço no ordenamento jurídico brasileiro quando da elaboração da primeira constituição do país como República, a Constituição de 1891, a qual trazia em seu artigo 72, § 16:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

Anteriormente a promulgação da Constituição de 1891, a “mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela” garantida ao réu era inexistente em linhas explícitas, ao réu depois da citação e durante interrogatório cabia confessar o crime ou contestar a acusação, não evidenciando, assim, que a defesa iria ocorrer de forma a haver igualdade entre as partes envolvidas no processo.

As primeiras leis gerais para o processo criminal foram produzidas no reinado de D. Afonso IV. Eram rigorosas, pois elaboradas em pleno período inquisitorial. [...] o acusado era citado e interrogado, ocasião em que poderia confessar o crime ou contestar a acusação. (ARAÚJO, 2003, p. 44)

Assim, é possível concluir que com o avanço da sociedade, a qual buscava se livrar das restrições e imposições oriundas do período imperial com influência da inquisição, onde os acusados tinham pouco ou quase nenhum direito de defesa, o instituto da ampla defesa consolidou sua importância dentro das relações processuais no Brasil como República. Justificando, dessa forma, os impactos de sua presença hoje tanto na legislação processual, quanto na própria persecução penal.

Feitas as considerações acerca do histórico da ampla defesa, cabe realizar sua conceituação e diferenciá-la de outra garantia que com ela se relaciona, o contraditório. Não obstante a proximidade entre os dois princípios constitucionais, ambos possuem definições e impactos diferentes no processo penal, sendo pertinente, por isso, distingui-los. A ampla defesa permite ao réu trazer ao processo todos os elementos necessários para que a verdade seja esclarecida, dando condições que viabilizem-no contestar a acusação, uma vez que considerado como parte

hipossuficiente na relação processual, já que não goza de todos os recursos e aparatos que o ente estatal possui (NUCCI, 2020, p. 154); já o contraditório seria a exteriorização, o meio de efetivação da ampla defesa (ARAÚJO apud GRACO FILHO, 2003, p. 73-74), nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Significa dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5.º, LV, CF). (NUCCI, 2020, p. 156)

Dessa forma, com a presença do contraditório, será feita a concretização da garantia do réu a ampla defesa. Ficando evidente, nas palavras de Guilherme César Pinheiro, que:

[...] o conteúdo da ampla defesa na dinâmica processual é diferente do contraditório. Aquela consiste no espaço temporal e procedimental para o aporte dos argumentos de influência na construção dos pronunciamentos decisórios. A defesa caracteriza-se por inúmeras situações processuais ocorridas nos processos. A título de exemplo: a faculdade de responder à pretensão do réu pelas variadas formas ofertadas pelo ordenamento jurídico; o direito de participação ativa no procedimento de produção de provas; a interposição de recursos e a oferta de contrarrazões. A ampla defesa garante o direito de resposta à pretensão do autor, que pode ou não ser oferecido. O conteúdo comissivo ou omissivo da resposta do réu tem a capacidade de gerar influência na construção participada do pronunciamento decisório (contraditório). (PINHEIRO, 2022, p. 105)

Outrossim, a ampla defesa divide-se em dois subtipos, a auto defesa e a defesa técnica. A auto defesa se manifesta, por exemplo, através do direito de audiência, onde ao réu é garantido o direito de participar de todas as audiências realizadas no curso do processo, podendo inclusive, segundo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, participar de audiência virtual estando foragido (HC 214.916 STF). Já a defesa técnica diz respeito àquela exercida por profissional com capacidade postulatória, a quem cabe o direito de propor meios de prova, à prática de prova admitida e também o direito de manifestação pelo órgão julgador acerca da prova produzida.

Em tempo, a ampla defesa gera diversos direitos exclusivamente voltados para o réu, tais como: o ajuizamento de revisão criminal; a oportunidade de o juiz realizar verificações acerca da efetividade da defesa que está sendo realizada em prol do acusado, podendo inclusive desconstituir o advogado ora escolhido pelo réu, determinando que opte por outro, ou até mesmo nomeando-lhe um procurador dativo; dentre outros.

Assim, uma vez que impede por diversos meios a defesa insuficiente do réu, bem como garante a ele meios de suprir sua hipossuficiência frente ao Estado e de defender-se da acusação, o processo que não a tiver, terá nulidade absoluta. Mantendo, deste modo, sua imponência como garantia constitucional.

## 2. CASO MARI FERRER

O caso envolvendo a influenciadora digital Mariana Borges Ferreira, conhecida como Mari Ferrer, ocorreu em fato em meados de dezembro de 2018, período onde a mesma alegou ter sido vítima de estupro cometido pelo empresário André de Camargo Aranha, durante um evento em Florianópolis, no qual Mariana trabalhava como promotora de eventos na época. O crime vivenciado pela vítima teria ocorrido após um período em que ela acredita ter sido dopada e logo após acompanhada a um dos camarins restritos do local junto ao acusado, não se lembrando de muita coisa devido a situação em que se encontrava.

Em 2019, o Ministério Público ofereceu denúncia contra André por estupro de vulnerável, figura tipificada no artigo 217-A do Código Penal, o qual preceitua:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.  
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, **por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.** (BRASIL, 1940) *(grifo nosso)*

Enquadrando assim, o ocorrido com Mariana, no inciso 1º do referido artigo, uma vez que, aparentemente sob a influência de alguma substância colocada em sua bebida, constou-se incapaz de oferecer resistência e de ter discernimento para o que está acontecendo. Junto à denúncia, presente nos autos de nº 0004733-33.2019.8.24.0023, o promotor considerou como prova o exame de corpo de delito realizado, onde comprovou-se que efetivamente ocorreu a conjunção carnal, com ruptura do hímen da vítima - uma vez que esta era virgem até o crime - e com a presença de material genético (semên) do empresário em suas roupas íntimas (ENDRINGER, 2022); além disso, as mensagens incoerentes enviadas pela influenciadora a seus amigos, bem como a situação em que ela chegou em casa, sendo recebida pela mãe que percebeu haver algo errado com a filha, também foram levados em consideração pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia (ALVES, 2020).

O caso tomou grandes proporções após o site The Intercept Brasil, em novembro de 2020 divulgar trechos das audiências de instrução e julgamento ocorridas nos dias 20 e 27 de julho de 2020, especificamente do último dia, onde se dedicava a realizar a oitiva de Mariana na condição de testemunha de acusação. Na audiência, a defesa do réu, ultrapassando limites de bom senso, utilizou-se de imagens de fotos supostamente publicadas pela influenciadora em suas redes sociais, proferindo comentários antiéticos para com a vítima, tentado de todo modo desqualificá-la através de fotos de biquíni, por exemplo, definindo-as como “ginecológicas”.

Graças a Deus não tenho uma filha do teu nível, graças a Deus. E também peço a Deus que meu filho nunca encontre uma mulher que nem você. [...] O que ela quer é público, plateia.



Ela não quer esclarecer nada. Ela não quer que se termine. Ela quer curtidas no Instagram, que é a fonte de apoio dela, porque ela vive disso. Essa farsa que ela montou. (frase proferida pelo advogado de André Aranha, Cláudio Gastão da Rosa Filho, durante audiência de instrução e divulgada através do site The Intercept Brasil)

Dentre todo o constrangimento e falta de respeito para com a situação de Mariana como vítima do processo, a audiência prossegue, com o advogado do réu mantendo a mesma, senão pior postura da supracitada, ressalta-se ainda a praticamente inexistente interferência dos agentes jurídicos que deveriam estar lá para prevenir excessos e contê-los caso ocorressem, os quais também tratam a influenciadora apenas como peça processual, apresentando nula empatia para com sua condição de vítima de crime sexual.

Após a audiência, o caso tomou rumos completamente opostos quando da mudança de promotor a cuidar do caso, o qual optou em alegações finais, por afastar a tese anteriormente arguida acerca do estupro de vulnerável, realizando uma analogia com a exclusão da tipicidade por erro de tipo possível de ocorrer quando, na presença das condições do caput do artigo 217-A do Código Penal, o agente desconhecia ser a vítima menor de 14 anos uma vez que a mesma não aparentava a idade real que tinha, ou as circunstâncias do caso em concreto não permitiam ao agente ter conhecimento de tal informação.

Assim, de maneira análoga, o promotor trouxe o fato de que não seria possível confirmar que a vítima efetivamente não tinha capacidade de resistência, eis que os exames toxicológicos feitos à época restaram negativos para a presença de quaisquer substâncias que poderiam alterar o estado de consciência de Mariana; não cabendo desta forma, a tipificação do estupro de vulnerável. Optando por pedir a absolvição do réu, a qual foi aceita pelo juízo de primeira instância (ALVES, 2020).

A tese arguida pelo Ministério Público também foi alvo de críticas devido à perigosa analogia utilizada para absolver o réu, alegando o desconhecimento do estado de incapacidade de apresentar resistência da vítima, eis que para o agente, poderia parecer que estava em normalidade e capaz de discernir acerca do ato ocorrido.

### **3. A CRIMINALIZAÇÃO NÃO MANIFESTA E A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Uma vez apresentado o caso envolvendo Mariana Ferrer, bem como o ocorrido na segunda audiência de instrução e julgamento, cabe evidenciar a outra faceta de situações que vem há muito acontecendo com mulheres em situação semelhante a da influenciadora, e que trazendo à tona a vitimização secundária promovida por agentes que deveriam ser responsáveis por acolhê-las.

Em um primeiro momento, cumpre destacar que, o Brasil mantém o que denomina-se

“sistemas de justiça criminal de feitiço patriarcal”(PARREIRAS, 2021), sendo pensado por homens, para julgar e defender outros homens. Um ótimo exemplo disso é o fato de que a criminologia há pouquíssimos anos começou a tratar da mulher como possível infratora, demonstrando também necessitar de estudos e de um olhar diferenciado para a figura feminina delinvente.

Assim, tomando como premissa essa presença patriarcal na construção do sistema penal brasileiro, compreende-se como ela pode gerar facilmente criminalizações não manifestas:

A face patriarcal da sociedade brasileira é um campo extremamente fértil para a proliferação de criminalizações não manifestas, principalmente por se tratar de um modelo de justiça marcado pelo positivismo criminológico. Assim, o modelo se apresenta orientado tanto para imunizar a *bela, recata e do lar* - figura feminina adequada ao patriarcado - quanto para criminalizar, independente de transgressões normativas, aquela que se afasta deste estereótipo. (PARREIRAS, 2021, p. 27)

A Criminologia Positivista possuiu como maior referência os estudos de Cesare Lombroso, a partir dos quais haveriam formas de categorizar certos indivíduos e comportamentos que seriam capazes de levar, posteriormente, ao cometimento de delitos. Para Núbio Mendes Parreiras:

A rigor, os estudos lombrosianos não deixam de carregar uma pretensão de racionalização da criminologia da Inquisição Eclesiástica, que, no tocante à Caça às bruxas, teve o seu formato mais bem-acabado no *Malleus Maleficarum* dos dominicanos **Heinrich Kramer** e **James Sprenger**, um dos famigerados manuais dos inquisidores, que visavam transformar mulheres independentes dos padrões androcentristas em hereges/criminosas (KRAMER e SPRENGER, 2010). (PARREIRAS apud KRAMER e SPRENGER, 2021, p. 28)

Assim, a presença do estereótipo considerado criminoso e fora dos padrões propostos em cada época, seria capaz de atingir quaisquer tipos de pessoas que por questões de raça, gênero, ou orientação sexual fugissem minimamente do esperado pela sociedade majoritariamente branca e dominada por homens. Podendo gerar reflexos nos dias de hoje, como no caso em comento, promovendo durante toda a persecução penal processos de criminalização não manifesta e camuflados, como aduz Parreiras:

O que se extrai da referida audiência é, em grande medida, um conjunto de homens, silentes diante da postura de um advogado que passa a proferir ataques verbais de toda ordem e a apresentar fotos de rede social da vítima, com insinuações de que o comportamento social dela contribui para as práticas do acusado. [...] casos como o da Mariana Ferreira, para além da revitimização, o sistema promove uma verdadeira criminalização androcentrista, orientada pela reprovação de uma simples posição afastada daquele idealizada de *bela, recatada e do lar*, ao invés de se investigar os fatos que guardem relevância legal com a imputação do caso. (PARREIRAS, 2021, p. 28)

Ainda, sobre o tema, Marcela Magalhães de Paula e Jorge Bheron Rocha dizem que:

[...] o processo penal não sabe lidar com o depoimento de vítimas mulheres em casos de violência sexual, e os métodos argumentativos dos atores jurídicos se repetem há séculos: por em dúvida a palavra da vítima, colocá-la num contexto de “promiscuidade”, elencar suspeitas difamatórias e promover um desfile de condenação moral da vida da vítima. (ROCHA; PAULA, 2021, p. 62)

A autora aponta ainda ser a dignidade das vítimas um ponto de suma importância a ser

levado em consideração durante o processo, sob pena de implicar em retrocessos aos direitos e garantias assegurados não somente ao acusado, mas também à própria vítima. (ROCHA; PAULA, 2021, p. 62).

Destaca-se que além da presença das criminalizações não manifestas de certos comportamentos difundidos pela sociedade machista patriarcal, há na situação vivenciada por Mariana Ferrer uma revitimização.

Dessa forma, em segundo momento, faz-se necessário explicar em pormenores os tipos de vitimização presentes na criminologia, é possível separá-las em três espécies: a Vitimização Primária, que ocorre quando “a vítima sofre a violação direta ao bem jurídico tutelado” (ALBUQUERQUE; ESTRELA; SANTANA; FIGUEIREDO apud GONZAGA, 2022, p. 19); a Vitimização Secundária, ocasionada pelos órgãos e agentes responsáveis por toda persecução penal, se fazendo presente “quando a vítima busca o aparelho estatal ante a prática de um crime, porém, a ausência ou a falha no atendimento e amparo lhe impõe novo constrangimento” (ALBUQUERQUE; ESTRELA; SANTANA; FIGUEIREDO, 2022, p. 19); e a Vitimização Terciária, presente quando a vítima é afastada da sociedade, sendo tratada com aversão pelas outras pessoas, as quais lhe atribuem parcela de culpa pelo crime sofrido (ALBUQUERQUE; ESTRELA; SANTANA; FIGUEIREDO apud PENTEADO FILHO, 2022, p. 19).

A partir do conhecimento acerca dos tipos de vitimização, bem como aplicando suas conceitualizações ao caso em concreto ora analisado, é possível perceber que a situação vivenciada pela influenciadora durante a segunda audiência de instrução e julgamento encaixa-se na Vitimização Secundária, onde, além de estar na condição de vítima primariamente pela violação de bem jurídico de sua propriedade, sofre com os impactos do próprio Estado, que deveria zelar pela sua integridade durante todo o processo criminal, se vendo novamente na situação de vítima dada a omissão dos agentes em intervir por sua dignidade frente às violações do defensor do réu, ocasionando assim, uma verdadeira violência institucional para com a vítima.

A violência institucional cria o fenômeno da revitimização, expressão que tem se tomado comum no Judiciário Brasileiro. O tratamento com descaso, negligência e preconceito por parte das autoridades gera a vitimização secundária. O despreparo por parte de agentes públicos que, por meio de perguntas ofensivas e vexatórias, por exemplo, prejudicam ainda mais o psicológico da vítima, fazendo que esta reviva diversas vezes a violência sofrida. (ALBUQUERQUE; ESTRELA; SANTANA; FIGUEIREDO, 2022, p. 22)

Dessa forma, observa-se que a situação vivenciada por Mariana Ferrer não foi um caso isolado, e sim resultado de um processo de criminalização e vitimização secundária intrínsecos a um sistema criminal patriarcal que acaba por estigmatizar as vítimas, ao invés de acolhê-las.

#### **4. A LEI 14.245 DE NOVEMBRO DE 2021 E O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA**

Dado a brutalidade do acontecido durante a oitiva da vítima na audiência de instrução e julgamento do caso envolvendo a influenciadora e o empresário André de Camargo Aranha, foi promulgada em 22 de novembro de 2021 a Lei nº 14.245, conhecida popularmente como Lei Mariana Ferrer.

A Lei nº 14.245 de 2021 alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei nº 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de modo a “coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo”(BRASIL, 2021).

Ao Código Penal, acrescentou parágrafo único ao artigo 344, que trata acerca do crime de coação no curso do processo, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

**Parágrafo único. A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual.** (BRASIL, 1940) (*grifo nosso*)

Ao Código Processo Penal, acrescentou os artigos 400-A, que trata da responsabilização dos entes envolvidos no processo penal caso não seja observada a integridade física e psicológica da vítima; e 474-A, que cuida do respeito à dignidade da vítima durante a instrução em plenário; e passaram a possuir a seguinte descrição:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. (BRASIL, 1941)

Já à Lei 9.099/95, foi acrescentado ao seu artigo 81, o inciso 1º-A, que trata das audiências nos Juizados Especiais Criminais e Cíveis, as quais devem observar a dignidade da vítima durante suas realizações; preceituando que:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

[..]

§ 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

**II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.** (BRASIL, 1995) (*grifo nosso*)

A partir da apresentação das mudanças geradas pela Lei 14.245 de 2021, é possível perceber que essas ocorreram em todos os dispositivos no sentido de responsabilizar civil, penal e administrativamente os sujeitos processuais presentes nas audiências ocorridas tanto na justiça comum, quanto nos juizados especiais; que não observarem a dignidade e a integridade física e psicológica da vítima durante sua realização e ainda, impede que sejam trazidos aos autos elementos e circunstâncias alheias àquilo que está sendo analisado no mérito, tal como ocorreu na audiência da influenciadora com a utilização de suas fotos de biquíni, as quais não guardavam qualquer relação com o suposto ocorrido.

Entretanto, as alterações por si só foram capazes de gerar discussões acerca de uma possível limitação à garantia constitucional da ampla defesa do réu com a implementação da referida lei, uma vez que, aparentemente estariam impedidos de exercê-la em sua plenitude e por todos os meios disponíveis já que devem se atentar aos impactos gerados a vítima durante seu exercício.

Sobre o tema, Suellen Moraes da Silva Zanotelli, traz em seu Trabalho de Conclusão de Curso opiniões de diversos autores que sustentam a tese de restar prejudicada a ampla defesa com a Lei Mariana Ferrer:

A lei 14.245/21 exige que as partes processuais respeitem a integridade física e psicológica da vítima durante a instrução processual. Contudo, é questionável se é dever do advogado do réu zelar pela integridade da vítima acima da defesa de seu cliente, ou seja, se é coerente exigir que a defesa do réu se preocupe em não gerar uma revitimização da vítima às custas do devido processo legal (ZANOTELLI apud PEREIRA, 2022, p. 21).

Além do mais, considerando que crimes sexuais possuem pouco material probatório e a palavra da vítima serve como uma das provas mais significativas, a defesa tem o dever de questionar os elementos dela. Todavia, como o advogado provará que a versão da vítima não é verdadeira sem desqualificar a veracidade de sua palavra e, desta forma, inevitavelmente, violar sua integridade psicológica? (ZANOTELLI apud PEREIRA, 2022, p. 21).

É essencial que o processo penal assegure os direitos fundamentais a todos participantes, seja vítima ou réu. Contudo, com a promulgação da Lei Mariana Ferrer o direito ao contraditório pode estar ameaçado, e sem ela, o direito à dignidade da pessoa humana estava sendo violado. Por este motivo, se faz necessária a ponderação entre esses dois princípios, dado à colisão que os acarreta (ZANOTELLI apud BURIN; MORETZSOHN; HERCULANO, 2022).

Dessa forma, cabe analisar se a Lei em comento realmente limitaria o exercício da ampla

defesa pelo e se essa limitação implicaria negativamente no processo e nos direitos garantidos ao acusado.

Em um primeiro momento, torna-se importante trazer as impressões que a figura da ampla defesa passa, eis que, envolta de principiologia constitucionalmente difundida, aparenta abarcar o sentido literal da palavra “ampla”, como aquilo que “não comporta limites, redução ou restrições” (ARAÚJO, 2003, p 96), entretanto uma “aceitação da ausência de limitações para defesa importa em considerá-la um direito absoluto” (Ibidem).

Desta forma, destaca-se que, inegavelmente, a lei 14.425/2021 limita a defesa processual, no sentido de proibir que situações que ultrapassem o aceitável para com a vítima ocorram sem nenhuma oposição e sem quaisquer penalizações, atingindo outras garantias constitucionais como a dignidade e a intimidade em face da garantia da ampla defesa.

Não obstante, o Professor Aldoney Queiroz de Araújo traz em sua dissertação de mestrado que, os limites para o exercício do referido princípio, apresentam-se primordialmente quando do seu encontro com outra garantia de direito fundamental. (ARAÚJO, 2003, p. 97)

Assim, conclui-se que nos acontecimentos durante a audiência e oitiva de Mariana Ferrer foi gerado um verdadeiro conflito de direitos e garantias constitucionalmente previstas, especificamente no que tange a dignidade da pessoa humana e ao direito de defesa. Onde a partir dessa constatação se faz possível verificar o peso de cada direito constitucional em conflito no caso em concreto.

Como dito anteriormente, os limites à ampla defesa encontram-se quando do próprio conflito entre ela e outro direito constitucionalmente previsto e, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana, verifica-se já existirem decisões do Supremo Tribunal Federal que optam por limitar a ampla defesa em face da violação à dignidade da pessoa humana, podendo ser citada como exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779, que julgou inconstitucional a tese levantada acerca do uso da legítima defesa da honra:

EMENTA Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. **“Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. “Legítima defesa da honra” não é, tecnicamente, legítima defesa. [...] 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, **devem****

**prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio.** [...]. 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao júízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. 7. Medida cautelar referendada. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 15/03/2021)

Com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é possível perceber que há entendimento pacificado no sentido da prevalência da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange aos meios de defesa que ofendam e propaguem a violência contra a mulher, bem como sejam capazes de incentivar comportamentos semelhantes.

Dessa forma, é possível observar que as alterações trazidas pela Lei 14.245 de 2021 estão consoantes com as mudanças ocorridas na própria sociedade e que por consequência são capazes de refletir em seus diversos âmbitos, inclusive nos poderes Legislativo e Judiciário; que assumem posição de verdadeiro combate a atos de violência contra a mulher e a sua dignidade, principalmente aqueles capazes de gerar violências institucionais e vitimizações secundárias pelos próprios agentes que deveriam acolher essas vítimas. Assim, o exercício da ampla defesa não resta prejudicado com o advento da Lei Mariana Ferrer, uma vez que apenas proíbe práticas capazes de perpetuar uma violência há muito já vivenciada pelas mulheres e que precisam ser impedidas em um meio majoritariamente tomado por homens e, feito para homens.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A figura da ampla defesa encontra-se em posição de imponência no sistema legislativo brasileiro, sendo um direito protegido constitucionalmente, e que surge em nosso ordenamento após anos sem quaisquer regulações que fossem capazes de proteger e permitir ao réu que efetuassem sua defesa, tendo por isso, suma importância e impacto tanto no processo quanto nas legislações infraconstitucionais que devem estar consoantes ao referido princípio.

Entretanto, o caso vivenciado pela influenciadora Mariana Ferrer durante a segunda audiência de instrução e julgamento frente ao constrangimento promovido pelo advogado do réu em tentativa de trazer para a defesa elementos que fossem capazes de desqualificar a palavra da vítima, feito com mínima interferência pelos presentes que viram a situação como leviana, trouxe à tona a necessidade de proteção da vítima mulher durante as audiências, responsabilizando em todos os

âmbitos aqueles que forem coniventes e omissos quando da violação da dignidade e integridade da vítima. Isso principalmente devido ao histórico patriarcal do sistema criminal brasileiro que promove por anos de forma metódica episódios de criminalizações não manifestas e de vitimizações secundárias para com as mulheres.

Assim, a Lei 14.245 de novembro de 2021 surge como uma forma de evitar que situações como a vivenciada por Mariana e por diversas outras mulheres voltem a acontecer, ou que aconteçam sem qualquer interferência e punição para aqueles que deveriam zelar por elas.

Deste modo, conclui-se a partir dos resultados encontrados que, as alegações de que a limitação da ampla defesa pela referida lei poderiam impactar negativamente o direito de defesa do réu tornam-se vazias frente à sociedade atual e às decisões oriundas do próprio Supremo Tribunal Federal que optam pela prevalência da dignidade da pessoa humana, impedindo a propagação de atos como os do defensor do empresário André Aranha, que incentivam ainda mais a violência contra a mulher, saindo da análise do mérito e adentrando em suas intimidades buscando desqualificá-las como pessoas de direitos. Dessa forma, as mudanças trazidas pela lei apenas buscam aumentar a proteção da vítima em um ambiente majoritariamente tomado por homens, não interferindo intrinsecamente no direito de ampla defesa do réu, apenas evitando que sejam vistos com normalidade argumentos que incentivam pensamentos oriundos de uma sociedade que constantemente pratica atos de machismo e violência de gênero.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBUQUERQUE, Esdras Ferreira; ESTRELA, Gabriel de Medeiros; SANTANA, Gabriel Moreira de; FIGUEIREDO, Carla Pedrosa de. **O PAPEL DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA: UM DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL.** DIREITO, ECONOMIA E SOCIEDADE: 2022. DOI: 10.51859/AMPLA.DES310.1122-1. Disponível em: [\(41\) O Papel Da Mulher Vítima De Violência: Um Estudo Da Violência Institucional No Âmbito Processual Penal | Esdras Ferreira - Academia.edu](#). Acesso em: 08 de mar. de 2023.

ALVES, Schirlei. **JULGAMENTO DE INFLUENCER MARIANA FERRER TERMINA COM TESE INÉDITA DE “ESTUPRO CULPOSO” E ADVOGADO HUMILHANDO JOVEM.** The Intercept Brasil: 2020. Disponível em: [Caso Mariana Ferrer termina com ‘estupro culposo’ e advogado humilhando vítima \(intercept.com.br\)](#). Acesso em: 08 de mar. de 2023.

ARAÚJO, Aldoney Queiroz de. **O DIREITO À AMPLA DEFESA E O ABUSO DO DIREITO DA DEFESA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.** Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4471> . Acesso em: 10 de mar. de 2023.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 de mar. de 2023.



BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, 1940. **Código Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 27 de mar. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 27 de mar. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 9.099, 1995**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 27 de mar. de 2023.

BRASIL. **Lei Nº 14.245, 2021**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm). Acesso em: 28 de mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 20/05/2021. Portal STF. 2021. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20779%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20779%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 30 de mar. De 2023.

GAVA, Leonardo Endringer. **Uma análise vitimológica da vítima de estupro de vulnerável dentro da ação penal, como sujeito de direitos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória. 2022. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1421>. Acesso em: 10 de mar. de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARREIRAS, Núbio Mendes. **A CRIMINALIZAÇÃO ANDROCENTRISTA DO CASO MARI FERRER**. BOLETIM Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, 2021. Ano 29 - n 348. Novembro/2021. ISSN 1676-3661. Disponível em: [https://www.academia.edu/71097995/A\\_criminaliza%C3%A7%C3%A3o\\_androcentrista\\_do\\_caso\\_Mari\\_Ferrer](https://www.academia.edu/71097995/A_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_androcentrista_do_caso_Mari_Ferrer). Acesso em: 10 de mar. de 2023.

PINHEIRO, Guilherme César. **Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa**. RIL Brasília a. 59 n. 233 p. 99-115 jan./mar. 2022. Disponível em: [001214746\\_RIL\\_v.59\\_n.233\\_p.099-115.pdf](001214746_RIL_v.59_n.233_p.099-115.pdf) (senado.leg.br). Acesso em: 10 de mar. de 2023.

ROCHA, JORGE BHERON; PAULA, MARCELA MAGALHAES DE. **DE ARTEMISIA GENTILESCHI A MARIANA FERRER: A VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE MULHERES VIOLENTADAS E O PROCESSO PENAL**. In: International conferences: congresso internacional do grupo Unis, congresso internacional de la red Acinnet e jornada interinstitucional strictu senso e Representações Sociais. Anais.Varginha(MG) Online, 2021. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/vci2021/350701-DE-ARTEMISIA-GENTILESCHI-A-MARIANA-FERRER--A-VITIMIZACAO-SECUNDARIA--DE-MULHERES-VIOLENTADAS-E-O-PROCESSO-PENAL>. Acesso em: 10 de mar. de 2023

SOUZA, Tamima Moya de. **DO ABUSO AO DIREITO DA AMPLA DEFESA**. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <TaminaMoyadeSouza.pdf> (tjrj.jus.br). Acesso em: 08 de mar. de 2023.

ZANOTELLI, Suellen Morais da Silva. **OS LIMITES DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

**FRENTE À DIGNIDADE DA VÍTIMA EM PROCESSOS QUE ENVOLVAM CRIMES SEXUAIS, À LUZ DA LEI N. 14. 245/21.** Uniritter: 2022. Disponível em: [RUNA - Repositório Universitário da Ânima: Os limites do princípio do contraditório frente à dignidade da vítima em processos que envolvam crimes sexuais, à luz da Lei n.º 14.24521 \(animaeducacao.com.br\)](#). Acesso em: 08 de mar. de 2023.

# AUTORITARISMO E INSTITUIÇÕES PENAIS: EPISTEMOLOGIA GARANTISTA COMO INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

Tamires PETRIZZI<sup>1</sup>  
Isadora Ribeiro CORREA<sup>2</sup>

## RESUMO

Esta pesquisa encontra-se entre a criminologia crítica e o direito penal. O objetivo é investigar o autoritarismo nas instituições penais sob a ótica da epistemologia e principiologia garantista. O problema de pesquisa responderá qual é a intersecção de desígnios entre criminologia crítica, garantismo e autoritarismo no sistema penal, quando se trata da construção de um direito penal mínimo. A hipótese é verificar se o garantismo é um meio de obtenção do sistema penal mínimo e superação da construção e manifestação autoritária. O método de abordagem é o dedutivo, juntamente ao estudo descritivo e comparativo das correntes teóricas, por meio de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que o garantismo é uma alternativa de validação do sistema penal mínimo, efetivando as garantias constitucionais e processuais para superar a seletividade e o autoritarismo do sistema penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** autoritarismo; garantismo; sistema penal mínimo; positivismo; criminologia crítica.

## ABSTRACT

This research lies between critical criminology and criminal law. The objective is to investigate authoritarianism in penal institutions under optics of garantist epistemology and principles. The research problem will answer what is the intersection of intentions between critical criminology, garantism and authoritarianism in the penal system, when it intends to build a minimal criminal law. The hypothesis is to verify if garantism is a path of obtaining the minimal criminal law and overcoming the authoritarian construction and manifestation. The method of approach is the deductive, with the descriptive and comparative study of theoretical currents, through bibliographical research. It was concluded that garantism is an alternative for validating the minimal criminal law, implementing constitutional and procedural guarantees to overcome the selectivity and authoritarianism of the criminal system.

**KEYWORDS:** authoritarianism; garantism; minimal criminal law; positivism; critical criminology.

## INTRODUÇÃO

- 
- 1 Graduanda 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 Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB-UENP). Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak. E-mail: tamires.petrizzi@hotmail.com.
  - 2 Mestranda no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica e bacharela em Direito, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista de Pós-graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante dos Grupos de Pesquisa: Intervepes - Intervenção do Estado na Vida das Pessoas, coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi (2019-atual); e Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, coordenado pelo Professor Doutor Vladimir Brega Filho (2022-atual), ambos desenvolvidos na UENP. E-mail: correa.isadoraribeiro@gmail.com; Orcid <https://orcid.org/0000-0003-1311-5336>.

No sistema penal, a criminologia crítica é uma teoria que decorre do marxismo, sendo que o precursor foi o autor Alessandro Baratta, adotando como base a epistemologia da seletividade penal. Por outro lado, o garantismo de Luigi Ferrajoli assegura racionalidade ao juízo, limitando o *jus puniendi* e a arbitrariedade do Estado. Ambas as teorias se encontram em suas finalidades: o controle do controle punitivo.

As instituições penais funcionam por meio de parâmetros institucionais, sejam estes no Poder Legislativo, no Poder Judiciário e até mesmo no Poder Executivo. Entretanto, estes critérios podem vir a ser influenciados pelo autoritarismo e pela arbitrariedade, em nível formal e informal de poder.

Diante disso, questiona-se: como se relaciona a principiologia do sistema penal mínimo e a epistemologia garantista em relação ao autoritarismo das instituições penais? Sendo a hipótese verificar se a teoria garantista pode ser um meio para obtenção de um sistema penal mínimo.

O objetivo geral, portanto, é auferir se, apesar da diferença entre seus objetivos, o garantismo penal e o sistema penal mínimo podem agir em conjunto para frear a tendência expansionista do direito penal. Enquanto os objetivos específicos são compreender o que se entende por sistema penal mínimo, analisar a epistemologia garantista e relacionar como estas correntes teóricas podem combater o autoritarismo nas instituições penais.

Este trabalho trata-se de pesquisa bibliográfica, em que o método de abordagem é o dedutivo, em conjunto ao descritivo e comparativo por meio de duas correntes diferentes: a teoria geral do garantismo, de base positivista, e o sistema penal mínimo, da criminologia crítica.

No primeiro momento desta pesquisa conceituamos o sistema penal mínimo como a mínima intervenção estatal no sistema penal. A intervenção mínima, na teoria, se faz presente em todas as esferas das instituições penais, os fundamentos desta corrente/teoria do direito envolvem não só o direito penal, mas também a política criminal e a própria criminologia.

Posteriormente tratamos da epistemologia garantista, entendida como um mecanismo de contenção e limitação às práticas autoritárias no sistema penal. O próprio garantismo aponta que o antigarantismo/autoritarismo faz com que o Estado e suas instituições penais sejam arbitrarias. Por fim, comparamos as duas correntes, que, de certa forma, dialogam entre si. Também, o garantismo mostra-se como uma alternativa ou um meio para a efetivação do sistema penal mínimo.

## **1. O SISTEMA PENAL MÍNIMO E AS IMPLICAÇÕES DO AUTORITARISMO**

Sabe-se que o Estado é o titular do *jus puniendi*, isto é, a relação de poder-dever de punir. Cabe definir, então, o direito penal é um conjunto de normas que estatuem os crimes e cominam penas, além de estruturar os elementos dos crimes e dispor sobre a aplicação e execução das penas

(BATISTA, 2011, p. 48). Exemplos de normas que compõem este conjunto são: o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Só é possível aplicar o poder-dever de punir do Estado por meio de um sistema: o sistema penal. Zaffaroni (1984, p. 7) define o sistema penal como “controle social punitivo institucionalizado”. Fragoso (2016, p. 7), no mesmo sentido, compreende o sistema penal como uma estrutura de controle social que se exercita por meio e sob pretexto da pena. O sistema é regido por princípios e, quanto ao objeto deste capítulo, nos interessa o princípio da intervenção mínima e o sistema penal mínimo.

O princípio da intervenção mínima foi produzido como reação ao sistema penal absolutista, diante do poder punitivo ilimitado (BATISTA, 2011, p. 82). Entretanto, foi positivado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que estabeleceu que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias” (Assembleia Nacional, 1789). Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, nem no Código Penal, o legislador e o aplicador da lei devem segui-lo.

Sob perspectiva criminológica, entende-se que a intervenção mínima, quanto aos princípios intersistemáticos, se divide em limitações formais, funcionais e pessoais: as formais referem-se aos princípios da legalidade, da taxatividade, da irretroatividade e da lei penal substancial; as funcionais relacionam-se aos princípios da resposta não contingente, da proporcionalidade (abstrata e concreta) da idoneidade, da subsidiariedade, da implementação administrativa da lei, respeito pelas autonomias culturais e do primado da vítima; e os pessoais correspondem aos princípios imputação pessoal (personalidade), responsabilidade pelo fato e da exigibilidade social (BARATTA, 1987).

Também existem as divisões quanto aos princípios extrassistemáticos do sistema penal mínimo: os de descriminalização e os metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. Os princípios extrassistemáticos de descriminalização são: não-intervenção útil, privatização dos conflitos, politização dos conflitos e preservação das garantias formais. Enquanto os princípios extrassistemáticos metodológicos são: subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena, não-especificação dos conflitos e dos problemas, geral de prevenção e articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais (BARATTA, 1987).

Baratta (1987) ensina que o princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito está disposto em texto constitucional e é inviolável, uma vez que a punição do Estado não pode ultrapassar os parâmetros definidos em lei, ou seja, não é possível punir aquilo que não está previsto no Código Penal ou em legislações penais especiais. Também, a subsidiariedade é fundamento para que uma pena só seja aplicada caso outras sanções, como as cíveis, não forem cabíveis a determinada conduta. Ainda, a prevenção faz-se necessária ao sistema penal mínimo para que

alternativas de controle social sejam implementadas como política para que o poder-dever do Estado também seja capaz de prevenir os crimes, não apenas puni-los.

O sistema, enquanto um conjunto de elementos, depende de interdependência e inter-relação para funcionar. Por isso, a intervenção mínima depende – e existe – por meio da aplicação prática da teoria, ou seja, o poder-dever do Estado limita-se quando todas as esferas institucionais seguem a essência do sistema. Os limites são válidos desde a aplicação da norma penal, que deve ser restrita ao que está previsto em lei, até a politização do direito penal.

De acordo com Baratta, o princípio da politização dos conflitos

[...] marca uma direção oposta, porém complementar, àquela indicada pelo princípio da privatização dentro da estratégia da mínima intervenção penal. Esse princípio toma em consideração uma característica fundamental do sistema penal: seu modo de intervir nos conflitos. O sistema penal geralmente reprime conflitos e propicia sua construção no âmbito técnico que os priva de suas reais conotações políticas. Imagine-se âmbitos maiores, como os da segurança do trabalho, do trânsito, da corrupção administrativa, das relações entre máfia e o poder legítimo em alguns países, dos graves desvios dos órgãos militares e dos serviços secretos. Em âmbitos como esses, trata-se, antes de tudo, de restituir aos conflitos a dimensão política que lhes é própria e, em segundo lugar, de considerar, como alternativa para o seu tratamento “penal”, formas de intervenção institucional confiáveis não somente aos órgãos administrativos, senão, também e sobretudo, àqueles pertencentes à representação política, assegurando, desse modo, a participação e o controle popular na gestão das contradições mais relevantes do sistema político. São essas algumas das medidas mais adequadas à natureza de tais contradições e são, ademais, as que podem assegurar a transparência pública aos aspectos fundamentais da luta das classes populares contra as relações de exploração e dominação. Geralmente, a construção no âmbito da lógica do sistema penal é inadequada e reduzida em relação a matérias de grande envergadura política como as acima indicadas. (BARATTA, 1987, p. 17-18)

A essência do sistema penal mínimo, portanto, é o controle do controle social punitivo. Contudo, o que transforma o ilícito em crime é a decisão política (BATISTA, 2011, p. 42). A Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito penal e direito processual penal (BRASIL, 1988, art. 22, I) e o ato de legislar refere-se ao exercício do Congresso Nacional. Tratando-se do sistema penal, Paiva (2009, p. 33) define o processo de consideração política no momento de formação das leis como “política legislativa penal”, sendo a lei uma expressão da vontade política e não da vontade geral em direção ao bem comum (2020, p. 41).

Ainda que o sistema penal mínimo se utilize do direito penal como a *ultima ratio*, o direito, ao mesmo tempo que é condicionado, é condicionante (ROSA, 1970, p. 57). Entretanto, o autoritarismo enquanto forma de manifestação também participa da característica condicionado-condicionante do direito. Existem pensamentos autoritários que definem o Estado Democrático de Direito em que vivemos no Brasil. Chauí (2007, p. 27) nos ensina que há uma forma autoritária de pensar, não somente uma forma autoritária de agir.

“O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em

função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2011, p. 25). Com isso, é fato que quando se fala em sistema penal e autoritarismo, a forma autoritária de pensar – na construção política legislativa penal – reflete na forma autoritária de agir – seletividade do sistema penal.

A criminologia crítica demonstra como a construção autoritária do sistema penal estrutura a sua seletividade:

Trata-se, em outras palavras, da tentativa de atribuir a certas pessoas, que em sua grande maioria pertencem às classes dominadas e socialmente excluídas, a responsabilidade por conflitos sociais. A professora Vera Regina adota aqui a visão radicalmente crítica, desconstrutiva dos conceitos “crime”, “criminoso” e “criminalidade”. Demonstra, assim, as contradições inerentes ao sistema da repressão penal, que não só não cumpre as suas promessas (garantir a paz social e evitar as lesões de direitos fundamentais), como reproduz o círculo da violência e legitima a opressão social. A criminologia crítica demonstra o autoritarismo desse círculo vicioso, que é mantido e financiado por Estados supostamente democráticos. (ANDRADE, 2016, p. 16)

Para a criminologia crítica, o sistema penal constitui-se um processo dinâmico e articulado da criminalização, em que o controle social concorre desde o Poder Legislativo ao Poder Judiciário, passando por órgãos de poder e repressão institucionalizados, como a polícia, até o sistema carcerário e controle social informal (ANDRADE, 2016, p. 52). O autoritarismo decorre, portanto, de um processo de estratificação social, isto é, a separação e exclusão social em grupos, tais como ricos e pobres, e brancos e pretos.

A estratificação, embora implícita, está presente no ordenamento jurídico como um todo. No processo penal legislativo não é diferente. A falácia do sistema penal igualitário atinge, majoritariamente, grupos sociais vulneráveis nesta piramidização da vida em sociedade. De um lado, na teoria, princípios que resguardam a mínima intervenção do Estado, de outro, na prática, um Estado policial, ou seja, aquele que se utiliza do poder-dever de punir em excesso, seja aumentando as penas cominadas aos crimes, tipificando novas condutas ou perseguindo aqueles que podem ser considerados inimigos estatais, resquícios do direito penal do inimigo.

Baratta (2011, p. 129) ensina que o processo de criminalização é um processo no qual “grupos poderosos conseguem influir sobre a legislação, usando as instituições penais como uma arma para combater e neutralizar comportamentos de grupos contrários”. Estes grupos, em verdade, não são contrários a um sistema, são os fragilizados pelo sistema. O autoritarismo em todas as suas manifestações depende do controle direcionado a alguém.

Em uma trajetória de grupos atingidos pelo autoritarismo, no Brasil, passamos pela escravidão e racismo, mandonismo, patrimonialismo e estamos na intolerância, como pontua Schwarcz (p. 214), a política explora o preconceito fazendo com que a intolerância social seja

amplificada, aniquilando indivíduos ou privando-os de sua liberdade, como é o caso daqueles que estão encarcerados. A efetivação do sistema penal mínimo tem obstáculos, sendo que a sociedade e a política – enquanto reflexos da vontade da maioria, em uma democracia representativa – seguem dividindo e hierarquizando grupos: existem os bons, os cidadãos de bem, e existem os maus, vistos com olhos de medo – e de preconceito – para o direito penal ser a “salvação da pátria”.

Nesse ponto é que o autoritarismo dificulta a implementação do sistema penal mínimo, deixam-se de lado garantias constitucionais, bem como processuais penais, em nome da perseguição, repressão e punitivismo. Os reflexos das formas autoritárias de pensar e de agir tiram a racionalidade das instituições penais que, há muito tempo, são usadas com pouco – ou nenhum – mecanismos de frenagem.

## **2. GARANTISMO COMO LENTE DE OBSERVAÇÃO DO AUTORITARISMO**

A epistemologia garantista, concebida por Luigi Ferrajoli, delimita uma principiologia ideológica que pode ser considerada um sistema de frenagem para práticas discricionárias e autoritárias, apesar deste não ser seu intuito final e objetivo. Isso porque falar em garantismo e sistema penal pressupõe uma antinomia ao autoritarismo penal, da mesma forma que falar em autoritarismo penal indica automaticamente um penalismo antigarantista.

Antes de adentrar ao tema do garantismo, importante ressaltar que seu intuito nunca foi deslegitimar a pena, e sim justificar o sistema penal e sua atuação, porém de maneira contrária ao expansionismo e crítica (BATISTA, 2012, p. 106). Para tanto, conduz sua teoria para caminhos que apontam ao direito penal mínimo, por isso, contrários a práticas autoritárias, mas sempre permeados pela legalidade e jurisdicionabilidade.

A tradição política autoritária é antiquíssima, mas jamais no curso histórico foi interrompida. Deriva de arcaicas e reiteradas práticas legislativas, judiciais e policiais, e se reproduz na pré-modernidade e modernidade<sup>3</sup>. Assim como a garantista é uma epistemologia penal específica, Ferrajoli nos faz saber que há uma epistemologia penal autoritária, também chamada por ele antigarantista ou inquisitiva, e ambas possuem aspectos epistemológicos simetricamente opostos (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

A epistemologia garantista é norteadada por dois elementos constitutivos: definição legislativa e comprovação jurisdicional do desvio comportamental a ser punido – diga-se, crime. Servem estes como garantias penais e processuais de base ao sistema punitivo. O primeiro elemento, definição legislativa ou convencionalismo penal, deriva do princípio da legalidade estrita, que consiste na seleção de condutas a serem tipificadas e bens jurídicos a serem protegidos pelo

---

3 E na pós-modernidade, diga-se de passagem, como defendem alguns autores.



direito penal (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

Este primeiro elemento, então, enuncia a exigência de condições formais e legais para autorizar a punição na esfera penal. No aspecto formal, o desvio de conduta passível de punição deve estar indicado na lei, segundo a máxima axiomática “não há pena e nem há crime sem lei<sup>4</sup>”, o que significa a atribuição de um caráter de reserva legal como pressuposto de aplicação de pena, vinculando e submetendo o juiz à lei, enunciando que este deve se eximir de aferir graus de imoralidade da conduta do agente ativo do crime segundo seus preceitos pessoais (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

No aspecto legal, enuncia-se que o tipo penal deve se referir a condutas objetivas, e nunca a subjetividades que possibilitem que o crime seja definido de acordo com seu autor. Isso importa em dizer que a submissão do juiz é somente à lei, com absoluta reserva legal, princípio este denominado *mera legalidade* por Ferrajoli, e direcionado ao juízo. Por outro lado, neste mesmo aspecto, denomina *estrita legalidade* a diretriz do convencionalismo ao legislador, esta “dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas” (FERRAJOLI, 2002, p. 30-31).

Este convencionalismo visa tornar empírica a aferição do desvio punível, de maneira que o tipo penal e seu tratamento jurisdicional se refiram unicamente às ações do rol exaustivo das leis penais. A relevância penal dos fenômenos sociais deve derivar da autoridade da lei e da medida de culpabilidade do agente, e nunca de moral, natureza ou de configurações supostamente ontológicas (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Partindo dessa concepção de definição legislativa garantista, o convencionalismo penal, Ferrajoli aponta que dois efeitos fundamentais são gerados: a garantia de uma liberdade em parte intangível aos cidadãos e a igualdade de todos perante a lei. Estes seriam efeitos da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Em sentido oposto, a epistemologia penal autoritária sustenta uma concepção ontológica ou substancialista das condutas penalmente relevantes, segundo a qual os objetos do conhecimento e tratamento penal não são condutas tipificadas, e sim o caráter de imoralidade e antissociabilidade da *pessoa delinquente*. O crime, aqui, seria uma manifestação contingente da maldade do sujeito (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

Quanto às técnicas jurídicas, a lei fica relegada a um papel secundário e desvalorizado, tendo em vista que predominam figuras elásticas e indeterminadas de crime, identificando modelos globais de desvio com carga valorativa. Ainda, o comportamento criminoso como pressuposto de aplicação de pena se dissolve, de maneira que a identificação do crime supera a conduta e atinge a

---

4 Nulla poena et nullum crimen sine lege.

*pessoa delinquente* (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

A manifestação desta última técnica pode se dar de maneira declarada, como é exemplo a doutrina nazista, ou de maneira velada, cujo principal exemplo são as medidas de defesa social comuns de ordenamentos jurídicos modernos, calcadas no aferimento subjetivo de periculosidade social do sujeito (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

Bom espécime do ordenamento brasileiro para ilustrar este ponto é o artigo 59 do Código Penal vigente, que orienta a fixação da pena-base na dosimetria, e possui como caracteres de observação os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, além da culpabilidade e circunstâncias relativas ao crime e à vítima. Para Ferrajoli (2002, p. 36), a atenuação ou dissolução da estrita legalidade no direito penal é um ensejo para *punir pelo que se é*, e não pelo que se fez.

Quanto ao segundo elemento constitutivo da epistemologia garantista, a comprovação jurisdicional do desvio punível ou cognitivismo processual, este é considerado condição de efetividade do primeiro elemento acima referido. Consiste, portanto, na motivação dos pronunciamentos judiciais, nas razões de fato e de direito que justificam a decisão judicial. Este cognitivismo tem como acessório o princípio da estrita jurisdicionariedade, o qual exige como condições a verificabilidade das hipóteses de acusação e a comprovação empírica através de procedimentos para verificar e refutar as hipóteses (FERRAJOLI, 2002, p. 31-32).

Ferrajoli elabora este princípio porque considera que, para que o desvio de conduta não seja constituído e sim regulado pelo juízo, não são suficientes regras de comportamento pré-constituídas. Para o autor, a indeterminação de definições legais contidas nas figuras penais em branco, por exemplo, remete mais à valoração do juiz do que às provas do processo, o que esvazia os aspectos formais e legais da definição legislativa do desvio punível (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Para Ferrajoli, “para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, [...], que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter ‘constitutivo’ e tenham caráter ‘recognitivo’ das normas e ‘cognitivo’ dos fatos por ela regulados” (2002, p. 32). Ou seja, o juiz não deve constituir sua motivação – e conseqüente decisão – a partir de valorações individuais, mas sim conhecer dos fatos e reconhecê-los nas normas penais que dizem respeito àquela conduta.

Em conjunto, as concepções convencionalista e cognitiva asseguram dois resultados ético-políticos da cultura penal garantista: o valor da certeza no desvio de conduta punível e a separação entre direito e moral e entre direito e natureza. Pois,

Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

Em suma, a lógica que orienta a epistemologia garantista é permeada pelo direito penal dos

fatos delituosos, e nunca pelo direito penal de autor. Esta seria a premissa fundamental para suprimir a liberdade individual dos cidadãos, em virtude de comportamentos socialmente reprováveis e penalmente puníveis, mas sem penalizá-lo por seu ser ou por suas características enquanto pessoa.

Em contraponto ao elemento garantista da comprovação jurisdicional do desvio punível, ou cognitivismo processual, a epistemologia antigarantista/autoritária se orienta por um decisionismo, não cognitivo e sim potestativo do juízo e da pena. Este procedimento processual carece de fundamentos empíricos e precisos, e permeia o processo de subjetividade nos pressupostos da sanção penal (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

A subjetividade, neste sentido, se manifesta no caráter subjetivo do tema processual, de maneira a vincular o réu a fatos determinados devido às suas qualidades pessoais, o que desvirtua o processo para um movimento inquisitivo de análise da pessoa julgada. Se manifesta, também, no caráter subjetivo do juízo, que diagnostica e valora o processo subjetivamente, em função da ausência de referências fáticas exatas e em detrimento de provas de fato, o que acaba por degradar a verdade processual, empírica e pública, transfigurando-a num conhecimento subjetivo e, por consequência, irrefutável do julgador (FERRAJOLI, 2002, p. 37).

Dito isso, resta claro o caráter expressamente antagônico entre o *modus operandi* do garantismo e do autoritarismo no âmbito de sistemas penais. Longe da objetividade suscitada pela epistemologia garantista, a subjetividade autoritária gera movimentos jurisdicionais que contradizem princípios fundamentais do direito penal. Ao invés de se reservar à ofensividade da conduta criminosa, ser a *ultima ratio* para tratamento de questões sociais e perfazer a mínima manifestação do Estado após todas as outras instâncias de políticas públicas falharem, o antigarantismo ou autoritarismo das instituições penais entrega ao Estado o poder de reprimir penalmente qualquer comportamento considerado socialmente reprovável, mesmo que insignificante e desprovido de periculosidade considerável.

A reiteração do comportamento autoritário das instituições penais, enquanto braço forte do Estado, acaba por perpetuar a atitude governamental de tratar com penas o que poderia ser tratado com políticas públicas de cidadania, isso por escolha política, jurídica ou político-jurídica. Ao invés de exceção, a pena se torna a regra. Assim, este movimento cada vez mais expande o juízo de reprovação acerca de certas condutas, e do público que sofre maior reprovação penal quando as comete, retirando o caráter mínimo e objetivo do direito penal para tornar-lhe máximo e subjetivo, ou seja, o contrário de garantista: autoritário.

Em escritos posteriores ao *Direito e Razão*, mais precisamente em *Principia iuris: teoria do direito e da democracia*, Ferrajoli delimita a teoria garantista, de maneira a aproximá-la cada vez

mais de um direito penal mínimo e, conforme Ávila (2016, p. 547), tornando-lhes sinônimos, a designar um direito penal “capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva – tanto na previsão legal dos delitos como na sua comprovação ao longo do processo penal – submetendo-a a estritos limites impostos para tutelar os direitos do indivíduo”.

Nesta evolução de sua teoria, Ferrajoli estabelece o princípio da paz, princípio muitas vezes ignorado ou violado, o que, em sua concepção, representa o colapso do direito e o regresso ao estado selvagem. Este princípio enuncia que há uma relação fundamental entre direito e paz, devida ao fato de que o direito é a negação da guerra e por isso implica, necessariamente, a paz. Esta, por sua vez, só se realiza por meio do direito. Para o autor, a paz não é assegurada pelo exclusivo uso desregulado da força, mas sim por um direito penal mínimo, que consistiria, neste sentido, no uso regulado da força, consistente na sanção e de maneira que os cidadãos não peguem em armas para alcançá-la (FERRAJOLI, 2011, p. 445-446).

Este, portanto, é o ponto de encontro entre o sistema garantista e o sistema penal mínimo: a força é excluída pela estipulação do princípio jurídico da paz; a violação da paz, o uso criminal da violência e a punição arbitrária do inocente configuram guerra. Por isso a implicação recíproca e necessária entre paz e o paradigma garantista que nos leva ao direito penal mínimo (FERRAJOLI, 2011, p. 838), o que passaremos a ver adiante.

### **3. DIÁLOGOS ENTRE GARANTISMO E SISTEMA PENAL MÍNIMO E O COMBATE AO AUTORITARISMO**

Apesar da procedência da origem dos temas discutidos ser diferente – o garantismo penal como fonte positivista e o sistema penal mínimo abordado a partir da criminologia crítica –, pode-se considerar que a epistemologia penal garantista constitui um meio de alcance do sistema penal mínimo, como forma de evolução do sistema penal, como o próprio Ferrajoli admitiu.

Ao abordar sobre direito penal mínimo, Ferrajoli refere que este consiste na proteção do fraco ofendido pelo delito contra o forte, que no momento do crime é o sujeito ativo, mas também na proteção do fraco ofendido réu ameaçado pela vingança do Estado, o mais forte no momento do processo penal. Ou seja, ao passo que a teoria garantista se esforça para alcançar um direito penal mínimo, tanto os ofendidos dos delitos quando os réus perante o Estado recebem a tutela jurisdicional (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Por este motivo, Ferrajoli afirma que a lei penal em ambos os aspectos se justifica como uma lei de proteção aos mais fracos, de maneira que o caráter preventivo da lei penal serviria, em tese, como meio de prevenção de delitos e de penas arbitrárias. Um direito penal garantista, neste sentido, funcionaria como garantidor de imunidade dos particulares contra arbitrariedade de

proibições e punições, e defesa dos hipossuficientes de maneira que as regras do jogo processual sejam sempre iguais para todos (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

É importante referir que a discussão garantista se pauta, atualmente, na utilização da lei para prevenir a criminalidade concomitantemente à prevenção do arbítrio do Estado na execução das penas em função de sua tradição positivista e visão liberal de direito penal. Portanto, tendo em vista ser esta a cultura jurídica preponderante na atualidade, ainda não se discute, aqui, o desencarceramento com finalidade abolicionista, e sim o desencarceramento em relação a prisões arbitrárias em função da subversão de princípios garantistas e em movimentos de expansionismo do direito penal, de maneira a reservar as penas para aquilo que não prescinde delas.

Silva Sánchez aponta como algumas causas do expansionismo do direito penal a institucionalização da segurança, o aparecimento de novos riscos, a sensação de insegurança por parte dos civis, a identificação da sociedade com a vítima do delito, entre outras. Mas a que mais se afigura abordar neste momento é o descrédito de outras instâncias de proteção, o que consiste no fato de que os mecanismos alternativos de proteção, de outras instâncias estatais, não se expandem ou se expandem, mas não necessariamente são suficientes, o que faz com que a demanda por punição seja cada vez maior (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 76).

Resultado da falha política das instâncias extrapenais é que o direito penal passa a ser visto “como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*” e, ainda, esta expansão é mormente inútil, “à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 79).

E isso tudo porque, segundo Sánchez, boa parte dos delitos penalmente tipificados carregam fenômenos denominados macroproblemas, ou seja, grandes questões sociopolíticas, “cujo caráter macroscópico, estrutural ou sistêmico faz com que [...] o Direito Penal não se constitua [...] no mecanismo adequado para uma abordagem razoavelmente satisfatória dos mesmos”. Esta configuração se trata de remeter com frequência ao direito penal os assuntos relativos ao funcionamento da comunidade, cujas questões não permitem a resolução nem por parte de instituições políticas, nem por parte de agrupamentos sociais (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 80).

Acerca do fato de que o direito penal, em sua função social, cumpre um papel substancialmente simbólico, pela sustentação das estruturas de poder pela via punitiva, Zaffaroni e Pierangeli mencionam que se pode pensar numa sustentação simbólica que possa ser realizada mediante um meio menos violento que o penal, mas que esta estrutura de poder social deve ser tão repartida e igualitária, ao ponto de o sistema penal não ser necessário. Ou ainda, uma estrutura democrática mais próxima da atual, mas que mantenha certo grau de racionalidade. No primeiro

caso, seriam reduzidos os conflitos em função da maior igualdade, e no segundo caso, apesar de permanentes os conflitos, a racionalidade da solução deles seria aumentada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 73).

Temos que, por hora, a sociedade ainda não alcançou um platô necessário para possibilitar concretamente tendências abolicionistas, e concordamos que um positivismo garantista possa figurar como medida inicial para a conquista de um direito penal mínimo, visando evoluir a situação do sistema penal passo a passo, um degrau por vez: primeiramente, mínimo, e futuramente, a *ultima ratio*.

Soa contraditório citar tais princípios como objetivos a serem atingidos, porém, apesar de constarem na doutrina, na lei e no saber jurídico penal contemporâneo, se reservam apenas à principiologia dos saberes criminais, sem incidir de fato na *práxis* em função do autoritarismo das instituições e procedimentos criminais. Nesse lapso de incongruência entre teoria e prática é que se encaixaria o trabalho da principiologia garantista, buscando aproximar cada vez mais a prática da teoria, visando efetivar o sistema penal mínimo de fato.

É importante ressaltar que quando se discute autoritarismo, é quase que inevitável findar o assunto sem citar algo sobre democracia, mesmo que se esteja enfocando a área criminal como eixo de observação deste fenômeno social. Há questões políticas e penais que, numa primeira observação, não parecem caber no mesmo assunto, todavia este é um ledô engano: o político influencia no que se torna assunto penal, e questões penais – teóricas e práticas – influenciam o que é político.

Dizer que se está em um Estado Democrático de Direito deveria pressupor, em tese, o distanciamento de modelos políticos autoritários. Porém, conforme Agamben, às vezes as sociedades colocam-se numa posição de afastamento dos parâmetros constitucionais democráticos e operam, em alguns aspectos, num patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (2004, p. 13-15).

Pode-se dizer que a operação autoritária de sistemas penais contidos em Estados de Direito reside neste patamar. Para Rubens Casara, o desaparecimento da mera pretensão de limitar o exercício de poder nos demonstra a superação do Estado Democrático de Direito, adentrando, então, num momento pós-democrático através da desvalorização/desaparecimento de valores democráticos (2017, p. 18).

Ainda, Casara considera que o sistema penal do plano discursivo é permeado pelo discurso da igualdade, enquanto na prática revela-se seletivo e voltado às figuras eleitas indesejáveis, e serve ao controle social e manutenção das estruturas capitalistas, em detrimento da proteção de bens jurídicos (2017, p. 52), o que indica a vigência de um Estado de polícia exercido por meio do

autoritarismo, em lugar de um Estado de Direito ao qual os cidadãos confiam sua *segurança*.

O que ocorre com o Estado de Direito é o mesmo que ocorre com a principiologia do direito penal mínimo: permanece no plano discursivo. Podemos afirmar, por fim, que o sistema penal representa as imprecisões da democracia. Por isso, assegurar o exercício das garantias penais na forma da epistemologia garantista significa, também, assegurar a sobrevivência da democracia.

## CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, trouxemos a principiologia do sistema penal mínimo sob a conceituação da criminológica crítica, que tem por viés o marxismo e a estruturação da sociedade pautada na exclusão de grupos e seletividade do sistema penal. A figura da criminalidade confunde-se com a figura – previamente definida – do criminoso.

Neste sentido, o garantismo penal limita a atuação do Estado quanto à intervenção penal. Ao compararmos a seletividade do sistema penal e os fundamentos do garantismo, encontramos condições formais e legais compatíveis e complementares entre si, tal como o princípio da legalidade.

Percebemos que o autoritarismo se manifesta nas instituições penais desde a sua constituição à aplicação, já que, quanto ao controle social punitivo da criminologia crítica, o excesso do poder-dever de punir do Estado atinge grupos vulneráveis e marginalizados, e, quanto ao garantismo, a epistemologia antigarantista age jurisdicionalmente aplicando as leis penais de forma decisionista e não racional.

Por isso, concordamos que a epistemologia garantista pode ser um meio de efetivação do sistema penal mínimo, uma vez que ao garantir a efetivação de direitos e garantias processuais penais e constitucionais, garante que o Estado intervenha minimamente no âmbito penal, ao mesmo tempo em que concretiza o Estado Democrático de Direito.

Concluimos que o Estado Democrático de Direito em que vivemos tem diversos obstáculos para sua plena e efetiva realização, já que nossas instituições, principalmente as penais, sempre foram – e talvez continuem sendo – influenciadas por autoritarismos, arbitrariedades e intolerâncias que fazem com que a sociedade acredite ser o direito penal solucionador de todos os problemas. Cabe à nós, operadores e aplicadores do Direito, combatermos essa politização de conflitos em todas as suas vertentes e níveis de institucionalização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. – Trad. Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, coleção Estado de Sítio, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereida de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 543-561. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4410>>. Acesso em 29 mar. 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Doctrina Penal. Teoria e prática em lãs ciências penais. Ano 10, n. 87. p. 623-650, 1987.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. – 12 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2012.

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/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/). Acesso em: 27 mar. 2023.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017 [recurso eletrônico].

CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Org: André Rocha. – 2. ed. – Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. **Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26 mar. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Luiz Flávio Gomes et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Principia iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia**. Tradução de Andrés Perfecto-Ibañez. Madrid: Trotta, 2011. v. 1

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. **A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.



SCHWARCZ, Lilian Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. – Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha – 3. ed. rev. e atual. – Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 6 v.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.

\_\_\_\_\_. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires, 1984.

# DA SENZALA AO CARCERE: A INTERLOCUÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA COM A INTERSECCIONALIDADE COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO AO ENCARCERAMENTO FEMININO

Ana Carolina Davanso de Oliveira CÂNDIDO<sup>1</sup>  
Ligia BINATI<sup>2</sup>

## RESUMO

A pesquisa ambiciona realçar como as clivagens identitárias reverberam no sistema de justiça penal, funcionando como principal instrumento desumanização de corpos e subjetividades. Não obstante, a desumanização, atribuição inerente aos mecanismos do direito penal, se revelam vastamente cruel quando verificado sob a perspectiva do gênero feminino. Nesse sentido, com base no perfil das mulheres em situação de privação de liberdade, a pesquisa busca estimular o diálogo da Criminologia Crítica com a Interseccionalidade. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e qualitativo, recorrendo a referenciais correlatos e pesquisas empíricas. Como resultado, constatou-se que a Interseccionalidade amplia os horizontes criminológicos críticos, possibilitando a elaboração e implementação de políticas efetivas e que abarquem às mulheres negras, jovens, economicamente vulneráveis e com baixa escolaridade, que cumprem pena privativa de liberdade nas penitenciárias do país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia Crítica; Interseccionalidade; Mulher em situação de privação de liberdade.

## ABSTRACT

The research aims to highlight how identity cleavages reverberate in the criminal justice system, functioning as the main instrument of dehumanization of bodies and subjectivities. Nevertheless, dehumanization, an attribute inherent to the mechanisms of criminal law, reveals itself to be vastly cruel when verified from the perspective of the feminine gender. In this sense, based on the profile of women in situation of deprivation of liberty, this research seeks to stimulate the dialogue between Critical Criminology and Intersectionality. To this end, the deductive and qualitative method was used, resorting to correlated references and empirical research. As a result, it was found that Intersectionality broadens the critical criminological horizons, enabling the development and implementation of effective policies that cover black, young, economically vulnerable, and poorly educated women who serve time in prisons in the country.

**KEYWORDS:** Critical Criminology; Intersectionality; Woman deprived of liberty.

## 1. INTRODUÇÃO

- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Legislação Especial, pela Faculdade Legale (2022). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (2017). Realizou estágio no Cartório Criminal da Comarca de Jacarezinho/PR e no Gabinete Criminal da Comarca de Jacarezinho/PR (2014-2017). Autora de artigos e trabalhos científicos na área jurídica, com ênfase nos temas: crime e gênero; sistema prisional brasileiro; cárcere feminino.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2018). Pós-graduada em Direito e Processo Penal, pela Universidade Estadual de Londrina (2019). Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito, pela Universidade Positivo em parceria com a Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR) (2021). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, campus Jacarezinho, com previsão de conclusão para 2023. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito de Família e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

O sistema de justiça penal ainda é considerado, por parte significativa da sociedade, como principal e mais importante mecanismo de proteção dos indivíduos e bens jurídicos, de forma que o clamor social pelo recrudescimento das Leis penais e, sobretudo, pelo fortalecimento de penas restritivas de liberdade se tornam o cerne das discussões e reivindicações por segurança.

Não obstante, para a Criminologia crítica o Direito Penal e o processo de criminalização funcionam como mero instrumento de perpetuação das relações sociais, proporcionando, conseqüentemente, a manutenção das desigualdades e a desumanização de corpos. Em outros termos, a força da lei penal, com base nos estudos criminológicos críticos, recai indiscriminadamente sobre os indivíduos economicamente marginalizados.

Todavia, em que pese os avanços das investigações da Criminologia Crítica, alicerçado nos dados do sistema prisional brasileiro, denota-se que o processo de criminalização recai majoritariamente com fundamento nos marcadores sociais da opressão. Além disso, a problemática se torna ainda mais grave quando analisada sob a perspectiva do gênero feminino, isso porque, as mulheres em situação de privação de liberdade são submetidas a uma maior vulnerabilização.

Desta forma, a pesquisa ambiciona destacar como as clivagens identitárias de raça, gênero e classe, reverberam no sistema de justiça de justiça e refletem no encarceramento de mulheres negras, pobres e periféricas. Para alcançar o desiderato, por intermédio do método dedutivo e qualitativo, com análises de relatórios oficiais, livros e materiais correlatos, o trabalho almeja, a resposta de um problema central: de que forma a Criminologia Crítica, com aportes da Interseccionalidade, pode auxiliar no enfrentamento da mulher encarcerada?

O primeiro capítulo busca demonstrar como a sociedade, através dos meios de comunicação, desumaniza os corpos negros, criando um estereótipo racista, que incentiva a criação de um cenário de insegurança. O segundo capítulo, por sua vez, ressalta por intermédio dos dados oficiais, o perfil das mulheres em situação de privação de liberdade.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta a interseccionalidade como perspectiva fundamental para criminologia, e demonstra como ela é eficaz na ampliação das discussões que envolvem as vulnerabilizações de gênero e raça.

A hipótese adotada é que a interseccionalidade, no âmbito da Criminologia, proporciona um panorama real dos corpos femininos que compõe o sistema prisional brasileiro, mormente quanto as principais clivagens identitárias, descortinando as vulnerabilizações sociais em que sobrevivem os corpos encarcerados e favorecendo a implementação de medidas e políticas específicas as mulheres em situação de privação de liberdade.

## **2. A DESUMANIZAÇÃO DOS CORPOS NEGROS NO SISTEMA PENAL E A**

## INFLUÊNCIA DA MÍDIA

No âmbito das inúmeras ferramentas, a justiça criminal funciona como pilar para preservação dos privilégios da burguesia e, conseqüentemente, das desigualdades sociais, de gênero e raciais, marcando os indivíduos selecionados como corpos indesejados, realçando que, amparados nas clivagens identitárias, a atuação do sistema penal não possui intenção de promover segurança e tampouco de resolução de conflitos. A propósito, destaca-se que as engrenagens da justiça criminal são estruturalmente alicerçadas enquanto mecanismo perverso, masculinizado e racializado que recorre à desumanização de corpos, em especial de mulheres de cor<sup>3</sup>.

Não obstante, para compreender como o sistema prisional opera é primordial ultrapassar os muros da prisão e vislumbrar as dinâmicas contemporâneas que alavancam os mecanismos de controle, como a interferência midiática na transformação do indivíduo em criminoso; no processo de higienização dos espaços urbanos; a mecânica do sistema de justiça; os reflexos dos marcadores sociais no sistema penal, entre outros (MALLART, ARAÚJO, 2021, p. 75).

Isso porque os instrumentos de vigilância, controle e repressão recaem indiscriminadamente nos corpos intersectados, desempenhando função primordial de desumanização, mormente com auxílio da mídia e da sociedade que recorre ao expansionismo penal como elemento necessário à segurança e proteção dos bens jurídicos.

Assim, em que pese as problemáticas que contornam o encarceramento feminino e a estrutura patriarcal que retroalimenta as desigualdades e vulnerabilizações das mulheres no sistema penal, se faz indispensável ponderar como o direito penal, em sua pluralidade de instrumentos, reverbera os marcadores da opressão e possibilita a manutenção das relações de poder.

A desumanização dos corpos atravessa as informações propagadas na mídia, constroem estigmas e se refletem no sistema penal, favorecendo o encarceramento em massa de corpos imbricados por clivagens identitárias; justificando a violação de direitos no cárcere; legitimando o controle de favelas e periferias; e, indicando vidas inimigas e extermináveis. A mídia, portanto, responsável por transmitir informações e capaz de construir estereótipos e demarcar espaços, institui a dualidade entre corpos que merecem proteção e indivíduos criminalizáveis.

Desta forma, os discursos midiáticos constroem e reforçam a concepção de ‘inimigo’, ‘criminoso’ e ‘indesejados’, estimulam os discursos de expansão dos mecanismos de vigilância e punição; reforçam a criminalização como forma de segurança e reivindicam o encarceramento dos intitulados criminosos. A influência dos meios de comunicação, sobretudo na sociedade brasileira,

---

3 O termo “de cor” possui uma natureza representativa e política que emergiu da luta pelo direito a autodefinição alcançada nos debates feministas, pós-coloniais e antirracistas, para se referir a pessoas de diferentes raças e etnias que não a branca, descentralizando a branquitude como eixo das discussões (ZAKARIA, 2021). Percebe-se, então, que o termo não é utilizado com conotação pejorativa (COLLINS, 2021, p. 27)

em que as desigualdades e exploração são características latentes, evidenciam que “o afastamento do convívio comunitário de pessoas que não se inserem nos padrões da ‘normalidade’ é ovacionado e incentivado pela maioria da população” (SILVA, 2015, p. 22)

A mídia desempenha como uma de suas funções, a manipulação das massas, à medida que produzem e reproduzem notícias convenientemente selecionadas e estabelecem como serão divulgadas (Will, 2015, p. 24). Logo, os instrumentos de comunicação funcionam como alicerce na desumanização de corpos, veiculando informações de forma que corrobora com os estereótipos de inimigo, o criminoso a ser controlado.

É principalmente por intermédio do noticiário que pobres, negros e periféricos são projetados como criminosos e seus corpos são desumanizados. Grada Kilomba destaca que os corpos negros se tornam representação dos estereótipos e estigmas que os brancos mais rejeitam reconhecer em si mesmos (2019, p.37) e nos veículos de informação a diferenciação se sobressai, “o/a negro/a é tido como traficante, enquanto o/a branco/a é estudante, comerciante” (FERNANDES; ERCOLANI, 2020, p. 11)

A desumanização dos corpos na mídia realça a diferenciação entre brancos e pessoas de cor. Aos corpos negros os estigmas, os sujeitos que subsistem à margem, eleitos para compor o cárcere e padecer à miséria para preservação das relações de poder; as regiões periféricas sem infraestrutura, direitos sociais ou políticas públicas. Aos brancos, o poder, a gestão dos corpos desumanizados e o privilégio de ser reconhecido enquanto vida digna de proteção.

Fábio Mallart e Fábio Araújo, se referem como corpos desumanizados àqueles indivíduos cuja perda não gera revolta ou sequer comoção social, ao passo que serão considerados corolários da distribuição desigual de ‘vida’ e ‘morte’:

Corpos produzem espaços, materialidades e infraestruturas, mas o movimento inverso também ocorre, de modo que nessa relação o estigma de um alimenta o outro. É o estigma sobre a favela e o favelado, o periférico e o negro, considerados como indesejáveis, que sustenta e justifica a distribuição desigual de doenças e mortes, as quais poderiam ser evitadas, mas não o são - seja nas prisões ou menos fora delas. Vidas construídas como inimigas e abjetas, emperradas para uma zona de arbítrio, cuja gestão opera a partir de mecanismos igualmente abjetos, como as instituições carcerárias (2021, p. 76).

O funcionamento dos mecanismos do sistema penal brasileiro não se encontra meramente alicerçado no deixar viver, mas, sobretudo nas práticas de gestão dos corpos, estabelecendo as desigualdades e corroborando com as vulnerabilizações sociais. Além disso, a distribuição da desumanização, embasado na intersecção das clivagens identitárias são elementos fundamentais para instituir quais corpos são identificados como inimigos. Isto porque, a produção de indivíduos desumanizados, corpos sujeitos a destruição instantânea, parte inclusive do corpo social que contribui com os estereótipos de sujeitos em conflito com a lei como matáveis.

Verifica-se, portanto, o imbricamento das prisões com regiões periféricas e favelas, para Fábio Mallart e Fábio Araújo, “prisão-favela-periferia constituem um *continuum* de espaços físicos e sociais, que ressoam em termos de precariedades estruturais e materialidades”. Territorialidades compostas por populações específicas, intersectadas por clivagens sociais e raciais. “Espaços nos quais, como na cidade do colonizado, “morre-se em qualquer parte, de qualquer coisa” (MALLART, ARAÚJO, 2021, p. 74).

Neste sentido, a desumanização dos corpos negros perpassa um longo percurso histórico e permanece instituindo a exclusão e vulnerabilização dos indivíduos de cor. Nas palavras de Preta Ferreira:

No brasil, negro não tem valor algum para eles. Nos matam ou jogam atrás das grades, culpados ou inocentes. O simples fato de nascer nesta nação com a pele negra já é condenatório. Somos condenados a não ter oportunidades, estudo, hospital de qualidade, melhor emprego. O que jogaram fora e com as quais fizemos a feijoada. Nós, negros, estamos sempre nos reencontrando, é a lei da nossa sobrevivência. (FERREIRA, 2021, p. 109)

Logo, os problemas são imbricados, especialmente em uma sociedade estruturalmente amparada em um sistema econômico excludente e que estimula as desigualdades sociais e econômicas, corroborando com a dificuldade no acesso de políticas sociais efetivas; com o encarceramento em massa; e, os genocídios nas favelas e periferias. Não obstante, ao alavancar o discurso de democracia racial no Brasil, se torna possível a reprodução e manutenção das desigualdades sem que seja questionado o elemento basilar, o racismo.

Preta Ferreira ao permanecer encarcerada no sistema prisional injustamente e experimentar as mazelas do cárcere e dos abusos estatais, realça que o território brasileiro “é composto por uma maioria de pessoas negras e é governado por homens brancos, machistas, racistas, que não estão nem um pouco preocupados com o futuro dos pobres. O genocídio do povo negro só faz aumentar, fora ou dentro dos presídios” (FERREIRA, 2021, p. 109).

No mesmo sentido, para Lelia Gonzalez o lugar concedido aos corpos negros são o oposto aos ocupados por brancos; “da senzala às favelas, cortiços, invasões, alagados e conjuntos ‘habitacionais’(...) dos dias de hoje, o critério tem sido simetricamente o mesmo: a divisão racial do espaço (...)”. Aos corpos desumanizados, os cubículos em regiões periféricas, em que as condições de saúde são precárias, especialmente em decorrência da inércia estatal. Regiões em que o Estado adentra apenas com mecanismos repressivos, como a polícia que está lá apenas para reprimir, violentar e amedrontar (1984, p. 232).

As consequências deixadas por um longo período de escravização favoreceram a construção e manutenção de uma hierarquização racial, “a qual resulta em efeitos nefastos para negro/as” (SOUSA, *et al*, 2019, p. 3) e a incidência de mecanismos de submissão para preservação

dos privilégios da burguesia.

Das senzalas às favelas; das favelas ao sistema carcerário. Os ferros que marcavam os corpos escravizados se transformam em grades que aprisionam os indivíduos que são imbricados por clivagens identitárias específicas. Destaca-se, portanto, que os estabelecimentos prisionais operam, majoritariamente, punindo e segregando os corpos negros, pobres e periféricos.

### **3. ENCARCERAMENTO FEMININO: A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A CARNE NEGRA**

A desumanização, atribuição intrínseca do sistema penal, se revela vastamente cruel quando verificado sob a perspectiva do gênero feminino, isso porque, as mulheres em situação de privação de liberdade padecem para além da (in)visibilidade inerente ao próprio encarceramento, suportam o desacolhimento social, familiar e o descaso estatal na construção e implementação de medidas e políticas que incorporem a custódia feminina; perpassa, inicialmente, a estrutura patriarcal que favorece uma dupla penalização, tanto por perpetrar uma conduta classificada como crime, quanto por desviar do papel socialmente atribuído às mulheres.

No entanto, quando mulheres negras se encontram no cerne da investigação, verifica-se uma tripla punição, à medida que o racismo e os estigmas atribuídos ao sistema prisional se refletem e constroem as opressões experienciadas por mulheres de cor em privação de liberdade. As desigualdades de gênero, alicerçados na lógica patriarcal, condiciona a sociedade e instituem as mulheres como centro da dominação masculina, e o racismo submete mulheres de cor à relação de vulnerabilização mesmo quando observado frente às violações sofridas por mulheres brancas.

Assim, o pensamento masculinizado que rege as relações sociais determina comportamento e espaços dominados e domináveis, corrobora com os estereótipos femininos e masculinos, delimitando o local ocupado por mulheres, inclusive no sistema prisional. Inquestionavelmente as mulheres são invisibilizadas e vulnerabilizadas, porém, se por um lado as mulheres brancas se encontram visceralmente intersectadas pelas estruturas machistas, as mulheres de cor, imbricadas pelo marcador racial, são ainda mais marginalizadas e oprimidas.

Ao contrário das mulheres brancas que eram relegadas ao ambiente doméstico, as mulheres negras foram sequestradas escravizadas e coisificadas, seus corpos eram violentados, usadas como objeto sexual; sua força de trabalho era explorada, destituídas do poder sobre seus corpos e suas vidas. Estereótipos hipersexualizados contornavam suas subjetividades e, conseqüentemente, eram sujeitadas à solidão. Desta forma, a posição social da mulher negra foi e subsiste marcada profundamente pela subalternização (SOUSA, et al, 2019, p. 06).

As mulheres negras foram e permanecem sendo reduzidas à coisificação e, portanto,

desumanização desde a escravização:

A escravização impedia que os escravos se enxergassem como pessoas, como indivíduos. Esse processo de desumanização traz sérios problemas até mesmo no pós-abolição, pois para inserir-se em uma categoria que reivindica direitos, precisa-se primeiro entender-se como sujeito, algo que foi perversamente negado durante o período de escravidão. Atualmente, o racismo ainda está presente na economia, na política, no judiciário e em demais esferas da sociedade, o racismo está em todas as estruturas e acaba transcendendo a esfera individual. (FERNANDES; ERCOLANI, 2020, p. 06)

Denota-se, portanto, que a desumanização dos corpos de mulheres negras se revela como estruturante na sociedade e corrobora com a exploração da força de trabalho, da reprodução e se reverberam nos diversos âmbitos sociais, políticos e econômicos. Porquanto, além de intersectadas pelo marcador racial, atravessam a avenida identitária do gênero e da classe social, já que mulheres negras são condicionadas aos trabalhos subalternos.

O mito da democracia racial atua como elemento primordial para as desigualdades sociais e econômicas no Brasil, à medida que dissimula o racismo e suas facetas. Elaine Pimentel realça que esses discursos alcançam inclusive o âmbito acadêmico que, apesar de concederem holofotes aos corpos negros, não conseguem compreender como o racismo estrutura as dinâmicas de exclusão e etiquetamento do sistema penal (2021, edição digital).

O sistema prisional brasileiro reflete como o racismo concebe as desigualdades e fortalece as opressões, isso porque, encarcera corpos indesejados e, neste sentido, pessoas de cor são alvos do encarceramento em massa e das políticas de controle e repressão estatal. A propósito, o Brasil ocupa o *ranking* de terceira maior população carcerária feminina, e, dessas, a maioria são mulheres negras – “ou seja, negro aqui vai para o tronco. As cadeias são herança da escravidão, assim como os piores empregos” (FERREIRA, 2020, p. 102).

De fato, o encarceramento feminino padece das invisibilidades estatais, acadêmicas e sociais. Contudo, o aprisionamento de mulheres negras ressalta como os reflexos da invisibilidade alcançam inúmeros espaços e subjetividade. “A cela é a nova senzala, com uma nova roupagem, mas com o mesmo propósito de sempre: punir” e a punição ocorre de diversas maneiras (FERNANDES, ERCOLAN, 2020, p. 07).

Para Fábio Mallart, o aparato carcerário corresponde a um dos instrumentos estatais de poder que funciona para marcação dos corpos jovens, negros, periféricos e com pouca escolaridade (2021, p. 74). Nesse sentido, o perfil das mulheres em situação de privação de liberdade escancara a seletividade do sistema penal e o encarceramento emerge como principal mecanismo de segregação racial, com alvos específicos: mulheres intersectadas por clivagens identitárias de raça, classe social e territorialidade.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN



MULHERES, em julho de 2017, a população carcerária feminina compreendia 42.355 mil mulheres em situação de privação de liberdade, representando um déficit de 15.326 vagas, e perfazendo uma taxa de ocupação de 118,4% presas no país. Com relação a eventual superlotação, o relatório destaca que, diferentemente das unidades masculinas que se encontram todas superlotadas, constatou-se que apenas 18 estados brasileiros estão com os estabelecimentos femininos em situação de superlotação (BRASIL, 2019, p. 7 - 28).

Empiricamente, verifica-se que são os homens que superlotam o sistema prisional do país (ANDRADE, 2010, p. 144). No entanto, dissimulado no ínfimo contingente de mulheres em situação de privação de liberdade, a estrutura patriarcal subsiste negando direitos e prerrogativas; desconsideram que as mazelas do cárcere feminino ultrapassam as celas superlotadas, alcançam o abandono social e familiar, se refletem aviltantemente na vida pós-cárcere, em uma sociedade alicerçada segundo os parâmetros patriarcais que estabelece a dicotomia feminina e masculina e condiciona as mulheres ao papel de submissão.

No que concerne a cor ou etnia das mulheres encarceradas, de acordo com o relatório, 48,04% da população prisional com informação sobre raça/etnia no Brasil correspondem a pessoas de cor/etnia parda; 35,59% da população carcerária de cor/etnia branca e 15,51% de cor/etnia preta. Com base no cálculo das mulheres de cor/etnia pretas e pardas, tem-se que o sistema prisional é composto por 63,55% de mulheres de cor (BRASIL, 2019, p. 31).

A super-representação de mulheres de cor em situação de privação de liberdade é verificada especialmente quando confrontados com os dados do INFOPEN com os números da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2017 – ano da confecção do INFOPEN MULHERES –, em que somados, o total de pretos e pardos representam 55,4% da população brasileira (BRASIL, 2019, p. 31-32). Com relação a faixa etária, denota-se que em sua maioria é composta por jovens: 25,22% possuem entre 18 e 24 anos; 22,66% entre 35 e 49 anos e 22,11% entre 25 e 29 anos. Desta forma, equacionando o conjunto de elementos supramencionados, conclui-se que o total de presas de até 29 anos de idade totalizam 47,33% da população carcerária (BRASIL, 2019, p. 29)

No tocante ao grau de escolaridade das mulheres encarceradas, o Infopen realça que 44,42% possuem o Ensino Fundamental incompleto; 15,27% com o Ensino Médio Incompleto; 14,48% com o Ensino Médio Completo, e, apenas 1,46% possuem Ensino Superior Completo (BRASIL, 2019, p. 34-35).

Do contingente de mulheres em situação de privação de liberdade, 60% foram presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, 12,90% crimes de roubo, e, 7,80% furto (BRASIL, 2019, p. 72). A seletividade do sistema prisional se evidencia quando os bens jurídicos mais relevantes

estão relacionados a bens patrimoniais e ao tráfico, visando punir os mais pobres que, a propósito, são os corpos negros que ocupam os empregos subalternos e que ocupam à margem da relação em decorrência da engrenagem racista que estrutura a sociedade.

Empiricamente, denota-se que o perfil da mulher em situação de privação de liberdade é construído por mulheres economicamente hipossuficiente, desempregadas ou com empregos subalternizados, são jovens, com pouca escolaridade e de cor. Sem dúvida, os marcadores sociais se refletem no âmbito do sistema penal com o encarceramento em massa e a política bélica adotada no país, sendo, portanto, indispensável que as clivagens identitárias em sua pluralidade sejam observadas para implementação de medidas de desencarceramento.

#### **4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA E INTERSECCIONALIDADE**

Alicerçado nos dados do INFOPEN tem-se, portanto, que o perfil da mulher em situação de privação de liberdade pode ser definido como jovens, economicamente vulnerabilizadas, com baixa escolaridade e “de cor”, de forma que as relações de gênero estão visceralmente interligadas com os marcadores da opressão. Flávia Biroli e Luis Felipe Miguel realçam que a posição social dos indivíduos é determinada por intermédio da intersecção das clivagens identitárias e suas imbricações (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 51) e se reverberam no sistema penal, especialmente no processo de criminalização e, conseqüentemente no encarceramento feminino.

Não obstante, no Brasil verifica-se uma dinâmica indissociável entre, ao menos, três estruturas que promovem a diferença e a divisão da sociedade em grupos distintos: sistema de classe, que favorece a exploração dos grupos economicamente hipossuficientes e preserva os privilégios da burguesia; o patriarcado, que através da divisão entre mulheres e homens, mediante a lógica falocêntrica, promove a relação de subordinação das mulheres; e, o racismo que determina as relações sociais no país, tendo por base a instituição da supremacia branca (SOUSA, et al, 2019, p. 7)

Logo, as categorias, quando investigadas de maneira isoladas geram conseqüências distintas para análise teórica e política (BALIBAR; WALLERSTEIN, 2021, p. 19), à medida que as formas de opressão funcionam de maneira imbricadas. Desta forma, o percurso traçado acerca das convergências entre gênero, classe e raça no debate teórico, tem como similaridade a percepção de que as opressões são múltiplas e complexas, não sendo possível vislumbrar seus reflexos quando investigado isoladamente uma categoria (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 27).

Tendo em vista a intersecção dos marcadores e sua influência na sociedade e reflexos no sistema penal, não se pode olvidar que lentes monofocais permite uma investigação insuficiente e desconsideram as clivagens enquanto elementos estruturantes. Então, o entrelaçamento dos

marcadores deve amparar os estudos criminológicos, mormente para entender como se reverberam no processo de criminalização dos corpos desumanizados. Além disso, compreendidas de maneira dialética, proporcionam a criação e implementação de políticas públicas (PIMENTEL, 2021, p. 55) e medidas aplicáveis no âmbito do sistema prisional.

Portanto, no campo da Criminologia, a mera inserção de gênero, apesar de extremamente relevante, não enfrenta o panorama do sistema carcerário feminino, que é ocupado excessivamente por mulheres jovens, negras, pobres e periféricas; tampouco a incorporação de classe é suficiente para justificar os signos da opressão que ecoam no sistema, sobretudo a estrutura patriarcal e racista. Isso posto, considerando a super-representação de mulheres negras em situação de privação de liberdade, tem-se a indispensabilidade de uma Criminologia com aportes Interseccionais para conceber os efeitos estruturais e dinâmicos da intersecção dos marcadores sociais.

Apesar de somente ganhar notoriedade nos espaços acadêmicos, sociais e políticos e ter sido nomeada no fim da década de 1980 e início da década de 1990 por Kimberlé Crenshaw, o sentido da interseccionalidade já era proposto por feministas negras que articulavam o imbricamento das clivagens identitárias. Patricia Hill Collins enfatiza que as feministas negras ponderavam como as desigualdades ecoava distintamente nos corpos das mulheres, mesmo sem denominá-la enquanto Interseccionalidade (COLLINS, 2021, p. 66).

Com efeito, o feminismo negro alavanca os discursos e críticas quanto à exclusão produzidas pela afirmação de um sujeito coletivo aparentemente indiferenciado. Neste contexto, raça emerge com destaque “e a consideração conjunta do gênero, da classe e da raça organiza lutas e novos paradigmas para a produção do conhecimento sobre a posição das mulheres no mundo social” (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 36). É, portanto, o feminismo negro o responsável por realçar novos prismas para articulação interseccional, destacando como as clivagens identitárias impactam distintamente os corpos, sem desconsiderar, no entanto, as relações de gênero ou impulsionar os discursos de raça como único pilar das discussões.

Para Hillary Potter, a existência de uma criminologia feminista e antirracista encontra na interseccionalidade um aporte teórico imprescindível para investigar a mulher no âmbito criminológico. (2015, p. 8). E, de acordo com Elaine Pimentel interseccionalidade proporciona uma análise criminológica complexa e que compreende as dinâmicas sociais e estruturais:

Ao propor um olhar antirracista e interseccional sobre a criminologia, as feministas negras proporcionam verdadeira mudança de paradigma epistemológico nas ciências criminais, muto embora ainda não reconhecido no direito. Uma epistemologia feminista interseccional se fortalece como caminho necessário para releituras da criminologia, como efetivo reconhecimento do racismo e das desigualdades sociais como fatores que se somam ao gênero para a compreensão da complexa realidade social na qual as mulheres, em sua pluralidade e diversidade, estão inseridas e vivenciam opressões de gênero de formas distintas, em razão das subalternidades históricas de classe e raça (2021, p. 57).

Uma criminologia brasileira deve, indispensavelmente, entender o racismo como base não só dela mesmo enquanto etiológica, mas como elemento estruturante da sociedade (MEDEIROS, 2021, edição digital). Fato é, a criminologia alcança novos contornos teóricos e empíricos a partir das perspectivas feministas e antirracistas, panoramas fundamentais para as mudanças de paradigmas (PIMENTEL, 2021, p. 57).

A interseccionalidade nos estudos criminológicos permite a expansão do campo de investigação, fomentando a compreensão de como os signos da opressão, que estruturam as relações sociais, influenciam no processo criminalização. Destarte, a interseccionalidade impulsiona a indispensabilidade de debates segundo a fusão das clivagens, descentralizando a universalidade e centralidade das categorias, mormente em uma sociedade capitalista-patriarcal-racista (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 27).

Para Hillary Potter, um dos caminhos para dismantelar a branquitude heteronormativa como padrão é a interlocução da Interseccionalidade na teoria e pesquisa criminológica (2015, p. 45). Em síntese, um termo que pode assumir inúmeros contornos, em determinadas ocasiões fornece novas vertentes para repensar áreas de disciplinas tradicionais (COLLINS, 2020, p. 61) e, no campo da Criminologia, ressignificar a trajetória de um saber masculino e universal, com a intersecção de sujeitos marcados por clivagens identitárias antes ausentes e desconsideradas, como base de um novo saber criminológico.

A Interseccionalidade no campo da criminologia, concede visibilidade aos corpos desumanizados e antes desconsiderados, especialmente de mulheres negras que são aviltantemente encarceradas e, dentro do cárcere, padecem da inércia social e estatal decorrentes da estrutura masculinizada que alicerça o sistema prisional; do racismo e do marcador socioeconômico que opera os instrumentos do sistema penal como forma de controle, vigilância e aprisionamento de jovens, pretas, pobres e periféricas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os debates concernentes ao funcionamento do sistema de justiça penal devem, indiscutivelmente, percorrer as múltiplas clivagens identitárias, mormente quanto aos reflexos no processo de criminalização de corpos e subjetividades. Isso porque, os dados oficiais do sistema prisional brasileiro revelam o perfil da população em situação de privação de liberdade.

Não obstante, o contingente encarcerado são, majoritariamente, indivíduos negros, jovens, economicamente hipossuficientes e com baixa escolaridade. Então, no âmbito dos estudos criminológicos críticos, não basta uma investigação baseada meramente no aspecto

socioeconômico, emergindo a Interseccionalidade como uma ferramenta apta a expandir o campo da Criminologia, proporcionando uma análise complexa dos reflexos dos marcadores sociais no processo de criminalização.

É fundamental para Criminologia, portanto, reconhecer como os signos da opressão em sua multiplicidade reverberam nos instrumentos do Direito penal e favorecem o encarceramento em massa de corpos marginalizados. Com base na perspectiva do gênero feminino, a interseccionalidade destaca que mulheres negras são mais encarceradas e subsistem às mazelas prisionais.

Desta forma, o diálogo da criminologia crítica com a interseccionalidade, concede visibilidade aos corpos femininos em situação de privação de liberdade, antes desconsiderados, favorecendo a construção e implementação de políticas que abarquem as mulheres que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 42-49, jan. 1997. ISSN 2177-7055.

BALIBAR, Étienne; WALLERSTEIN, Immanuel. *Raça, nação, classe: as identidades ambíguas*. 1ª edição – São Paulo: Boitempo, 2021.

BIROLI, Flávia e Luis Felipe MIGUEL. "Gênero, raça, classe: opressões cruzadas e convergências na reprodução das desigualdades". *Mediações*, vol. 20, nº 2. Londrina, 2015, pp. 27-55.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

COLLINS, Patricia Hill. *Bem mais que ideias: a interseccionalidade como teoria social crítica*. 1ª edição – São Paulo: Boitempo, 2022.

FERNANDES, Carolina de Sena; ERCOLANI, Kamila Machado. Da senzala ao cárcere: a mulher negra e o sistema prisional. In: *Congresso Internacional de Ciências Criminais*. PUCRS, 2020. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/arquivos/178.pdf>. Acesso: abril de 2023.

FERREIRA, PRETA. *Minha carne: diário de uma prisão*. 1ª edição – São Paulo: Boitempo, 2020.

GONZALES, Lelia. Racismo e sexismo na sociedade brasileira. In: *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, 1984, p. 223-244. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod\\_resource/content/0/06%20-%20GONZALES%2C%20L%20-%20A9lia%20-%20Racismo\\_e\\_Sexismo\\_na\\_Cultura\\_Brasileira%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509709/mod_resource/content/0/06%20-%20GONZALES%2C%20L%20-%20A9lia%20-%20Racismo_e_Sexismo_na_Cultura_Brasileira%20%281%29.pdf). Acesso: abril, 2023.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação: Episódios de racismo cotidiano*. 1ª edição – Cobogó,

2019.

MALLART, Fábio; ARAÚJO, Fábio. Uma rua na favela e uma janela na cela: precariedades, doenças e mortes dentro e fora dos muros. *Sociedade E Estado*, 36(01), 61–81. 2021.

MEDEIROS, Vanessa Cerezer de. *Criminologia crítica brasileira: da abolição da escravatura à libertação crítica*. 1ª ed. – São Paulo: Editora Blimunda, 2021.

PIMENTEL, Elaine. Forasteiras de dentro: uma contribuição feminista e antirracista para a criminologia contemporânea. In: *Autonomia dos corpos, criminalização, interseccionalidades e vitimização; organização* Michelle Karen Santos. – 1ª ed. – São Paulo: Blimunda, 2021. edição eletrônica.

POTTER, Hillary. *Intersectionality and criminology: disrupting and revolutionizing studies of crime*. – (New directions in criminology; 13). Routledge: Taylor & Francis Group, London and New York, 2015, versão digital/tradução livre.

SOUSA, Kíssia Wendy Silva De, et al. A CARNE MAIS BARATA DO MERCADO É A CARNE NEGRA: CORPOS NEGROS E RELAÇÕES DE PODER NO BRASIL. In: Flavio Romero Guimarães. (Org.). E-book *IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: Direitos Humanos em um mundo em transformação*. 1ed.: Editora Realize, 2019, p. 875-890. Disponível em: <<https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/65119>>. Acesso: abril de 2023.

WILL, Sharon Varjão. *Vigiar, punir, educar e matar: discursos de disciplinamento, controle e extermínio da população preta e pobre do Rio de Janeiro*. 2015. 245 f. Tese (Doutorado) - Curso de Educação, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Educação, Rio de Janeiro, 2015.

# O ESTELIONATO POR MEIOS DIGITAIS: A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO

Gabriel Santos RIBEIRO<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a prática do delito de estelionato, suas figuras equiparadas e o uso do ambiente virtual para criar uma impunidade aos agentes, sendo tal exoneração de responsabilidade o problema da pesquisa. Como hipótese, o artigo traz à tona a extrema dificuldade para elencar os autores dos crimes de estelionato quando há a utilização dos meios digitais, beirando a impossibilidade. Inicialmente, no primeiro capítulo, é tratado o crime de estelionato, suas figuras equiparadas e as diversas disposições legislativas e doutrinárias quanto ao delito, bem como seu *modus operandi*, além da sua responsabilização. Prosseguindo, no segundo capítulo, é abordada a disseminação do crime de estelionato pela internet e os variados meios digitais, que facilitam os atos preparatórios, a execução do crime e o exaurimento do ato delituoso, dificultando a identificação dos agentes e maximizando os danos causados às vítimas. No terceiro e último capítulo, é discutida a impunidade que o ambiente virtual gera à prática do crime de estelionato, bem como as fraudes correlatas que se disseminaram após o advento da internet e dos serviços digitais, como os aplicativos bancários e o *e-commerce*. Por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica acerca do tema, depreendeu-se que a impunidade gerada pelo ambiente virtual pode ser dirimida com mecanismos de segurança, evitando as falhas humanas e o uso de engenharia social, além da devida regulamentação em atividades econômicas que se utilizem dos meios digitais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estelionato; Ambiente Virtual; Figuras Equiparadas; Responsabilização.

## ABSTRACT

The present work seeks to analyze the practice of the crime of stellionate, its equivalent figures and the use of the virtual environment to create impunity for the agents, being such an exoneration of responsibility for the research problem. As a hypothesis, the article brings up the extreme difficulty of listing the perpetrators of stellionate crimes when digital means are used, bordering on impossibility. Initially, in the first chapter, the crime of stellionate is treated, its equivalent figures and the various legislative and doctrinal provisions regarding the crime, as well as its *modus operandi*, in addition to its accountability. Continuing, in the second chapter, the dissemination of the crime of stellionate through the internet and the various digital means is achieved, which facilitate preparatory acts, the execution of the crime and the exhaustion of the criminal act, making it difficult to identify the agents and maximizing the damage caused to the victims. In the third and final chapter, it is about enduring the impunity that the virtual environment generates for the commission of the crime of stellionate, as well as the related frauds that spread after the advent of the internet and digital services, such as banking applications and *e-commerce*. Through the deductive method and bibliographical research on the subject, it was inferred that the impunity generated by the virtual environment can be resolved with security switching, avoiding human failures and the use of social engineering, in addition to regulating activities that are used in digital media.

**KEYWORDS:** Stellionate; Virtual Environment; Equivalent Figures; Punishment.

---

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o uso dos meios digitais e o advento da internet possibilitaram inúmeras novas formas de contato entre os indivíduos, onde as relações pessoais, profissionais e comerciais ganharam uma nova escala, ultrapassando limitações geográficas e não ficando à mercê de prazos ou burocracias. É nesse contexto em que se dá a inovação na prática de alguns delitos onde, utilizando-se da rápida liquidez nas transações bancárias, por exemplo, golpistas podem realizar subtrações antes mesmo que as instituições percebam o caráter ilícito da atividade.

O estelionato, disposto no famigerado artigo 171 do Código Penal Brasileiro, é um dos delitos com o maior leque de possibilidades em sua execução, bastando apenas, para tal, que a vítima seja induzida ou mantida em erro, para possibilitar que o agente, estelionatário, consiga vantagem ilícita. Tal variedade do crime de estelionato é percebida em seu grande número de figuras equiparadas, sendo as contidas no §2º do Art. 171, CP, além da expressão “[...] ou qualquer outro meio fraudulento”, no *caput* do referido artigo.

Isto posto, exemplificando a função da legislação no que tange à tutela das mudanças sociais, ainda que de maneira lenta e insuficiente, uma recente modificação no Código Penal, trazida pela Lei 14.155/2021, acrescentou o delito de Fraude Eletrônica por meio dos §§2º-A e 2º-B, que inclui uma qualificadora ao crime de estelionato, quando as informações obtidas para a execução da fraude são angariadas por meios digitais dispostos, em rol exemplificativo, no referido parágrafo, além de uma majorante para o caso de utilização de servidor mantido fora do Brasil, como indica o §2º-B.

Todavia, mesmo com os esforços legislativos para coibir o estelionato pelos meios digitais, a prática ganha força devido à facilidade de divulgação das fraudes, bem como a sensação, praticamente real, de impunidade, onde há o receio das vítimas em denunciar o ocorrido devido à pressão social ocasionada pela crença de que a vítima “deixou-se enganar”, o que por muitas vezes não condiz com a realidade. A crescente evolução dos golpes, utilizando-se de tática sofisticadas e de engenharia social para embair os seus alvos, acaba gerando a dificuldade em chegar ao culpado, que pode usufruir de perfis falsos nas redes, bem como de contas bancárias de terceiros alheios ao delito, empregados como “laranjas”.

Outrossim, devido à facilidade de acesso às redes sociais e demais meios virtuais, a prática do delito acaba por ser incentivada, onde os agentes, tendo a ciência que dificilmente serão responsabilizados, empreendem inúmeros golpes simultaneamente, onde tais fraudes podem não se limitar à um ofendido unitário, mas sim lesar vários de uma só vez, como no exemplo de páginas falsas de investimento nas redes sociais, ou ainda de sites maliciosos que, copiando a aparência e



anúncios de portais reais e confiáveis, acabam por ludibriar consumidores.

Nesse diapasão, o crime de estelionato pode ser encarado como um delito complexo, uma vez que não se restringe às fraudes elencadas no Código Penal, como será demonstrado no decorrer do artigo. Além disso, vale ressaltar que as figuras equiparadas também devem ser consideradas gravosas, ainda que não utilizem-se do meio virtual para sua propagação, como a emissão de título de crédito sem suficiente provisão, ou seja, o “cheque sem fundos”, sendo um golpe há muito conhecido.

Ultrapassando o âmbito do delito de estelionato, o artigo também pretende, de forma sucinta, abordar a prática de outros delitos, que se mostram recorrentes no ambiente virtual, como os crimes contra a honra, sendo a calúnia, a difamação e a injúria que, amparados pela sensação de impunidade supracitada, ocorrem desmedidamente nas redes sociais, onde o anonimato, ainda que parcial, dificulta enormemente a responsabilização.

A presente discussão visa compreender o fenômeno do uso dos meios digitais para a prática do crime de estelionato, sem menosprezar suas figuras equiparadas e a abrangência destas. O problema da pesquisa se baseia a (im)possibilidade de responsabilização dos delitos, em especial o estelionato, quando praticados por meio da internet ou instrumentos análogos, onde o Estado, em seu poder-dever de agir, não consegue alcançar tais agentes que utilizam-se das inovações tecnológicas para se eximir das devidas penalidades.

Como hipótese, a pesquisa traz o entendimento que, ao menos por enquanto, tal responsabilização, alinhada à dificuldade de interação entre as autoridades e os ambientes virtuais, como redes sociais, é praticamente inviável, uma vez que, aparentando-se com um território sem lei, a internet dá grande resguardo para a prática de tais delitos.

Destarte, o artigo, utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e legislativa, divide-se em três capítulos principais, onde no primeiro aborda-se o crime de estelionato, suas características, alterações e figuras semelhantes, dispostas no Código Penal, bem como a nova qualificadora da Fraude Eletrônica. O segundo capítulo trata do uso dos meios digitais para a prática dos referidos crimes, com enfoque no estelionato, uma vez que sua execução torna-se facilitada em tal ambiente virtual. Por fim, o terceiro e último capítulo aborda a impunidade gerada pela internet e pelas redes sociais, não limitando-se aos crimes contra o patrimônio, como o estelionato e outras fraudes, mas também facilitando a prática de crimes contra a honra e demais delitos que, inseridos em tal contexto fático, beiram a impunidade.

## **1. O CRIME DE ESTELIONATO E SUAS FORMAS EQUIPARADAS**

O crime de estelionato, caracterizado pelo emprego de alguma artimanha ou artifício que

engane a vítima, busca uma vantagem ilícita, essencialmente econômica, uma vez que está abarcado pelo rol dos crimes contra o patrimônio, disposto no artigo 171 do Código Penal Brasileiro:

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;  
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.  
[...] (BRASIL, 1940)

O termo estelionato tem origem no latim, formando-se pela palavra *stellio*, que indica um camaleão de origem africana, com formas estreladas em sua pele, advindo o nome da palavra latina para estrela, *stella*. Posteriormente tal nomenclatura ganhou o sentido pejorativo que conhecemos hoje, uma vez que, tal qual um camaleão que altera sua pigmentação como forma de camuflar-se em diferentes ambientes, o delito de estelionato se molda de acordo com a situação fática, a época e ao ambiente onde está situado, para que as vítimas sejam levadas à erro de maneira mais eficiente.

Além do uso de artifícios que induzem a vítima ao erro, no estelionato há, pura e simplesmente, o uso do ardil, ou seja, da conversa enganadora, com o objetivo de obter a vantagem ilícita por meio da lãbia ou de alguma informação privilegiada que o agente do delito tenha. Vale ressaltar, ainda, que o próprio silêncio pode ser utilizado como fraude, “assim, se a vítima espontaneamente incide em erro e, por isso, está prestes a entregar um bem ou valor ao agente, e este, antes de recebê-lo, percebe o engano e se cala, para que a entrega se concretize e ele obtenha vantagem, responde por estelionato.” (GONÇALVES, 2023, p. 233).

Cabe destacar que o estelionato, sendo um crime contra o patrimônio, tende a ser menosprezado em alguns contextos, o que pode se mostrar um erro, uma vez que os danos causados pela fraude podem acompanhar a vítima por muito tempo, gerando danos quase que irreversíveis:

Houve uma evolução nas relações sociais, e conseqüentemente a vulnerabilidade de informações, dados e bens. O ser humano, maliciosamente, passa-se a se aproveitar descaradamente e ilicitamente, desta vulnerabilidade, causando prejuízo a outrem [...]. Obviamente, que o crime de estelionato não tem emprego de força e ameaça, entretanto, possui outros meios ardilosos, que o resultado pode ser mais grave que um crime com um emprego de força. Obter uma vantagem ilícita sobre outrem, é tão grave quanto um crime de furto. Tanto é que a sua pena pode chegar a 5 anos de reclusão, conforme está tipificado no Código Penal Brasileiro (BASTOS, 2016, p. 20-21)

Outrossim, é válido distinguir o crime de estelionato com a figura do furto mediante fraude que, afastadas as semelhanças, pode-se perceber, no tipo penal contido no Art. 171, CP, a necessidade de um indivíduo que será induzido ao erro, o que não ocorre no exemplo do furto, quando, utilizando-se de um cartão subtraído, o agente consegue sacar dinheiro da conta da vítima. Isto pois o caixa eletrônico é mero meio para o exaurimento do furto, onde a *res furtiva*, sendo o cartão bancário, foi utilizada ilicitamente.

Além de que, o estelionato é um crime material, necessitando, para sua consumação, que o agente obtenha vantagem ilícita, exclusivamente econômica, bem como a vítima tenha prejuízo com

a ação, cabendo a modalidade tentada para tal delito, onde, por força alheia a sua vontade, o agente não consegue a vantagem ilícita, por exemplo.

Quanto às modificações legislativas do delito em análise, a Lei nº 14.155/2021 trouxe inúmeras mudanças, a fim de facilitar a produção de provas e coibir a prática do crime pelos meios digitais, com penas mais severas que serão tratadas nos capítulos subsequentes. Uma das alterações que merece ser comentada é a do Art. 70 do Código de Processo Penal, onde, em um novo §4º, a competência para julgamento do crime de estelionato que se utiliza de depósito ou transferência bancária é o domicílio da vítima e, no caso de litisconsórcio ativo, com mais de um ofendido, a competência dar-se-á pela prevenção (BRASIL, 1941).

Outro ponto de atenção, no crime de estelionato, correlato à tentativa, é a possibilidade de caracterização da ação como um crime impossível por ineficácia absoluta do meio, uma vez que a fraude não geraria, em nenhuma hipótese, resultado que ofertasse vantagem ilícita ao autor e prejuízo à vítima, devendo-se, para tanto, analisar cada caso concreto, uma vez que o grau de instrução da vítima ou até o seu conhecimento sobre a fraude aplicada pode implicar no reconhecimento da tentativa de estelionato.

Quanto ao agente que receberá a vantagem ilícita, tratando-se de terceiro que participou da execução do estelionato, tem-se um coautor. Se a participação no delito foi por meio de incentivos a fim da obtenção da vantagem ilícita, há a figura do partícipe. Entretanto, se o terceiro que receber a vantagem ilícita não tiver concorrido para a prática do estelionato, apenas sabendo a origem maculada do bem ou valor, tal indivíduo se enquadraria no delito de estelionato, previsto no artigo 180 do Código Penal. Por fim, o terceiro que recebe o fruto do estelionato, ou seja, a vantagem ilícita, sem saber de sua origem delituosa, não pratica crime algum.

Digno de destaque também é a falta de necessidade do autor do delito entrar em contato direto com a vítima, podendo, por meio do artil, por exemplo, levar o ofendido ao erro através de ligações telefônicas, emails, conversas em aplicativos de mensagens, publicações em redes sociais, etc., desde que haja o erro do sujeito passivo e a obtenção de vantagem ilícita do sujeito ativo.

Atentando-se, por outro lado, à vítima, esta precisa ser pessoa determinada, ainda que mais de um indivíduo figure como sujeito passivo, uma vez que quando tratar-se de vítimas indeterminadas, há a prática de algum dos delitos dispostos no rol do art. 2º da Lei 1.521/51, sendo os crimes contra a economia popular, que devido ao alcance e à falta de necessidade de individualizar as vítimas, atingindo um grupo ou a coletividade, não podem ser caracterizados como estelionato.

Devido à amplitude de possibilidades de realização do estelionato, este, como visto supra, pode se confundir com outros tipos penais. Clássica comparação se tem com o tipo penal da

apropriação indébita e da apropriação de coisa havida por erro, que distinguem-se na medida em que no primeiro, o dolo é posterior e não há erro da vítima ou emprego de fraude. Já no segundo há erro, porém não provocado pelo agente, bem como a boa-fé deste, sendo o dolo posterior da mesma forma.

Outra relação comum é a do crime de estelionato com a falsificação de documento, uma vez que, a fim de induzir a vítima ao erro e obter vantagem ilícita, núcleos do tipo do referido delito, o autor se utiliza de documentos falsificados, como o exemplo dos cheques, que podem ser alterados ou produzidos, para que o autor consiga, com este, adquirir ganho econômico ilicitamente. Dessa forma, o crime de falsificação documental está disposto no Código Penal, do artigo 297 a 299, porém, nos casos correlatos ao estelionato, tal delito adquire um caráter instrumental, sendo um “crime-meio”.

A partir do princípio da consunção, o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n. 17, adotou o entendimento supracitado, uma vez que o falseamento exaure-se na prática do estelionato, não tendo o documento falso, por conta própria, potencialidade lesiva, o que não ocorre quando ainda há possibilidade de utilização do fruto da falsificação, respondendo o agente, nesse caso, por dois delitos distintos, sendo o estelionato e a falsificação documental (GONÇALVES, 2023, p. 236).

No que se refere à configuração do crime de estelionato, há um ponto de debate referente ao fenômeno da Torpeza Bilateral, que se trata do estelionato quando a vítima do delito também age com má-fé, buscando obter vantagem ilícita, ainda que não haja prejuízo para a outra parte, onde o sujeito passivo do estelionato é induzido ao erro quando pensava estar conseguindo uma bonificação delituosa.

Nota-se, dessa forma, que há a participação ativa da vítima para a configuração do crime. No entanto, salienta-se que, muitas vezes, o fim pretendido pela vítima é ilícito, imoral, e é aí que se encontra o ponto inicial do problema em estudo [...]. Diante disso, quando há fraude bilateral, bem como quando há torpeza bilateral, a questão que se insurge é se há ou não o dever do Estado apenar o estelionatário, aquele que efetivamente obteve a vantagem, e se a outra parte envolvida, embora se rotule como vítima, se tivesse conseguido tirar algum proveito, seria apenada juntamente com o estelionatário. (HERTES, 2023)

Nesse diapasão, a discussão doutrinária em tal tópico é diversa, havendo defensores da vertente que entende o estelionato nessas circunstâncias ser atípico, como Nelson Hungria e Fernando Capez, o que vai de encontro com o entendimento vigente na jurisprudência, uma vez que mesmo nos casos de torpeza bilateral, permanece o crime, sendo o fato típico e não constituindo a boa-fé da vítima um elementar do tipo penal, motivo pelo qual a mesma não é exigida na caracterização do delito.

Além das disposições do delito de estelionato, abordadas supra, há outras modalidades do crime, em especial, uma inovação legislativa na figura da “fraude eletrônica”, sendo uma

qualificação do tipo penal, disposta no artigo 171, §2º-A do Código Penal. A preocupação do legislador em tal posituação da norma foi referente à crescente ocorrência de golpes e fraudes nos meios digitais, dificultando a responsabilização do agente, uma vez que a identificação do autor do crime na internet, por exemplo, ocorre com maiores óbices do que nas fraudes tradicionais.

A caracterização de tal qualificadora se dá no uso de informações da vítima para a aplicação da fraude, não bastando tal utilização, os referidos dados devem ser obtidos por meio de redes sociais, contato telefônico, e-mail, ou meios análogos. Na maior parte das vezes, tal figura qualificada consiste na realização de fraudes sucessivas, onde o agente utiliza as informações obtidas pela vítima, a mantendo em erro para, posteriormente, na posse dos dados obtidos, obter a vantagem ilícita, concluindo os elementos nucleares do tipo penal em tela.

Demonstrado o poder de adaptação do crime de estelionato, cabe analisar pormenorizadamente sua figura qualificada e a prática do referido delito nos meios digitais, que de formas variadas, consegue aproveitar-se das novas maneiras de interação social e até de transferência de valores para garantir a execução e o exaurimento do delito, bem como aumentar substancialmente o número de vítima, devido ao alcance das redes. Além de tais facilidades aos agentes, a internet também gera uma sensação maior de impunidade, o que incentiva a prática delituosa, como compreenderemos a seguir.

## **2. O USO DO AMBIENTE VIRTUAL PARA A PRÁTICA DO ESTELIONATO**

Com as mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas, as trocas de informação e os meios de comunicação ganharam um alcance antes inimaginável. Notícias são veiculadas em tempo real, importações são feitas a todo momento, bastando que o consumidor dê poucos cliques na tela de seu smartphone, aparelho que, anos atrás, nem cogitava circundar a imaginação popular, tornando-se um centro de mídia, conhecimento, interação social e comércio.

Alinhado a tais mudanças, a rede mundial de computadores, idealizada e posta em prática antes da virada do século, serviu de força motriz para o fenômeno da globalização. As referidas inovações acabam por vir acompanhadas de problemas ainda maiores, uma vez que, na disseminação de um espaço amplo, acessível e dotado de um suposto anonimato, a prática de crimes, que emana da natureza humana, encontrou abrigo na internet, onde elaborou-se novos golpes e fraudes, revestidos com a volatilidade do meio empregado.

A partir do uso do ambiente virtual, os agentes passaram a ter respaldo na ação delituosa, uma vez que essa passou a ser realizada à distância, de maneira rápida e sucessivamente, majorando o número de afetados, devido ao alcance das redes. Além da rápida obtenção de informações que os criminosos podem utilizar para induzir a vítima ao erro, hodiernamente, há inúmeras formas de

transferir valores rapidamente, o que aumenta a liquidez da obtenção da vantagem ilícita, ofertando menores janelas de oportunidade para que o ofendido note que está caindo em uma armadilha.

Devido ao massivo uso das redes, e desde antes delas para a execução dos delitos patrimoniais, por exemplo, qualquer tentativa de traçar um perfil de agente resta fracassada:

O cibercriminoso é aquele agente que pratica conduta típica, antijurídica e culpável, virtualmente, e será processado, julgado e punido por suas ações. Esses agentes não possuem um perfil padrão, podendo ser tanto pessoas possuidoras de um conhecimento técnico mais profundo a respeito da internet, os chamados hackers ou crackers, quanto usuários comuns que, por meio de seus atos no âmbito virtual praticam os mais variados crimes (estelionato, crimes contra honra, pedofilia racismo) contra outros usuários (SOUZA, 2021, p. 11)

À vista disso, a ocorrência de crimes pela internet e meios afins acaba por aumentar, na medida em que há maiores formas do agente conquistar a vantagem ilícita esperada. Pensando nisso, o legislador, por meio da Lei nº 14.155/2021, alterou o artigo 171 do Código Penal, que trata do crime de estelionato, adicionando ao delito sua forma qualificada, no que tange à fraude eletrônica, disposta nos §§2º-A, 2º-B e 3º do referido artigo:

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.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. (BRASIL, 1940)

Ao analisar a forma qualificada do estelionato, têm-se destaque na pena consideravelmente maior quando a fraude é realizada por meio de informações do ofendido, adquiridas através dos meios digitais, bem como a figura majorada quando se trata de servidor internacional, o que pode ser compreendido como uma forma de coibir artifícios utilizados pelos fraudadores para eximirem-se de responsabilização, seja esta civil ou, na forma do dispositivo supra, penal.

Cabe ressaltar, além disso, o aumento referente ao sujeito passivo do delito, quando este, tratando-se de entidade de direito público ou instituto de economia popular e afins, enseja em uma pena mais gravosa, nos termos do §3º do Art. 171.

Retomando o sujeito ativo do crime, este, ainda que possa ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, no caso da fraude eletrônica, presume-se que o agente tenha conhecimentos mínimos do meio no qual está inserido, uma vez que, utilizando-se da internet, por exemplo, consegue induzir a vítima ao erro, sob possibilidade de ocorrer crime impossível, nos casos onde a

informação prestada de má-fé não é convincente ou não surtiria efeitos para obter a vantagem ilícita.

Levando em conta a maneira com que os atores se manifestam e procedem com a fraude, consegue-se notar o uso do ardil, comentado no capítulo anterior, porém, neste momento, utilizado a partir do contato direto com a vítima por meio das redes sociais ou endereço eletrônico, o que aumenta a gama de possibilidades do agente, na mesma medida em que permite algumas formas de intervenção externa, como softwares de proteção para evitar tal teor de mensagens em uma caixa de entrada, como exemplo:

Muitos desses crimes virtuais são realizados mediante envio de e-mail falso (*phishing*) para o computador de uso pessoal com informações falsas que direcionam o usuário para um site, no qual este disponibiliza seus dados bancários para o agente do crime. É possível tipificá-las como estelionato, tendo em vista que o meio informático oferece inúmeras possibilidades de iludir a vítima e levá-la a, voluntariamente, entregar dados bancários. Uma ferramenta bastante útil no que diz respeito tanto à fraude virtual como ao estelionato virtual é o antivírus que, após instalado, oferece uma proteção contra esses e-mails falsos. Outra forma de defesa é configurar o sistema de segurança do *Firewall* para que esses e-mails indesejados nem sejam recebidos pelo usuário, evitando, assim, que este sequer os leia (SOARES, 2016, p. 19).

Além dos motivos já expostos para o uso dos meios digitais na prática do delito, há a maior aparência de boa-fé quando uma transação ou até conversa são feitas pela internet, podendo dar um contexto de veracidade na fraude aplicada, o que poderia se tornar difícil de se sustentar pessoalmente. Para tal, os artifícios utilizados são variados, uma vez que a indução da vítima ao erro é essencial para a caracterização do tipo penal, fazendo com que os cibercrimes, em especial, o estelionato, tenha uma classificação trabalhosa de se efetuar, cabendo destacar algumas formas comuns utilizadas pelos autores:

É muito comum a utilização de links, encaminhados por e-mail, mensagens de texto ou por redes sociais como o Whatsapp, Instagram, com algum conteúdo falso, que serve de “isca” aos usuários. Assim, o conteúdo induz o usuário a clicar no referido link, direcionando-o a um site falso onde acaba indicando seus dados pessoais e/ou até bancários, possibilitando ao agente apropriar-se desses dados e, posteriormente, transferir valores disponíveis em contas bancárias para o seu domínio ou realizar compras em nome do usuário, vítima desse golpe. Essa modalidade é conhecida como Phishing. Os e-mails ou mensagens enviadas, geralmente são disfarçadas, como se tivessem sido enviados por agências bancárias alertando sobre compras indevidas ou pedindo a atualização de dados cadastrais, sempre induzindo a vítima a clicar em um link, e posteriormente, fornecer seus dados. Também pode apresentar arquivos que ao serem baixados, infectam o aparelho com um “malware”, que pode furta os dados ou arruinar todos os arquivos do dispositivo eletrônico (SOUZA, 2021, p. 16).

Com tamanha variedade de formas de executar o delito em estudo, os meios digitais acabam sendo a forma preferida para realização do crime, uma vez que, como supracitado, geram facilidades para obtenção da vantagem ilícita, onde tais fraudes podem ser aplicadas sucessivamente, até que alguma vítima acabe por ser lesada. A gravidade nessas situações, como exposto pela previsão legal vigente, é muito maior, uma vez que, diferente do uso de documentação

falsa ou adulterada, por exemplo, que se exaure no ato do estelionato, não tendo mais capacidade delitiva, a fraude eletrônica pode ser repetida e disseminada em larga escala, bastando apenas que o sujeito ativo consiga entrar em contato com suas vítimas, o que se torna muito simples com as inúmeras redes sociais que têm-se no mercado.

Não limitando-se às plataformas existentes atualmente, cabe salientar que o estelionato pode, e provavelmente vai, adequar-se às novas modalidades de comunicação e interação social que surgirem com o passar dos anos, utilizando-se das inovações tecnológicas para que as fraudes sejam cada vez mais efetivas.

Conclui-se, portanto, que o estelionato praticado em ambiente virtual se traduz como um crime comum, que ocorre a partir das facilidades e atalhos que a internet proporciona. Podemos ilustrar, em forma de exemplo, as seguintes ações estelionatárias: utilização de identidades falsas, seja para cadastro em alguma plataforma, seja para postagem de produtos inexistentes para venda, enganando o comprador, o uso de cartões de créditos clonados, a inserção de dados bancários ou telefônicos que não condizem com a realidade, seja para realização negociações, seja para a conclusão de empréstimos ou recebimento transferências, etc. (DINIZ, *et. al*, 2022, p. 14).

Destarte, para além da facilidade que os agentes têm na execução e exaurimento do delito, merece destaque o problema da responsabilização do crime, uma vez que o ambiente virtual aparenta, para muitos, ser uma “terra sem lei”, onde as ações realizadas na internet, por exemplo, não são passíveis de punição de acordo com a ilicitude destas. Outrossim, não só os crimes patrimoniais, como o estelionato, suas figuras equiparadas e outras fraudes aproveitam-se disso, mas também toda sorte de delitos que possam ocorrer ou ser facilitados no meio digital, sendo o exemplo mais comum os crimes contra honra, sendo a calúnia, a difamação e a injúria, que são cometidos nas redes sociais todos os dias, nos mais variados contextos.

Não obstante às enormes facilidades que a internet oferece para a prática do bem, surgem as facilidades que se originam a prática do mau, que diante do que é proposto a discutir, trata-se do cometimento de crimes por meio dos facilitadores que são encontrados nesse moderno meio de comunicação. A questão do anonimato, por exemplo, se mostra como algo crucial, pois se apresenta como, senão a principal, uma das principais mazelas advindas da popularização da internet. O anonimato, hoje, é um dos principais motivos dentre os diversos existentes que embargam uma reação efetiva das autoridades na busca pela identificação do criminoso que atua em um ambiente virtual. Isto porque a inscrição e atuação em provedores digitais utilizando-se de dados falsos ou de terceira pessoa se mostra como algo muito simples. (DINIZ, *et. al*, 2022, p. 11).

Tendo em conta tal particularidade do meio utilizado pelos fraudadores eletrônicos, resta evidente a motivação destes em realizar golpes no ambiente digital, para que possam, de certa forma, afastar qualquer represália, seja por meio de contas falsas, ou ainda pela distância geográfica, por vezes até superando os limites do território nacional, o que o legislador buscou, sem muito sucesso, dirimir com a positivação do §3º do artigo 171 do Código Penal, tratado no capítulo inicial.

A internet, quando utilizada para meios ilícitos, cria uma sensação, não tão distante da



realidade, de que o agente não será encontrado em seu anonimato e, ainda que isso ocorra, a punição tardará a alcançá-lo, visto que os meios dispostos pelo Estado em um Inquérito Policial, por exemplo, nem sempre são capazes de identificar os autores de tais delitos, criando um fenômeno que veremos adiante.

### **3. A IMPUNIDADE GERADA PELO AMBIENTE VIRTUAL**

A prática de crimes pelos meios digitais se mostra cada vez mais comum, na medida em que as tecnologias estão ocupando maior espaço no cotidiano das pessoas. Tendo em vista a capacidade adaptativa da figura delitiva do estelionato, era de se esperar que o mesmo também se aproveitasse da internet para ser aplicado de maneira eficiente e abrangente.

Uma problemática notável é a responsabilização do sujeito ativo no crime de estelionato e nos demais delitos praticados por intermédio do ambiente virtual, em consequência da forma com que a execução ocorre, onde o golpista, utilizando-se de várias contas nas redes sociais, ou vários endereços de e-mail, consegue atingir um número ainda maior de vítimas que, quando buscam a responsabilização do ofensor, acabam enfrentando óbices relacionados à própria identificação deste.

Tal impunidade não afeta apenas as vítimas dos delitos virtuais, prejudicando também a atuação das autoridades policiais, que em sede de investigação, acabam por ter muita dificuldade em lograr êxito na identificação dos autores, o que amplia a referida sensação de impunidade, incentivando que os golpistas optem pelo ambiente virtual (OLIVEIRA, 2020, p. 11).

Nesse sentido, algumas alterações legislativas, como abordado no capítulo introdutório, foram utilizadas a fim de dirimir a prática dos crimes cibernéticos, não limitando-se apenas ao estelionato, visto que, em um primeiro momento, as informações obtidas ilicitamente foram alvo de tutela do Estado.

A edição e promulgação da Lei Nº 12.737 de 2012 é um exemplo. Na ocasião, o legislador, em observância a constante evolução da sociedade e, inclusive, do crime, entendeu ser necessário regulamentar casos posteriores que guardassem semelhança com um de grande repercussão nacional, que foi a invasão dos computadores e da privacidade da atriz Carolina Dieckmann. Na época, Carolina teve seu computador invadido por hackers e dados de cunho íntimo e pessoal foram acessados. Ressalta-se que o ocorrido no caso concreto ainda não era tipificado pela legislação penal e corroborou, de certa maneira, para a tipificação do delito de invasão de dispositivo informático (Art. 154-A CP) [...]. Em 2014, dando continuidade a u acompanhamento constante da evolução societária e em observância a uma, cada vez mais, completa imersão digital, ocorreu a promulgação da Lei Nº 12.965, denominada “Marco Civil da Internet”, cujo objetivo precípua foi o de regulamentar as relações sociais entre os usuários dessa ferramenta, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determinando diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (Art. 1º) (DINIZ, *et. al*, 2022, p. 12).

É possível observar que as inovações legislativas supracitadas buscaram, em um primeiro momento, desincentivar a prática dos delitos correlatos à invasão de dispositivo informático, com

maiores penas, em semelhança ao que ocorreu em 2021 com a criação da figura qualificada do estelionato, sendo a fraude eletrônica, bem como, posteriormente, elencar uma série de normas para as relações sociais no ambiente virtual, em acordo com as mudanças na sociedade, gerando o Marco Civil da Internet.

O legislador, visando obstruir as práticas delituosas na internet, acaba enfrentando a melindrosa situação da impunidade, na medida em que o desincentivo à prática delituosa referente aos cibercrimes não é suficiente, uma vez que a identificação do autor é difícil de se realizar, ao passo em que uma regulamentação completa do ambiente virtual não é possível ou, ao menos, não tem apoio popular, sob pena de ferir de morte a liberdade individual, como argumentado por uma parcela dos usuários.

Todavia, tais mudanças na lei acabam por indicar o interesse estatal em acompanhar as mudanças sociais:

Tratam-se de importantes alterações, diante do crescimento exorbitante das invasões e golpes que são efetivados via internet, mas ainda há muito que se avançar no combate a essas novas modalidades criminosas, dotadas de complexidades e particularidades no seu *modus operandi*, sendo a constante evolução legislativa, acompanhada de outros processos, como o de entendimento do que venha a ser um crime virtual e quais as suas peculiaridades, extremamente necessários na guerra contra a criminalidade digital (DINIZ, *et. al*, 2022, p. 13).

A batalha contra os crimes cibernéticos também deve ser lutada pelos alvos dos criminosos, onde a população, por meio de medidas simples para proteger seus dados e os equipamentos que utilizam para acessar a internet, pode dificultar ainda mais a execução da atividade delituosa, visto que os dados coletados, no exemplo da fraude eletrônica, são adquiridos por meio do ofendido induzindo-o ao erro, como na figura simples do estelionato, o que evidencia o constante uso, por parte dos agentes, da engenharia social e outros meios de persuasão, que poderiam ser combatidos com a devida cautela.

Nesse diapasão, o contexto de pandemia acabou por facilitar ainda mais a ação dos golpistas, na medida que muitas pessoas, devido às restrições sanitárias impostas pela prevenção à Covid-19, tiveram seu primeiro contato com a tecnologia, seja para estudar ou para trabalhar. Em tal abordagem incipiente, as vítimas, por não terem conhecimento sobre os meios digitais, eram induzidas ao erro de maneira ainda mais fácil.

Isto posto, as ações preventivas por parte da população formam grande barreira para a conduta ilícita do estelionato:

A prevenção é a melhor ferramenta para evitar a aplicação de golpes pelos cibercriminosos. Então, vale uma vasta pesquisa sobre a pessoa ou sobre a empresa que oferece ganhos extraordinários e de forma facilitada. A utilização dos sistemas de buscas são capazes de mostrar a veracidade das informações apresentadas. Se for uma empresa, é importante, primeiramente, a pesquisa sobre o CNPJ; se for pessoa física, as redes sociais contribuem, também, fortemente para a constatação do que fora ofertado. Assim, evita-se que a pessoa,

vulnerável pelas atuais condições, invista seu capital em esquemas criminosos e sofra com a perda de seu patrimônio. Caso haja a constatação que se trata de um golpe, é importante que o usuário denuncie o site, postagem ou perfil ofertante nas delegacias digitais ou em opções disponíveis dentro do próprio site em que está navegando, reduzindo, assim, a incidência desse tipo de crime (LUDGERO, 2020).

Considerando o fenômeno da impunidade trabalhado, bem como as mudanças sociais, outro âmbito onde há a presença do estelionato é o das relações consumeristas, uma vez que as compras e aquisições das mais variadas espécies de produtos ocorrem com grande fluxo por meio dos *e-commerces* e das redes sociais, realidade esta que tornou-se um *status quo* com a pandemia.

Dessa forma, retomando o poder de se amoldar à sociedade onde está inserida, o estelionato acabou por alcançar as relações de consumo praticadas no ambiente virtual, tendo em vista a comodidade na realização de compras sem deslocamento até as lojas, além de um maior catálogo ofertado, os comércios online tiveram grande aumento, crescendo também a incidência dos crimes cibernéticos (MICHELS, *et. al*, 2019, p. 7).

Em situação similar às compras online, as transações bancárias realizadas por meio de aplicativos e sites também são alvo dos criminosos, seja como um meio para induzir a vítima ao erro, como no uso de links e apps falsos, que tentam imitar os originais, bem como para garantir a liquidez do valor cobiçado, através das transferências instantâneas, como o Pix, alcançando o outro elemento do tipo penal, a obtenção de vantagem econômica ilícita.

Em tais casos, salienta-se a questão da impunidade na medida em que as transações bancárias, ainda que registradas e rastreáveis, nem sempre indicam a autoria do delito, tendo em vista que atualmente é possível criar contas em carteiras digitais com poucos cliques e quase nenhuma documentação, o que possibilita que os golpistas utilizem de “contas-laranja”, adquiridas por meio de informações vazadas em bancos de dados, por exemplo, a fim de afastar sua autoria.

À vista disso, sem esgotar a discussão, a impunidade dos delitos cometidos em ambiente virtual ainda é constante e se faz presente, uma vez que as fraudes aplicadas pela internet dificilmente são solucionadas, cabendo aos usuários terem cuidado redobrado, por meio de softwares de proteção ou de especial atenção às propostas que surgem nos meios digitais, evitando serem induzidos ao erro por meio de engenharia social. Ao Estado, principalmente, cabe a regulamentação mais precisa das transações monetárias e, parcialmente, do ambiente online, não podendo ser a internet uma “terra sem lei”.

## CONCLUSÃO

O crime de estelionato tem uma prática delituosa diversa, visto que se amolda de acordo com a sociedade onde está inserido, podendo tal delito ser cometido de inúmeras maneiras distintas,

por se tratar de delito de ação livre. Além dele, há figuras equiparadas que assemelham-se à fraude disposta no artigo 171 do Código Penal, mas com abordagens mais específicas, como a falsificação documental e, com maior enfoque, a fraude eletrônica, inovação legislativa em nosso ordenamento.

Depreendeu-se, no decorrer da pesquisa, que os crimes cometidos no ambiente virtual podem ser ainda mais nocivos que os tradicionais, tendo em vista que podem atingir um maior número de vítimas, sendo cometidos de maneira constante e sucessiva, além de dificultarem a responsabilização dos autores, trazendo à tona a problemática da impunidade do sujeito ativo nos delitos virtuais.

Constatou-se o uso do ardil, característica comum na indução da vítima ao erro na figura simples do estelionato, presente na fraude eletrônica, bem como outras formas de enganar o ofendido, por meio de sites maliciosos, aplicativos adulterados e compartilhamentos escusos nas redes sociais, alcançando a necessidade de que a população tenha maior cautela no uso da internet, por meio de softwares de proteção, bem como na análise pormenorizada de propostas ou ofertas de ganho nas redes, auxiliando no combate aos crimes virtuais.

Logrou-se êxito em confirmar a hipótese da dificuldade em identificar o sujeito ativo dos crimes virtuais, em especial, do estelionato, na medida em que a autoridade policial, por muitas vezes, não consegue encontrar os autores com os meios que tem em mãos, devido ao constante uso de perfis e contas falsas, ou ainda de titulações bancárias ou números de telefone em nome de laranjas, o que protela ainda mais qualquer tentativa de persecução penal.

Identificou-se a problemática do papel do legislador, na medida em que efetua mudanças no ordenamento a fim de dirimir a prática de delitos virtuais, o que não gera resultados suficientes, visto que a impunidade ainda é claramente perceptível, não podendo o Estado regulamentar rigidamente a internet, por exemplo, sem o aval da sociedade.

Por fim, constatou-se que o enfrentamento aos crimes virtuais deve ser realizado pelo Estado em parceria com a população que, com a devida cautela, dificultaria a prática delituosa dos delitos de caráter econômico, impedindo a ocorrência destes e diminuindo a impunidade dos autores dos delitos no ambiente virtual.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Jardel Thalisson. **Crime Cibernético e o Estelionato Virtual**. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Erechim/RS. 2016. Disponível em: [https://www.uricer.edu.br/cursos/arq\\_trabalhos\\_usuario/4259.pdf](https://www.uricer.edu.br/cursos/arq_trabalhos_usuario/4259.pdf). Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 abr. 2023.

DINIZ, Felipe Ferreira; CARDOSO, Jacqueline Ribeiro; PUGLIA, Eduardo Henrique Pompeu. O crime de estelionato e suas implicações na era contemporânea: o constante crescimento dos golpes via internet. **Revista Libertas Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 1-34, jan./jul. 2022. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/215>. Acesso em: 15 abr. 2023.

GONCALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Especial**. (Coleção Esquemático®). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627345. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627345/>. Acesso em: 15 abr. 2023.

HERTES, Andrelise. A (não) configuração do crime de estelionato diante da fraude ou torpeza bilateral. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3336, 19 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22442>. Acesso em: 15 abr. 2023.

LUDGERO, Paulo Ricardo. **Em tempos de pandemia o estelionato digital**. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://ludgeroadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/857104458/em-tempos-de-pandemia-o-estelionato-digital>. Acesso em: 15 abr. 2023.

MICHELS, Alexandre Siqueira; BIEGER, Nathan Lucas; SOEHN, Rogério César. O crime de estelionato virtual e a proteção do consumidor. Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR. **XII Mostra de Iniciação Científica (MIC-DIR)**. 05 de novembro de 2019. Disponível em: <http://faifaculdades.edu.br/eventos/MICDIR/XIIMICDIR/arquivos/artigos/ART23.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

OLIVEIRA, Hesrom César de. **Cybercrimes: do Estelionato Virtual**. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade Evangélica de Rubiataba. Rubiataba/GO, p. 48. 2020. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17815/1/2020%20-TCC%20-HESROM%20CÉSAR%20DE%20OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

SOARES, Bruno Dutra Serafim. **O Ordenamento Jurídico e os Crimes Virtuais**. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande/PB, p. 28. 2016. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/13948/1/PDF%20-%20Bruno%20Dutra%20Serafim%20Soares.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

SOUZA, Mikaelly. **Cibercrimes e os reflexos no Direito Brasileiro**. Monografia (Bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia/GO, p. 43. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2659/1/TCC%20-%20MYKAELLY%20SOUZA%20.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

# ETIQUETAMENTO SOCIAL E TEORIAS DA EXCLUSÃO: O ESTRANGEIRO COMO UM INIMIGO PARA O DIREITO PENAL

Arthur Ramos do NASCIMENTO<sup>1</sup>  
Mateus Ferrari LUZ<sup>2</sup>

## RESUMO

O artigo analisa a possibilidade de reconhecimento da Teoria do Etiquetamento Social utilizado pelo Sistema Penal brasileiro como potencial violador de direitos humano-fundamentais especialmente enfocando as análises na figura do estrangeiro investigado por prática de crime. Percebe-se em tais indivíduos, estrangeiros e agentes de prática delituosa, uma dupla marginalização, pois em ambos há uma sobreposição de etiqueta de “inimigo”. Em um cenário de violação e negação de direitos, especialmente alavancados e promovidos por grupos conservadores que enxergam no punitivismo penal uma bandeira de segurança pública, o artigo perpassa por levantar dados teóricos sobre essa visão marginalizada do estrangeiro como um “inimigo natural” e como essa visão culturalmente construída reforça a maximização da periculosidade como elemento de tratamento do estrangeiro agente de prática delituosa. A metodologia adotada na pesquisa é dedutiva e crítica e utilizou-se da revisão bibliográfica e análise documental. A hipótese demonstrada no artigo é de que há uma instrumentalização da leitura social do estrangeiro como inimigo e a partir daí uma legitimação da violação velada de direitos como prática institucional de segurança. As conclusões do artigo apontam para a possibilidade potencial desse tratamento, ainda que provoque a necessidade de novas e aprofundadas análises, apontando também para a necessidade de um maior amadurecimento sobre as teorias dos direitos humano-fundamentais, em articulações complexas e contemporâneas que contribuam para uma emancipação do Direito e da sua função política de transformação social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Etiquetamento social; Imigrante; Estigma social; Direitos Humano-fundamentais.

## ABSTRACT

The article analyzes the possibility of recognizing the Theory of Social Labeling used by the Brazilian Penal System as a potential violator of fundamental human rights, especially focusing the analyzes on the figure of the foreigner investigated for committing a crime. It is noticed in such individuals, foreigners and agents of criminal practice, a double marginalization, since in both there is an overlapping of the “enemy” label. In a scenario of violation and denial of rights, especially leveraged and promoted by conservative groups that see penal punitivism as a flag of public safety, the article goes through raising theoretical data about this marginalized view of the foreigner as a “natural enemy” and how this culturally constructed view reinforces the maximization of dangerousness as an element of treatment of the foreign agent of criminal practice. The methodology adopted in the research is deductive and critical and used bibliographic review and document analysis. The hypothesis demonstrated in the article is that there is an instrumentalization of the social reading of the foreigner as an enemy and from there a legitimization of the veiled

---

1 Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo do Curso de Direito e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Democracia, Constituição e Direitos Humano-fundamentais”. E-mail: [arthurnascimento@ufgd.edu.br](mailto:arthurnascimento@ufgd.edu.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1703887235949215> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6690-0667>

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Especialista em Direito Constitucional (CENES). Bacharel em Direito (UEMS). E-mail: [ferrariulzrh@gmail.com](mailto:ferrariulzrh@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8301241514542217> Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-9489-1875>

violation of rights as an institutional security practice. The article's conclusions point to the potential possibility of this treatment, even if it provokes the need for new and in-depth analyses, also pointing to the need for greater maturity on the theories of fundamental human rights, in complex and contemporary articulations that contribute to a emancipation of Law and its political function of social transformation.

**KEYWORDS:** Social tagging; Immigrant; Social stigma; Human-fundamental rights.

## **INTRODUÇÃO**

As sociedades contemporâneas revelam-se cada vez mais complexas, especialmente considerando as dinâmicas de Democracias Constitucionais onde a participação política e a reivindicação de direitos tem transformado a forma como a própria sociedade se percebe: abandonando uma suposta homogeneidade da sociedade (numa perspectiva política de povo), amplia-se a percepção da sociedade como um conjunto de coletividades, grupos, classes, organizações, etc. O aspecto da pluralidade vem ganhando cada vez mais espaço no cenário político e jurídico e disso resulta também a necessidade de problematização como a própria sociedade, o Estado e o Direito lidam com os ditos grupos minoritários e vulnerabilizados.

Por muito tempo o Direito exerceu (e ainda exerce, sob diversos aspectos) uma função de controle social em benefício de elites políticas, mas a partir de mudanças epistemológicas e da função política do Direito em sociedades contemporâneas (destacadamente as sociedades que se reconhecem como Democracias Constitucionais) para garantir os direitos humano-fundamentais em uma perspectiva mais inclusiva e democratizada. Muitos grupos marginalizados e invisibilizados passaram a receber da sociedade e do Direito (como produto de uma cultura em transformação) uma nova leitura crítica. Entre esses grupos se encontram os estrangeiros de toda espécie e também populações marginalizadas pela sociedade e pelo direito, como as populações carcerárias, por exemplo.

Analisar tais grupos marginalizados à luz de teorias críticas, principalmente considerando a construção da Teoria Democrática e da Teoria dos Direitos Humano-fundamentais, revela uma complexidade marcada por discriminações, preconceitos e violências que são muitas vezes transversais e fragmentadas. Perceber essas violências transversalizadas oportuniza perceber que muitas vezes categorias de marginalização se encontram em sujeitos como pessoas racializadas e socialmente vulneráveis, ou pessoas LGBTQIA+ e que também são pessoas com deficiência, entre outras possibilidades de análise, onde se percebe que há violências institucionais e sociais diferentes que se somam e se intensificam. A presente investigação se debruçou sobre um desses casos: a marginalização de pessoas que respondem perante o Direito Penal (assim chamados como “criminosos”) como sintoma da famigerada “Guerra às Drogas” e que são, também, estrangeiros.

Como contribuição para a pesquisa acadêmica, a investigação aqui desenvolvida buscou responder a seguinte questão: *a teoria do etiquetamento social, como processo de estigmatização e exclusão, e o arquétipo do estrangeiro oferecem subsídios para identificar no Direito Penal um tratamento violador de direitos humano-fundamentais?* A investigação parte da hipótese de que tais vieses (do etiquetamento e da percepção do estrangeiro como um inimigo) orientam um tratamento violador por parte do Estado-Juiz.

A partir de tais considerações, a investigação instrumentalizou análises fundamentadas no etiquetamento social como dinâmica de exclusão, especialmente pelo poder da estigmatização de determinados grupos. Nesse sentido, houve particular preocupação quanto ao modo como o Direito (e destacadamente o Direito Penal) encara o estrangeiro como inimigo (um tipo perigoso de “outro”) e conseqüentemente lança mão de instrumentos institucionais (como a Lei e o Processo Legal) como meios de prática e manutenção da discriminação contra tais “estranhos”. Por fim, a investigação apresentou, partindo da hipótese de que para o Direito Penal o elemento da periculosidade (mais e para além da tipicidade do fato) é critério (ainda que velado) de análise do crime praticado por estrangeiros. Nesse sentido, o presente artigo apresenta uma análise sobre como o estrangeiro está para o Direito Penal brasileiro.

## **ETIQUETAMENTO SOCIAL COMO DINÂMICA DE EXCLUSÃO**

O enfoque da criminologia crítica moderna, sobretudo após a introdução das ideias de comportamento desviante e que culminaram na teoria do etiquetamento (*labeling approach*), passou a ser direcionado pela *reação social*. Um de seus principais expoentes, Becker (2009) explica que os diferentes grupos sociais criam o que pretendem apontar como “desvio”, aplicando diferentes punições àqueles que se tornam “desviantes”, sendo que há uma variação da reação social quando leva-se em consideração fatores intrínsecos a esses últimos, como sua classe social, características étnicas, trabalho e aspectos culturais.

É justamente essa reação social, cujo temperamento pode ser mais ou menos fervoroso, que direciona os desvios merecedores de punição. Conseqüentemente, em uma sociedade verticalmente hierarquizada, a reação social que recebe mais segurança é afunilada nas classes dominantes, detentoras do capital econômico, social e cultural – afinal, ter é poder no capitalismo. Essa perspectiva levou a uma alteração paradigmática com a ciência criminológica tradicional, que pode ser atualizada no conceito de criminalidade como *status* atribuível a alguns sujeitos (etiquetados) através de uma classe social mais elevada composta por outros sujeitos (etiquetadores), quando há uma reação social mais exaltada destes últimos para que isso ocorra.

De modo que “se um ato é ou não desviante, portanto, depende de como outras pessoas



reagem a ele” (BECKER, 2009) e, considerando o atual modelo hierarquizado e conflituoso de interesses entre as diferentes classes sociais, é natural que sejam criados estereótipos da imagem do desviante que receberá uma maior ou menor reprovação. Ou seja, é notório que o atual sistema neoliberal aceite e impulsione que o extrato social mais desenvolvido seja o detentor do poder apto a determinar desvios e etiquetar extratos subalternos, reagindo com mais ímpeto principalmente quanto aos desvios que infringem o patrimônio particular.

Forma-se, assim, uma divisão de componentes sociais em dois grupos, onde aqueles com poder dominam direta ou indiretamente os menos empoderados, determinando punições aos desvios que atinjam seus interesses particulares. É preciso, então, compreender que essa ligação subordinante de uns sobre os outros é aplicada de forma complexa, e não apenas orientada pela produção normativa de leis penais incriminadoras desses desvios, mas por mecanismos estruturados sobre a *estratificação social* e o *antagonismo de classes* (BARATTA, 2002).

Essa gestão toda é definida como *sistema penal*, de onde emerge dois processos seletivos de criminalização: a criminalização primária (sanção de uma lei penal incriminadora) e a criminalização secundária (ação punitiva que recai sobre pessoas concretas). Dessa forma, a dinâmica de dominação que rege quem são os agentes etiquetadores ou etiquetados ocorre em ambos os momentos criminalizantes.

O etiquetamento social ataca em um primeiro momento a questão legislativa, ou pré-normativa, pois já nesta fase de elaboração de uma lei incriminadora encontram-se os *empresários morais* (BECKER, 2012). Zaffaroni e Nilo Batista (2011) explicam que o conceito de empresário moral em nossa sociedade pode ser tanto de um “[...] político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias, etc.”. Ou seja, já se tem aí parte do processo de exclusão social que, não necessariamente pretende aferir lucro econômico com seus etiquetamentos, mas de certa forma direcionar políticas públicas que defendam seus interesses particulares, estes sim, majoritariamente, ligados a propriedade privada.

Firmada a lei penal, a criminalização que agora está positivada atingirá os que infringirem o mandamento legal, recaindo-lhes as penas em espécie e grau previamente delimitados pela criminalização primária. Esse momento, agora de criminalização secundária, está arranjado de forma estrutural em diversas instituições, como delegacias de polícia, poder judiciário e penitenciárias. Como veremos adiante, essas instituições se articulam de forma independente defendendo seus interesses, como por exemplo quando policiais espancam um cidadão abordado na rua por “falta de respeito com a autoridade”, mas não tomam a mesma atitude agressiva quando colegas de farda atuam de forma criminosa, ou quando o abordado aparenta ser de classe social

elevada. Entretanto, as instituições também atuam de forma cooperativa na criminalização, quando um mesmo indivíduo sofre truculência em uma abordagem policial, tem suas prerrogativas processuais diminuídas pelo poder judiciário e, não bastasse, quando adentra o sistema penitenciário, tem sua dignidade humana completamente deturpada.

Não é difícil perceber esse cenário na prática. Para isso, basta observarmos os presídios brasileiros e sua composição étnica e social, onde os dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2019) apontam que 66,69% dos encarcerados é preto ou pardo, e que justamente os crimes contra o patrimônio (50,96%) são os que mais compõe a totalidade da massa carcerária. Se somarmos estes aos crimes previstos na lei de drogas (onde o lucro também constitui motivação para o delito), o total sobe para 71,25% de incidência quanto a esses tipos penais.

Para a teoria do etiquetamento social, portanto, o sistema penal seria o culpado pela criminalidade, operando de forma estrutural e cíclica na seleção e na estigmatização de determinados indivíduos através do emprego de uma “etiqueta” como forma de marca social que os diferencia dos demais. Isso afeta sobremaneira as classes sociais mais baixas, os pretos, as minorias em geral, e também afeta os estrangeiros quando pertencentes a grupos marginalizados.

O Direito é fruto um produto cultural de uma determinada comunidade política e jurídica, sendo possível reconhecer que “não possui existência por si só, mas existe pela vida dos homens, se nutre dela, tenta captura-la para dentro de si pela exceção” (SEQUEIRA, 2006, p. 663). O controle social é feito, portanto, em grande medida, por meio do Direito e do arcabouço jurídico. A marginalização e criminalização de determinados grupos e práticas sempre ofereceu instrumentos suficientes para o controle social.

Sequeira destaca que “há uma ambigüidade semântica e política no abandono”, posto que “[o] que foi posto em bando foi remetido à própria separação, à mercê de quem abandona, excluído e incluso, dispensado e capturado (SEQUEIRA, 2006, p. 663-664). Esse raciocínio é particularmente relevante quando se analisa o etiquetamento social, pois se instrumentaliza e institucionaliza o abandono social, jurídico e político quando se etiqueta uma determinada categoria de indivíduos.

Constrói-se pelo etiquetamento social (que, por certo em muito dialoga com a lógica do Direito Penal do Inimigo) uma institucionalização da exclusão, o que por sua vez legitima a atuação violenta por parte do Estado e da Lei. Ao classificar um indivíduo, grupo ou prática como “inimigo” se institucionaliza a exclusão. O chamado “bandido” merece todo o rigor da Lei e das instituições punitivas, pois sobre ele se aplicaria um “estado de exceção”.

Nessa perspectiva, Sequeira aponta a existência de uma lógica paradoxal nesse estado de exceção, que é em si uma exclusão inclusiva, “já que nele é impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, que coincidem, produzindo resíduos (...) para estender sua aplicabilidade à

vida do bandido” (SEQUEIRA, 2006, p. 664). O etiquetamento do praticante de crime como “bandido”, como aquele que deve ser “banido” do meio social, se justifica por não ser possível (a partir e conforme essa lógica) separar o agente que praticou o delito de uma suposta “mácula” ou “mancha” que o acompanha e que por essa razão o reduz da dimensão de sujeito de direitos.

É possível identificar a realização do etiquetamento social quando se tem por sujeito agente de prática delituosa o estrangeiro. O *estrangeiro*, como um *estranho*, é vítima de preconceitos culturais e que se manifestam em elementos prático-legais. Assim, para melhor desenvolver a lógica preconceituosa com que se presume o estrangeiro como inimigo – e que potencializa o estrangeiro agente de prática delituosa como um *inimigo perigoso* – o artigo dedica o próximo tópico para essa análise.

## O OUTRO: ESTRANGEIRO COMO INIMIGO

O preconceito contra o outro e nisso se incluindo o estrangeiro, não é uma prática oriunda da modernidade. É possível afirmar que esse processo de estranhamento faz parte da construção social de todas as sociedades e isso se dá por diversos motivos: (i) há um elemento de sobrevivência ancestral, posto que o estranho pode ser um inimigo; (ii) há uma questão de estranhamento quanto ao outro que é oriundo de outra cultura, outra língua, outros valores; (iii) há uma evidente tensão (que, todavia nem sempre é negativa) do choque de culturas, entre muitas outras.

Como destacado na análise do etiquetamento social como um processo de estigmatização, percebe-se que isso se desenvolve “como um aspecto da relação entre estabelecidos e *outsiders*” de modo que essa relação está associada “muitas vezes, a um tipo específico de fantasia coletiva criada pelo grupo estabelecido” que “reflete e, ao mesmo tempo, justifica a versão – o preconceito – que seus membros sentem perante os que compõem o grupo *outsider*” (NORBERT; SCOTSON, 2000, p.35). A estigmatização do outro é um processo que se retro alimenta, pois a estigmatização cria e consolida um determinado imaginário popular de aversão e que é reforçada social e culturalmente pela prática dessa aversão (seja pela discriminação e preconceitos que se enraízam ou mesmo pela instrumentalização dessa aversão por meio de leis ou instrumentos institucionais).

Não se trata, portanto, apenas de uma simples questão de “medo do outro”, mas, nas sociedades complexas contemporâneas, esses estigmas e etiquetamentos sociais “precisam ser pensados a partir da biopolítica, a partir de uma interrogação sobre a relação entre a vida nua e a política, que governa as ideologias da modernidade” (SEQUEIRA, 2006, p. 667).

Nesse sentido, Mossman e Tristoni apresentam uma importante contribuição: ao contrário de seu sentido original, onde *stigma* significava uma marca ou sinal físico que revelaria ou apontaria “para alguma falha moral a respeito da pessoa” que apresentasse tal aspecto (revelando

uma suposta causa de vergonha ou desgraça, ou reputação maligna), hoje o estigma (e a lógica do etiquetamento social que estigmatiza) “não se refere mais a sinais corporais, mas sim a marcas sociais, depreciativas, pejorativas que acabam gerando a exclusão social” e, portanto, “são definidas no ambiente social, ou seja, local no qual o indivíduo convive” (MOSSMANN; TRISTONI, 2012, p. 73-74).

O ser estrangeiro é uma dessas categorias que recebem o estigma contemporâneo da desconfiança e da aversão<sup>3</sup>. Sequeira destaca a “estrangeiridade” como uma categoria que, por si só, aproxima a figura do estrangeiro e a do bandido. Para a autora, nessas categorias se colocam os sujeitos que estão em um mundo sem fazer parte deles ou que, ainda que façam, participam no lugar do excluído. Sequeira aponta que são grupos que, por conta dessa exclusão, não tem pertencimento (é uma inclusão sem pertencimento). Da mesma forma que a cultura coloca (algumas) categorias de estrangeiro como criminosos, Sequeira aponta que “o criminoso é colocado nesse lugar de estrangeiro, de gozo, do que é recalcado e, portanto, rejeitado, mas presente em todos nós” (SEQUEIRA, 2006, p. 668-669).

Projeta-se, portanto, a violência de uma sociedade e toda a periculosidade que ela é capaz, na figura do estrangeiro, visto que nessa projeção, se estabelece também a presunção de que ele é capaz da mesma violência.

O preconceito e a discriminação contra estrangeiros são seletivos e podem ser percebidos quando se trata da visão que a população brasileira potencialmente tem em relação aos paraguaios:

Esses preconceitos que o brasileiro tem com o paraguaio se devem a vários fatores, dentre eles, i. a generalização da Ciudad del Este<sup>6</sup>, ou seja, pensam que todo o Paraguai é igual a Ciudad del Este. Porém, falta-lhes conhecimento e ensino sobre esta cidade e sobre o Paraguai, pois se trata de uma cidade paraguaia que tem sido alvo de todos os tipos de exploração de empresários estrangeiros, sem mencionar o tráfico e contrabando, sendo que os mais prejudicados são os paraguaios que servem de mão de obra praticamente escrava e, além disso, o Paraguai não pode ser conhecido pelo pouco conhecimento que se tem sobre uma de suas cidades; ii. a mídia, pois, ao trazer informações sobre o Paraguai, destaca apenas as notícias de cunho negativo sobre o país; iii. o pouco ou a falta de conhecimento sobre a história da Guerra da Tríplice Aliança, na qual contra o Paraguai estavam a Argentina, Uruguai e Brasil; iv. o livro didático, com sua visão etnocêntrica, ao estudar a cultura e a história dos povos, o livro didático apresenta a cultura do índio como inferior e, ainda, o Paraguai como inferior, sobretudo, quando são abordados temas como a Guerra da Tríplice Aliança (MOSSMANN; TRISTONI, 2012, p. 75).

Essa visão negativa do estrangeiro, como é o caso do preconceito contra paraguaios, apenas ressalta como o etiquetamento social não é apenas um aspecto cultural, mas uma forma de controle social e marginalização de determinados grupos.

---

3 Destaca-se que a aversão ao estrangeiro e a presença do etiquetamento social são seletivas e atravessadas por questões de raça e origem. O tratamento violento e de desconfiança que recaem sobre estrangeiros vindos de países como Paraguai, Bolívia, ou mesmo de pessoas refugiadas vindas da Venezuela e do Haiti não encontram paralelos com estrangeiros oriundos da América do Norte ou Europa. No caso desses últimos, é possível afirmar, existe uma notável indulgência e subserviência ao colocar o estrangeiro como um “superior” entre os nacionais.

Mesmo com as potencialidades de acordos internacionais para combate ao crime, parcerias, convênios, tratados de cooperação, o Direito brasileiro ainda considera que a ausência de vínculos em território nacional é suficiente para manter uma pessoa em prisão preventiva (Art. 312 do Código de Processo Penal). Há o risco de fuga e evasão do estrangeiro que não possui emprego ou residência fixa no Brasil, mas não se cogita a possibilidade de considerar o emprego ou residência fixa em seu próprio país – as autoridades não podem cooperar nesse sentido, ao que se apresenta. Não há pretensões de aprofundamento dessa questão, o que se fará em momento oportuno e em pesquisa própria<sup>4</sup>. Todavia, não é possível negar a associação do preconceito com o estereótipo do *estrangeiro criminoso*.

Conforme Baibich, o estereótipo preconceituoso se manifesta, a partir de uma leitura psicológica, como hostilidade dirigida por uma dada sociedade em face de indivíduos ou grupos que se enquadrem em determinadas categorias contra as quais atitudes hostis são toleradas ou permitidas. Essa hostilidade “preenche uma função irracional definida dentro da personalidade” e se apresentam enquanto uma sistematização de crença “como racionalização de uma hostilidade irracional enraizada em sua personalidade” (BAIBICH, 2002, p.117-118).

Essa hostilidade irracional se legitima cultural e institucionalmente por se tratar de inimigos, de modo que “as vidas do bandido, do abandonado, do exilado, do estrangeiro (...) estão no limiar do direito e da lei, regidas pelo estado de exceção” e, nessa perspectivas se encontram em uma dinâmica de “exclusão-inclusiva, numa lógica cruel, já que segrega, separa, e coloca-as à mercê daquele que segregou, num processo de captura” (SEQUEIRA, 2006, p. 667). Por ser inimigo, a sua vida importaria menos, havendo assim uma sobreposição da visão de “estrangeiro” e da figura do “bandido”<sup>5</sup>.

Assim, exatamente por tais etiquetamentos e estigmatizações se apresentarem como marcações vigorosas presentes no sistema jurídico, se mostra necessário uma revisão crítica sobre como o Direito Penal se aproveita de tais dinâmicas para controle social e marginalização: elege-se, portanto, quem é *perigoso*. Como apontado por Matsuda, “todo o espaço de atuação dos aparelhos repressivos do Estado deixa-se eivar com maior ou menor intensidade pela ideia de periculosidade”, e nesse sentido, o Estado (tanto o Estado Legislador, o Estado Executor e Estado Juiz) se apresentam como agentes violadores da dignidade da pessoa humana e de direitos humano-

---

4 A presente investigação é parte de uma pesquisa em sede de mestrado em andamento que analisa o comportamento judicial a partir do tratamento dado a estrangeiros, pesquisa na qual esses processos serão melhor aprofundados.

5 Essa sobreposição é bem apresentada por Sequeira quando questiona: “O criminoso é tratado como um estrangeiro? Parece que sim; o olhar é de fora para dentro, como se olha um estrangeiro; o lugar do diferente lhe é reservado, automaticamente, pelas pessoas. Essa atitude é movida por um mecanismo de defesa, que tenta impedir o contato com o recalcado, com o potencial criminoso, ou melhor, com as características nem sempre boas, mas existentes na natureza humana” (SEQUEIRA, 2006, p. 669).

fundamentais. Assim, é urgente identificar os fatores que segregam e violam direitos humano-fundamentais e isso só se faz possível ao “acessar a lógica de funcionamento dessa acomodação promovida no interior da atuação jurídico-institucional” (MATSUDA, 2009, p. 6).

À luz de tais considerações, o artigo se destina a apresentar as reflexões produzidas a partir da categoria de “periculosidade” como critério de análise do estrangeiro.

## **O DIREITO PENAL E A “PERICULOSIDADE” COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE DO ESTRANGEIRO**

O Direito Penal é historicamente um forte braço do Estado e das elites para a promoção de controle social. Essas elites e grupos de controle do Estado também estabelecem por meio dos poderes instituídos e dos instrumentos estatais suas próprias agendas e prioridades. Como resultado da cultura de uma dada sociedade (e especialmente dos grupos que ditam as pautas dessa sociedade), os preconceitos podem ganhar maior ou menor intensidade na marginalização e perseguição de determinados grupos com a maior ou menor intensidade de violação de direitos humano-fundamentais.

A construção, portanto, de teorias e pesquisas em Direitos Humano-fundamentais deve se dar por uma perspectiva crítica e que analise as complexidades dos fenômenos atuais. As sociedades complexas apresentam problemas igualmente complexos e que não são respondidos de forma suficiente apenas pelo Direito: aspectos de cunho psicológico, político, histórico, geopolítico e social não podem ser apartados das análises.

O etiquetamento social e a construção cultural da periculosidade do estrangeiro (por ser um estranho, um inimigo) é resultado de uma determinada forma de enxergar o mundo. Como apontado por Baibich, trata-se de uma visão falsa onde o preconceituoso distorce a realidade e busca se defender de ameaças imaginárias – para tanto, faz uso de estereótipos proporcionados pela cultura para justificar e fortalecer seu próprio preconceito (BAIBICH, 2002, p. 117).

Em uma sociedade marcada pela espetacularização da violência e que usa a violência estrutural como conteúdo de cunho político, não se pode ignorar o poder do preconceito e do estigma no convencimento de massas pouco críticas. A violência (do Estado e da Sociedade) contra o violento (mas não qualquer violento, o violento que se encaixa no estereótipo de inimigo) se apresenta como resposta fácil<sup>6</sup>.

---

6 É válida a reflexão de Matsuda que apresenta que “[a]s mudanças verificadas no exercício do controle do crime, associadas às transformações sociais, econômicas e políticas decorrentes da postura neoliberal, vão em direção ao recrudescimento do tratamento da questão do controle social, ao mesmo tempo em que há o solapamento das pretensões reintegradoras da intervenção estatal. Nesse cenário, a periculosidade é reatualizada e resgatada como um artifício para fundamentar a segregação daqueles indivíduos contra os quais a sanha punitiva do Estado é colocada em atividade de forma simbólica e expressiva” (MATSUDA, 2009, p. 130-131).

O sistema é composto por homens e mulheres que também são dotados seus próprios preconceitos e visões de mundo, razão pela qual, ao ocupar seus espaços de poder e de tomada de decisão reproduzem e instrumentalizam de uma estrutura preconceituosa e retroalimentada pelos estereótipos. Há uma naturalização da violência contra o sujeito estereotipado, sem qualquer análise crítica do que e do por qual motivo.

Não se trata de uma dinâmica inocente ou natural, mas uma mobilização política e institucionalmente produzida. Matsuda, ao analisar o elemento da periculosidade na contemporaneidade<sup>7</sup>, destaca que:

A partir da observação da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro e das políticas de segurança pública, é possível perceber que a periculosidade é uma espécie de argumento estratégico de que se servem as diversas instâncias de poder para justificar práticas de punição que não raro escapam à legalidade nos termos propostos pelo ordenamento jurídico e que incidem preferencialmente sobre determinadas categorias de indivíduos” (MATSUDA, 2009, p. 3).

A política criminal adota a periculosidade como componente não apenas no Brasil, mas se trata de um uso em escala global, “que nos últimos anos tem se direcionado de maneira mais categórica e intransigente aos estrangeiros, aos terroristas e à chamada criminalidade organizada”, pois tais categorias passaram a ocupar maior atenção social (MATSUDA, 2009, p. 4). Os fluxos migratórios, por exemplo, movimentando milhões de refugiados, as crises econômicas que resultaram em migrações em busca de melhores condições de vida e trabalho, entre outros, afloraram movimentos e sentimentos de xenofobia (e atos de violência e supremacismo nacionalista) em diversos países pelo mundo. O mesmo se dá com os sujeitos participantes de crime organizado que muitas vezes aliciam sujeitos com baixa escolaridade e pouquíssimo poder aquisitivo para realizar pequenas parcelas do tráfico internacional de drogas. Há uma punição excessiva quanto ao chamado “peixe pequeno”, e uma aparente negligência em se enfrentar os líderes.

Ao se observar o estrangeiro como um perigo em potencial (drogas, religião, empregos, violência etc.) se produz uma problemática que se torna(rá) definidora de recursos [públicos e privados] “acionados para forjar e para enfrentar os perigos representados por esses alvos preferenciais, no bojo de um gênero de ação pautada, nas concepções de risco e de governamentalidade” (MATSUDA, 2009, p. 4). Além disso:

É preciso reconhecer que “a periculosidade é mobilizada em contextos que não estão exclusivamente restritos à punição ou à prisão em sentido estrito, no âmbito de uma resposta penal exarada pela autoridade estatal incumbida da justiça criminal: embora tenha surgido e se desenvolvido em meio a essas práticas, recorre-se a ela para justificar a

---

<sup>7</sup> Matsuda analisa, a partir de Bauman (1999), que “ainda que o argumento da periculosidade seja uma constante no percurso do sistema punitivo, há momentos em que é possível identificar a reativação desse dispositivo e de toda a dinâmica que é por ele engendrada, que se manifesta de forma mais acabada na contenção pura e simples dos indivíduos tachados de perigosos e na sua neutralização ou imobilização” (MATSUDA, 2009, p. 3).

intervenção dos agentes do Estado em outros circuitos, sempre que povoados por indivíduos rotulados como perigosos” (MATSUDA, 2009, p. 5-6).

Nesse aspecto, para Saulo de Oliveira Pinto Coelho (2010), se impõe ao Direito uma procedimentalidade que supere a lógica dedutivista da subsunção normativa silogística, posto exigir um juízo de adequabilidade dialética da norma (abstrata) ao conflito (concreto), bem como do conflito à norma. Essa adequabilidade deve permitir o alcance do papel finalístico que cabe ao sistema jurídico: “ordenar de modo pacífico e justo a vida em sociedade”. Um conceito válido para o Direito deve considerar a expressão de complexidade dessa criação cultural produto da vida intersubjetiva, que não pode ser tratado apenas no plano das normas abstratas, ou no plano científico, como técnica ou simplesmente um plano ideal de justiça. Logo, “a conceituação do fenômeno jurídico deve buscar tratar o Direito no plano da totalidade de sua complexa realidade histórico-cultural” (PINTO COELHO, 2010, p. 100).

Aqui a consideração destaca a importância de não se limitar o Direito à norma ou à lei, como se essa criação cultural pudesse ser tratada apenas no plano das normas abstratas. Seria igualmente equivocado pensar o Direito apenas como ciência, o que implicaria reduzir sua compreensão ao conhecimento sistemático dos institutos e normas jurídicos. O autor destaca, na sua análise também a visão limitada do direito como simplesmente uma técnica, que seria reduzir o direito à uma prática de aplicação de normas, bem como preocupa-se em evitar que se limite o direito à uma visão (possivelmente utópica) de dar a cada um o que lhe é devido, sendo essa uma redução do Direito à um plano de ideal de Justiça (PINTO COELHO, 2010).

Nesse sentido, é preciso considerar criticamente a sobreposição do estrangeiro como bandido, à luz da percepção do etiquetamento social e da estigmatização. Além disso, a construção cultural do estrangeiro precisa também ser revista.

Conforme apontado por Matsuda, essa construção presume o estrangeiro como terrorista e com isso a perpetuação de uma relação de estranhamento e “de alteridade permeada pelo medo e pelo desprezo, que viabiliza a dominação e a aniquilação”. Segundo a autora, se estabelece uma dimensão de “eles” e nós”, onde: (i) “eles” são os outros que não possuem estatuto de cidadão e que não são abrangidos pela estrutura jurídica, e com isso sobre eles recai a exceção; e, (ii) “nós” são “aqueles que detêm direitos e que podem exercer sua cidadania”. O tratamento de exceção, portanto, se constrói “a partir da articulação entre segurança e riscos” (MATSUDA, 2009, p. 32), e, nesse sentido:

a periculosidade é uma concepção arraigada na legislação e nas instituições encarregadas da resposta estatal ao fenômeno criminoso, que a revestem da legalidade que impede ou limita seu questionamento, operação que é ainda mais dificultada pela complacência da população, acuada em meio aos infinitos riscos que se reinventam e que ameaçam a existência das pessoas “de bem” (MATSUDA, 2009, p. 131).



A violação de direitos humano-fundamentais em tais perspectivas é latente e aparente. Conforme apontado por Sequeira: “[a] prisão é uma lixeira humana, um lugar de horror, de total invisibilidade, um lugar de aniquilamento do homem, de aprisionamento do ser”, se apresentando como espaço marcado por condições desumanas (com privação de sono, alimentação, bem-estar, saúde psicológica, segurança, abandono estatal). Assim, o arcabouço legal é utilizado apenas para legitimar um processo de exclusão e marginalização do outro como inimigo e como ameaça que deve ser retirado do meio social, lançando tais sujeitos em um “não-lugar [que] mata o homem em vida” (SEQUEIRA, 2006, p. 668). É preciso reconhecer que: “[u]ma vida no abandono é uma vida sem valor; isso, ciclicamente, nos remete ao horror. Ao horror de um Estado que governa fora da lei, pela exceção” (SEQUEIRA, 2006, p. 670)<sup>8</sup>.

É preciso ponderar, a partir disso, o tratamento de estrangeiros em processos criminais se apresenta como um desafio para as concepções clássicas da atividade jurídica que se voltam estritamente para a previsão normativa emanada do Parlamento<sup>9</sup>. Não que esse reconhecimento não esteja repleto de fundamentos jurídicos oriundos dos canais formais e procedimentais, pois está, mas a crítica se estabelece quanto a particularidade do caso que implica um tratamento jurídico muito específico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se as análises desenvolvidas na presente investigação resta revisitar o problema de pesquisa apresentado: *a teoria do etiquetamento social, como processo de estigmatização e exclusão, e o arquétipo do estrangeiro oferecem subsídios para identificar no Direito Penal um tratamento violador de direitos humano-fundamentais?* É possível afirmar que a pergunta de pesquisa foi respondida positivamente. Há elementos suficientes para reconhecer e inferir que o Direito Penal brasileiro (via lógica de etiquetamento social e adoção do arquétipo do estrangeiro como um inimigo – isso fruto de uma cultura nacional discriminatória) é instrumento violador de direitos humano-fundamentais quando o réu é um “não nacional”.

---

8 Sequeira é pontual ao destacar que “É um absurdo que, em nome da lei, alguém tenha que se submeter a condições subumanas de vida, não tenha possibilidades de desenvolvimento pessoal, cultural, educacional ou de formação e qualificação profissional, que tenha que se submeter a regras de sociabilidade nas quais predomina uma lógica de favores e benefícios ditados por aqueles que têm poder sobre os outros, inclusive sobre a vida dos outros. A prisão parece destituir o sujeito de si mesmo, fazer a sua captura e incluí-lo numa lei perversa, onde predomina o mais forte, uma lei sem lei, onde inclusive os representantes da lei (policiais, funcionários das penitenciárias, advogados, etc), muitas vezes, agem fora da lei” (SEQUEIRA, 2006, p. 668).

9 Nesse sentido, entende-se que há sempre o risco de o estrangeiro evadir-se do país dificultando-se a sua prisão e mesmo o curso regular do processo investigatório e processo judicial. Todavia, considerando o estado atual da tecnologia e da busca por uma maior integração entre países, como o que se tem construído no MERCOSUL, há que se buscar por meios mais adequados e eficientes do que a restrição da liberdade em ambientes insalubres como os presentes no sistema carcerário brasileiro.

Confirma-se dessa forma, a hipótese orientadora da pesquisa considerando-se que tais vieses (do etiquetamento e da percepção do estrangeiro como um inimigo) orientam um tratamento violador por parte do Estado-Juiz que abandona a perspectiva do garantismo – tão presente em um momento de constitucionalização do Direito Penal, para adotar uma postura de maximização da periculosidade do estrangeiro.

Os direitos humano-fundamentais previstos no texto da CRFB/88 e em diversos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro devem influenciar na proteção de grupos (e indivíduos) marginalizados e vitimados por violências estatais. Tais análises críticas sobre o tratamento violador do Direito Penal quanto às garantias dos investigados não deve ser lida como uma postura permissiva ao agente criminoso, mas uma preocupação que possa traduzir (dentro de análises fundamentadas do Direito) como o Direito em uma Democracia Constitucional deve se posicionar dentro de determinados temas.

A proteção da pessoa humana sem discriminação e qualquer natureza é hoje uma árdua tarefa, mas se fundamenta e é reconhecida pelas normas internas (destacadamente pela CRFB/88) e também pelos sistemas de proteção dos direitos humanos. O sujeito que pratica crime é, como demonstrado, usualmente eleito como inimigo da sociedade e portanto não deveria ser merecedor de tutela dos direitos humano-fundamentais – postura que revela-se violenta e meramente passional. Por certo a questão do estrangeiro investigado em processo criminal não se apresenta como tema inédito, mas (por estar ligado à uma decadente e retórica “Guerra às Drogas”) se apresenta como fenômeno que ainda precisa ser melhor amadurecido, mas é importante no destaque da necessidade de se consolidar mecanismos de proteção contra a violação de direitos.

## REFERÊNCIAS

BAIBICH, T. M. Os Flintstones e o preconceito na escola. **Revista Educar nº19**. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 4ª ed. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Ed. digital. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012 (1963).

BRASIL. DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTEtNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViM>

DkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acessado em 06 de abril de 2023.

ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: J.Z.E. 2000.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade**: periculosidade e controle social no Brasil. 2009, 145 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23032010-110904/publico/FERNANDA\\_EMY\\_MATSUDA.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23032010-110904/publico/FERNANDA_EMY_MATSUDA.pdf) Acesso em 04 abr 2023.

MOSSMANN, Grasiela; TRISTONI, Rejane Hauch Pinto. Conflitos Identitários. **Revista Ícone** - Revista de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura. [s.l.], v. 09, p. 70-82, jan. 2012

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 01, p. 98-115, jan/jun, 2010.

SEQUEIRA, Vania Conselheiro. Uma vida que não vale nada: prisão e abandono político-social. **Psicologia, Ciência e Profissão**, v. 26, n. 4, p. 660-671, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/TcPRVxjcNsdBfzYFTRBPbMh/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 06 abr 2023.

# UM OLHAR CRÍTICO À ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA NO NEOLIBERALISMO

Marcos Antonio FRABETTI<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa versa sobre a análise crítica da atuação da polícia administrativa, no sentido de apurar o que legitima e normaliza a sua atuação letal. Para tanto, a pesquisa busca compreender o exercício do poder de polícia pelo Estado e a influência que este sofre do neoliberalismo. O estudo passa por uma compreensão sucinta da sociedade, do Estado, do neoliberalismo, do poder político do Estado e da criminologia crítica, tornando possível perceber que no exercício do poder de polícia, principalmente por meio da atuação da polícia administrativa na prevenção à prática de crimes, o Estado não produz tão somente a ordem pública e a harmonia social, que justifica a sua existência, mas, de modo velado, produz o controle social das classes mais pobres e dos indivíduos marginalizados, atendendo ao viés ideológico neoliberal e possibilitando a manutenção do sistema capitalista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder de Polícia. Violência Policial. Neoliberalismo. Criminologia Crítica. Controle Social.

## RESUMEN

Este trabajo de investigación versa sobre el análisis crítico de la actuación de la policía administrativa, en el sentido de averiguar qué legitima y normaliza su acción letal. Por lo tanto, la investigación busca comprender el ejercicio del poder de policía por el Estado y la influencia que sufre del neoliberalismo. El estudio transita por una sucinta comprensión de la sociedad, el Estado, el neoliberalismo, el poder político del Estado y la criminología crítica, lo que permite percibir que en el ejercicio del poder de policía, principalmente a través del papel de la policía administrativa en la prevención de la comisión de delitos, el Estado no sólo produce orden público y armonía social, que justifica su existencia, pero, de manera velada, produce el control social de las clases más pobres y de los marginados, al servicio del sesgo ideológico neoliberal y posibilitando el mantenimiento del sistema capitalista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder de Policía. Violencia Policial. Neoliberalismo. Criminología Crítica. Control Social.

## INTRODUÇÃO

A letalidade policial tem aumentado a cada ano, sendo um fato evidente em pesquisas de instituições públicas e privadas. Entretanto, nada é feito de concreto para interromper esta violência do Estado contra o ser humano, tornando-se uma ação normal. O presente artigo buscou analisar a atuação do Estado e compreender o que motiva esta letalidade. A princípio, a pesquisa passou pelo

---

1 Pós-graduado, com especialização em Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO e PROJURIS – Estudos Jurídicos (2021 – 2022). Pós-graduado, com especialização em Direito Aplicado, pela Escola da Magistratura do Paraná (2003). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (1998 – 2002). Participante do Grupo de Pesquisa INTERVEPES – Intervenção do Estado na Vida das Pessoas – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

estudo da doutrina tradicional no tocante ao que esta ensina sobre a origem do Estado, oportunidade em que se constatou o motivo do surgimento deste ente foi a necessidade dos seres humanos viverem em sociedade, agregando forças para superarem os desafios inerentes a sua existência e alcançar o bem-estar comum. O Estado foi criado sendo detentor do poder, o poder político, para organizar a sociedade, direcionando todos para a busca de um mesmo fim, ensinado pela doutrina majoritária como o bem comum. Deste poder decorre o poder de polícia, que impõe limites à atividade individual em benefício do interesse público primário (o bem estar social). A ordem pública, base fundamental de toda organização social e política, é um fim desta atividade, obtida como efeito da segurança pública.

No decorrer da pesquisa, foi possível constatar que diferentemente do que ensina a doutrina majoritária, a realidade tem mostrado que o Estado não atende o que retrata a teoria. O ente que deveria agir em benefício da coletividade, utiliza o poder que lhe foi atribuído para garantir a sua própria existência e os meios que permitam o desenvolvimento do ideal neoliberalista: perpetuar os valores capitalistas e controlar as classes sociais. Neste contexto, no exercício do poder de polícia o Estado busca a ordem pública para manter a sociedade harmônica, mas, de modo velado, sua atuação acaba por produzir o controle social dos indivíduos excluídos dos benefícios da vida em sociedade e incutir o medo, por meio da demonstração de poder, inibindo qualquer levante social.

Assim, a pesquisa foi desenvolvida contendo no primeiro capítulo o estudo do Estado e do neoliberalismo. Com breves apontamentos, é tratada a origem do Estado, trazendo conceitos e elementos que identificam estes institutos, bem como o neoliberalismo. No segundo capítulo foi abordada a atividade da polícia administrativa no sistema capitalista neoliberal, trazendo uma análise sucinta da criminologia crítica, aplicando seus conceitos ao estudo do exercício do poder de polícia do Estado, com o intuito de aferir se este atua de fato aos fins originários ou se, influenciado pelos valores capitalistas, serve para o controle social que atenda aos anseios da elite capitalista.

A pesquisa resultou na ideia de que o Estado brasileiro, influenciado pelos valores do sistema capitalista e da ideologia neoliberal tende, de forma inconsciente, a exercer um controle social que mantenha a sociedade estratificada, sustentando a lógica de exploração capitalista. Assim, o exercício do poder de polícia pelo Estado, por meio da atuação da polícia administrativa e ações de combate ao crime, é justificado para manter a harmonia social, combatendo a prática de crimes, contudo, quando o Estado pratica a violência policial e a seletividade penal, estas ações contribuem, na realidade, para a manutenção do controle de classes, porque as ações violentas controlam a quantidade de pessoas que não estão ajustadas ao modelo de comportamento neoliberal e geram medo, domesticando os indivíduos.

Para a realização do presente artigo científico se adotou o método dedutivo de pesquisa

sócio-jurídico-crítico, uma vez que foi realizada a pesquisa indo além do estudo da estrutura do sistema de normas, buscando conhecer a realidade e a expectativa social, promovendo assim o confronto entre o jurídico e a realidade social, extraindo-se o conhecimento necessário para o desenvolvimento da pesquisa. Com base em pesquisa bibliográfica e documental, estudou-se a temática a partir dos aspectos histórico e jurídico abordando, de modo breve, elementos que permitiram compreender o Estado, o neoliberalismo, a criminologia crítica e o poder de polícia do Estado. Foram coletados instrumentos textuais como legislações atualizadas, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico e histórico do tema central ora estudado, com posterior leitura e fichamento, culminando na elaboração do artigo.

## **1. O ESTADO MODERNO E O VIÉS IDEOLÓGICO NEOLIBERALISTA**

O desenvolvimento da presente pesquisa passa necessariamente pela compreensão do que a doutrina majoritária ensina a respeito do Estado moderno e em que consiste o neoliberalismo, com a intenção de aferir se existe uma influência do viés ideológico neoliberalista sobre as ações do Estado.

Para compreender o Estado é preciso antes compreender o instituto sociedade. Prevalece na doutrina, como nas obras de Dallari (2011) e Alarcón (2014), o entendimento de que a sociedade é fruto de uma natural convivência do ser humano em comunidade, uma vez que este é um ser social, ou, como afirmava Aristóteles (2006), um animal político. Este modo de viver garantiu e ainda garante à espécie humana a sua sobrevivência e evolução, porque permite que uma pessoa supra em razão do outro aquilo que não possui.

A sociedade é, portanto, para a doutrina majoritária, o resultado de um impulso associativo natural, combinado com a vontade humana, ou seja, um “um fato natural” (DALLARI, 2011. P. 23). Foi o instinto e a vontade que levou o ser humano, ser social e político, a associar-se a outros seres humanos com o objetivo de suprir suas necessidades, preservar a sua existência e evoluir.

Mas viver em sociedade não é algo simples, pelo contrário, é complexo, o que pode interferir na harmonia do relacionamento recíproco. Para preservar esta harmonia e impedir que os interesses e as necessidades individuais levassem os seres humanos ao conflito, a sociedade passou por uma inevitável adequação, assumindo a sua forma como sociedade política<sup>2</sup>, norteadas por três elementos: a finalidade ou valor social, as manifestações de conjunto ordenadas e o poder social (DALLARI, 2011).

É importante para a presente pesquisa esclarecer o que são estes três elementos. A

---

2 Dallari (2011, p. 57) define sociedade política como “todas aquelas que, visando criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum”.

finalidade ou valor social decorre da escolha livre do ser humano e consiste naquilo que é ao mesmo tempo mais valioso para cada indivíduo e também para a coletividade, um bem que Dallari (2011, p. 34) alega ser o “bem comum”. Ressalta-se que esta visão não é apresentada na presente pesquisa porque representa a verdade, mas por ser a ideia tradicionalmente difundida pela ciência do Direito, especialmente nos cursos de graduação. Entretanto, mais adiante será demonstrado que este bem comum é questionável.

O que a doutrina tradicional ensina é que a busca deste bem comum somente é possível se todas as pessoas agirem em conjunto, de modo reiterado e ordenado. Por isto as manifestações de conjunto ordenadas é um elemento da sociedade política (DALLARI, 2011). O terceiro elemento formador da sociedade política, o poder social, refere-se a uma vontade que submeta todas as outras e que somente será legítima se reconhecida e consentida pela coletividade, com o fim de “preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais” (DALLARI, 2011, p. 51).

O Estado é justamente uma espécie de sociedade política, que surgiu em um dado momento da existência humana para coordenar a vida em sociedade e traçar o caminho a ser seguido pelos seres humanos que a integram. Entretanto, definir a sua origem não é uma tarefa simples. O termo Estado<sup>3</sup> é atribuído à obra O príncipe de Maquiavel, no ano de 1513, quando a palavra foi utilizada pela primeira vez para referir-se a uma “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política” (Dallari, 2011, p. 59).

Já o surgimento do ente Estado propriamente dito é tentado ser explicado por diversas teorias. Há aquelas que procuram explicar o Estado a partir das manifestações da vida social (DALLARI, 2011, p. 60; ALARCÓN, 2014, p. 84 a 87), outras em razão dos motivos do seu aparecimento, como as teorias da formação natural ou espontânea do Estado e as teorias que sustentam a formação contratual do Estado (DALLARI, 2011, p. 62). Há ainda teorias que atribuem a origem do Estado a um fator econômico, como a elaborada por Marx e Engels, que defendem ter o Estado nascido no desenvolvimento da sociedade, com a quebra da convivência harmônica e para proteger as classes beneficiadas com esta nova realidade, sobretudo o direito a propriedade privada (ENGELS, 1984). O Estado seria então uma criação da classe dominante para garantir seus privilégios.

Analisando o Estado moderno, a sua origem é atribuída principalmente a um evento ocorrido na Europa durante os séculos XV a XVII, o tratado de paz de Westfália, em 1648, e é a partir deste fato social que o Estado adquire suas principais características, que persistem até os dias atuais, ou seja, a partir daquele momento, o Estado passou a ser identificado com uma instituição detentora de um poder soberano, exercido na época pelo monarca, e por um processo de

---

3 Do latim *status* = estar firme (DALLARI, 2011, p. 59).

centralização e concentração territorial, econômica e jurídica (ALARCÓN, 2014). Este primeiro Estado moderno era absolutista e surgiu em razão de um fator econômico: a crise do sistema feudal em decorrência da formação do modo de produção capitalista (PEREIRA, 2004, p. 15).

Nota-se que o Estado moderno surge identificado pela doutrina por elementos puramente jurídicos, que, na concepção de Pereira (2004), é uma forma reducionista e limitada de conceber o Estado. Há um fator desconsiderado: o econômico. É de suma importância para a compreensão do Estado moderno considerar este fator econômico, porque a sua criação atendeu, sobretudo, aos interesses da burguesia, que foi agraciada com a centralização política e a monopolização da produção jurídica, tomando para si o poder de regular a sociedade, conforme seus interesses. O próprio Direito moderno acaba sendo uma criação da burguesia, incorporando valores que interessavam àquela classe emergente, produtora de mercadorias, para proteger o modo de produção capitalista (WOLKMER, 2001).

Assim, no decorrer da história após a criação do Estado moderno, o que se tem são transformações na sua estrutura, sem que o norte de proteção do modo de produção capitalista fosse alterado. O Estado moderno inicia-se como Estado absolutista, com todo o poder concentrado no monarca para que este mantivesse a ordem interna, a união do território e o protegesse de ameaças externas (ALARCÓN, 2014). Posteriormente, com o poder soberano sendo tomado pela burguesia, o Estado se torna liberal, atuando segundo um sistema político, jurídico e econômico influenciado pelo viés ideológico liberal (ALARCÓN, 2014). Frisa-se que o liberalismo foi a fonte para o surgimento do capitalismo, preconizando “a defesa irrestrita da propriedade privada, procurando demonstrar que a busca do interesse próprio e a liberdade plena garantiriam o equilíbrio funcional do sistema e a felicidade de todos, capitalistas e trabalhadores” (PEREIRA, 2004).

Este Estado liberal surge como contraponto ao Estado absoluto, respeitando a mínima intervenção na sociedade, pois limitado em sua intervenção, para respeitar os direitos individuais e agir de acordo com os interesses da burguesia. Ensina Dallari (2011, p. 273) que

[...] o Estado liberal, resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o *Estado mínimo* ou o *Estado-polícia*, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação política favoreceu a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade. (grifos do autor)

Este ente criado pela burguesia e limitado pela lei deu origem ao Estado de Direito, como esclarece Alarcón (2014, p. 133):

A proposta jurídica que veio ao lume na esteira do liberalismo sustentou a fórmula do Estado de Direito organizado através de uma Constituição, que postula a separação de funções – legislativo, executivo e judiciário – e que garante a liberdade máxima do indivíduo diante do Estado, é dizer, cria um Estado desconcentrado, controlado pelas leis e



reduzido na sua possibilidade de interferir na conduta dos agentes econômicos, em uma sociedade civil de seres humanos pretendidamente livres e iguais em direitos e obrigações.

O Estado de Direito está subordinado a um corpo normativo que é anterior a ele: a Constituição. Esta é a origem e o limite do Estado. Esclarece Sundfeld (2008, p. 37), que o Estado de Direito “se subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação. O Estado Político apenas submetia os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele”. Salienta-se que, como mencionado, sendo o Direito moderno uma criação da burguesia, adepta do liberalismo, pode-se afirmar que o Estado subordinado ao Direito é o Estado subordinado aos interesses dos liberais.

A partir do Estado liberal, o que se tem são ajustes na forma do Estado para acomodá-lo às transformações sociais e, sobretudo, a evolução da sociedade, visando a manutenção da sua existência e reconhecimento de sua legitimidade perante os seres humanos. Quando o liberalismo clássico mostra-se incapaz de atender os anseios da sociedade, gerando o desequilíbrio financeiro, o aumento da riqueza de alguns e a miséria de outros, o que se tem não é o fim do Estado, mas a sua alteração, para adaptar a demanda da sociedade, assumindo a face do Estado Social de Direito, com a justificativa de suprir a omissão do Estado liberal quanto ao bem-estar social (SUNDFELD, 2008, p. 54 e 55; ALARCÓN, 2014, p. 136 e 137).

Contudo, não obstante uma permissão para o Estado intervir na sociedade, para proporcionar o desenvolvimento e justiça social, a verdade é que isto não foi completamente alcançado, porque o sistema econômico ainda era o sistema capitalista de produção. O Estado social buscou compatibilizar em um mesmo sistema “o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*” (grifos do autor) (SILVA, 2005, p. 115). Deste modo, não houve propriamente uma reforma do Estado, mas uma adaptação para que o sistema capitalismo e o próprio Estado não sucumbissem diante das transformações sociais, políticas e jurídicas desejadas pelas pessoas da época.

Nesta evolução do Estado para adaptar-se às transformações da sociedade e anseios das pessoas, chegou-se ao Estado Democrático de Direito, ou, no caso do Brasil, ao Estado Democrático e Social de Direito, mas sem perder o vínculo com a sua origem burguesa e liberal, mantendo-se afastado do que ensina a doutrina majoritária, ou seja, que o Estado é uma criação necessária para coordenar a comunidade de seres humanos, organizando-a na busca de um mesmo objetivo, o bem comum. Assim, não obstante as transformações, o Estado moderno nunca perdeu a sua essência liberalista.

Para não perder a influência sobre a sociedade, o capitalismo e os ideais liberais se transformaram e na atualidade seus princípios estão inseridos no viés ideológico chamado de

neoliberalismo, que traz ideias tidas como caminho seguro para enfrentar a crise do Estado social, apontado como excessivamente intervencionista. Segundo Holanda (2001, p. 46),

Da década de 30 até a década de 70 deste século, a resposta à crise do capitalismo foi a ampliação do intervencionismo. O Estado assumiu a concorrência de mercado, a política do equilíbrio com desemprego (keynesiana), combinando-a com uma ampliação política social. Com a nova crise econômica mundial do capitalismo no final da década de 70, o neoliberalismo atacou dos muros das academias e das instituições de pesquisa afirmando que a crise do capitalismo foi resultante da ação intervencionista organizada do Estado na Economia.

Entretanto, o neoliberalismo não é tão somente uma expressão pura e simples do capitalismo e dos ideais liberais, mas um novo modo de direcionar o sistema econômico e também “um modo de governar pessoas e sociedades” (CASARA, 2020, p. 47), ou seja, interferir também na política. Esclarece Casara (2020, p. 47) que

O empreendimento neoliberal não se reduz ao campo econômico. O neoliberalismo, com uma teoria débil do ponto de vista da ciência econômica – que em certa medida resgata a crença no “pensamento mágico”, retratado na tese da “mão invisível do mercado”, ao mesmo tempo que ataca o keynesianismo e o Estado do Bem-Estar Social-, revelou-se uma ideologia capaz de condicionar diversas esferas. (grifos do autor)

O neoliberalismo é uma reação ao Estado do bem-estar social, para resgatar aquele Estado moderno originário, forjado nos ideias liberais e conforme o sistema capitalista de produção, direcionando a sociedade e o ente Estado unicamente a proporcionar as condições necessárias para atender os interesses do mercado, que, em síntese, é a obtenção de lucro, e isto será alcançado por meio do desmantelamento do Estado do bem-estar social e, diferentemente do que preconizava o liberalismo, também com a redução de direitos individuais, “sempre que existir risco para o mercado ou para os detentores do poder político” (CASARA, 2020, p. 48).

E sob esta ótica, de um Estado e sociedade conformados por um viés ideológico que atende ao sistema capitalista, como ficam as ações deste Estado no exercício do poder de polícia, sobretudo na atuação da polícia administrativa? Suas ações atendem a uma característica do capitalismo que é a opressão das classes mais pobres? São estes questionamentos que irão direcionar o presente artigo na sequência.

## **2. A ATUAÇÃO DA POLÍCIA ADMINISTRATIVA NO NEOLIBERALISMO**

Ensina a doutrina majoritária que o Estado foi criado com a finalidade de promover o bem comum, esta é a sua razão de existir. E esta finalidade somente pode ser alcançada com a intervenção do Estado nas relações entre os seres humanos para trazer equilíbrio, harmonia e ordem. Por isto se justifica a delegação ao Estado de um poder, o poder político, necessário para manter uma comunidade humana unida, coesa e solidária, que permita o pleno desenvolvimento e o bem-estar de todos (BONAVIDES, 2000, p. 129). Este poder político é a representação do poder de cada

cidadão, delegado ao Estado por cada indivíduo para intervir na sociedade com o objetivo de garantir que esta se mantenha organizada e direcionada justamente para a consecução dos fins sociais.

No exercício deste poder político o Estado incumbe-se de diversas atividades, denominadas de funções. Ensina Caetano (2003, p. 148) que

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem acção contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas actividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, actividades a que se chama *funções*. [...] na Ciência Política os autores emprestam-lhe significações variadas: umas vezes chamam funções os fins do Estado, outras designam assim as tarefas concretas que um Estado deve desempenhar (assistência, ensino, polícia, etc.), outras ainda entendem por função o conjunto de poderes e deveres que pertencem a um órgão qualquer do Estado. (grifos do autor)

Neste norte pode-se afirmar que são as funções do Estado os meios pelo qual este se organiza para atingir seus fins. É relevante mencionar que o poder político é indivisível, pois ele é a união das forças individuais de cada integrante da sociedade (SCHERCH, 2020, p. 46), e é esta coesão que legitima o poder do Estado. A função do Estado analisada neste trabalho de pesquisa é a função administrativa, atribuída ao Poder Executivo, a quem incumbe a conversão da lei em ato individual e concreto (MEIRELLES, 2016, p. 64).

Quando o Estado exerce esta função administrativa regulando o comportamento de cada indivíduo, fazendo atender o modelo de comportamento social necessário à manutenção da ordem e harmonia social, o que se tem é o exercício do poder de polícia. Nota-se que, diferentemente do que se propunha quando o Estado de Direito foi criado, tendo por princípio o respeito irrestrito aos direitos individuais, o Estado atualmente tem maior poder de intervenção na vida das pessoas, sob a justificativa de consagrar os direitos sociais e buscar a igualdade material, reforçando a ideia de que a razão de existir do Estado é manter a sociedade coesa, organizada e direcionada a realização do bem comum. Seguindo este raciocínio, o interesse coletivo ganhou relevância em comparação ao direito individual, limitando-o.

No exercício do poder de polícia, o Estado faz valer justamente esta supremacia do interesse público, limitando a liberdade do cidadão, para conformar o exercício dos direitos individuais ao interesse público. Conforme a doutrina mais tradicional, o poder de polícia é considerado como uma “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2016, p. 152) ou, segundo Cretella Júnior (2006, p. 37), como uma “faculdade discricionária do poder público de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo”.

Não se pode deixar de trazer a definição do Código Tributário Nacional (1966), contida no artigo 78, que aborda também a intervenção do Estado na ordem econômica:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Observa-se, portanto, que para a doutrina a principal característica do poder de polícia é a limitação do direito individual, e, como especifica Meirelles (MEIRELLES, 2016, p. 153), com o intuito de conter “atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social ao desenvolvimento e a segurança nacional”. E no exercício deste poder de polícia o Estado pode atuar para a manutenção da ordem pública<sup>4</sup>, a defesa e a segurança individual e coletiva, âmbito em que se insere o combate ao crime e a atuação da polícia administrativa<sup>5</sup>, como prevê o artigo 144 da Constituição Federal (1988).

Importa mencionar que o surgimento do ente administrativo polícia é atribuído por Ferreira Filho (1981) ao período do Estado liberal, porque, em razão da mínima intervenção, sua atividade ficou limitada a tão somente promover a manutenção da paz, levando a criação de uma estrutura organizada para este fim, conhecido hoje como polícia. Como ensina Ferreira Filho (1981, p. 304) este ente administrativo pode ser definido como “o setor da máquina administrativa que se destina a assegurar a defesa e a segurança tanto individual quanto geral. Em especial, cabe-lhe impedir as mais graves violações à lei que são os crimes”.

O poder de polícia e, logo, a atuação da polícia administrativa, não é ilimitado. Embora o poder de polícia seja discricionário, o Estado não pode agir de modo arbitrário (LAZZARINI, 1994), pois, como próprio do Estado de Direito, a sua ação é limitada pela lei, sobretudo, pela Constituição Federal. No caso da limitação dos direitos individuais, o limite está na prevalência irrestrita dos direitos fundamentais do ser humano. Este, portanto, é o limite da atividade policial.

Entretanto, a realidade brasileira não é esta. O exercício do poder de polícia e, principalmente, a atuação da polícia administrativa, configura uma rotina de desrespeito aos direitos

---

4 O significado dado às expressões ordem pública e segurança pública é, em relação à primeira, a ausência de agitações, ausência de desordem, de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado, e, em relação à segunda, uma sociedade sem violência, em que os preceitos legais, sobretudo penais, são observados, garantindo a ordem pública (LAZZARINI, 1994). Salienta-se que a segurança pública está prevista no artigo 144 da Constituição Federal (1988) como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

5 Não será dedicado no trabalho de pesquisa um item específico sobre a diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária. Cabe, no entanto, esclarecer que polícia administrativa é aquela que exerce a atividade administrativa preventiva, regida pelas normas e princípios do Direito Administrativo, enquanto que a polícia judiciária é aquela que também exerce uma atividade administrativa, porém, repressiva, agindo para reintegração do direito violado, auxiliando o Poder Judiciário (LAZZARINI, 1994).

individuais dos mais pobres, dos grupos discriminados e daqueles excluídos dos benefícios da vida em comunidade, uma contradição entre o conceito jurídico e a dinâmica real, um desencontro entre o abstrato ensinado nos cursos de direito e o concreto vivido no meio social.

Isto é devido ao fato de que, como abordado no primeiro capítulo, o Estado moderno é uma consequência do capitalismo, criado para garantir e perpetuar os direitos e privilégios da burguesia, portanto, as ações do Estado moderno sempre estiveram contaminadas pelo viés ideológico liberal e persiste nesta fase neoliberal. Diferentemente do que prega a doutrina tradicional, o Estado não tem por finalidade promover o bem comum, mas propiciar meios que permitam a manutenção de um sistema capitalista, que, por sua natureza, impõe um controle social e a manutenção de uma sociedade estratificada.

O exercício do poder de polícia tende a satisfazer o neoliberalismo, no momento em que, sob a justificativa de manter a ordem pública, a polícia extrapola os limites da lei e, com ações violentas e direcionadas para grupos específicos, acaba por controlar os indivíduos e permitir a manutenção da divisão da sociedade em classes, como pode ser constatado ao analisar o que ensina a criminologia crítica, e, com isto, pode-se afirmar que o controle social atribuído às instituições penais também ocorre nas ações da polícia administrativa quando esta extrapola a legalidade e abusa do seu poder de limitar o exercício dos direitos individuais.

É justamente na criminologia crítica que se pode compreender esta relação entre poder de polícia e neoliberalismo, uma vez que condutas tidas como afronta ao interesse coletivo são na verdade construções jurídicas direcionadas para defender determinados bens e atribuídas a determinados indivíduos, como explica Baratta (2002, p. 161):

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é – segundo uma interessante perspectiva já indicada nas páginas anteriores – um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”. (grifos do autor)

Significa dizer que, segundo a criminologia crítica, não existe a criminalidade propriamente dita, mas um processo de criminalização, em que o comportamento criminoso e o indivíduo criminalizado são fruto de uma construção social, que visa garantir a permanência de uma exploração econômica e as desigualdades sociais que ela gera. Assim, no exercício do poder de polícia e, conseqüentemente, na atuação da polícia administrativa, o alvo quase sempre é o indivíduo das classes menos favorecidas e as pessoas negras, estas historicamente exploradas na sociedade brasileira, que são excluídas dos benefícios da vida em sociedade, que sofrem a lógica

exploratória do sistema capitalista.

Neste sentido, a atuação do Estado atende ao neoliberalismo quando as ações da polícia tendem a ser, em sua maioria, seletivas, formando um padrão de bens com prioridade de proteção e de indivíduos que serão os destinatários de suas ações. Isto produz a manutenção da estrutura estratificada de classes, porque controla justamente aquela parte da população que não se beneficia da vida em uma sociedade capitalista.

Esta relação entre criminologia e capitalismo é ressaltada Batista (2011, p. 19):

A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento capitalista.

Segundo Santos (2021, p. 371), a influência do sistema capitalista ocorre no ordenamento jurídico como um todo, que está comprometido com a dominação de uma classe social sobre a outra, e a elaboração e a aplicação das normas penais ocorrem para garantir as “desigualdades de classe e gênero, nos níveis de criminalização primária e secundária”. Para Santos (2021), a ordem social é uma necessidade do modo capitalista de produção e, para Batista (2011, p. 80), esta demanda permanece até os dias atuais, condicionando, principalmente, a questão criminal, como comentado em sua obra:

Existem então demandas distintas de política criminal. O absolutismo gerava demandas de ordem a partir do capital mercantil, a burguesia ascendente demandava garantias para a exploração intensiva da mão de obra para a revolução industrial e daí por diante, até as demandas atuais do capitalismo videofinanceiro. Apreendemos com Zaffaroni que, nas margens do capitalismo central, na nossa periferia, ocorre uma “transculturação” das políticas criminais que se atualizam sucessivamente diante das revoluções: a mercantil, a industrial e a tecnocientífica.

A forma social e o Estado são, portanto, delimitados por estas demandas. Entretanto, vale ressaltar que o Estado, por meio de seus agentes públicos, não atua de modo consciente, como defensor da classe dominante, porque esta finalidade está implícita no poder político, uma vez que este configura uma construção jurídica que visa garantir a ordem necessária para a existência do sistema capitalista. Como explica Belló (2021, p. 33 e 34)

Compreendida a forma política do Estado, sua derivação da forma mercadoria, aparecendo como um terceiro alheio às relações jurídicas estabelecidas pelos indivíduos na esfera civil reconhecidos como sujeitos de direito, foi possível entender que o Estado, na sociabilidade capitalista não é neutro e nem indiferente às relações sociais e lutas sociais. O Estado é perpassado por essas dinâmicas sociais e a luta entre as classes antagônicas acontece, inclusive, dentro de suas instituições, que às vezes são erigidas e configuradas de maneira diversa da própria dinâmica. Porém, isso não significa que a forma política protege a classe dominante, seja ela qual for. O monopólio da força, que o Estado detém de maneira legítima quando assume a forma política, é investido para garantir a ordem necessária para o acúmulo de capital e para garantir a valorização do valor.

Como ensina Wolkmer (2001), o próprio Direito foi criado para regular a sociedade

conforme os interesses da burguesia, portanto, para atender ao sistema de produção capitalista. Esta influência persiste até os dias de hoje, porém, com fundamentos adaptados às transformações sociais, às transformações do próprio Estado. Atualmente, a lógica capitalista que delimita a atuação do Estado é a neoliberalista, que não influencia somente o Estado, mas também o próprio indivíduo conformando todos a naturalizar as relações sociais próprias do capitalismo, como ensina Casara (2020):

[...] em países como o Brasil, cresce a utilização do poder penal. Ao lado do recurso ao psicopoder, o uso do poder penal e a lógica da sociedade disciplinar continuam necessários à realização do projeto neoliberal. Aos que creem ser neoempresários, reserva-se a autoexploração e o autocontrole; aos que, mais perto da realidade, sabem que são excluídos e explorados, concretiza-se o poder disciplinar e a exclusão social. (CASARA, 2020, p. 50)

Deste modo, é possível afirmar que sob a ótica de Estado conformado por um viés ideológico neoliberal, suas ações no exercício do poder de polícia, sobretudo na atuação da polícia administrativa, atendem a uma característica do capitalismo que é a opressão de certos indivíduos, principalmente daqueles que estão nas classes menos favorecidas. Se a ordem pública na verdade interessa a manutenção do poder dos donos dos meios de produção, o ente que está incumbido da sua manutenção necessariamente deverá atuar segundo esta finalidade, controlando, até mesmo com violência, as pessoas que não estão em harmonia com este sistema. Justamente por isto, a polícia deixa de ser um símbolo de segurança para se tornar um símbolo de opressão, principalmente nas áreas mais pobres, como nas favelas. Assim, não se tem o controle dos indivíduos tão somente no encarceramento, mas também na violência policial, que é dirigida as classes sociais mais baixas e as pessoas que historicamente são excluídas e exploradas em razão da cor da pele, porque a opressão produz o medo, e quem tem medo não se rebela contra a exploração, a miséria e a exclusão social.

No estudo da criminologia crítica, Baratta (2002, p. 86) cita em determinado momento a atuação das instâncias oficiais, como a polícia, e a sua contribuição para o controle social e etiquetamento:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instancias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. (grifos do autor)

A violência do Estado por meio da instituição polícia administrativa se dá de variadas formas (COSTA, 2004, p. 15 a 17): tortura para a obtenção de informações, confissões ou mesmo para punir suspeitos de atividades criminosas; detenções violentas; mortes sob custódia, em

circunstâncias suspeitas; abuso da força letal; controle violento de manifestações públicas; operações policiais; e intimidação e vingança.

Frisa-se que a violência policial não é abordada nesta pesquisa como ação proposital, pensada e programada pelo Estado; não é possível afirmar isto. Entretanto, esta violência é tolerada e aceita pelo Estado e pela própria sociedade porque ela é dirigida justamente para aquela parte da população que já é vítima de exclusão social, da seletividade das leis penais, que integra aquelas classes mais pobres e que, segundo a lógica da criminologia crítica, precisam ser controladas. Neste sentido, Costa (2004, p. 17 e 18) comenta que:

[...] Ao contrário dos regimes autoritários, em que as elites militares planejaram e supervisionaram a eliminação em larga escala da dissidência política, nas novas democracias não se tem notícia de planos ou políticas desenvolvidas para conduzir tais práticas. Com Juan Méndez aponta, não há evidências de uma política deliberada e planejada por governos para uma sistemática violação dos direitos individuais de determinados segmentos da sociedade. Entretanto, também não se verifica um esforço ordenado do Estado e dos governos para coibir essas práticas violentas. Os agentes responsáveis por tais práticas em geral não são responsabilizados administrativamente, e tampouco são punidos pela justiça. Nesse caso a regra é a impunidade.

No tocante a letalidade policial, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), no ano de 2020 foram 6.416 mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil, contra 2.212 em 2013. Destas mortes, 98,4% eram pessoas do sexo masculino, 78,9% de pessoas de raça/cor negra e 68,8% compunham a faixa etária de 18 a 29 anos. Estes números praticamente se mantiveram no ano de 2021, apresentado o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022) que 6.145 pessoas foram vítimas da ação policial, sendo as mortes predominantes entre os jovens (74% das vítimas) e negros (84 % das vítimas).

Estes dados permitem afirmar que diferentemente do que ensina a doutrina tradicional, o Estado moderno não foi constituído para promover o bem comum, porque este foi constituído sob a forma política da sociabilidade capitalista, e, conseqüentemente, sua finalidade tende a atender o sistema capitalista e não a coletividade. Explica Belló (2021, p. 44):

De fato, verifica-se que, longe de ser um protetor do bem comum, a “função central do aparelho de força estatal consiste na garantia da propriedade privada sobre os meios de produção como condição da exploração mercantil da força de trabalho”. Desmistificando a suposta proteção de um bem comum pela repressão do Estado sob a forma política da sociabilidade capitalista, nota-se que esse monopólio da força por um ente terceiro, na figura de um garantidor dessa dinâmica é historicamente determinado. Corresponde a uma derivação factual dessa forma política que se erige das relações sociais de produtores de mercadorias. A percepção dessa determinação histórica tanto da forma política quanto de sua lógica de repressão é enriquecida quando o estudo avança para a forma pela qual essa repressão acontece. (grifos do autor)

Se os benefícios da vida em sociedade não são para todos, obviamente que os explorados e excluídos em algum momento se insurgirão, mas a manutenção do sistema é garantida justamente por meio da intervenção do Estado, o único a quem cabe o uso da violência. No conflito de



interesses e classes sociais, a polícia administrativa assume o papel de opressora. A ordem pública que se busca com ela não é aquela abstrata, necessária para organizar a sociedade e mantê-la equilibrada em prol do interesse coletivo, mas a ordem que visa a manutenção do estado das coisas de acordo com os interesses da classe dominante. A polícia administrativa é o instrumento que o Estado tem a seu favor para esta repressão. A instituição que deveria cumprir o seu papel constitucional de garantir a segurança pública acaba por incutir na população marginalizada, mais pobre e discriminada, que é um problema para o equilíbrio do sistema capitalista, o medo de levantar-se contra as injustiças. A polícia deixa de ser uma instituição de controle social que busca manter a harmonia social, para ser uma instituição de opressão.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo permite compreender o Estado e suas ações, no que diz respeito ao exercício do poder de polícia, sobretudo em relação à atuação da polícia administrativa e a influência que o viés ideológico neoliberalista tem sobre este poder. Diferentemente do que preconiza a doutrina majoritária, o Estado moderno não foi criado para permitir aos seres humanos viverem em comunidade, de forma organizada e harmônica, objetivando sempre o bem comum, mas para atender ao sistema capitalista de produção.

Não obstante as transformações que o Estado sofreu para atender anseios sociais, o que impera ainda é a influência do capitalismo sobre as ações do Estado. O que iniciou com os ideais liberais, prossegue com o neoliberalismo, que tem moldado o Estado para superar a ideologia do Estado Social, adequando-o à ideologia da sociedade de mercadorias, e também o próprio indivíduo.

Assim, sob a justificativa de promover a ordem e segurança públicas, o Estado, no exercício do poder de polícia, limita os direitos individuais, conformando-os ao interesse público, mas o resultado desta ação acaba por ser a manutenção do controle de classes, do controle de pessoas que não estão ajustadas ao modelo de comportamento impresso pelo sistema capitalista. Em razão disto ocorre a violência policial, que é normalizada, ou seja, aceita com algo natural para a manutenção da ordem pública. É permitido, portanto, que a polícia administrativa extrapole a legalidade, abuse do seu poder de controle, selecione os indivíduos que serão os destinatários de sua ação, porque é exatamente isto que promoverá a manutenção da estrutura estratificada de classes, atendendo ao viés ideológico do neoliberalismo, atual faceta do sistema capitalista.

## **REFERÊNCIAS**

ARISTÓTELES. A política, São Paulo: Martin Claret, 2006.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2014.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BELLÓ, Matheus Moraes. *Repressão, regulação e juspositivismos: a Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Estado de coisas inconstitucional*. 2021. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2021. Disponível em: < <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/18265-matheus-bello-moraes/file>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm)> Acesso em: 13 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BÜHRING, Marcia Andrea. *A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária?*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, p. 71-99, 2003. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1762/1459>>. Acesso em: 14 nov. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v38i0.1762>.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CASARA, Rubens R. R.. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo. Poder de polícia e polícia*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a lei e a ordem: violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e Nova York*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FERREIRA FILHO, M. G.. *O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. V. 76, p. 299-314, 1981. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66927>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança*

*Pública: As mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp->

content/uploads/2021/07/4-as-mortes-decorrentes-de-intervencao-policial-no-brasil-em-2020.pdf>  
Acesso em: 15 abr. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: Letalidade policial cai, mas mortalidade de negros se acentua em 2021. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/05-anuario-2022-letalidade-policial-cai-mas-mortalidade-de-negros-se-acentua-em-2021.pdf>> Acesso em: 27 nov. 2022.

HOLANDA, Francisco Uribam Xavier de. Do liberalismo ao neoliberalismo: o itinerário de uma cosmovisão impenitente. 2ª ed.. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

JAPPE, Anselm. Violência, mas para quê?. Tradução de Robson J. F. de Oliveira. São Paulo: Hedra, 2013.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do poder de polícia. Revista De Direito Administrativo, V. 198, p. 69-83, 1994. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46412>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2016.

PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. Interface (Natal), Natal - RN, v. 1, n.1, p. 11-24, 2004. Disponível em: <<https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/10>>. Acesso em: 25 de set 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição. 1ª ed.. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2021.

SCHERCH, Vinícius Alves. Teoria da decisão judicial: influência das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político brasileiro. Londrina: Thoth, 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 2ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3ª ed.. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

**CAPÍTULO II**  
**FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO**

# O PODER SOBERANO E A VIDA NUA: NOTAS SOBRE SOBERANIA, ESTADO DE EXCEÇÃO E RACISMO DE ESTADO

Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA<sup>1</sup>  
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA<sup>2</sup>

## RESUMO

O Estado soberano é um elemento jurídico e político que atravessa as diversas formas de organizações da política moderna. No entanto, há algo que distingue a organização política estatal atual daquelas existentes antes do século XIX. O problema deste trabalho consiste, pois, em demonstrar o que é próprio da política contemporânea. No presente trabalho, passaremos por três tópicos: a relação entre poder soberano e vida nua a partir de Giorgio Agamben e suas implicações para a filosofia política ocidental; a conceituação da noção de campo como paradigma revelador de uma mudança na metafísica jurídica contemporânea; e o modo como o racismo estatal e o humanitarismo funcionam como anversos que se sustentam no jogo da biopolítica contemporânea. Utilizamos o método dedutivo, seguindo a metodologia de leitura bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biopolítica; vida nua; estado de exceção; campo; sobrevivência.

## ABSTRACT

The sovereign State is a legal and political element present in every form of organization of modern politics. However, something distinguishes the current political organization from those prevailing before de 19th century. Thus, the problem of this research consists of arguing what distinguishes contemporary politics from any other politics. This paper is composed of three topics: the relationship between sovereign power and bear life from Giorgio Agamben's writings and its implications in western political philosophy; the conceptualization of the notion of camp as a revealing paradigm of contemporary juridical metaphysical changes; and the way State's racism and humanitarianism work as an obverse that sustains each other in the contemporary biopolitical game. We used the deductive method and bibliographical reading methodology.

**KEYWORDS:** Biopolitics; bare life; state of exception; camp; survival.

## INTRODUÇÃO

O conceito de *vida nua*, utilizado por Walter Benjamin ainda em 1921, em seu famoso texto *Crítica da violência* (BENJAMIN, 2013), reflete uma das perspectivas teóricas sobre a passagem da biopolítica do século XIX para o século XX. Uma das principais questões do referido texto poderia ser resumida já nas divergências em torno da tradução de seu título em razão de a palavra *Gewalt*, nele presente, poder ser traduzida tanto como “poder” quanto como “violência” –

1 Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista de doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor universitário. Advogado.

2 Doutorando bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (PPGFil-UEL), doutorando e mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ- UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

como indica João Barrento, tradutor do texto pela Editora Autêntica (*Sobre a crítica do poder como violência*); além disso, a palavra *Gewalt* deriva do verbo arcaico *waltsen*, que significa “reinar” ou “ter poder sobre”, de modo que *Gewalt*, num primeiro momento, significava o poder político de dominação e ganhou, com o decorrer do tempo, o sentido de “excesso de força” ou “violência”.

Em vista disso, a concepção da soberania de Giorgio Agamben consistiria em uma dialética de conceitos de Walter Benjamin e Carl Schmitt. Ao mesmo tempo em que o soberano se expressa por meio da violência (*Gewalt*) mitificada como direito, ele também decide no estado de exceção (*Ausnahmenszustand*). Violência antijurídica e a permanente decisão sobre o que é violência e o que é direito colocam o Estado nessa posição de indistinto frente às vidas que controla, ordena e protege. Como consequência, estar dentro e fora da lei é se relacionar diretamente com a pura vida orgânica, o simples viver biológico.

Foi isso que percebeu Agamben, mobilizando tais autores, e encontrando um possível interlocutor em Michel Foucault. O filósofo francês estabelece, de forma pouco categórica, o que entende como “biopolítica”: uma política em que o Estado dá predileção à vida como unidade de organização. Apesar das especificidades técnicas dessa conceituação, Agamben busca, em *Homo sacer*, delinear o que há de banal para a filosofia política dentro dessa ideia de biopolítica e o que há de elemento discriminante, ou diferenciador, que a torna uma forma política diferente do que se viu até então. Para melhor organizar a temática, faz-se necessária uma breve apresentação deste pensador.

O filósofo italiano Giorgio Agamben, nascido em Roma, em 1942, popularizou-se com o lançamento de *Homo sacer, 1*, em 1995, livro em que discorre, entre outras coisas, acerca do conceito de “exceção” em Carl Schmitt, do *homo sacer*, e faz uma análise histórica sobre a biopolítica dos campos de concentração. Contudo, sua filosofia não se reduz a isso. Seus primeiros escritos, da década de 1970, possuem como objeto a estética e, principalmente, a linguagem. Neles, percebe-se uma forte influência da filosofia heideggeriana e da filologia de Saussure e de Benveniste. Do início da década de 1980 ao início da década de 1990, Agamben traduziu a obra completa de Walter Benjamin para o italiano, o que torna o pensador alemão uma das mais fortes influências de toda a obra agambeniana. Do início da década de 1990 ao início dos anos 2000, sua filosofia é marcada, por um lado, por um pequeno escrito ontológico de grande profundidade (*A comunidade que vem*), e, por outro lado, por uma arqueologia teológica, linguística e filosófica do apóstolo Paulo de Tarso (*O tempo que resta*). Nessa mesma época, contudo, dá início, influenciado pelo pensamento de Walter Benjamin e de Carl Schmitt, à sua tetralogia intitulada *Homo Sacer*, com o primeiro livro: *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, de 1995.

Os livros da tetralogia *Homo sacer* foram publicados todos fora da ordem posteriormente

determinada por Agamben, que é a seguinte: *Homo sacer* I: *O poder soberano e a vida nua* (1995), *Homo sacer* II, 1: *Estado de exceção* (2002), *Homo sacer* II, 2: *Stasis* (2015), *Homo sacer* II, 3: *O sacramento da linguagem* (2008), *Homo sacer* II, 4: *O reino e a glória* (2007), *Homo sacer* II, 5: *Opus Dei* (2012), *Homo sacer* III: *O que resta de Auschwitz* (1998), *Homo sacer* IV, 1: *Altíssima pobreza* (2011) e *Homo sacer* IV, 2: *O uso dos corpos* (2014). Os estudos da saga *Homo sacer* tem como objetivo a investigação do direito na modernidade, e de como a vida se relaciona com o direito. Seu último volume (*O uso dos corpos*) foi publicado em italiano em 2014 e traduzido para o português em 2017, tendo sido publicado pela editora Boitempo.

Sem recorrer com profundidade a escritos de outros autores, o presente estudo busca responder a seguinte questão: em que medida Agamben discrimina o que é habitual na forma de política contemporânea e o que faz dela uma forma de política completamente diversa da política ocidental? Para responder a esta pergunta, utilizaremos o método de dedução a partir da bibliografia deste pensador e de outras bibliografias auxiliares. A dedução buscará seguir a seguinte linha: num primeiro momento, serão abordados os conceitos de vida nua e de poder soberano para se demonstrar o alcance filosófico-político da relação entre ambos; a seguir, será abordada a noção de campo, com o escopo de introduzir a emergência de uma mudança na metafísica jurídica entre os séculos XIX e XX; por fim, a relação vida-soberania e a metafísica engendrada pelo campo serão conjecturadas, de modo a explicar como ideia tão díspares como racismo de Estado e direitos humanos sustentam uma relação nas democracias globais.

Ressalte-se que este trabalho não tem finalidade exaustiva sobre quaisquer destes temas. Tanto a leitura que aqui fizemos sobre Agamben, quanto a das bibliografias secundárias, indicam apenas nossa posição interpretativa. A única pretensão defendida pelos autores desta pesquisa é a do fomento do debate e a produção de novas discussões.

## **1 A RELAÇÃO BANAL ENTRE VIDA NUA E PODER SOBERANO**

Em 1974, Michel Foucault falava pela primeira vez no termo “biopolítica”. A menção inédita ocorreu em uma conferência proferida no Rio de Janeiro, em 1974, intitulada “O nascimento da medicina social”. Nela, Foucault afirma que o capitalismo não produziu uma “privatização da medicina, como seria se de esperar, mas uma “socialização do corpo” (FOUCAULT, 1979, p. 79).

Logo ao início da conferência, Foucault apresenta seu objetivo: demonstrar que “a medicina moderna é uma medicina social que tem por *background* uma certa tecnologia do corpo” (FOUCAULT, 1979, p. 79). Nesse sentido, embora a medicina tenha uma dimensão individual em que a relação de poder-saber médico-paciente se destaca, ela também manifesta, por outro lado, uma dimensão coletiva, em que o próprio corpo é capturado como objeto de controle social.

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política. (FOUCAULT, 1979, p. 80).

Dessarte, a medicina social, enquanto estratégia biopolítica, aparece ao longo dos séculos XVIII e XIX em três formas: 1) medicina de Estado, empregada com a finalidade de fortalecer as funcionalidades do Estado; 2) medicina urbana, enquanto gestão político-médica sobretudo da circulação dos corpos e objetos de uso comum no espaço urbano; 3) medicina social, que isola e segmenta a classe pobre e proletária enquanto perigo social e sanitário e lhe fornece condições de sobrevivência e de continuidade da disposição de sua força de trabalho. Após 1974, o termo “biopolítica” só será retomado por Foucault em 1976, no último capítulo da obra *A vontade de saber*, sendo novamente utilizado em março do mesmo ano durante seu curso ministrado no Collège de France, publicado postumamente como livro, intitulado *Em defesa da sociedade* (PELBART, 2011, p. 55).

Em seu seminário de 1976, portanto, Michel Foucault funda de forma acabada seu conceito de biopolítica a partir de sua percepção de uma mudança nos modos de exercício do poder na passagem do século XVIII ao XIX, cuja compreensão será extraída sobretudo da análise histórica das novas “medicinas de Estado” que surgem a partir dos modelos de medicina social desenvolvidos na Europa. As instituições disciplinares da sociedade burguesa passam a ser, cada vez mais, organizadas em termos de populações no interior dos Estados, isto é, de quantidade de vidas estatisticamente controladas. O Estado-nação liberal deixa de exercer o poder como forma de simples violência e proteção, mas como incentivo de manutenção da vida e uma considerável indiferença em relação às cisões internas. Se, antes, a política era regida pelo lema do “fazer morrer e deixar viver”, no século XIX ela passara a se guiar pelo lema do “fazer viver e deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 287).

Na teoria clássica da soberania, vida e morte não são fenômenos naturais, mas estão integradas ao político, vinculadas ao poder soberano; é a vontade do soberano que decide sobre a vida e a morte do súdito. O soberano tem o direito de vida e de morte, o que significa dizer, nas palavras de Foucault, “que ele pode fazer morrer e deixar viver”. Do ponto de vista do poder, o súdito não é vivo nem morto; ele está vivo ou pode ser morto simplesmente porque essa é a vontade soberana; o direito à vida ou, eventualmente, à morte, está atravessado pelo poder soberano (FOUCAULT, 1999, p. 286).

Mas é sobretudo no poder de tirar a vida que se manifesta de modo espetacular o poder



soberano, pois o “direito de vida e morte só se exerce de uma forma desequilibrada, e sempre do lado da morte. O efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar” (FOUCAULT, 1999, p. 286-287). Em outras palavras, é precisamente porque o soberano pode matar que ele detém o poder sobre a vida.

Mas o abandono do regime clássico da soberania – exercida sob a lógica de “fazer morrer e deixar viver” –, diante das novas necessidades de gestão da vida social e do surgimento de práticas médico-políticas resulta no deslocamento do interesse do poder de um “fazer morrer e deixar viver” para um “fazer viver e deixar morrer”. O Estado passa a otimizar as forças que possui e submete, substituindo a política soberana tradicional por uma gestão da vida. Em outras palavras, a morte passa a ser exigida apenas quando a defesa da vida que o soberano se dispôs a defender é necessária.

A declaração francesa de 1789 é o marco da passagem da soberania do Antigo Regime para o novo republicanismo e os novos arranjos do poder soberano. Seu advento marca um ponto de transição muito importante, no que diz respeito ao paradigma da soberania. A partir dela, o fundamento da soberania deixa de ser a linhagem sanguínea e passa a ser o simples nascimento: a mera vida do ser humano passou a fundamentar a soberania dos Estados. Não se trata mais de um rei acima da lei que exerce uma espécie de direito natural/transcendente: nesse momento da evolução da humanidade, todos, de acordo com a declaração, nascem imediatamente soberanos, ou seja, têm na própria vida o fundamento da soberania.

No entanto, essa declaração, como quaisquer outras declarações universais, não possuía a efetividade que seu texto pretendia ter. E Agamben, seguindo esse fio investigativo, observa que, ao passo que o *Homem*, em sentido universal (compreendendo homens e mulheres), é o novo portador da soberania, a própria declaração já traz, em seu título (*Declaração universal dos direitos do Homem e do Cidadão*) e em seu texto o conceito de *Cidadão* (*Citoyen*), responsável pelo exercício da soberania, por meio da associação política. Ou seja, já existe uma cisão constitutiva da própria declaração: para que o homem universal seja o portador da soberania, ele não poderá exercê-la. O único que pode exercê-la é um homem particular chamado *cidadão*. Aliás, para Agamben, a Declaração dos Direitos e do Homem marca uma cisão irreversível entre homem e cidadão: o homem não pode existir nos Estados-nação moderno pois um estatuto estável do homem em si mesmo é inconcebível. O que pode haver são apenas cidadãos<sup>3</sup> (AGAMBEN, 2015, p. 27-28). Esta

---

3 Consoante Agamben, “no sistema do Estado-nação, os assim chamados direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de toda tutela no próprio momento em que não é mais possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isso está implícito, se refletirmos bem, na ambiguidade do próprio título da Declaração de 1789: *Déclaration des droits l’homme et du citoyen*, no qual não está claro se os dois termos nomeiam duas realidades distintas ou se fornecem, ao contrário, uma hendiádis, na qual o primeiro termo já está, na verdade, sempre contido no segundo. Que, para algo como o puro homem em si mesmo, não exista, no ordenamento político

é a condição das novas repúblicas modernas.

Então, o que se tem aqui é um duplo movimento: num primeiro momento (1), a generalização da soberania no simples *nascimento* torna todos os homens imediatamente *nação*, criando um sem-número de nacionais (ou de soberanos); ao passo que (2) o conceito de *cidadão*, responsável pelo exercício da soberania, passa a ser o dispositivo controlador dos recém-criados Estados-nação. O cidadão funciona como um dispositivo regulador para esta abertura democrática que, apesar de radical, já apresenta em sua fundação as diretrizes de conservação do poder. E essa separação entre cidadão e homem se mostra em textos de moderados pós revolucionários, como o Conde de Lanjuinais, que diz que “as crianças, os incapazes, as minorias, as mulheres, os condenados [por sentença] à pena aflitiva ou infamante [...] não seriam cidadãos” (LANJUINAIS apud AGAMBEN, 2010a, p. 127). A exclusão aqui é evidente, e pode ser facilmente transposta para os dias de hoje: todos são soberanos, a vontade de todos importa; no entanto – por motivos *organizacionais* – apenas uma pequena minoria irá exercer todo o poder em nome dos demais.

Portanto, o que nós temos com o fim do Antigo Regime é uma imediata ficção inerente ao conceito de *nação*: entre *nação* e *nascimento* existe uma lacuna, um intervalo, um falseamento, que revela que apenas uma parcela de cidadãos decide, verdadeiramente, os rumos do Estado-nação. Apesar de todo *nascimento* ser imediatamente *nação*, a nação nada decide.

Com o fim da Primeira Guerra e o aumento dos fluxos migratórios dentro da Europa e para fora dela, aparece uma figura que – segundo Hannah Arendt – põe em xeque a concepção universal de direitos do homem: o refugiado (LAFER, 1988). Muitos imigrantes se tornaram *apátridas*, não possuidores de nenhuma nacionalidade, porque, não obtendo nova nacionalidade, ou se recusavam a voltar à pátria originária (pois sabiam que seriam presos ou mortos), ou perdiam a nacionalidade da pátria de origem no momento em que emigravam. E é importante notar que, já na Primeira Guerra, muitos Estados criaram leis que permitiam a desnacionalização e a desnaturalização de migrantes considerados “inimigos”, o que tornou a migração particularmente difícil. É frente a figura do apátrida que a ideia de um Homem Universal portador de Direitos Universais é arruinada. Nas palavras de Agamben.

Se o refugiado representa, no ordenamento do Estado-nação, um elemento tão inquietante,

---

do Estado-nação, um espaço autônomo é evidente no mínimo pelo fato de que o estatuto de refugiado foi sempre considerado, mesmo no melhor dos casos, como uma condição provisória, que deve levar ou à naturalização ou à repatriação. Um estatuto estável do homem em si mesmo é inconcebível no direito do Estado-nação” (AGAMBEN, 2015, p. 26-27). Nesse sentido, para Agamben *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* parece implicar justamente no fato de que não é possível que o homem seja afirmado autonomamente enquanto homem, enquanto um ser que é homem, se não sob algum estatuto jurídico provisório ou sob a condição de cidadão. No esquema organizacional dos Estados-nação, ou o sujeito é cidadão, ou ele o será: não há aqui espaço para a indeterminação, nem mesmo de forma temporária. Aquele privado da cidadania de forma absoluta, isto é, tanto de modo atual quanto por vir, não tem nenhuma existência jurídica, muito menos política. A rigor, ele existe apenas enquanto composição organizada de carne viva e ossos; nada mais, nada menos, ou seja, *vida nua*.

é antes de tudo porque, rompendo a identidade entre homem e cidadão, entre natividade e nacionalidade, põe em crise a ficção originária da soberania. Exceções particulares a esse princípio, naturalmente, sempre existiram: a novidade do nosso tempo, que ameaça o Estado-nação nos seus próprios fundamentos, é que partes crescentes da humanidade não são mais representáveis no seu interior. Por isso, na medida em que se rompe a velha trindade Estado-nação-território, o refugiado, essa figura aparentemente marginal, merece ser, pelo contrário, considerado como a figura central da nossa história política. (AGAMBEN, 2015, p. 29).

O refugiado é, portanto, um exemplo de que Agamben se utiliza para ilustrar o que ele chama de *vida nua*. Um outro exemplo, talvez o principal paradigma para Agamben, é o chamado *homo sacer*. A palavra *sacer* apresentou grande dificuldade de tradução a partir do fim do século XIX, com o nascimento da sociologia e da antropologia. Tanto no texto de Freud (2012) quanto no de Durkheim (1996, p. 425-455) sobre as particularidades sacras do totemismo, percebe-se que há uma ambivalência no que concerne ao sagrado, posto que esta palavra pode significar tanto “sagrado” quanto “maldito”, isto é, tanto o princípio de agregação de uma formação social, quanto as suas proibições fundamentais.

*Homo Sacer* é uma figura que Agamben encontra em seus estudos dos textos romanos antigos. Por volta do século II, um gramático romano chamado Sexto Pompeu Festo escreveu uma grande obra, um Vocabulário, e um dos vocábulos que chamou a atenção de Agamben foi o vocábulo “*sacer mons*”: “aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio [...] Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro” (FESTO apud AGAMBEN, 2010a, p. 186). Condenado por algum delito grave, o homem romano poderia vir a adquirir o título de *sacer*: tornava-se impuro – portanto não passível de sacrifício às divindades – mas ao mesmo tempo era matável por qualquer um – seu assassinato não configurava homicídio.

O *Homo sacer* comporta assim essa figura ambivalente na qual o ser vivente é matável, mas não sacrificável. Ele está implicado na estrutura da *sacratio*, na qual vemos convergir a impunidade da morte e a exclusão do sacrifício. Isto é, o *Homo sacer* é consagrado (*consecratio*<sup>4</sup>), transposto do humano ao divino, do profano ao sacro; ele é posto para fora da jurisdição humana, sem que, contudo, seja transportado para a esfera divina. A *sacratio* configura, portanto, uma dupla

---

4 Sagradas ou religiosas eram as coisas que de algum modo pertenciam aos deuses. Como tais elas eram subtraídas ao livre uso e comércio dos homens, não podiam ser vendidas nem dadas como fiança, nem cedidas em usufruto ou gravadas de servidão. Sacrílego era todo ato que violasse ou transgredisse esta sua especial indisponibilidade, que as reservava exclusivamente aos deuses celestes (nesse caso eram denominadas propriamente ‘religiosas’). E se consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significa restituí-las ao livre uso dos homens (AGAMBEN, 2007, p. 58). Vale mencionar que o contrário da sacralização é o profanar, isto é, devolver ao livre uso dos homens aquilo que anteriormente fora consagrado religiosamente. O profano, enquanto remetente daquilo que é puro, é o que é restituído ao novo uso humano, do qual havia sido separado por consagração. Todas as tentativas de tornar direitos algo sagrado são formas de manter a instituição fora do livre uso dos homens, e reservá-lo apenas às formas leigas de esferas divinas. Dessa forma, em Agamben, profanar significa justamente abrir uma forma especial de negligência que ignora essa separação entre o mundo e o divino, restituindo o direito ao uso dos homens.

exceção, que exclui o ser vivo tanto do mundo divino quanto do mundo humano. Essa estrutura topológica constitui mais do que uma simples correspondência com a estrutura da exceção soberana.

Assim como na exceção soberana a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacricabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacricável e, todavia, matável, é a vida sacra*. Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humanos e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana [...]. (AGAMBEN, 2010a, p. 84).

O *Homo sacer*, portanto, era excluído do *jus divinum* e do *jus humanum*. Em última instância, isso quer dizer que sua morte não seria jamais significada nem como um sacrifício – uma morte pública exercida pelo soberano, análoga à pena de morte – nem como um homicídio – uma morte qualquer que o colocaria como vítima de um crime. Sua pena é justamente essa: que o fim de sua existência tenha significado na linguagem, que consiga morrer para o significante. Este é o fundamento daquilo que Walter Benjamin denomina, em sua *Crítica da violência*, como vida nua (*bloßes Leben*).

Por mais sagrada que seja a pessoa humana (ou também aquela vida que nela existe de maneira idêntica na vida terrena, na morte e na vida após a morte), não são sagrados seus estados-de-vida nem sua vida corpórea, vulnerável à ação dos outros. [...] Por fim, dá que pensar o fato de aquilo que aí se proclama como sagrado ser, de acordo com o antigo pensamento mítico, o suporte estigmatizado da culpa: a vida nua. (BENJAMIN, 2013, p. 81).

A vida nua possui a mesma ambiguidade do *sacer*, sendo, para Benjamin, o modo como a vida se relaciona com o Direito: ao mesmo tempo que sacralizada pelos direitos humanos à dignidade, é, também, o suporte da *Schuld*, da culpa ou débito originário para com o Poder, manifestando uma dívida infinita e insondável em relação ao Soberano. *A vida nua* se inscreve no Direito a partir de sua própria exclusão, podendo seu fundamento histórico-filosófico ser remontado até os escritos políticos de Aristóteles (1998, p. 206-209). Existem duas palavras em grego para “vida”. A primeira é *zoé*, que significa a vida em seu “puro viver”, enquanto vida simplesmente nutritiva: é a vida que o homem tem em comum com as plantas e os demais animais. A segunda é *bíos*, que significa uma maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. A meta da comunidade, isto é, o fundamento último da união dos indivíduos em um *bíos*, é o “viver bem” (*tò eû zên*):

Este (o viver segundo o bem) é o fim supremo seja em comum para todos os homens, seja para cada um separadamente. Estes, porém, unem-se e mantêm a comunidade política até mesmo tendo em vista o simples viver, porque existe provavelmente uma certa porção de

bem até mesmo no mero fato de viver (*katá to zên autò mónon*); se não há um excesso de dificuldades quanto ao modo de viver (*katá ton bíon*), é evidente que a maior parte dos homens suporta muitos sofrimentos e se apega à vida (*zoé*), como se nessa houvesse uma espécie de serenidade (*eumería*, belo dia) e uma doçura natural. (ARISTÓTELES apud AGAMBEN, 2010a, p. 9-10).

Constatando isso, Agamben deduz que, desde o início do pensamento político ocidental há uma predileção pelo simples viver. A manutenção da vida nua é o denominador comum das sociedades ocidentais, que tendem a abandonar as diferentes éticas comunitárias e prol da proteção contra a violência dos demais. Nessa redução do *bíos* à *zoé*, Agamben encontra em Aristóteles um possível antecedente político de Thomas Hobbes (2019, p. 109-113, 147), que reduz a agregação política ao simples abandono político das diferentes morais sociais, que devem se submeter ao soberano comum de modo a evitar uma guerra entre todos. Em outras palavras, a proposta de Agamben é a de estabelecer que há um vínculo originário e necessário entre a exclusão do puro viver do todo social e sua reinclusão como vida nua, isto é, como fundamento justificador da proteção soberana dos indivíduos.

Com sua demonstração, Agamben reescreve a lógica da biopolítica foucaultiana. Ao passo que Michel Foucault diferencia as lógicas da soberania do antigo regime, enquanto aquela do “fazer morrer e deixar viver”, e da soberania moderna, enquanto aquela do “fazer viver e deixar morrer” (FOUCAULT, 1999, p. 287), Agamben reduz ambas a uma única fórmula: fazer sobreviver. Se a vida nua é o fundamento do político em grande parte da história da civilização ocidental, todas as diferentes formas de exercício do poder dependem de sua manutenção, seja ela mais ou menos violenta ou temerária. Em outras palavras, a vida nua exerce um papel central na lógica da soberania, funcionando não apenas como o suposto “sujeito soberano” do Estado moderno – já que o simples nascimento em um determinado território faz de qualquer indivíduo um soberano, segundo os *philosophes* do século XVIII –, mas também, como mostram Aristóteles e Hobbes, o objeto de cálculos estatais que fundamenta a necessidade da proteção soberana.

## **2 PODER SOBERANO, ESTADO DE EXCEÇÃO E CAMPO**

Essa nova lógica do “fazer sobreviver” coaduna com a estrutura do Direito no nosso século. Quando Hitler tomou o poder na Alemanha em 1933, seu fundamento jurídico para tal golpe foi um decreto. Este decreto, que suspendia alguns direitos, no entanto, não fazia nenhuma referência a um “estado de exceção”. Segundo Agamben, trata-se de um estado de exceção não declarado, que nada tem de jurídico, que é pura exceção. Tomando o direito nazista como o grande paradigma do direito a partir do século XX, Agamben propõe a existência de uma metafísica jurídica fundada no conceito de “campo”: um espaço topológico em que o estado de exceção se

mantém como regra.

*O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem espacial permanente que, como tal, fica, porém, constantemente fora do ordenamento normal. (AGAMBEN, 2015, p. 43).*

Tomando o campo de concentração do século XX como paradigma da modernidade política do pós-Segunda Guerra, Agamben relaciona, em *Homo Sacer I*, o conceito de *exceção* com sua categoria filosófica chamada *campo* (AGAMBEN, 2010a). A exceção é um estado em que o indivíduo, ao mesmo tempo em que se inclui no Estado, exclui sua própria decidibilidade, sendo abandonado à decisão soberana.

A exceção constitui essa situação particular na qual ela não é nem uma situação de fato e nem uma situação de direito, mas habita um limiar de indiferença entre ambas as esferas, delimitando um estado de exceção entre o dentro e o fora. Não é um fato, já que a exceção é criada pela decisão do soberano, e também não é uma situação de direito porque, embora haja a possibilidade de vigência da lei, ela incide sob um estado de suspensão (AGAMBEN, 2010a, p. 25).

Não é preciso, portanto, como destaca Schmitt (2009, p. 18), ter direito para que se possa criar direito. A exceção é o que escapa a toda determinação geral do direito. Para que ela possa existir, o soberano precisa criar uma situação normal. A exceção, para que possa ser válida, precisa estar amparada por preceitos jurídicos. Para abarcar a exceção, o soberano cria a situação normal, decide o direito da situação. Através desse ato, o soberano garante o controle sobre o estado dessa situação, captura a exceção, mantendo-a suspensa da norma jurídica, excluída dela, mas ao mesmo tempo incluída. É por isso que o soberano, para criar direito, não precisa encontrar uma situação de direito: a exceção, criada juridicamente, suspende a norma ao mesmo tempo em que a cria. A decisão que cria a exceção é a mesma que captura a exceção para dentro do direito e delimita a situação normal. Embora originada pela decisão soberana sob uma natureza que não é nem de fato nem de direito, a exceção cria o direito que suspende.<sup>5</sup>

Outrossim, o estado de exceção (AGAMBEN, 2011a) é o estado topológico de um espaço jurídico em que o que existe é a anomia, ou seja, é a transposição para o direito do conceito universal abstrato de *exceção*. O campo é um não lugar jurídico de pura indistinção – já que invisível por parte dos indivíduos – em que o soberano, incluído e excluído do direito, decide sobre a vida<sup>6</sup>. Trata-se, pois, de uma zona anômica, sub-repticiamente apropriada pelo direito através da

5 Consoante Bercovisi, “há, portanto, uma distinção entre a norma e a sua aplicação: a aplicação da norma é suspensa, mas a norma, enquanto tal, permanece. Para Agamben, trata-se de uma força de lei sem lei. No caso da exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de auto-conservação. A ordem normal deve ser criada e o soberano decide definitivamente se essa situação normal existe realmente. O soberano, para Schmitt, tem o monopólio da decisão última, no que residiria a essência da soberania do Estado. A soberania do Estado não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão” (BERCOVICI, 2004, p. 67).

6 Conforme explica Agamben, “é necessário refletir sobre o estatuto paradoxal do campo como espaço de exceção:

elaboração de sempre novos *mitologemas científicos* – categorias ou conceitos intermediários que aproximam o estado de exceção ao mundo jurídico (NASCIMENTO, 2012, p. 140), tais quais os princípios do Estado democrático e os direitos humanos (AGAMBEN, 2011a, p. 80).

Segundo constata Daniel Arruda Nascimento ao discorrer sobre as experiências recentes do estado de exceção (NASCIMENTO, 2012, p. 143-145), o objetivo empreendido por Agamben em seu estudo sobre o estado de exceção é “demonstrar como o estado de exceção se tornou o paradigma do governo moderno” (NASCIMENTO, 2012, p. 140). Conforme Agamben, o estado de exceção é essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento em razão de uma situação fática de perigo, e “o campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se regra” (AGAMBEN, 2010a, p. 164).

Eduardo Teixeira aponta duas peculiaridades fundamentais no conceito agambeniano de *campo*. Primeiramente, o campo não surge do direito ordinário, mas é apartado das formas jurídicas, sendo engendrado tão somente pelo estado de exceção. Em segundo lugar, o campo não se reduz àqueles envolvidos em uma guerra, mas se estende a toda a sociedade civil, englobando todo e qualquer indivíduo que, preenchendo determinadas condições, pode ser capturado como *vida nua*. Trata-se de “[...] um espaço, no interior do próprio Estado, em que está suspensa a ordem jurídica, um espaço fora do direito, em que a exceção é praticada de forma estável e permanente” (TEIXEIRA, 2015, p. 172). Ou seja, o campo é uma matriz escondida por trás da política moderna; nesta, os indivíduos têm sua vida nua separada e colocada ao lado de seu *bíos*, podendo aquela ser isolada dentro do *campo*, tornada *pura vida nua*, a partir de qualquer decisão soberana.

O conceito de *campo*, portanto, a princípio tomado emprestado da experiência dos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial, releva-se em todo o seu horror como um espaço que, longe de ser uma possibilidade histórica remota, pode surgir a qualquer momento e em qualquer lugar:

[...] se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço para a vida nua como tal, teremos de admitir, então, que nos encontramos virtualmente em presença de um campo todas as vezes em que for criada uma estrutura semelhante, independentemente da entidade dos crimes que são cometidos ali e qualquer que seja a sua denominação e topografia específica. (AGAMBEN, 2015, p. 45).

Podemos assim afirmar que a estrutura jurídico-política imprimida sob o nome de campo se apresenta sempre que houver a criação de um estado de exceção, isto é, sempre que nos depararmos diante de um ato-momento em que a força da lei é suspensa, em que o poder

---

ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por isso, simplesmente um espaço exterior. O que nele é excluído, segundo o significado etimológico do termo exceção (*ex-capere*), é capturado fora, incluído através de sua própria exclusão. Mas aquilo que, desse modo, é antes de tudo capturado no ordenamento, é o próprio estado de exceção. Ou seja, o campo é a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável (AGAMBEN, 2015, p.43).

soberano decide pela não aplicação normal do ordenamento jurídico-político. Mas o campo não depende necessariamente de uma topografia específica; ele não necessariamente está inscrito numa localização geográfica específica. O campo não é apenas um lugar ou uma situação que dura no tempo. O campo é uma estrutura espacial correspondente a uma conformação geográfica apenas na medida em que a ele lugar deixa de corresponder um ordenamento. O que caracteriza o campo é a estrutura e o procedimento, de modo que o lugar é apenas o espaço onde essa estrutura e esse procedimento aparecem. O lugar interessa apenas na medida em que materializa a zona de exceção: ao ordenamento sem lugar, contrapõe-se um lugar sem ordenamento. Por essa razão, um julgamento pode ser um campo, assim como uma revista corporal ou uma abordagem policial também podem instaurar a estrutura de um campo, isto é, um espaço onde o que se produz é uma exceção, onde a situação escapa ao ordenamento, é “capturada fora dele”, e então a vida é desnudada pela decisão investida de poder soberano.

Se os dispositivos democráticos e humanitários funcionam como uma máquina antropológica, isto é, um sistema de produção incessante do humano – de disposições sobre o que é e o que não é humano – a exceção jurídica aparece nos curtos momentos em que a vida nua se encontra fora do conceito de humanidade. A partir do momento que a vida nua passa a se confundir com a soberania na modernidade, governo e soberano, ou organização jurídica e poder, também se confundem. No discurso iluminista da soberania da nação, a *zoé* deixa de ser entendida como fundamento para a constituição de um *bíos*, tal como ocorria em Hobbes e Burke, e passa a ser ficticiamente o próprio *bíos*. Isolada pelo soberano, a vida nua é, ao mesmo tempo, seu fundamento lógico (seu objeto) e sua justificativa ideológica (o sujeito soberano).

Como a exceção prova a regra, a condição de campo em que vivem certas formações sociais indica a falsidade de se atribuir soberania à vida nua, já que é justamente sua submissão que condiciona a existência do poder soberano.

Para melhor elucidar o funcionamento do campo, Eduardo Teixeira utiliza como paradigma aquilo que considera a primeira experiência biopolítica criada pelo Estado moderno: a *senzala*. A senzala é um espaço de exceção no interior do direito. A vida do escravo, no interior da senzala, é excluída do direito, e incluída na forma de objeto. A única proteção jurídica que o escravo encontra é enquanto coisa, enquanto patrimônio do senhor, posto que dentro e fora da senzala não deixa de ser uma vida matável. Dentro da senzala protege-se o escravo apenas enquanto coisa, porquanto “não se cometem delitos, uma vez que se trata de um espaço fora do direito” (TEIXEIRA, 2015, p. 177). Se ele foge, “estará cometendo crime; atentará contra o patrimônio de seu senhor” (TEIXEIRA, 2015, p. 177).

O puro *nascimento* do escravo durante o colonialismo em nada conferiu-lhe a soberania



que virtualmente fundamentava. À diferença das democracias modernas, a situação dos escravos negros se encaixava mais naquilo que Agamben chama de tanatopolítica (contrapondo-se ao termo *biopolítica*), que é a política da morte, ou que Achille Mbembe chama de necropolítica. O conceito de Mbembe (2018) parece querer suprir os déficits da abordagem que Agamben dá ao problema da exceção<sup>7</sup>: apesar de relacionar corretamente a metafísica jurídica dos campos de concentração e do direito contemporâneo, o filósofo italiano se silencia acerca da raiz colonial de sua topologia do campo – erro que nem mesmo Carl Schmitt cometeu (MBEMBE, 2018b, p. 38-49; SCHMITT, 2014, p. 137-139, 151, 158-159).

A pura vida *nascida* dos escravos negros não era considerada fundamento da política (*nação*), pois seu nascimento não ocorria dentro do território da metrópole e ele nem era descendente de europeu. Por essa razão, tal qual o imigrante refugiado nos dias atuais, o escravo comercializado não tinha sua vida nua posta ao lado e protegida, mas desgastada e massacrada. Essa pura vida nua, que não tem a possibilidade de se esconder atrás de qualquer *bíos*, é que torna as senzalas o paradigma do *campo*, antes mesmo dos próprios campos de concentração.

O campo é um resíduo que se produz no ponto em que o sistema político dos Estados modernos, mediado por regras automáticas de inscrição da vida no Estado, entra em crise. No momento em que o nascimento passa a se configurar como nação, ao mesmo tempo ambos começam a se separar e o campo passa a se tornar o *nómos* do moderno. O nascimento só se torna nação enquanto se mantiver como conceito abstrato universal, isto é, enquanto poder ser abandonado ao verdadeiro poder soberano e, ao mesmo tempo, recodificado como identidade nacional (AGAMBEN, 2010a, p. 129).

Francis Galton, o criador da classificação das impressões digitais ao final do século XIX, defendia que “o levantamento das impressões digitais era particularmente adequado aos *nativos* das colônias, cujos traços físicos tendem a confundir-se e a parecer iguais para um *olho europeu*” (AGAMBEN, 2014, p. 81, grifos nossos). A separação entre *natividade* e *nacionalidade*, portanto, está na origem da biometria: a natividade daquele cuja vida se submete sem ressalvas ao poder soberano se contrapõe à identidade nacional soberanamente protegida. Entre nativo e nacional prevalece a cisão colonial constitutiva, que indica que apenas aqueles capazes de constituir uma verdadeira identificação nacional – europeus e norte-americanos – podem exercer o verdadeiro

---

7 O conceito de necropolítica surge pelas mãos de Mbembe sob um contexto específico, de modo que o conteúdo de seu conceito, segundo o autor, busca abranger três elementos: 1) um contexto histórico segundo o qual o estado de exceção deixa de ser exceção e se torna o novo paradigma da normalidade; 2) uma espécie de soberania que tem por projeto central a instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos e populações consideradas supérfluas ou simplesmente descartáveis; e 3) uma forma de soberania em que o poder soberano ou, mais precisamente, o governo que o exerce, apelam ou se referem continuamente a um estado de emergência e à noção ficcional ou fantasmática de um inimigo (MBEMBE, 2012, p. 130-140).

poder soberano. Reduzindo essa topologia global a termos grosseiros, formações sociais “miscigenadas”, como a brasileira, representariam o inimigo contra o que as nações buscariam se defender (ASSMANN; BAZZANELA, 2013, p. 186). Mas a verdade é que desde o século XIX, essa cisão não é mais facilmente visível, preponderando uma indistinção perene, dentro de cada formação social nacional, entre exceção e direito.

### **3 O RACISMO DE ESTADO COMO INDICATIVO DA ÉTICA DA SOBREVIVÊNCIA DO HUMANITARISMO MODERNO**

Apesar de a lógica da soberania se manter na transição do antigo regime para o Estado-nação, há a emergência, na organização estatal global, de uma importante forma de controle governamental: a sexualidade. Nos séculos XVII e XVIII, estabelece-se uma simbiose entre o controle doméstico exercido pela família sobre a sexualidade e o saber médico, que aumentava conforme as famílias recorriam às internações médicas de seus membros como forma de disciplinarização. Na transição do século XVIII ao XIX, a sexualidade se torna o principal móbil da governamentalidade moderna, organizando-se principalmente a partir de quatro eixos: a histerização do corpo da mulher, a pedagogização do sexo da criança, a socialização das condutas de procriação e a psiquiatrização do prazer perverso (FOUCAULT, 2014, p. 112-116). Em outros termos, esses quatro eixos podem ser traduzidos em: divisão sexual do trabalho, disciplina da criança, estabelecimento da família burguesa e racismo de Estado.

Aos diferentes espaços físicos em que agem os dispositivos de disciplina e de segregação, Foucault dá o nome de heterotopias. Se, por um lado, a sexualidade coordena as dinâmicas de poder nas heterotopias modernas, por outro, essas heterotopias acompanham suas próprias utopias, isto é, suas próprias ficções do social. Em um curso ministrado em Vincennes, em 1969, Foucault define dois tipos de utopias da sexualidade: as utopias de integração e as utopias de transgressão (FOUCAULT, 2021, p. 236-249). Enquanto as utopias de integração buscam criar uma imagem do social que naturaliza as assimetrias de poder, esboçando as relações entre indivíduos a partir de um universal de horizontalidade – como o positivismo de Auguste Comte –, as utopias de transgressão buscam criar uma imagem do social que reforça a potencial dissolução do social – como a filosofia de Friedrich Nietzsche. Ambos estes tipos, porém, se entrelaçam na imaginação social dos teóricos europeus do século XIX, caminhando a noção de sociedade entre a pura consistência e a pura dissipação.

Desde o início do século XIX, uma certa noção de “normalidade” passa a ser cada vez mais incrustada no imaginário social, sendo mediada pelo conceito de humano. A Revolução Francesa e a consolidação do Homem universal como signo da nação e do progresso promoveram

uma espécie de metafísica do homem normal, de acordo com a qual aqueles considerados socialmente anormais, por escaparem às convenções sociais a respeito da normalidade, passam a ser demarcados como inumanos. Apesar de o Homem universal emergir no século XIX, trabalhando em benefício das utopias de integração social, as teorizações mais afastadas do pensamento iluminista tendem a ressaltar os aspectos transgressores da malha social.

É verdade que o controle rígido, permeado de proibicionismos, em torno da sexualidade, flexibiliza-se conforme a sociedade naturaliza certos comportamentos até então avessos à moral padrão. A psicanálise freudiana, com sua crítica à histeria psiquiátrica e seus estudos sobre a sexualidade infantil funcionaram como catalisadores desse decréscimo de rigidez em torno da sexualidade. No entanto, a manutenção dessa aparente consistência social em torno da livre sexualidade traz como consequência a emergência de utopias transgressivas em diferentes escalas. No nível intraestatal, ocorre o processo de racialização – não apenas a separação étnica ou religiosa de raças, mas um procedimento de racialização propriamente capitalista: a divisão de classes. No nível interestatal, ocorre o processo de nacionalização – não se trata da simples separação estatal que prevaleceu durante a Paz de Westfália e durante boa parte da *Pax Britânica*, mas da emergência de uma hostilidade bélica perene entre Estados, cujo ápice foi o início da Primeira Guerra Mundial. E apesar de o conceito universal de homem decair durante as guerras mundiais – momento em que prevaleceu o universal do nacionalismo –, a ideia de um Humano universal ressurgiu na prática discursiva do segundo pós-guerra, como um conceito-tampão que busca forçar a integração social perdida.

Ao mesmo tempo que estabelece uma ampla indiferenciação entre os indivíduos, o conceito universal de Humano habilita infinitas cisões internas, permitindo a distinção, pelos governos, daqueles que são mais ou menos humanos. A hipostasiação dos direitos humanos e do discurso humanitário, com a instituição da ONU e da Carta das Nações, bem como da gramática de reconstrução comunitária das nações, foram sintomas ocasionados pelo choque social decorrente das atrocidades cometidas – nos campos de batalha e de concentração – durante a Segunda Guerra. Após a violência bélica, cujo apogeu foram as bombas nucleares, e as experiências fascistas do século XX, passou-se a valorizar cada vez mais a forma democrática de governo e as declarações de direitos humanos universais. Isso, contudo, não quer dizer muita coisa em termos de pacificação e ajuda mútua, pois os governos democráticos adquiriram cedo a prática de mobilizar espaços de exceção sem a necessidade de intervenções ditatoriais.

As democracias, portanto, necessitam do *humanitarismo* como uma espécie de conceito-tampão dissimulador, que possibilita a manutenção das desigualdades e do sistema de poder. Os direitos humanos – enquanto invólucro de um humanitarismo hipostático e de uma aceitação desse

invólucro como algo realmente universal – secularizam a noção cristã de vida eterna, que se concretiza na forma das populações dos atuais Estados democráticos: a *sacralização* da vida nua (*zoé*) como vida humana (*bíos*). “Esta é a força e, ao mesmo tempo, a contradição da democracia moderna: ela não faz abolir a vida sacra, mas a despedaça e dissemina em cada corpo individual, fazendo dela a aposta em jogo do conflito político” (AGAMBEN, 2010a, p. 121). A responsabilidade pela proteção das vidas nuas, fundamento da soberania, é cada vez mais deslocada das mãos do Estado para a de seus detentores: se, por um lado, os direitos humanos garantem formalmente o bem-estar comum, por outro, cada população passa a ser cada vez mais responsável pelo próprio cuidado, isto é, pela própria sobrevivência. A essa reconfiguração da lógica da soberania, Foucault denomina como biopolítica (política da vida), enquanto Agamben dá o nome de tanatopolítica (política da morte).

Por um lado, o ser vivo agora está, cada vez mais reduzido a uma realidade puramente biológica e à vida nua, e, por outro, o ser que fala, separado artificialmente dele, por uma multiplicidade de dispositivos técnico-midiáticos, [está] em uma experiência da palavra cada vez mais vã, pela qual é impossível responder e na qual algo parecido com uma experiência política se torna cada vez mais precário. (AGAMBEN, 2011b, p. 81).

Reinhart Koselleck expõe esse paradoxo a partir da história dos conceitos: com a emergência no conceito abstrato e universal de Humano, todas as antíteses políticas que mobilizavam as relações entre indivíduos (bárbaro-civilizado, pagão-cristão etc.) tendem a se anular (KOSELLECK, 2006, p. 191-231). O Humano absorve-as, criando suas próprias antíteses – porém, não mais externamente, já que é um conceito universal. De um lado, mantém-se a humanidade sagrada de todos os povos, de outro, essa humanidade é biologicamente cindida em corpos frágeis, vidas nuas. A forma de vida do simples viver (vida biológica), tendo alcançando o patamar sacro, quer somente sobreviver. A retórica das declarações de direitos humanos cumpre com o objetivo principal da biopolítica contemporânea, que é a produção da *vida nua* como elemento político (AGAMBEN, 2013a, p. 79; 2010a, p. 135).

E as ameaças terroristas não conseguem revelar essa ambivalência do *sacer*? O Ocidente, cada vez mais amedrontado com a possibilidade de um ataque surpresa externo, investe em segurança de ponta, com um aumento bélico e um fechamento de muros que afastam continuamente imigrantes. Do outro lado, uma radical parcela não ocidentalizada, que vive para sobreviver. Se no centro ocidental os ataques terroristas constituem a exceção à segurança estatal, a forte represália na periferia-terror indica que, naquele espaço, a exceção se tornou a regra.

E no meio do conflito estão os imigrantes, que se dividem entre os refugiados da guerra e os que apenas buscam melhores condições de vida. Estes reproduzem a mesma lógica ocidental, posto que buscam adquirir um *bíos* com o qual possam manter a própria vida, ao passo que aqueles

são forçados a aceitar a mera sobrevivência como *bíos*. Ambos, quer constituam o corpo dos imigrantes ilegais (apátridas de direito) quer constituam o corpo dos imigrantes refugiados (apátridas de fato), sofrem as mazelas do racismo de Estado. Racializados como potenciais terroristas perversos, os imigrantes, apesar de se estabelecerem juridicamente, continuam abandonados aos campos de seus próprios corpos: toda perversão deve ser permanentemente dominada e vigiada.

É assim que tanto Foucault como Mbembe abordam o conceito de *raça*: uma invenção estatal com o escopo de separar juridicamente e socialmente os componentes das formações sociais (FOUCAULT, 1999, p. 304-315; MBEMBE, 2018a, p. 27-77). Em sua *arqueologia do ofício* (AGAMBEN, 2013b), Agamben analisa como a ontologia clássica, se transformou, a partir de Kant, em ontologia do dever-ser. De acordo com o filósofo italiano, Kant demonstra de que modo a *práxis* moderna confunde dever (*sollen*) com poder (*können*), dissimulando uma falsa potência como hábito de tomadas de decisão individuais. Combinando ontologia do dever-ser com biopolítica, o homem moderno habitua-se à disciplina estatal. Assim, o ser deixa de ser, para as modernas ontologia e biopolítica, aquilo que *é* e passa a ser aquilo que *age* ou *faz*, isto é, que opera para sobreviver.

A vida biológica, forma secularizada da vida nua, que tem indecidibilidade e impenetrabilidade em comum com esta, constitui literalmente, assim, as formas de vida reais em formas de *sobrevivência*, permanecendo nelas intocada como a obscura ameaça que pode atualizar-se imediatamente na violência, na estranheza, na doença e no acidente. Ela é o soberano invisível que nos olha por trás das máscaras insensíveis dos poderosos que, percebendo ou não isso, nos governam em seu nome. (AGAMBEN, 2015, p. 18).

É “com essa inversão do sentimento moderno” que “permanecer vivo em quaisquer circunstâncias se torna um dever” (NASCIMENTO, 2014, p. 88). Mesmo mantendo-se vivo apenas na forma de um *animal laborans*, o homem moderno vive sob o imperativo de manter uma *práxis* virtuosa – um *bíos* específico. E seu *bíos* sustenta e protege sua *zoé* para que ele possa *ser*. Em outras palavras, a existência dos indivíduos nas formações sociais modernas encontra seu lastro na ocupação do tempo com um trabalho. Não há capitalismo sem uma ontologia do dever-ser-trabalhador. A modernidade burguesa das infinitas possibilidades de futuro esconde por trás de si a separação do homem de sua potência de não fazer. A democracia liberal moderna, na concepção de Agamben, separa os homens do que *podem não* fazer. O homem do moderno Estado democrático de direito pensa poder fazer tudo, sem “dar-se conta de ser entregue em medida inaudita a forças e processos sobre os quais perdeu todo controle” (AGAMBEN, 2014, p. 72).

Da captura de sua vida biológica, objeto último da política estatal, resulta as lutas interindividuais pela manutenção de formas de vida suficientemente estáveis. Se, por um lado, a

lógica da soberania acarreta a permanente implicação das vidas biológicas na constituição do todo social consistente, por outro, a governamentalidade atribui, cada vez mais, o ônus da manutenção dessas vidas aos seus próprios detentores. A fórmula hobbesiana do abandono das soberanias individuais em benefício do soberano estatal é apenas parcialmente verídica: ela ocorre sem qualquer responsabilização do Estado soberano pelo cuidado social. O poder ilimitado do soberano moderno se distancia cada vez mais de Hobbes, aproximando-se da fórmula de Carl Schmitt, segundo o qual o abandono ao soberano não gera qualquer obrigação por parte do Estado, que decide como se não houvesse qualquer norma (SCHMITT, 2009; DYZENHAUS, 1997).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Revisitando temas banais na filosofia política, como a soberania em Thomas Hobbes e constituição da pólis em Aristóteles, Agamben pôde dar uma contribuição original a um problema nos estudos de Foucault durante a década de 1970, qual seja, o tema da relação entre um Estado e sua população. Segundo Foucault, o século XIX inauguraria uma forma de exercício do poder diferentemente daquela que preponderou durante a época dos Estados absolutos, pois o novo exercício do poder estaria ligado ao governo e às próprias vidas dos súditos de um Estado. A biopolítica seria justamente esse modo de organização das vidas sujeitadas como populações.

Sem diminuir o mérito das demonstrações históricas, sociais e filosóficas de Foucault a respeito do poder, Agamben desenvolve seu argumento a partir de uma delimitação dos significados possíveis para a palavra “vida”. Por meio dessa delimitação, ele percebe que toda aquela busca por proteção a partir de uma constituição social, presente nas diversas filosofias políticas, tem como fundamento o medo da violência alheia e, em última instância, o medo da morte. Vida e soberania andam lado-a-lado por toda história das formações políticas ocidentais, convalidando a ideia agambeniana de que, em razão do seu nome, “biopolítica” poderia significar não apenas a organização das vidas em populações, mas qualquer forma de sujeição externa.

Tomando a relação entre soberania e vida nesse sentido mais amplo, Agamben se desloca da perspectiva da soberania para aquela da vida que vê o soberano. Se, por um lado, o soberano consegue ver de forma mais ou menos consistente as vidas que é capaz de mobilizar, a recíproca não é verdadeira no que tange aos indivíduos. Eles nada sabem acerca da forma como o soberano irá decidir sobre tal ou tal questão, devendo tão somente se guiar pela habitualidade. Frente ao poder soberano, todas as vidas que este se responsabiliza por proteger são, potencialmente, vidas nuas. Não há qualquer garantia de consistência normativa.

Se, por um lado, a filosofia política, de Aristóteles a Platão, é o discriminante para o estabelecimento de que existe uma relação necessária e constitutiva entre direito e vida, por outro

lado, a incerteza concernente às decisões jurídicas só pode ser demonstrada a partir das exceções do direito, já que elas explicam quais são os limites da regra abstrata. E o exemplo elencado por Agamben como paradigma da exceção são os campos de concentração nazistas da Segunda Guerra. Os campos revelam a metafísica jurídica da indistinção: aqueles que estão sujeitos ao direito nada sabem acerca da continuidade das normas, e os habitantes dos campos são o exemplo-limite dessa incerteza. Portanto, as formas de organização política do século XIX até o fim da Segunda Guerra constituiriam um conjunto revelador das práticas jurídicas, formando aquilo que Foucault denominou como “racismo de Estado”, prática que culminaria no estabelecimento de campos de segregação física e geográfica.

Essas práticas de segregação, porém, ganham uma nova roupagem no segundo pós-guerra do século XX. Um certo humanitarismo internacional passa a permear os discursos jurídico-políticos, renovando as expectativas de uma cosmopolítica. No entanto, todo esse universalismo humanitarista dissimula um fator importante da biopolítica moderna: a autoria das segregações é, cada vez mais, deslocada do âmbito público e estatal para o âmbito privado. O espírito capitalista do trabalho pela sobrevivência atinge seu grau mais elevado na segunda metade do século XX, quando o Estado se desincumbe de suas obrigações para com a manutenção da renda geral de sua população. A racionalidade neoliberal atribui inteiramente a responsabilidade pela sobrevivência ao indivíduo, que inscreve a biopolítica em sua própria ontologia: não mais ser social, mas ser dissociado; um sobrevivente em luta contra os demais.

A pergunta sobre a possível revisão que Agamben faria da biopolítica foucaultiana foi, portanto, desenvolvida. O filósofo italiano separa, dentro do conceito foucaultiano de biopolítica, um elemento banal para toda a filosofia política ocidental (a vida funcionando como fundamento para a conservação social) e um elemento discriminante dessa mesma filosofia (o racismo estatal como possível causa desintegradora da conservação soberana do social). Haveria, pois, a partir das formulações de Agamben acerca da tanatopolítica contemporânea, o risco de uma desintegração social não imaginada pela filosofia política, o que, em outros termos, significa que existiria, no século XX, a emergência de uma política incapaz de ser pensada em termos clássicos. A tanatopolítica seria nada mais que um nome provisório para um novo *nómos* da Terra, ainda indiscernível.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Tradução de Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013a.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. rev. São Paulo:

Boitempo, 2011a.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed.. Belo Horizonte: UFMG, 2010a.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: Notas sobre a política*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: O Arquivo e a testemunha*. Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2010b.

AGAMBEN, Giorgio. *O Sacramento da linguagem: Arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3)*. Tradução de Selvino José Assmann. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011b.

AGAMBEN, Giorgio. *Opus Dei: Arqueologia do ofício*. Tradução de Daniel Arruda Nascimento. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013b.

AGAMBEN, G. *Profanações*. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARISTÓTELES. *Política*. Edição bilíngue. Tradução de António Campelo Amaral e Carlos Gomes. 1. ed. Lisboa: Veja, 1998.

ASSMANN, Selvino José; BAZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2013.

BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Traduzido por João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 57-82.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Tradução de Paulo Neves. 1. ed. São Paulos: Martins Fontes, 1996.

DYZENHAUS, David. Friend and Enemy: Schmitt and the Politics of Law. In: DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 1997. p. 38-101.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Glavão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Sobre a sexualidade: cursos e trabalhos de Michel Foucault antes do Collège de France*. Tradução de Vera Ribeiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. In: FREUD, Sigmund. *Obras Completas, volume 11: Totem e*



- Tabu, Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 13-155.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Organizado por Richard Tuck. Edição brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- 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.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução de Sebastião Nascimento. 1. ed. São Paulo: N-1 edições, 2018a.
- MBEMBE, Achille. Necropolítica, una revisión crítica. In: MAC GREGOR, Helena C. *Estética y violencia: necropolítica, militarización y vidas lloradas*. México: Universidade do México, 2012, p. 130-140.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte*. Tradução de Renata Santini. 1. ed. São Paulo: N-1 edições, 2018b.
- NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2012.
- NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Umbral de Giorgio Agamben: para onde nos conduz o homo sacer?*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2014.
- PELBART, Peter P. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2011.
- 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.
- TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. *O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2015.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real!:* cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2003.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. Tradução de Miguel Serras Pereira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

# AFINAL: O QUE (DEVEMOS) APRENDER COM O PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT ?

Pedro Augusto Gil de CARVALHO<sup>1</sup>

## RESUMO

De acordo com o julgamento de Adolf Eichmann (1961), responsável pela logística da deportação em massa de judeus para campos de extermínio nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, Hannah Arendt observa que o réu não poderia ser comparado a um monstro porque ele fora um homem comum, um burocrata, com poderes mentais muito modestos, que não tinha capacidade de pensar, incapaz de manter um diálogo consigo mesmo, e que o definiu como o ser mais perigoso, o pior dos criminosos, uma condição definida como a "banalidade do mal". O objetivo geral do presente artigo é o de refletir sobre o conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. Portanto, Arendt conclui que a banalidade do mal acontece quando as práticas violentas e cruéis durante o Holocausto não são percebidas em sua essência mais profunda: como atos desumanos e bárbaros. Tomados como fatos normais e aceitáveis, os organizadores e autores da violência perpetuou a crueldade, agindo como peças de engrenagem, sem a capacidade de reconhecer o mal consistente praticado em seu comportamento repetido. O presente trabalho trata-se de uma revisão de literatura descritiva, que é o início da construção de um protocolo de investigação, ou seja, após a decisão por um assunto, se faz necessário uma revisão bibliográfica sobre o tema. A pesquisa descritiva é o tipo que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tem como preocupação central identificar fatores que determinam ou contribuem para a banalidade do mal na obra de Arendt.

**PALAVRAS-CHAVE:** Banalidade. Mal. Totalitarismo.

## ABSTRACT

According to the judgment of Adolf Eichmann (1961), responsible for the logistics of the mass deportation of Jews to Nazi death camps during World War II, Hannah Arendt notes that the defendant could not be compared to a monster because he was a man ordinary, a bureaucrat, with very modest mental powers, who was unable to think, unable to maintain a dialogue with himself, and who defined him as the most dangerous being, the worst of criminals, a condition defined as the

---

1 Advogado inscrito na OAB-SP. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), desenvolvendo pesquisa aprofundada sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD. Especialista em Filosofia e Autoconhecimento pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Autor do livro "Hannah Arendt: um sopro de lucidez em tempos sombrios", publicado pela editora Multifoco. Exerce também atividades como Membro Efetivo Regional da Comissão de Apoio a Departamentos Jurídicos da Seção de São Paulo da OAB-SP, Membro efetivo da Comissão de Empreendedorismo e Marketing Jurídico da 76ª Subseção da OAB-SP e Membro Efetivo da Comissão de Igualdade Racial da 76ª Subseção da OAB-SP. Possui atuação constante em pesquisas e debates sobre Direito do Trabalho, Direito Digital, Direitos Humanos e Ciência Política. Possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Damásio (Damásio Educacional); Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo (ESA/OAB-SP) e Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil); e Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Possui experiência efetiva em Departamento Jurídico, Controladoria e Comercial, pois foi Analista Jurídico (2021), contribuindo expressivamente em demandas e projetos no âmbito Jurídico; Analista Comercial (2020), apoiando nas operações do Setor de Vendas e, Assistente Tributário (2019), no Grupo Maringá. Atuou como estagiário no Ministério do Trabalho - Superintendência Regional do Trabalho em Itapeva-SP, desenvolvendo atividades no Setor de Atendimento Social ao Trabalhador e de Fiscalização do Trabalho (2015-2017). Foi aprendiz no Núcleo de Práticas Jurídicas de sua Faculdade, onde realizou seu bacharelado, realizando atividades com o Convênio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), no Setor de Conciliação e Mediação (2016-2017). Foi estagiário voluntário no Núcleo de Práticas Jurídicas, exercendo naquela oportunidade atividades com o Convênio OAB/SP, no Setor de Assistência Judiciária Gratuita (2015-2016). Foi reconhecido como Jovem Destaque pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), vencendo o Concurso Cultural Xerox Corporation (2013) por reconhecimento de melhores práticas na implementação de métodos publicitários inovadores para a nova linha de impressoras daquele ano.

"banality of evil" ". The general objective of this article is to reflect on Hannah Arendt's concept of the banality of evil. Therefore, Arendt concludes that the banality of evil happens when violent and cruel practices during the Holocaust are not perceived in their deepest essence: how inhuman and barbaric acts. Taken as normal and acceptable facts, the organizers and perpetrators of violence perpetuated cruelty, acting as cogwheels, without the ability to recognize the consistent evil practiced in their repeated behavior. The present work is a descriptive literature review, which is the beginning of the construction of an investigation protocol, that is, after deciding on a subject, a bibliographic review on the topic is necessary. Descriptive research is the type that further deepens the knowledge of reality, as it is concerned with central to identify factors that determine or contribute to the banality of evil in Arendt's work.

**KEYWORDS:** banality. Bad. Totalitarianism.

## INTRODUÇÃO

Em 1961, a filósofa Hannah Arendt viaja para Israel para processar o criminoso nazista Adolf Eichmann. Eichmann é responsável pela organização da deportação de judeus no Terceiro Reich e, portanto, é o responsável conjunto pelo assassinato de milhões de pessoas. De volta a Nova York, ela começa a classificar e escrever seus pensamentos. Em 1963, uma série de ensaios em cinco partes aparece no "New Yorker". E o livro segue rapidamente: Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre abanalidade do mal. Arendt considera Eichmann um burocrata comum, bastante gentil, que, em suas palavras, "não era pervertido nem sádico", mas "terrivelmente normal". Ele age sem outro motivo senão avançar diligentemente sua carreira na burocracia nazista. Eichmann não é um monstro amoral, conclui ela em seu estudo do caso, Eichmann em Jerusalém: um relatório sobre a banalidade do mal (1963).

A publicação do livro desencadeia uma campanha política contra seu autor. Provavelmente isso não tem muito a ver com a tese central do trabalho, mas, sobretudo, com seus julgamentos sobre o papel dos Judenräte (os conselhos judaicos estabelecidos pelos alemães para fins administrativos e governamentais nas comunidades da Europa ocupada) em a instrumentação do extermínio. Muitos judeus pensam que este não era um tópico a ser discutido; não pelo menos naquele momento. Muitos outros pensam que Arendt aborda o assunto com frivolidade, arrogância e ignorância da realidade. De qualquer forma, a discussão (séria ou frívola, certa ou errada) do papel desempenhado pelos líderes e oficiais judeus na Europa ocupada é apenas um aspecto muito lateral do livro. Seu centro é a tese da banalidade do mal.

O que é banalidade do mal para Hannah Arendt? Esse é o problema a que esta pesquisa visa responder. Nesse sentido, o objetivo geral do presente artigo é o de refletir sobre o conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt. Os objetivos específicos são: analisar a vida e obra de Arendt; compreender o conceito de banalidade do mal e analisar sobre a aplicabilidade do conceito de

banalidade do mal nos dias atuais. No primeiro capítulo aborda-se a vida e obra de Hannah Arendt. No segundo capítulo, a sua tese central, a banalidade do mal, ganha destaque, e, por fim, no último capítulo, consta a reflexão da banalidade do mal hodiernamente.

O presente trabalho trata-se de uma revisão de literatura descritiva, que é o início da construção de um protocolo de investigação, ou seja, após a decisão por um assunto, se faz necessário uma revisão bibliográfica sobre o tema. A pesquisa descritiva é o tipo que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tem como preocupação central identificar fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos (GIL, 2017). São utilizados como referência, livros, manuais e artigos. Para a elaboração do artigo, são utilizados trabalhos publicados entre 2015 e 2020 tendo como critérios de inclusão: textos completos disponíveis nas bases de dados, em língua portuguesa e estrangeira (GIL, 2017).

## **I) VIDA E OBRA DE HANNAH ARENDT**

Hannah Arendt é uma teórica política importante e influente. Nascida na Alemanha, ela foge da Europa durante a Segunda Guerra Mundial e passa a maior parte de sua vida na América. Grande parte de seu trabalho preocupa-se em entender as condições sob as quais a ação política ocorre. Arendt é mais conhecida por seu texto. As origens do totalitarismo, que examina as pré-condições e o aumento do anti-semitismo na Europa Ocidental durante o início e meados do século XX. Ela também é conhecida por seu relatório sobre o julgamento do nazista SS Adolf Eichmann em Jerusalém (FRY, 2009).

Johanna "Hannah" Arendt nasce em 1906 em Hannover, em uma família judia secular. Arendt fala de experimentar o anti-semitismo no início de sua vida, e sua mãe tem declarado que, se alguma vez ouve comentários anti-semitas feitos por seus professores, ela deve lhe contar e apresentar uma queixa às autoridades. Depois de ler Kant aos 14 anos, Arendt fica fascinada com a natureza humana e o interesse permanece - em 1924, ela frequenta a Universidade de Marburg para estudar Filosofia e Teologia. Na universidade, ela começa um relacionamento romântico com Martin Heidegger, que é o seu professor na época.

Sua paixão pela filosofia era tão intensa e sua necessidade de compreender era tão grande, que ela chegou a afirmar que ou estudaria filosofia ou se sufocaria, por assim dizer. Entre seus interesses iniciais encontravam-se a filosofia de Immanuel Kant e a Teoria Existencial de Karl Jaspers e de Soren Kierkegaard. Ela frequentou a universidade em Marburg, Alemanha, de 1924 a 1926, onde foi iniciada na filosofia de Martin Heidegger durante o período em que ele escrevia seu famoso livro Ser e tempo. (FRY, 2009, p. 12).

Após seu doutorado, Arendt se muda para Berlim em 1929. Ela fica desiludida com seu círculo acadêmico durante a ascensão do Partido Nazista e torna-se cada vez mais excluída dos círculos intelectuais alemães. Como resultado, Arendt empreende um trabalho de pesquisa

antisemitismo para uma organização sionista e, por isso, é presa pela Gestapo em 1933. É libertada após oito dias (LAFER, 1988).

Nesse mesmo ano, Arendt deixa ilegalmente a Alemanha e mora na Tchecoslováquia, Genebra e Paris. Em 1933, ela começa a trabalhar para uma organização de caridade em Paris que ajuda crianças judias a encontrar casas na Palestina. Arendt gosta muito de seu trabalho com essa organização judaica e sente que foi solicitada a trabalhar para eles naquele momento específico porque "se alguém é atacado como judeu, deve se defender como judeu" (ARENDR, 2012). Ironicamente, também em 1933, Heidegger ingressa no Partido Nazista.

Embora em 1934, Heidegger tenha parado de ir às reuniões do Partido Nazista, ele permanece membro do Partido Nazista até 1945. Em uma carta perdida desde então, Arendt pergunta a ele sobre os rumores que ela ouve sobre suas simpatias pelo Nacional Socialismo. Heidegger responde em 1933 e, embora tenha apresentado motivos para suas ações, ele não refuta uma simpatia pelo Partido Nazista. Durante a guerra, Arendt - às vezes - critica publicamente Heidegger durante a guerra. Mas em 1950, os dois se encontram novamente e continuam em contato por toda a vida de Arendt. Muitas pessoas - incluindo Arendt - defendem o envolvimento de Heidegger com o Partido Nazista após a guerra como um erro pessoal, mas o próprio Heidegger nunca se desculpa. Além disso, a recente publicação de seus Cadernos pretos, escritas de 1939 a 1941, mostram uma identificação com os objetivos do Partido Nazista, especialmente no anti-semitismo (FRY, 2009).

Arendt escapa da Europa para Nova York em 1941 com sua mãe e se torna uma cidadã naturalizada dos EUA em 1951. A origem do Totalitarismo é o primeiro livro de Arendt. Publicado em 1951, examina as raízes históricas e filosóficas do totalitarismo, concentrando-se na Alemanha sob Hitler e na Rússia sob Stalin. Arendt argumenta que o imperialismo e o anti-semitismo criam a atmosfera para o totalitarismo com sua simplificação das estruturas tradicionais de classe e o uso combinado de propaganda e terror criando as circunstâncias ideais. Arendt também afirma que o totalitarismo é diferente do autoritarismo; o autoritarismo busca poder absoluto, enquanto o totalitarismo busca controle sobre todas as áreas da vida como precursor da dominação global (DINIZ, 1998).

O livro é imensamente popular e permanece altamente influente. Com a recente ascensão do populismo de direita na Europa e nos Estados Unidos da América e novos temores sobre novas formas de autoritarismo, o trabalho chega a ressurgir. A relevância contemporânea de Arendt também é aplicável em seus escritos sobre refugiados e direitos humanos. De fato, ela argumenta que os maus tratos a refugiados durante a Segunda Guerra Mundial mostram discrepâncias de estados que agem em seus interesses nacionais e não em seu compromisso com os direitos humanos

(FRY, 2009, p. 12).

Após cinco anos no esconderijo de Adolf Eichmann, um dos principais organizadores do Holocausto, foge com sucesso da Europa. Durante o verão de 1950, ele chega à Argentina e é capturado lá em 1960 para ser julgado em Jerusalém. Em 1961, Arendt relata do julgamento para o *The New Yorker* uma série de artigos intitulados Eichmann em Jerusalém. Em seus relatórios do julgamento, Arendt descreve Eichmann como um burocrata relativamente pouco inteligente que, sob as restrições de um poder superior, age no interesse de sua carreira. É a partir dessa análise que ela o descreve como personificação da 'banalidade do mal'. Eichmann em Jerusalém causa profunda controvérsia, especialmente entre leitores e críticos judeus, e causa um enorme debate entre estudiosos do Holocausto e intelectuais públicos. Arendt é criticada por seu retrato desdenhoso de Eichmann, acreditando que ele nunca abriga nenhum mal-estar contra suas vítimas. Ela também é acusada de culpar as vítimas, pois sugere que os Conselhos Judaicos, estabelecidos pelo Partido Nazista para administrar os guetos, são cúmplices do regime nazista (OLIVEIRA, 2012).

Ao longo de sua carreira, Arendt escreve incontáveis ensaios e artigos que explora poder, violência, governança política e teoria política. O segundo livro de Arendt, *A condição humana*, é publicado em 1958 e discute a vida ativa e contemplativa na história da Europa. Isto é seguido pela *Da Revolução*, em 1963, que compara as revoluções americana e francesa. Além de escrever, Arendt é acadêmica visitante na Universidade da Califórnia, Berkeley, Princeton e Northwestern. Em 1959, é nomeada a primeira professora do sexo feminino em Princeton e passa a lecionar na Universidade de Chicago (1963 a 1967) e na *The New School* em Manhattan (1967 a 1975). Ela também é membro da Universidade de Yale e da Universidade Wesleyan. Em dezembro de 1975, aos 69 anos, Arendt morre de ataque cardíaco na cidade de Nova York. Ela é enterrada ao lado do marido Heinrich Blücher no Bard College (FRY, 2009).

## **II) O CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL**

“Banalidade do mal” é um conceito cunhado pela filósofa alemã Hannah Arendt para descrever como um sistema de poder político pode banalizar o extermínio dos seres humanos quando é realizado como um procedimento burocrático executado por funcionários incapazes de pensar nas consequências éticas e morais de seus próprios atos. Arendt nunca considera o mal nazista ou o Holocausto como uma expressão de uma doença latente, não diagnosticada, mas latente, de seres humanos "comuns". A ideia, estampada no subtítulo de seu controverso livro de 1963, *Eichmann in Jerusalem*, impressiona muitas pessoas como uma visão fundamental de um tipo novo e distintamente moderno de mal (FRY, 2009).

Adolf Eichmann tem sido um dos principais oficiais da SS nazista na Alemanha, uma das

figuras-chave na implementação da Solução Final, e ele consegue permanecer escondido na Argentina até que agentes israelenses o capturam em 1960. Em seu relato crítico de 1961 julgamento por crimes contra o povo judeu e a humanidade, Arendt argumenta que Eichmann, longe de ser um "monstro" (ARENDR, 1999), como insiste o promotor israelense, não passa de um burocrata impensado, apaixonado apenas pelo desejo de agradar seus superiores. Eichmann, o funcionário impensado, capaz de um enorme mal, revela o potencial sombrio do homem burocrático moderno.

Essa ideia do mal é quase inteiramente nova. Antes do Iluminismo, a maior parte do pensamento teológico e filosófico sobre a natureza do mal se baseia na suposição de que as más ações são o produto de fortes paixões - orgulho, ambição, inveja, ódio. Durante o Iluminismo e no século XIX, muitos pensadores ocidentais sugerem que o mal cresce menos com as paixões sombrias do homem do que com condições sociais injustas, e muitos assumem que ele acaba sendo erradicado por meio de transformação social e política. Na época de Arendt, essa confiança tem sido abalada pelos terrores da Europa ocupada pelos nazistas, da China ocupada pelos japoneses e da União Soviética (ARENDR, 1999).

A tese de Arendt sobre Eichmann é atacada pela imprensa popular e questionada por historiadores da era nazista, mas muitos intelectuais a apoiam firmemente. O romancista Leslie Epstein, escrevendo em 1987, argumenta que:

(...) a indignação que saudou a tese de Arendt quando aplicada a Adolf Eichmann indica a profundidade de nossa necessidade de pensar naquele burocrata como diferente de nós mesmos, de responder a ele, de fato, como um personagem típico da ficção do Holocausto - uma besta, um pervertido, um monstro. (ARENDR, 1999).

O argumento de Epstein é que o homem burocrático moderno, sem pensar em sua rotina diária, seja o que for, é sempre um Eichmann em potencial.

O termo "banalidade" não é, portanto, usado para minimizar os crimes cometidos, nem para reduzir a um simples "detalhe". O que muitos entendem. Pelo contrário, em seu relatório sobre este retumbante julgamento, a reflexão de Hannah Arendt tende a medir a extrema dificuldade em tentar julgar tais crimes insuportáveis, porque, segundo ela, os criminosos são tão comuns. Portanto, neste íterim está a maior questão para reflexão: todas essas pessoas acusadas de crimes de gravidade exemplar são de banalidade tão banal que torna a questão do genocídio ainda mais aterrorizante (FRY, 2009).

Os vislumbres de sua tese de banalidade aparecem em *A origem do Totalitarismo* (1951). Ela argumenta que a ascensão do totalitarismo tem apontado para a existência de um novo tipo de mal: "mal absoluto", que, segundo ela, "não pode mais ser entendido e explicado pelos maus motivos de interesse próprio, ganância, cobiça, ressentimento, sede de poder e covardia"

(ARENDDT, 1999, p. 107). Ela costuma sustentar que os entendimentos tradicionais do mal não ajudam a lidar com essa variante moderna, e ela pode querer participar do julgamento de Eichmann, que cobre para a *New Yorker*, a fim de confrontá-lo e esclarecer suas ideias (VALLE, 2005).

Arendt mostra que o mal está realmente escondido na banalidade e na normalidade. Eichmann em seu livro não parece sedento de sangue: idosos, baixos, magros, com manchas carecas, dentes ruins, durante o processo ele sempre puxa o pescoço para os juizes e nunca se volta para a platéia, mantinha uma calma externa, mas um tique nervoso percorre seus lábios. Eichmann se descreve como uma pessoa vulnerável, convencendo-se de que é muito difícil suportar "excursões" em campos de concentração. E os psiquiatras, tendo realizado os exames necessários, verificam a plena normalidade de Eichmann, observando sua atitude impecável em relação à esposa e aos filhos. Sem sinais de patologia moral ou legal. Além disso, Eichmann convence que ele não é de modo algum anti-semita, não experimenta anti-semitismo fanático, pessoalmente sente nada contra os judeus (FRY, 2009).

Essa "normalidade" representa um dilema para os juizes: como alguém pode entender que uma pessoa perfeitamente normal não pode distinguir o bem do mal ao mesmo tempo? É possível que alguém que se comporte como um Eichmann não seja uma pessoa cínica e enganosa? H. Arendt observa que o caso de seus crimes, de fato, se baseia no pressuposto de que o réu entende a natureza criminosa de suas ações, uma vez que é uma pessoa completamente normal. Ela escreve: havia tantas pessoas como ele que "não eram pervertidos nem sádicos, elas ainda eram incrivelmente e terrivelmente normais" (ARENDDT, 2010, p. 152). A esse respeito, a ideia se sugere: o hibridismo da moralidade está associado à "não-obviedade" da responsabilidade (OLIVEIRA, 2012).

Seu livro imediatamente provoca uma amarga controvérsia que persiste ao longo dos anos 1960. Arendt é denunciada, inclusive por alguns de seus amigos mais próximos, como anti-sionista e disse um exemplo de "auto-ódio judeu". Ela é acusada de ser favorável a Eichmann e de absolvê-lo de culpa e responsabilidade por seus crimes. Seu amigo, o estudioso de cabala Gershom Scholem, escreve para ela que lhe falta "amor ao povo judeu". As relações entre eles são cortadas na sequência da resposta dela à carta dele (OLIVEIRA, 2012).

Em seu livro *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt cunha o conceito da banalidade do mal para caracterizar uma forma de perversidade que não é conforme os padrões com os quais nossa tradição cultural tenta representar sente o mal humano. Arendt vê Eichman como uma pessoa absolutamente normal: ciente do que fez, ele nunca nega, mas também não vê nada intrinsecamente errado com os atos que fez. "Ele estava cumprindo ordens de Estado", defende o alemão que, além disso, alega a condição de "bom cidadão" que cumpre o que lhe é confiado. E sobre isso, Arendt define "a banalidade do mal" (ARENDDT, 2010, p. 156).



Em primeiro lugar, a banalidade, na medida em que é irrelevante, não a coloca no fato de que "é horrível", mas no porquê de Eichman permitir ou contribuir para isso. Para Arendt, o fato de o acusado não sustentar seus atos com fortes convicções ideológicas ou morais é ainda mais aterrorizante do que o próprio fato. Por que uma pessoa normal, que não é má nem tem mais pretensões do que cumprir ordens, se envolve em tal mal? Devido a uma incapacidade de julgamento. Arendt distingue entre conhecimento e pensamento; o primeiro é o acúmulo de conhecimentos e técnicas, a conceituação do que é aprendido, enquanto o segundo o define como uma espécie de constante diálogo interno, no qual, em íntima solidão, se julga suas próprias ações. Eichman não tem, ou pelo menos não exercita, "pensamento" enquanto orquestra a transferência de milhares de judeus a serem executados. Isso o coloca como um "novo agente do mal" que, sem parecer nada mais convencido ideologicamente, mistura-se a uma massa des ideológica e não reconhecida que contribui (ativa ou passivamente) para o "horror" (ARENDR, 2010, p. 187).

O termo de Arendt, a expressão "banalidade do mal", não se refere a uma teoria ou doutrina, mas se encaixa "em um fenômeno que encarou o julgamento" (ARENDR, 2010, p. 278), a experiência de um abismo: falta de medida comum entre a escala gigantesca em que os crimes (o mal) foram cometidos e a insignificância (a banalidade) das pessoas que estavam entre os mais responsáveis. Confrontado com Eichmann na carne, Arendt acha impossível atribuir o fenômeno que observou a "qualquer particularidade de maldade, patologia ou convicção ideológica do executor" (ARENDR, 2010, p. 291).

Como um conceito criado através do contato com uma situação específica, a "banalidade do mal" não se refere ao Holocausto nem ao mal do nazismo como um todo. A banalidade não diz respeito a todos os agentes que executam ordens, mas especificamente o mal que é cometido por Eichmann. Seu caso é ainda mais exemplar, porque ele não é simplesmente um subordinado. Pelo contrário, sua parte é decisiva na implementação dos crimes. Arendt não duvida da culpa de Eichmann, nem duvida que ele merecesse a sentença de morte (BENJAMIN, 2012).

Nesse caso, um dos objetivos de empregar a palavra banalidade é romper com as representações tradicionais e enganosas do mal como excepcionais, profundas e demoníacas. Em segundo lugar, seus motivos também são banais: comuns, banais e intrinsecamente não criminosos. Ou seja, ele está pronto para fazer qualquer coisa para avançar nas notas burocráticas nazistas. O outro lado da banalidade refere-se às atividades que produziam esse mal. Essas atividades não são assassinas em si mesmas (FRY, 2009).

Concentrar uma interpretação da banalidade do mal nos estragos causados pela submissão à autoridade. É claro que Eichmann nunca para de obedecer. No entanto, para Arendt, a obediência de Eichmann é algo além da simples submissão à autoridade. Um dos pontos principais em sua

teoria do totalitarismo é, de fato, a diferenciação entre regimes autoritário e totalitário. Os regimes totalitários não se apóiam na ideia de uma força superior e estável externa ao poder humano, com cada nível da pirâmide retransmitindo mandamentos de cima para baixo. Como Eichmann repetidamente disse ao tribunal, ele não obedece às ordens de um superior imediato. No entanto, enquanto cumpra suas ordens, ele obedece à lei. Ainda assim, obedecer à lei em um regime totalitário tem um significado diferente do que em uma estrutura não totalitária. Se é verdade que os modos de atuação do mal são do mesmo tipo que os dispositivos burocráticos e tecnológicos, esses dispositivos não se tornam criminosos, a menos que sejam articulados como uma perversão do significado da lei (FRY, 2009).

No caso nazista, a lei é a lei da natureza, uma lei do movimento imanente à sociedade e que se espera que produza uma humanidade nova e purificada através da eliminação de partes impuras. A vontade do Führer é o único intérprete dessa lei, e deve ser o princípio que inspirava diretamente as atividades dos agentes. A lei não está escrita, e todas as pessoas devem identificar sua própria vontade dentro do princípio desta lei, entendê-la em termos velados e agir para se tornar a encarnação perfeita da lei. A lei da terra de Hitler exige que a voz da consciência dissesse a todos 'matar', embora os organizadores do massacre soubesse muito bem que o assassinato é contra os desejos e inclinações normais da maioria das pessoas” (ARENDDT, 2010, p. 152).

### **III) A BANALIDADE DO MAL E A FACE CONTEMPORÂNEA DE SUA IDEOLOGIA**

"Existem destinos muito piores que a morte, e os nazistas cuidaram muito bem que suas vítimas sempre os tivessem em mente" (ARENDDT, 1999, p. 12). Essa afirmação deve ser levada em consideração para entender melhor o conceito de pessoa, pois, para justificar alguns atos de violência, fala-se em perda de valores e que isso afeta negativamente a sociedade e, portanto, às pessoas; mas a pessoa é um valor em si mesma e se for afetada, direta ou indiretamente, o valor principal também é afetado.

Do exposto, surgem perguntas como: por que a violência é aceita? Existe algum objetivo que justifique o exercício da violência? O pensador Walter Benjamin afirma que, se o critério é que a violência é um meio de alcançar algo e não um fim em si, vale a pena perguntar se, em certos casos específicos, esse meio é justificado para atingir objetivos justos. O próprio Benjamin responde que esse não é um critério para julgar a própria violência, uma vez que é justificado apenas pela determinação do que é justo (BENJAMIN, 2012), mas que é necessário um critério mais pertinente, aplicável apenas à mídia, sem levar em conta os fins que eles perseguem.

Sem dúvida, toda a violência mítica é repreensível, (...) que funda a lei e que pode ser chamada de dominante. E repreensível é também a violência que preserva a lei, a violência administrada que a serve; porque tenta justificar a necessidade de exercer violência para

adquirir direitos (BENJAMIN, 2012, p. 206).

É claro que a violência não pode ser justificada como um meio para alcançar um fim, pois isso leva a uma relativização do julgamento sobre as ações que, precisamente, são "normalizadas" ou institucionalizadas como parte da vida cotidiana. Assim, a noção de "banalidade do mal" refere-se à ausência de pensamento crítico, à falta de pensamento, à superficialidade, à consciência substituída gerada pelo espírito gregário do homem, devido à sua conformidade com as regras sociais, pelos critérios de sucesso, obediência e eficiência da organização burocrática (FRY, 2009).

O fato é que, no livro em discussão durante o período em que é escrito, o interesse implícito de Arendt é expresso na Crítica do Julgamento de Kant, que ela quer implementar na forma da trilogia A Vida da Mente. Deve ter incluído três partes: "Pensar", "Volição" e "Julgamento", mas Arendt consegue escrever apenas duas. A terceira parte é reconstruída com base em suas palestras e ensaios, publicados pela primeira vez em 2003 na coleção "Responsabilidade e Julgamento". Neles, ela aborda questões fundamentais sobre a natureza do mal e da escolha moral e analisa a capacidade humana de distinguir entre certo e errado. A compilação permite traçar o entendimento de Arendt de que, juntamente com o mal radical descrito em uma análise anterior do totalitarismo, existe um mal mais perigoso, independentemente da ideologia política.

A terrificante originalidade do totalitarismo não se refere a uma nova ideia que apareceu no mundo, mas a atos em ruptura com toda a nossa tradição. Esses atos, literalmente, pulverizaram nossas categorias políticas e nossos critérios de julgamento moral. O mais assustador, pois, na ascensão do totalitarismo não é a novidade do fenômeno, mas o fato de que ele põe em evidência a ruína de nossas categorias de pensamento e de nossos critérios de julgamento. (SOUKI, 2006, p. 72).

As reflexões de H. Arendt sobre a banalidade do mal estão sendo atualizadas hoje, uma vez que surge outra questão: quanto o desejo de afirmar a exclusividade que justifica a violação das normas morais e legais geradas pelos sistemas totalitários do século XX permeia as práticas das sociedades modernas?

No final de seu livro, H. Arendt adverte que a repetição de crimes nazistas é possível no futuro, pois o desenvolvimento moderno da tecnologia e a explosão populacional podem facilmente transformar parte da população em crimes "supérfluos". Portanto, não apenas o fenômeno da "banalidade do mal" como uma manifestação de degradação moral, mas também o livro A banalidade do mal como uma análise extremamente perspicaz desse fenômeno, são um precedente importante que exige que a sensibilidade às patologias morais e legais que são observadas hoje (TOSI, 2012).

O livro em si suscita mais perguntas do que respostas para elas. Ele mostra a tentativa do autor de aprender não só os antecedentes jurídicos (existe em paralelo, em segundo plano), mas também revela os contextos políticos, sociais e morais do que está acontecendo. É claro que o

tempo que leva para uma pessoa suprimir sua aversão inata ao crime é irrelevante em um contexto jurídico. Mas a transformação que ocorre quando uma pessoa ultrapassa essa linha e se torna um ativo, embora não demonstre um ator de atos criminosos, é muito significativa no contexto sócio-político. Nesse caso, o indivíduo se encontra em um espaço tridimensional de dimensões políticas, sociológicas e jurídicas, e o próprio processo levanta questões de política, consciência, moralidade e responsabilidade, tanto dos executores quanto das vítimas (SOUKI, 2006).

Uma pessoa em uma sociedade paternalista não tem sua própria ética, uma ética de responsabilidade no sentido weberiano de consciência ou culpa. Inconscientemente, ele delega essa riqueza humana ao Estado, incluindo sua capacidade de pensar de forma independente. E assim, sua natureza e convicção da "criminalidade" das ordens são incapazes de resistir a uma autoridade legítima, mesmo que os decretos que dele emanem sejam imorais e cruéis. A pessoa não critica as decisões do cabo do exército alemão, que, através de uma bem sucedida carreira, consegue subir ao Führer dos oitenta milhões de pessoas (PEREIRA, 2014).

Como resultado, o senso comum é suplantado e a "difusão de responsabilidade" ocorre não apenas em um indivíduo, mas também em um nível social. Ou seja, a factualização da realidade (um termo proposto por Arendt), uma vez que os fatos perdem sua realidade, tudo começa a aparecer apenas como uma das versões da realidade. É uma metamorfose da consciência que leva a uma diminuição da atividade cívica, a um aumento da inércia e da indiferença (SOUKI, 2006).

O raciocínio sobre o julgamento acaba, portanto, ligado ao "relato" do julgamento de Eichmann, uma vez que se refere ao problema da escolha moral, à questão da responsabilidade, à criação e destruição da ordem moral. Pode-se dizer que esta é uma tentativa de entender a capacidade humana de distinguir entre o bem e o mal, se as opiniões são amplamente expostas ao meio ambiente? Por que, os "tempos sombrios" podem vir com muita facilidade, quando a ordem moral é facilmente destruída, e a própria moralidade começa a significar nada mais do que mudar facilmente costumes e maneiras? (OLIVEIRA, 2012).

Da perspectiva de hoje, também é difícil entender as críticas de Arendt ao papel das testemunhas no processo. O julgamento de Eichmann, em particular, pode ser visto como um importante evento-chave que dá rostos e vozes às vítimas e questiona a fixação dos autores e seus motivos. Com o julgamento de Eichmann e a aparição da testemunha como uma pessoa que pode se lembrar que o "passado era e ainda é" (FELMAN, 2014).

## **CONCLUSÃO**

Apesar de não ser uma jurista em essência, todo o trabalho desenvolvido por Hannah Arendt traz consigo grandes oportunidades de aprendizado para um estudante e profissional de

Direito que tente enfrentar o imenso desafio de compreender a sua obra e buscar respostas para o mundo atual em seu pensamento iluminado e, sobretudo, inspirador.

Isso porque, tanto biográfica como intelectualmente, Arendt viveu profundamente e sobreviveu aos maiores obstáculos que o século XX podia proporcionar: o horror de duas Grandes Guerras Mundiais; o nascimento do totalitarismo, um fenômeno totalmente novo no cenário da ciência política; o terror do Holocausto e a capacidade com que as pessoas até então consideradas simplórias podiam empregar o mal. Ou seja, após tudo isso, Arendt presenciou com os próprios olhos o nascer de uma nova geração condicionada e sob a guarda efetiva dos direitos humanos, a que ajudou a balizar.

Apesar de ainda jovem, na década de 20, e de já ter se formado na grande escola da fenomenologia, com a figura principal de seu mais importante professor Martin Heidegger, a sua inteligência e brilhantismo precoce não chegaram a fomentar um pensamento filosófico original. Isso só foi acontecer décadas depois, com a sua residência nos Estados Unidos, depois do advento nazista e por causa da tentativa de compreender o que ela chamou de “terrível originalidade daquele acontecimento”.

Para ela, o regime totalitário nazista distinguia-se de todo e qualquer outro sistema de regime governamental que a tradição filosófica, política e jurídica ocidental pudessem compreender. Este novo tipo de governo só foi possível, segundo a autora, por conta de uma sociedade de massas a partir do século XIX — algo que nunca tinha surgido antes. Um tirano, em uma tirania, legitima suas ações apenas por sua vontade. Nos regimes totalitários, os líderes justificam suas ações por uma ideologia coerente (julgando você certo ou não). Assim, quebrando as barreiras do velho e exigindo novas ideias e conceitos para a grande missão de ser uma pessoa disposta a ser de seu próprio tempo, foi a sua primeira indagação.

Conforme suas palavras, era impossível ser uma estudante de cunho filosófico nestes tempos e ficar inerte a toda esta situação. Algo havia de ser realizado.

Os elementos totalitários — algo que era inédito — continuam sobrevivendo em regimes e em situações não totalitárias, de modo que estamos sendo constrangidos todas as vezes que nos esquecemos ou todas as vezes que aceitamos os princípios da naturalização das situações.

Porém, a experiência mais profunda da vida de Hannah Arendt não se deu ao escrever sobre o totalitarismo, e sim naquilo que o complementaria: os horrores cometidos no Holocausto se tornando a chave mais profunda para um entendimento mais completo de tudo que ela escreveria depois, tal como *A Vida do Espírito*, de 1978.

Com certeza isso aconteceu com a publicação do livro *Eichmann em Jerusalém* — um relato sobre a banalidade do mal, em 1963. A grande questão de Arendt tentar compreender como

um burocrata como Eichmann, oficial nazista que segundo o próprio “nada mais fazia além de cumprir ordens”, foi o estopim que a levou do céu (com a publicação de uma tese totalmente nova e brilhante) ao inferno (com acusações grosseiras e intimidações pessoais por estar teoricamente “defendendo um nazista”).

Na verdade, este livro desde o início foi muito mal interpretado. Tentar compreender os motivos que levaram Eichmann a tomar certas atitudes, segundo as próprias palavras de Hannah, não é o mesmo que justificar os seus atos. A busca pela compreensão tem que se fazer presente, acima de tudo, naquelas pessoas que ousam escrever sobre estes temas.

A banalidade do mal é, portanto, a questão que perpassa a nossa capacidade de julgar e de agir numa situação em que todas as pessoas são colocadas de maneira que, mesmo que elas não tenham refletido sobre aquilo, tornam-se partícipes desses eventos.

Ser um bom profissional que domina as mais diversas técnicas na sua área de atuação no mercado de trabalho é importante, no entanto, não é o suficiente. Aprendemos com Hannah Arendt que é preciso estar à frente de seu tempo, e nunca abrir mão do pensamento crítico e externá-lo através de nossa voz, algo que um técnico, cercado em seu próprio universo artificial, jamais conseguirá realizar.

A era da informação, do conhecimento e da tecnicidade que estamos presenciando atualmente é, por vezes, ilusória. Muito se sabe e muito se produz, mas pouco se reflete — tornando-se totalmente perigoso segundo o entendimento arendtiano.

Imaginemos a seguinte situação: um funcionário público administrativo, fechado em sua vida de arquivos, presta com lisura e eficácia as suas diversas tarefas diárias. Todavia, em determinado momento o governo muda e emerge dali um governo totalitário. Pergunta-se: qual seria a sua reação? Continuar prestando os serviços para a manutenção de sua sobrevivência, apesar de estar perpetuando o mal inconscientemente em nome da burocracia, ou ir contra as “massas” e seguir sua própria consciência? Coloquemo-nos em seu lugar e notemos que esta tarefa não é e nunca será fácil.

A nova concepção de direitos humanos contida em todo o decorrer das obras de Hannah Arendt não nos levará a um sistema aparentemente lógico de criação. Mas nos permitirá identificar problemas importantes e relevantes quando do acontecimento totalitário e de seus desdobramentos.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- ARENDR, H. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 2012.
- DINIZ, Nádía Souki. **Hannah Arendt e a banalidade do mal**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.
- FELMAN, Shoshana. **O inconsciente Jurídico: julgamentos e traumas no século XX**. Tradução Ariani Bueno Sudatti. Prefácio Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Edipro, 2014.
- FRY, Karin A. **Compreender Hannah Arendt**. Petrópolis, 2009.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- OLIVEIRA, Luciano. **10 lições sobre Hannah Arendt**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- PEREIRA, A. P. S. **A crítica de Hannah Arendt à universalidade vazia dos Direitos Humanos**. 2014. 87 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.
- SOUKI, N. **Hannah Arendt e a banalidade do mal**. Belo Horizonte: EDUFMG, 2006.
- TOSI, G. **A internacionalização dos Direitos Humanos: o desafio para o século XXI**. João Pessoa. [s. n.], 2012.
- VALLE, M. R. **A violência revolucionária em Hannah Arendt e Herbert Marcuse: raízes e polarizações**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

# ANIMAIS E DIREITO: DISCUSSÕES SOBRE A PRESENÇA DOS NÃO-HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Alice Beraldo JEVOUX<sup>1</sup>  
Jamile Gonçalves CALISSI<sup>2</sup>  
Renato Zanolla MONTEFUSCO<sup>3</sup>

## RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é o estudo de conceitos como dignidade não humana e especismo, de forma a demonstrar, em primeira instância, como a construção jurídica do chamado direito de natureza vem possibilitando um espaço de análise a respeito dos animais dentro de uma perspectiva pós-humanista que os coloca no centro da filosofia e direito. A pesquisa justifica-se pela importância do tema e pela possibilidade de utilização de novos conceitos que a doutrina contemporânea vem ofertando a partir do chamado pós-humanismo e, com isso, colocando a causa animal no centro das discussões acadêmicas. A metodologia utilizada é a pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, bem como, a análise de direito comparado, e na escrita, o método utilizado é o analítico-dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Animal; Dignidade Não-humana; Especismo; Direito de Natureza; Pós-humanismo.

## ABSTRACT

The objective of this research is the study of concepts such as non-human dignity and speciesism, in order to demonstrate, in the first instance, how the legal construction of the so-called right of nature has enabled a space for analysis regarding animals within a post-modern perspective. -humanist who places them at the center of philosophy and law. The research is justified by the importance of the theme and the possibility of using new concepts that contemporary doctrine has been offering from the so-called post-humanism and, with that, placing the animal cause at the center of academic discussions. The methodology used is doctrinal, legislative and jurisprudential research, as well as the analysis of comparative law, and in writing, the method used is the analytical-deductive one.

**KEYWORDS:** animal law; non-human dignity; speciesism; right of nature; posthumanism.

---

1 Graduada em Comunicação Social- Jornalismo. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Pesquisadora bolsista Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa (PQ) da Universidade do Estado de Minas Gerais (edital n. 06/2022). E-mail: jevoux.uemg@gmail.com.

2 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. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (UNIARA). Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Pós-Doutorado (em andamento) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Pesquisadora bolsista FUNADESP. Pesquisadora bolsista Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa (PQ) da Universidade do Estado de Minas Gerais (edital n. 08/2022). jamile.calissi@uemg.br; jgcalissi@uniara.edu.br.

3 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.



## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é o estudo de conceitos como dignidade não humana e especismo. Busca-se analisar como a construção jurídica constitucional e a vertente do direito de natureza possibilita um espaço de análise a respeito da figura do animal como ser detentor de direitos. Somado a isso, como, dentro da corrente pós-humanista, os animais são entendidos pelo direito e pela filosofia. Além do mais, conceitos essenciais à temática, como especismo, serão também abordados neste trabalho.

A questão animal e o pós-humanismo têm sido objeto de crescente atenção e debate nos últimos anos. O pós-humanismo é uma corrente filosófica que busca questionar a centralidade do ser humano como medida de todas as coisas e propõe uma visão mais ampla e inclusiva da vida e da ética.

Nesse contexto, a questão animal ganha relevância ao se considerar que os animais não humanos são seres sencientes capazes de sentir dor e prazer, possuindo interesses próprios que devem ser levados em consideração. Tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, adotada pela UNESCO em 1978, reconhecem a necessidade de proteger os animais contra maus-tratos e exploração.

Além disso, outras iniciativas internacionais buscam promover o bem-estar animal e sua proteção. Por exemplo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia estabelece normas para garantir que os animais de companhia recebam cuidados adequados e sejam tratados com humanidade.

No entanto, apesar desses avanços, ainda há muito a ser feito para garantir que os direitos dos animais sejam respeitados. É importante continuar promovendo o debate sobre a questão animal e o pós-humanismo para aumentar a conscientização sobre a importância de tratar os animais com respeito e compaixão.

O termo especismo, por sua vez, ganhou destaque a partir da obra *Libertação Animal*, do autor australiano Peter Singer. No trabalho, Singer faz uma equiparação do termo com o racismo e machismo, termos mais conhecidos de maneira geral pela sociedade, na intenção de estabelecer a sua linha de explanação. O autor buscou comparar com injustiças latentes na sociedade, que envolvem os seres humanos em ambos os polos, na intenção de gerar uma compreensão da problemática, tendo em vista a visão objetificada dos animais na sociedade.

De tal forma que, racistas, sexistas e especistas compartilham um comportamento semelhante: todos violam o princípio da igualdade ao favorecer os interesses de seu próprio grupo.

Racistas dão mais importância aos interesses de seu grupo étnico em detrimento de outros grupos étnicos. Sexistas favorecem os interesses de seu próprio gênero. Especistas, desta forma, permitem que os interesses de sua própria espécie superem os interesses maiores de outras espécies. Em todos os casos, o autor analisa que o modelo é o mesmo (SINGER, 2010).

Para desenvolver este trabalho será utilizada pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, inclusive de direito comparado. Na escrita, será o procedimento dedutivo enquanto conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista (MARCONI; LAKATOS, 2011)

Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, será possível enfrentar as perspectivas de proteção e normatização jurídica à solução das questões atinentes à dignidade não humana e especismo. O objetivo é examinar e analisar a proteção constitucional conferida à natureza, com um recorte metodológico referente especificamente aos animais, a partir da leitura multidimensional da bibliografia selecionada. Nesse sentido, o enfrentamento dos animais não humanos como seres detentores de direitos a partir de uma leitura filosófico-jurídica que pode legitimar, em última instância, os animais com sujeitos políticos, dentro de uma proposta de reconhecimento de sua autonomia e status não humano, abrindo espaço para, ao contrário de uma visão paradigmática clássica, a construção de uma nova teoria política que se concentre nos direitos dos animais (DONALDSON, KYMLICKA, 2011).

## **2. DISCUSSÕES SOBRE DIRETO ANIMAL**

A presente discussão pressupõe um afastamento do antropocentrismo, retirando o ser humano do centro e conduzindo-o à convivência com a natureza, em uma construção de cultura de relação não violenta entre humanos e natureza, sobretudo, em relação aos animais e, principalmente, contribuindo para a disseminação do pensamento sobre o desenvolvimento da dimensão ecológica da proteção da dignidade não humana.

Contemporaneamente, esforços estão sendo feitos para contribuir para uma análise mais profunda da questão da natureza no campo jurídico. Contudo, pode-se dizer que a partir de uma influência filosófica cristã primitiva, sempre se foi afirmado a superioridade dos humanos sobre a natureza.

De mesma sorte, a herança romana, influenciada pelos hebreus e gregos, afirmadora da posição superior do ser humano, apresentando-o como uma espécie mediadora entre os animais e o divino, já que o único com alma imortal (SINGER, 2010). Santo Agostinho, por sua vez, que defendia a supremacia do espírito, naturalizava a superioridade humana ao atrelá-la à consciência,

inexistente nos animais (PEREIRA, 2016). Também os filósofos gregos que construíram suas bases de pensamento a partir do humano, atribuindo a essa prática o fato de que suas formulações pressupunham racionalidade, linguagem, autodeterminação, responsabilidade moral, virtudes encontradas apenas no ser humano (STEINER, 1995).

Como consequência, esse modelo de pensar também foi utilizado por Kant, que colocou as pessoas na posse das suas razões, autodeterminações e vontades autônomas (KANT, 2004). Thomas Hobbes, John Locke e David Hume, todos empiristas, também trataram a figura animal de forma insignificante e marginal. Só eram respeitados quando considerados propriedade privada porque contemplados a partir de um valor comercial (STEINER, 1995). A natureza, e mais precisamente, os animais, assim, estariam condenados à inferioridade e negligência da filosofia, porque, pensava-se, desprovidos de qualquer dessas virtudes.

Para a construção que se pretende, faz-se necessária a abordagem quanto à dignidade humana que, segundo a concepção individualista e antropocêntrica de Kant, é a pedra angular da estrutura constitucional do estado social, democrático e ambiental do Brasil.

No entanto, esta é uma questão que deve ser estudada a partir de uma perspectiva multidimensional e, portanto, não pode ser limitada a uma visão reducionista, puramente biológica ou física. Além disso, a dignidade humana deve ser interpretada a partir de uma dimensão ecológica para incluir a qualidade de vida como um todo e considerar a vida humana e não-humana no meio ambiente para promover estruturas morais e jurídicas, expandindo, assim, a análise da dignidade humana não apenas para a vida humana, mas também para outras formas de vida e para a estrutura de conservação da natureza como um todo (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Há a necessidade de um desligamento da figura de dependência que o meio ambiente tem por vezes com o ser humano. Leite (2008) traz dois importantes desdobramentos do antropocentrismo em relação ao meio ambiente e indiretamente aos animais que deles fazem parte.

O primeiro é o economicocentrismo no qual o homem “reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como ‘pano de fundo’ o proveito econômico do ser humano” (Leite, 2008, p. 137). Sendo assim, a visão do ser humano em relação à proteção do meio ambiente é meramente econômica-capitalista.

O outro desdobramento é o antropocentrismo alargado que ainda há a direta conexão do ambiente à figura do homem:

[...] mesmo centrando as discussões a respeito de ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem ambiental. Assim, centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente. O alargamento dessa visão antropocêntrica reside justamente em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência da própria espécie humana. Há, por conseguinte, a evolução de um panorama

bem menos antropocêntrico em que os valores de proteção da natureza recebem uma especial atenção, com a construção, inclusive, de uma nova ética ambiental (LEITE, 2003, p. 73-74).

Assim, transcender tais concepções se mostra essencial para uma nova forma de construção jurídica, possibilitando, por exemplo, uma análise filosófico-jurídica da autonomia dos animais não humanos e do estatuto dos sujeitos jurídicos (pelo menos na esfera teórica) quando se esgota o ponto de vista paradigmático anterior (HABERMAS, 2004), incluindo uma incursão em uma nova teoria política dos direitos dos animais (DONALDSON; KYMLICKA, 2011).

A problemática está inserida na dificuldade, ainda persistente, de estender ao animal não-humano os estatutos jurídicos próprios do ser humano, ligados ao conceito de pessoa. Contudo, o que, empiricamente ainda possa parecer intransponível, começa a ganhar novos contornos com a teorização sobre a ampliação da ideia de humanidade atingir a autonomia do animal não-humano (MEDEIROS; CACHAPUZ, 2018).

### **3. DIMENSÃO ECOLÓGICA NO DIREITO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos no artigo 1º, III. Isso foi feito estabelecendo o princípio em questão como um vetor axiológico para todo o sistema constitucional (FIORILLO, 2016). Sob essa perspectiva, a Constituição de 1988 é uma unidade de múltiplos conhecimentos que se reúnem em torno de uma única ideia onde a unidade e a organização assumem o sentido de base estrutural do sistema constitucional brasileiro.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 adotou uma visão com reflexos que se espalham por toda a legislação infraconstitucional, incluindo a legislação ambiental. Trata-se de uma posição antropocêntrica que atribui aos brasileiros e estrangeiros residentes no país uma posição central em relação ao sistema de direito positivo, conforme prescrito pelos artigos 1º, I e 5º da Carta Constitucional brasileira.

Sob esta perspectiva antropocêntrica, o direito ao meio ambiente volta-se para a satisfação das necessidades humanas. A expectativa de vida é um indicador que coloca o Brasil em baixa no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). No ranking das Nações Unidas publicado em 5 de outubro de 2009 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil ocupava a 75ª posição com uma expectativa de vida média de aproximadamente 72,2 anos. Com base nessa observação empírica, o relatório das Nações Unidas (ONU) defende um aumento na expectativa de vida para impulsionar o IDH do nosso país. Essa melhoria poderia ser alcançada através do aumento dos recursos para a saúde (FIORILLO, 2016).

De toda feita, tem-se que a Constituição Federal de 1988 adota uma perspectiva antropocêntrica em relação ao direito ambiental, protegendo todas as formas de vida (FIORILLO, 2016). No entanto, essa posição não é pacificadamente aceita na doutrina brasileira. Afinal, se a perspectiva antropocêntrica visa proteger todas as formas de vida, não é apenas a pessoa humana que estaria no centro do ordenamento jurídico ambiental regulado pela Constituição Federal de 1988.

A doutrina brasileira tradicionalmente invoca o argumento antropocêntrico porque entende que a natureza é um objetivo estabelecido pelo homem para seu próprio benefício. Caso contrário, estar-se-ia postulando que a Constituição Federal de 1988 estaria protegendo o meio ambiente para todas as formas de vida, a partir de uma interpretação literal e possível do artigo 3º, I da Lei 6938 de 1981.

De acordo com essa posição que enfoca a literalidade do comando legal em questão, recepcionado pela Constituição de 1988, os animais assumiriam um papel importante na proteção ambiental. Isso significa que os animais também seriam destinatários do direito ambiental brasileiro (FIORILLO, 2016).

Contudo, a doutrina tradicional, cujos argumentos devem ser respeitados, enfatiza que a visão biocêntrica da Constituição não parece razoável. A vida dos animais e da fauna não pode ser compreendida dissociada da vida humana e da relação que estabelece com ela.

No entanto, com todo o respeito, essa posição parece inadequada e contraditória. Embora respeitável, o argumento doutrinário apresentado (FIORILLO, 2016) de que a proteção ambiental existe principalmente para beneficiar o ser humano e não as outras espécies de forma reflexa e quase simbiótica, não parece ser o mais adequado. De qualquer forma, o argumento apresentado pela doutrina e sua interpretação do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 teriam um alcance muito maior e isso implicaria uma revolução nos critérios interpretativos do Direito Positivo.

Assim, construção da dimensão ecológica se dá em meio a uma condição socioambiental constituída por um mínimo existencial socioambiental comprometido com a teoria dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a dimensão ecológica está inserida no conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, e seu projeto político-jurídico é unir as conquistas tanto do Estado liberal quanto da sociedade assistencialista para o reconhecimento efetivo do meio social.

Um país onde o marco legal da constituição se baseia na convergência da proteção dos direitos sociais e a proteção dos direitos ambientais no projeto jurídico e político de desenvolvimento humano em um nível (sustentável) capaz de mudar o desenvolvimento humano integrado, visão da economia, direitos sociais, culturais e meio ambiente, criando condições para agregar novos elementos normativos ao conteúdo do mínimo existencial social para oportunizar a

dimensão ecológica das garantias jurídicas socioambientais. o mínimo existencial para ganhar espaço no reconhecimento da validade. Cabe vislumbrar, todavia, como na prática o Direito Brasileiro tratou os ordenamentos jurídicos que versavam de ecologia e que diretamente ou indiretamente tratavam de Direito Animal.

Com influência do *British Cruelty to Animal Act*, vindo da Inglaterra do início do século XVIII e também de outros países europeus como Alemanha, que estabeleceu normas gerais na tratativa de animais e também da Itália, sendo esta a primeira em averiguação de condutas e proteção de animais contra atos humanos. O Brasil, promulgou em 1924 o decreto 16.590 que tipificava, por meio de 30 condutas, o que seria considerado maus-tratos para os animais.

Internacionalmente, em 1978 foi apresentada em Bruxelas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Em seu preâmbulo a declaração estabelecia que todo animal possui direitos e que o desprezo desses direitos tem levados o homem a cometer crimes contra animais, e que o respeito dos homens pelos os animais muito diz do respeito dos homens para com os seus semelhantes. O Brasil foi signatário do ato, todavia, o mesmo não foi ratificado (RODRIGUES, 2008).

Pode-se dizer que a D.U.D.A. foi inovadora por ter adotado uma nova filosofia em relação aos direitos dos animais. Foi a partir dela que movimentos no sentido de reconhecer o valor da vida do animal começaram a surgir.

Edna Cardozo Dias expressa que:

[...] esse documento é um convite para o homem renunciar à sua atual conduta de exploração dos animais e, progressivamente, ao seu modo de vida e ao antropocentrismo, para ir de encontro do biocentrismo. Por essa razão representa uma etapa importante na história da evolução do homem (DIAS, 2000, p.333).

Além do Decreto 16.590, houve outros documentos jurídicos que pensaram e pensam o Direito Animal, dentro, obviamente, das limitações impostas pelo próprio Direito (RODRIGUES, 2008). O primeiro que pode ser citado é o Decreto 24.645/34, que estabelecia medidas gerais de proteção aos animais. Outra que cabe a menção é a Lei de Contravenções, Decreto-lei nº 3.688/41, que versa sobre penas impostas ao agente que submeter animais ao trabalho excessivo, ou demonstração pública de crueldade, sendo em espetáculos ou para fins científicos.

Além desses, cabe a mencionar o Decreto-lei 221/67 que estabelece o Código da Pesca, alterado em 1987 pela Lei 7.679; como também, ainda em 1967, a Lei Federal 5.197 também conhecida com Código da Caça; a Lei 6.638/79 que fala sobre a vivissecção (dissecar animais vivos); a Lei 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Como também a Lei 7.643/87, Lei de proteção às Baleias e aos cetáceos; a Lei 9.605/98 que trata sobre crimes ambientais e tutela de direitos básicos dos Animais; o Decreto 92.446/86, sendo seu principal tema o comércio

internacional de espécies da flora e da fauna. E também a própria Constituição Federal de 1988 que determina em seu art. 225 a preservação, defesa do meio ambiente

Todavia, mesmo com uma extensão legislação destinada à fauna e aos animais, o próprio direito os estabelece como “coisa móvel semovente”, como determina o Código Civil (2002), os colocando apenas como propriedade. Além disso, os animais são categorizados de maneira diferentes. Um exemplo é a Lei 9.605, a Lei de Crimes Ambientais, que em seu art. 32 estabelece um agravante de pena em caso de maus-tratos contra cachorros e gatos. Pode-se justificar dizendo que são animais mais próximos aos seres humanos, todavia, outros animais que também têm grande proximidade com os humanos são negligenciados, como por exemplo os animais de cargas, cavalos, jumentos, burros, que são vistos rotineiramente nas ruas, transportando coisas e pessoas, e que infelizmente são rotineiramente protagonistas de cenas horríveis de maus tratos. Rodrigues (2008) analisa essa contradição entre lei e realidade a partir de uma ótica valorativa do capitalismo, pois o que divide a proteção da exploração é a utilidade do animal para o sistema.

Normalmente, cachorros e gatos apresentam grande valor sentimental para os humanos, mas pouco valor financeiro para o sistema capitalista, a não ser quando esses são colocados à venda, mas muito tem a ver com a beleza e a raça do animal e claro tudo em menor escala. Porém, animais de cargas, utilizados para transporte tem mais valor para o capitalismo, pois eles são utilizados como ferramentas de trabalho. O mesmo acontece com os animais da pecuária, que são colocados em um status diferente dos demais, pois o valor desses para o capitalismo é ainda maior, sendo criados e mortos em grande escala, movimentando diversos mercados (RODRIGUES, 2008).

Contradições como a trazida na Lei 9.605 é apenas um aval do Estado para com o sistema. Tendo em vista que o Estado irá transformar em lei a diferença necessária entre animais para que o sistema continue a produzir.

Outro exemplo, dentro da legislação brasileira é o Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul, que em seu art.216 que estabelece um “regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente” (RIO GRANDE DO SUL, 2020). Todavia, abre-se exceção quando se trata de animais utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei,

Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica "sui generis" e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Felipe (2007) chama tal prática de especismo eletivo, na qual “o sujeito permanece

indiferente ao sofrimento dos animais que não se incluem no âmbito de sua predileção” (FELIPE, 2007, p.172). Assim, a proteção destinada aos animais passará por uma espécie de filtro na intenção de avaliar o valor econômico e a “proximidade” humana com o animal.

#### 4. OS IMPACTOS DO PÓS-HUMANISMO

Para que muito do que foi criticado no capítulo anterior seja colocado em prática, as discussões deverão sair do plano onde tudo é pensando a partir do humanismo. Cabe abrir espaço para a discussão do pós-humanismo e os seus impactos para o Direito Animal. Antes de qualquer empreitada em definir o tema cabe esclarecer que o conceito se mostra tanto quanto abrangente (TAGORE, 2015), e que marca a superação do humanismo, este se definindo como:

[...] vocábulo plurissignificativo, polissêmico, que consiste num conjunto de princípios reverenciadores da humanidade inteira. É uma fé suprema na razão humana, em sua capacidade para enfrentar e resolver os muitos problemas com que o ser humano se defronta, assim como para reordenar o mundo da Natureza e reformular os assuntos dos homens e mulheres de modo que a vida humana prospere (TAGORE, 2015, p.2006).

O pós-humanismo transpassa o próprio humanismo, tendo em vista que aquele pensa o além deste e do seu próprio objeto: o homem. Trazendo para o foco assuntos que sempre foram colocados à marginalidade da figura do homem.

Para Robert Pepperell (1995) o pós-humanismo pode ser entendido a partir de três leituras. A primeira é o pós-humano a partir de uma leitura tecnológica, na qual está presente a ligação entre a tecnologia avançada e a biologia humana. A segunda leitura parte do fim do período chamado de humanismo, nesse momento pode-se considerar um transpassar da figura humana como centro do estudo. Por fim, Pepperell sinaliza que o pós-humanismo é a transformação pela qual o ser humano vem passado. Santaella (2007) entende esta última como uma mudança na leitura do que é ser humano.

Tagore (2015) trata sobre as presunções erradas que o pós-humanismo signifique o “fim do homem”. Todavia, tal concepção é errada, tendo em vista que o pós-humanismo é apenas a retirada da figura do homem do centro das discussões, do antropocentrismo. Tal preceito é presente ao Ecocentrismo, sendo um homem mais um ator em todo um sistema, não mais o centro.

A partir dos preceitos o pós-humanismo dá ferramentas para o pensar de um Direito, como ciência, mais inclusivo, tendo em vista que é uma superação de um paradigma cartesiano (TAGORE, 2015). A Constituição Federal brasileira no seu Art. 225, traz em sua redação:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).



Tal inciso é inovador quando a Constituição cuida pelo bem-estar dos animais não-humanos, sendo essa uma visão pós-humanista, havendo uma expansão do rol de destinatários, tendo em vista que: “A Constituição não é apenas feita para seu intérprete e no interesse dele, a Lei Fundamental do Estado tem vontade própria construída no momento de sua elaboração pelo Legislador primeiro, a moldar a vontade soberana do povo” (TAGORE, 2013, p.11685). A partir de uma leitura pós-humanista da Constituição se torna cada vez mais comum.

Dito isso, cabe a reflexão sobre as barreiras enfrentadas pelo pós-humanismo. Targore (2013) em seu artigo Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo reflete que a primeira barreira é o próprio transpassar da condição do humano. O antropocentrismo, está no âmago da existência humana, tendo em vista que grande parte do conteúdo das ciências gira em torno da figura do ser humano. Tanto no Direito quanto na Filosofia o principal ator sempre foi o ser humano, ciências essas que são imprescindíveis para este trabalho.

O Antropocentrismo é o que dá a base para o humanismo e este é a limitação imposta para a sua própria evolução, a partir de “um novo significado, pós-humanista, tendo como destinatários um conjunto mais amplo de seres, alargando ainda mais o rol de destinatários da Constituição” (TAGORE, 2013, p.11685).

Outro ponto essencial é a resistência que a temática tem dentro do ambiente acadêmico. Na visão de Tagore (2013) para o maior debate da questão pós-humanista é a implementação nas grades dos cursos de Direito a disciplina de Direito Animal, tendo em vista que é uma questão que se relaciona com diversos âmbitos do direito.

O fundamento da disciplina do Direito Animal começa a se desenhar, pois há de ser mais do que a disposição metódica de normas e padrões de *comando-e-controle* inaplicáveis ou inaplicados (= *law-on-the-books*), há de ser, como disciplina jurídica própria, um direito aplicado, fruto da assimetria entre norma e implementação (= *law-in-practice*), que obrigue o poder público e a sociedade civil a implementar este mandamento constitucional da não crueldade para com os animais (TAGORE, 2013, p.11710-1).

Desta forma, vê-se a necessidade de implementação do estudo do Direito dos Animais dentro das grades das faculdades de Direito, pois além de ser um assunto atual e que tende a ganhar mais destaque dentro do âmbito jurídico. Além disso, a matéria tem uma grande ligação com outros campos do Direito.

## 5. OS ANIMAIS COMO SUJEITOS POLÍTICOS

A inovação, que está sendo introduzida pelo reconhecimento de novas categorias jurídicas diretamente relacionadas à ampliação do conceito de dignidade da pessoa humana, é inteiramente possível pela renovação e atualização das categorias conhecidas e consagradas ao homem na

perspectiva de novas realidades empíricas. Dignidade depois de muito tempo.

Nesse sentido, o reconhecimento dos animais domésticos como concidadãos de nossas comunidades políticas é uma necessidade ética. Nessa construção está a teoria política dos animais, segundo a qual os interesses dos indivíduos de outras espécies devem ser considerados na determinação do bem comum da sociedade. Assim, além da cidadania comum dos animais domesticados, os animais selvagens também seriam cidadãos de suas próprias comunidades soberanas (teoria da soberania - *sovereignty theory*).

Segundo essa lógica, são três os grandes grupos de animais: silvestres, liminares e domésticos. Os silvestres não estão localizados em comunidades humanas e não dependem dos cuidados humanos. Os liminares estão em comunidades humanas, mas não dependem dos cuidados humanos. Os domésticos estão em comunidades humanas e dependem dos cuidados humanos. Esses três grupos estão divididos por dois critérios: a proximidade que eles estabelecem em comunidades humanas e dependência que eles possuem em relação aos seres humanos (DONALDSON; KYMLICKA, 2011). Dessa forma, a partir da expansão de teorias políticas afeitas aos direitos das minorias e multiculturalismo, tem-se a possibilidade de implementação da teoria que defende incluir os animais como sujeitos políticos.

Nesse sentido, os animais têm interesses próprios que devem ser levados em conta nas decisões políticas, e devem ser vistos e respeitados como membros de comunidades políticas, e sua representação deve ser considerada nas instituições políticas. Sendo assim, isso significa reconhecer os animais como cidadãos e conceder-lhes direitos políticos. Propõe-se, a partir disso, a criação de mecanismos de representação para os animais, como conselhos consultivos ou defensores públicos dos animais, que possam defender seus interesses nas decisões políticas.

Essa abordagem, sem qualquer dúvida, representa uma mudança radical na maneira como a sociedade pensa os animais, de modo que, em vez de vê-los apenas como objetos de proteção ou recursos a serem explorados, reconhece-os como sujeitos políticos com direitos e interesses próprios (DONALDSON; KYMLICKA, 2011).

Importante enfatizar que os animais como sujeitos políticos é um tema que tem sido discutido principalmente no âmbito dos estudos multiculturais. Sendo assim, tem-se que os animais já são sujeitos de práticas políticas e estão sujeitos a elas. Exemplo disso é o consumo substancial deles e da regulamentação do comércio transnacional de animais, sendo eles, partes ineparáveis de práticas econômicas, sociais e culturais em múltiplas e diversas escalas (HOBSON, 2007).

Nesse sentido, os animais devem ser vistos como seres dinâmicos, inseparáveis dos processos políticos e integrantes da formação e operação das redes políticas que os regulam, protegem e exploram. Isso significa que os animais podem e devem ser considerados sujeitos

políticos geográficos.

Essa perspectiva é apoiada por debates conceituais dentro da geografia cultural, em particular aqueles relacionados às geografias “animal” e “híbrida”, e é uma abordagem que amplia a compreensão de como o “político” é constituído, podendo levar a uma maior consideração dos direitos dos animais nas políticas públicas.

Essa perspectiva argumenta que os animais poderiam e deveriam ser incluídos como sujeitos dentro das pesquisas subdisciplinares. Sendo assim, enquanto os ecologistas políticos regularmente empregam estudos de caso de conservação animal para detalhar as complexidades das lutas sobre distribuição de recursos, o que na maioria das vezes enquadra os animais como componentes estáticos de uma socialidade completamente humana, se o debate se der dentro da geografia animal e híbrida, será possível visualizar os animais como seres dinâmicos, inseparáveis dos processos políticos e integrantes da formação e operação das redes políticas que os regulam, protegem e exploram (HOBSON, 2007).

Ampliando esse debate, argumenta-se que os animais devem ter não apenas direitos legais, mas também direitos políticos como parte de uma sociedade coesa entre animais e humanos. Propondo-se uma verdadeira teoria de cidadania animal que reconhece a integração dos animais na sociedade humana em virtude de terem sido domesticados (DONALDSON; KYMLICKA, 2011)

Em um processo de coesão acadêmica, as teorias aqui apresentadas têm por característica comum a ideia de que os animais podem e devem ser considerados sujeitos políticos. Enquanto de um lado enfatiza-se a inclusão dos animais como sujeitos dentro da pesquisa subdisciplinar, de outro lado propõem-se uma teoria mais ampla de cidadania animal que reconhece os seus direitos políticos.

Certo é que essas novas teorias desafiam a visão tradicional de que os animais são meros objetos de lutas por recursos e oferecem uma perspectiva mais ampla sobre como o “político” é constituído. Elas também levantam questões importantes sobre as obrigações positivas para com os animais e como pode-se incorporá-las nas políticas públicas.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, diversas são as novas teorias que buscam criar condições para uma maior proteção ambiental, passando pela elaboração da chamada dimensão ecológica, para o reconhecimento da dignidade não-humana e para os direitos políticos. É fato que a pesquisa sobre esse assunto ainda é incipiente a partir da Constituição brasileira, embora muito tenha a ver com a agenda das questões ambientais e também com o desenvolvimento humano (SARLET; MITIDIERO, 2019). Tal relação é proposta a partir de uma "roupagem ecológica" do Estado brasileiro na Constituição de 1988, e o

art. 225 como um todo ilustra essa relação.

Nesse sentido, o estado ambiental teria pelo menos duas dimensões jurídico-políticas: (a) a obrigação do Estado, que atuará em cooperação com outros estados e com os cidadãos; (b) a adoção de um comportamento público e privado que dê concretude a essa proteção ambiental (SARLET; MITIDIERO, 2019).

Todavia, vai-se um pouco além quando se trata de Direito Animal, que é: “o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica” (ATAÍDE JÚNIOR, 2010, p.75). Assim, o Direito Animal, em essência, trabalha com a tutela jurídica dos direitos fundamentais zoocêntricos, estando na quarta dimensão, sendo assim, pós-humanistas.

O Direito Animal é um tema que busca inovar o próprio Direito humanista que se tem costume. Os animais não podem continuar no status de coisa ou propriedade, e suas espécies não podem sofrer distinções entre quais proteger ou não. O homem, utilizando de toda sua racionalidade, não deve se entender como proprietários dos animais, mas sim como responsável pela manutenção da qualidade de vida (RODRIGUES, 2008).

## **BIBLIOGRAFIAS**

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**-noções práticas. São Paulo: Atlas, 1995. (SARLET; MITIDIERO, 2019)

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípios do direito animal brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.106 -136, Jan-Jun 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto 24.645**, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 3.688**, de 3 de Outubro De 194. Lei das contravenções penais. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei Nº 221**, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 5.197**, de 3 de Janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 6.938**, de 31 de Agosto De 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 7.643**, de 18 de dezembro de 1987. Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica**. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: mandamentos, 2000.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. **Zoopolis: a political theory of animal rights**. New York: Oxford, 2011.

FELIPE, Sônia T. Dos direitos morais aos direitos constitucionais: para além do especismo elitista e eletivo. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, vol. 2, n. 1, p. 143-159, ago. 2007

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HOBSON, Kersty. Political animals? On animals as subjects in an enlarged political geography. *Political Geography* 26 (2007) 250 e 267.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

\_\_\_\_\_; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia científica**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Fontoura; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Autonomia e capacidade a animais não-humanos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**. Lisboa. Ano 4 (2018), nº 4, 755-780).

PEREIRA, Vinicius dos Santos. **Considerações sobre a ética animal de Peter Singer**. Tese em Filosofia- Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2020.

SANTAELLA, Lúcia. **Pós-humano: por quê?** Revista da USP. São Paulo. n.74, p. 126-137. junho/agosto 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Porto Alegre, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STEINER, Gary. **Anthropocentrism and its discontents: The Moral Status of Animals in the History of Western Philosophy**. University of Pittsburg Press, Pittsburgh, 2005.

TARGORE, Trajano de Almeida. **Direito Animal e Pós-Humanismo: Formação e Autonomia de um Saber Pós-Humanista**. RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, 2015.

TARGORE, Trajano de Almeida. **Teoria da Constituição: Direito Animal e Pós-Humanismo**. RIDB, Ano 2 (2013), nº 10, 2015.

# “FAKE NEWS”: BASES FILOSÓFICAS

ANNA Júlia Moreschi VALENTE<sup>1</sup>

## RESUMO

Temática relativamente nova que vem ascendendo na atualidade é a das “fake news”. Estudos vários em seu entorno já começam a despontar, mais e principalmente entorno dos reflexos sobre questões eleitorais. Em que pese a problemática das “fake news” não tenha, ainda, encontrado solução a ponto de não justificar mais pesquisas científicas a seu respeito, mesmo nos enfoques já abordados – como o eleitoral –, pretende-se nesse estudo associá-la à Filosofia, sem retirar da pesquisa os aspectos políticos que circundam a matéria. O problema central que se põe a enfrentar consiste em verificar em que medida a filosofia pode servir de base no enfrentamento às “fake news”. A hipótese que se defende é a de que: a problemática das “fake news” somente será, de fato, solucionada em seu amago, se os estudos e regramentos que virão a ser criados em seu entorno partirem de bases filosóficas. Para seu desenvolvimento, percorreram-se as temáticas das “fake news”, da verdade e da mentira, todas sob um viés filosófico. O método dedutivo amparou a pesquisa, a partir de referências teóricas e revisão de literatura. Em termos de fontes de pesquisa, a investigação seu deu através de lições das doutrinas de filosofia política e jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** “Fake news”. Verdade. Mentira. Bases filosóficas.

## ABSTRACT

A relatively new theme that has been rising nowadays is “fake news”. Various studies around it are already beginning to emerge, more and more around reflections on electoral issues. Despite the fact that the problem of “fake news” has not yet found a solution to the point of not justifying further scientific research on it, even in the approaches already discussed – such as the electoral one –, the aim of this study is to associate it with Philosophy, without removing from the research the political aspects that surround the matter. The central problem to be faced consists of verifying to what extent philosophy can serve as a basis for confronting “fake news”. The hypothesis that is defended is that: the problem of “fake news” will only, in fact, be solved in its core, if the studies and rules that will be created in its surroundings start from philosophical bases. For its development, the themes of “fake news”, truth and lies were covered, all under a philosophical bias. The deductive method supported the research, based on theoretical references and literature review. In terms of research sources, his investigation gave lessons from political and legal philosophy doctrines.

**KEYWORDS:** “Fake news”. True. Lie. Philosophical foundations.

---

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e Pós-Graduada em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (2021/2023). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2010) e Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2011); e, em Direito Civil e Processual Civil, pelo Instituto Paranaense de Ensino (2012/2013). Estagiou de forma voluntária e remunerada, durante a graduação, no gabinete da 7ª Promotoria de Justiça de Maringá-PR - Ministério Público do Estado do Paraná-BR (2008/2009). Estagiou de forma remunerada, durante a graduação, no gabinete da 2ª Promotoria de Justiça de Maringá-PR - Ministério Público do Estado do Paraná-BR (2009/2011). Estagiou durante as duas primeiras Pós-Graduações no Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Sarandi-PR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná-BR (2011/2012). Atuou como conciliadora remunerada junto ao Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Sarandi-PR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná-BR(2011/2012). Atuou como Assistente I de Juiz de Direito (3-C) junto ao Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Sarandi-PR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2012/2017). Atualmente é Assistente II de Juiz de Direito (1-C) junto ao Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Sarandi-PR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná-BR.

## INTRODUÇÃO

“Fake news” é termo importado da língua inglesa que, apesar de longo, reascendeu-se, tomando posição de destaque, a partir da eleição presidencial Norte Americana de 2016, oportunidade em que Donald Trump logrou-se vencedor.

Em que pese a expressão tenha se originado numa conjuntura de embates exclusivamente políticos, o êxito verificado com a prática fez com que as “fake news” passassem a ser incorporadas noutros cenários e contextos. A partir daí, iniciou-se uma busca desenfreada pela regulamentação da temática, no afã de frená-la e de responsabilizar seus operantes.

Estudos precedentes, principalmente entorno da temática política e eleitoral, trataram de aspectos da problemática, sugerindo a aplicação analógica e comparada de institutos legais consagrados sobre matéria diversa ou sobre direito posto em países outros. Não obstante as soluções já propostas, fato é que a prática de criar e disseminar notícias falsas não só persiste como se expande, ultrapassando o cerco político inicial. Defronte disso, a análise proposta aqui partirá de bases filosóficas no afã de aferir se a filosofia, enquanto base comum para as possíveis soluções vindouras, é caminho eficaz no combate às “fake news”.

Em termos de fontes de pesquisa, a investigação estará amparada por lições das doutrinas de filosofia política e jurídica.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método utilizado será o dedutivo, a partir de referências teóricas e revisão de literatura, conectando saberes e conceitos difundidos.

A expectativa é que o resultado desse trabalho sirva, além de embasamento a outras pesquisas entorno da temática posta, como direcionamento aos casos práticos e aos julgados que já começam a surgir; bem como de embasamento a eventuais e iminentes regulamentações legislativas acerca da ascendente matéria.

### 1 “FAKE NEWS”

A tradução literal da expressão “fake news” corresponde a: “notícias falsas”. Não obstante, dizer que uma notícia é falsa não abarca todas as significações que circundam a expressão “fake news”; muito é por isso que, mesmo nos textos nacionais, a temática é abordada em sua forma alienígena; para alcançar o todo que ela aborda. Aqui, ainda que vez ou outra se empregue a versão traduzida ou eventuais sinonímias, estar-se-á, sempre, a referir-se ao todo que consigo a expressão original conduz.

No dicionário online português, o adjetivo falso significa “contrário à verdade”, ao passo



que, o termo “fake news”, da língua inglesa, se traduz para o português como “sem correspondência com a realidade”, o que o torna significativamente mais amplo, dado que engloba tanto as notícias falsas, como, também, aquelas que não são totalmente falsas, mas que têm alguma correspondência com a realidade – criadas e disseminadas com objetivo de causar prejuízos ou propagadas inintencionalmente (MORONI, 2018, p. 130-160).

Segundo Recuero e Gruzd, o termo “fake news” possui diversas características que o define; ele expressa, necessariamente, a intenção de enganar, sendo caracterizado como desinformação, com elementos de falsidade total ou parcial, com o intuito de atingir interesses de grupos ou indivíduos. (RECUERO, R.; GRUZD, A., 2019, p. 32-33).

Para Wardle e Derakhshan, por sua vez, “fake news” são parte de um panorama mais amplo. Caracteriza-se por uma desordem informacional, a qual está relacionada à “poluição da informação” por conteúdos criados e disseminados através de tecnologias contemporâneas que proporcionam a sua escala. A disseminação da desordem informacional, de acordo com eles, ocorre através de uma rede de comunicação virtual complexa, voltada para a criação de técnicas de difusão de diversos tipos de conteúdo, os quais são reproduzidos através de inúmeras plataformas que hospedam e reproduzem esses conteúdos informacionais adulterados ou fabricados com propósitos perniciosos (WARDLE e DRAKSHAN, 2017, p. 4).

Wardle e Derakhshan investigam o fenômeno da desordem informacional através da divisão em três tipos: “misinformation”, “disinformation” e “mal-information”. Segundo esta classificação, “mis-information” se dá quando informações espúrias são criadas e compartilhadas sem a intenção de causar danos; “dis-information”, quando informações espúrias são conscientemente e deliberadamente criadas e compartilhadas a fim de causar danos às pessoas, grupos sociais, organizações ou países; e, “mal-information”, quando informações genuínas, isto é, baseadas em fatos, são compartilhadas estrategicamente com objetivos de causar danos, alterando a informação da esfera privada para a pública, prejudicando pessoas, organizações e países. (WARDLE e DRAKSHAN, 2017, p. 5-6).

Já Gelfert, explica as “fake news” a partir de três condições. A um, constituir uma espécie de desinformação, induzindo o público ao erro, além de criar crenças falsas. A dois, ser apresentada como se fosse uma notícia verdadeira, com aparência de ser fonte legítima. A três, ter sido criada deliberadamente para tal finalidade e não de forma acidental (GELFERT, 2018, p. 84-117).

Embora a disseminação de desinformação não seja um fenômeno recente, é notório que o crescente desenvolvimento da tecnologia potencializou ainda mais os efeitos sociais das “fake news”, dado que estas são disseminadas de maneira muito mais rápida, alcançando número maior de pessoas em um espaço de tempo demasiadamente menor e mediante pouco investimento

(FILHO, 2022, p. 16).

Arelada à tecnologia, a internet surgiu como ferramenta de comunicação para troca de informações rápidas e protegidas, sendo possível, através das redes sociais, interagir, relacionar, expressar opiniões, dentre várias outras possibilidades. No que cabe comparar com outros meios de comunicação, como os jornais, pode-se afirmar que as “fake news” sempre estiveram presentes, sendo necessário que a imprensa lidasse com boatos, notícias pagas como forma de favorecimento e informações falsas com fins diversos. No entanto, com o advento da internet, a propagação de notícias falsas ganhou amplitude e colocou em risco tanto a credibilidade no que concerne ao conteúdo das notícias como a fonte que estabelece a divulgação (AGUIAR; ROXO, 2019; MACHADO; DUARTE, 2018; SILVA, 2021, p. 162-186).

O algoritmo tem sido um dos grandes responsáveis por essa expansão abrupta de informações espúrias que, antes do desenvolvimento das tecnologias digitais, tinham o seu alcance mais restrito, não causando tantos danos às reputações e, principalmente, aos sistemas democráticos. Auxiliada pelas tecnologias digitais, as “fake news” se tornaram uma ferramenta importante na colonização de mentes, gerando crenças que colocam a verdade em segundo plano (MORONI, 2021).

Segundo Branco, nem tudo que os outros postam no “Facebook” aparece nos “news feed” (BRANCO, 2017, p. 51-52). Para Pariser, a solução da dita rede social, para lidar com a grande quantidade de postagens, logo nos primórdios de sua criação, foi usar o algoritmo “EdgeRank” que atua por traz da página inicial da plataforma, filtrando conteúdos relevantes (PARISER, 2012, p. 29-30). Baseado em três fatores de relevância, o algoritmo filtra as informações e as direciona para os usuários de acordo com a afinidade, o peso relativo da cada conteúdo e o tempo.

De acordo com Branco, o “Facebook” interfere na disponibilização do conteúdo que é mostrado na sua plataforma através de filtros-bolha, que são caracterizados como a personificação do conteúdo da informação relacionada às pegadas digitais que os usuários(as) deixam ao acessarem a rede social. Essa personalização de conteúdo para direcionamento de informação a usuários e grupos de usuários específicos é feita por mecanismos algorítmicos. Nesse sentido, os filtros-bolha aproximam pessoas com ideias semelhantes e afastam aquelas com pensamentos divergentes (BRANCO, 2017, p. 52).

Através de filtros-bolha, “fake news” são direcionadas para grupos específicos e amplamente disseminadas em plataformas sociais como “Facebook”. Tão logo verificada a eficiência, outras redes sociais e jornais como o “The New York Times” começaram a usar algoritmos nas suas páginas iniciais (MORONI, 2021).

Para além dos mencionados algoritmos e demais outras tecnologias, há fatores outros que,

por favorecerem sua credibilidade, acabam dar ainda mais vazão às famigeradas “fake news”.

Um desses fatores, pensado por volta do ano 350 a.C., é a persuasão, descrita por Aristóteles como sendo dependente de três variáveis, quais sejam: “logos”, “pathos” e “ethos”. O “logos” refere-se ao modo lógico no qual o orador se expressa pelo discurso. O “pathos”, por sua vez, é relativo à forma com a qual o orador invoca as emoções do seu público. Por fim, o “ethos” é a maneira com a qual o orador se apresenta como figura competente (GOUVÊA, 2017). Em assim sendo, para que uma inverdade possa tomar contornos de uma possível verdade, há um apelo por intermédio do discurso da racionalidade e das emoções (GOMES, 2020).

Através das “fake news”, inverdades vêm, cada vez mais, tomando contornos de verdades. E é essa crença na verdade que está a arrastar, veladamente, multidões, ora num sentido, ora noutro diametralmente oposto. Eis a importância de se discutir a questão da verdade.

## **2. VERDADE**

A verdade possui atrelado a si, aspecto subjetivo, uma vez que a narrativa de fatos depende da compreensão dos indivíduos e da construção de seus argumentos, necessariamente levando em consideração as impressões pessoais e os valores de cada indivíduo (FILHO, 2022, p. 14).

Em que pese não seja plausível o apego exacerbado ao realismo para aferir a verdade, pois esta não se trata de uma ciência exata, a essência da realidade quanto a fatos e acontecimentos confere objetividade à verdade, possibilitando a identificação da irrealidade e da falsidade. Se não houvesse algum traço objetivo, seria bastante difícil distinguir a verdade, considerando que haveria “apenas” uma pluralidade de verdades individuais consoante o juízo valorativo de cada um (FILHO, 2022, p. 14).

Assim, tomando a realidade como parâmetro, a verdade torna-se um elemento palpável ou, pelo menos, de aferição possível, porque mesmo na hipótese de um só fato ser objeto de diferentes interpretações, com a conseqüente obtenção de discursos variados, o pano de fundo de todos eles precisa ser o da realidade, algo que pode ser minimamente comprovado (FILHO, 2022, p. 14).

As pessoas devem possuir acesso à realidade para, por si, construírem sua argumentação e opinião (CEPIK, 2000).

Ao, intencionalmente, falsear-se uma informação, adulterar-se uma realidade e disseminá-la em grande escala, como é o movimento das “fake news”, está-se a tirar da população liberdades.

“O conhecimento – definido como processo de criação de novas informações – e a informação – como processo de aquisição do conhecimento – produzem relações de poder” (FILHO, 2022, p. 15).

Uma das maiores ditaduras que pode se impor sobre uma população é a da desinformação,

já que, mantendo o povo desinformado, mostra-se fácil dominá-lo, bem como criar distorções em seus assuntos de interesse, impondo sua subordinação à busca pelo favorecimento, pelo apadrinhamento e pela manipulação (ARAÚJO, 1992, p. 46).

Muito do que tem contribuído para a proliferação desenfreada das “fake news”, além dos aspectos tecnológicos já repetidamente mencionados, é o conjunto de problemas estruturais identificados na educação brasileira. Para além dos analfabetos tradicionais e dos analfabetos funcionais, parcela relativamente pequena da população brasileira teve ou tem acesso à alfabetização digital. A checagem da veracidade e contemporaneidade das informações exige um mínimo de alfabetização. (FILHO, 2022, p. 16).

Não obstante, sem pretensão de desresponsabilizar o “déficit educacional” cuja reversibilidade contribuiria sobremaneira no enfrentamento da problemática em discussão, as “fake news”, não se vê na educação – se trabalhada sozinha – solução definitiva à problemática posta a análise.

Isso porque, ao educador também é permitida a coexistência de verdades ou a permanência de uma verdade enfraquecida, mas válida em determinado contexto. O professor pode incentivar processos de construção de sentidos e processos de ruptura de realidades pré-estabelecidas. Aos educadores cabe o discernimento e escolhas sobre quais cidadãos desejam formar (FERRAZ, 2015).

Também, porque começam a ser vistos, com expressão numérica inclusive, alfabetizados funcionais e digitais; e, até intelectuais, sendo conduzidos, voluntariamente, pelas “fake news”, em direção à mentira. Mentiras essas que, por serem acreditadas e, conseqüentemente, difundidas por estes influenciadores intelectuais; e, também, pelo número de vezes em que são reproduzidas, passam a ganhar ainda mais voz de verdade.

As vítimas das “fake news” passam a se tornar autoras e replicadoras delas, numa engenharia cíclica, hoje, ainda sem freios.

### **3. MENTIRA**

Consoante já exposto nos capítulos iniciais, a tradução literal da expressão “fake news” equivale a “notícias falsas”; mas, sendo falsa, não é notícia, é mentira! Defronte disso, importante se faz perquirir: o que é mentira?

Tal qual a verdade que não possui uma conceituação exata, única e objetiva, a mentira também não contém. Também ela, a mentira, possui sua definição contornada por subjetividades.

Debruçando-se sobre o tema, Santo Agostinho escreveu uma obra, cunhada como “sobre a mentira”, em que, para além de intentar conceituar, percorre oito espécies de mentiras, no intento, de aferir, uma a uma, em quais das vezes se pode mentir. A conclusão a que ele chega e já enuncia

logo no início de seu texto é a de que: “não se deve mentir jamais” (AGOSTINHO, 2018).

Para Santo Agostinho, dizer uma coisa falsa não é mentir, quando se acredita ou imagina que seja verdade (AGOSTINHO, 2018, p. 5):

Podemos dizer que aquele que enuncia uma coisa falsa como verdadeira, mas que a acredita verdadeira, se engana ou é imprudente, mas não se pode chamar essa pessoa de mentirosa, por que ela não tinha o coração duplo quando falou e não tinha, portanto, a intenção de enganar, mas que apenas se enganou. (AGOSTINHO, 2018, p. 6).

Se não mente quem diz falsidade sem intenção de enganar, estaria mentindo quem disse a verdade com intenção de enganar? É, então, a intenção, quem dita a veracidade ou não de um dito?

Para além de Santo Agostinho, também tentando explicar a mentira, Platão, no livro “A República”, traz o mito do “anel de Gíges”, para discutir se o homem agiria corretamente se tivesse o poder de fazer maldade sem ser percebido. Precisaria ser justo, não bastaria parecer ser? O texto sugere que a única razão pela qual as pessoas agem moralmente é por não terem o poder de se comportar de outra forma; em retirando o medo da punição, a pessoa “justa” e “injusta” se comportaria da mesma maneira: injusta e imoralmente (PLATÃO, 2002). Em trecho:

Gíges era um pastor a serviço do rei de Lídia. Houve uma grande tempestade e um terremoto fez uma abertura na terra no lugar onde ele estava alimentando seu rebanho. Espantado com a visão, desceu até a abertura, onde, entre outras maravilhas, viu um cavalo oco de bronze, com portas. Gíges então se agachou e viu o corpo de um homem com apenas um anel de ouro no dedo. Ele pegou o anel e voltou para a superfície.

[...]

Com esse anel no dedo, foi assistir à assembleia habitual dos pastores, que se realizava todos os meses, para informar ao rei o estado dos seus rebanhos. Tendo ocupado o seu lugar no meio dos outros, virou sem querer o engaste do anel para o interior da mão; imediatamente se tomou invisível aos seus vizinhos, que falaram dele como se não se encontrasse ali. Assustado, apalpou novamente o anel, virou o engaste para fora e tomou-se visível. Logo em seguida repetiu a experiência, para ver se o anel tinha realmente esse poder; reproduziu-se o mesmo prodígio: virando o engaste para dentro, tomava-se invisível; para fora, visível. Assim que teve certeza, conseguiu juntar-se aos mensageiros que iriam conversar com o rei. Chegando ao palácio, seduziu a rainha, conspirou com ela a morte do rei, matou-o e obteve assim o poder.

[...]

Agora suponha que existem dois anéis desta natureza e o justo recebesse um e o injusto outro. É provável que nenhum fosse de caráter tão firme para perseverar na justiça e para ter a coragem de não se apoderar dos bens de outra pessoa. Afinal, ele poderia tirar sem receio o que quisesse dos mercados e lojas, introduzir-se nas casas para se unir a quem lhe agradasse, matar uns, libertar outros da prisão e fazer o que quisesse, tornando-se igual a um deus entre os homens. Agindo assim, nada o diferenciaria do mau: ambos tenderiam para o mesmo fim. Isso é uma grande prova de que ninguém é justo por vontade própria, mas por obrigação, não sendo a justiça um bem individual, visto que aquele que se julga capaz de cometer a injustiça comete-a. De fato, todo homem pensa que a injustiça é individualmente mais proveitosa que a justiça, e pensa isto com razão, segundo os partidários desta doutrina. Pois, se alguém recebesse a permissão de que falei e jamais quisesse cometer a injustiça nem tocar nos bens de outra pessoa, pareceria o mais infeliz dos homens e o mais idiota àqueles que soubessem da sua conduta; em presença uns dos outros, iriam elogiá-lo, mas para se enganarem mutuamente e por causa do medo de se

tomarem vítimas da injustiça. Eis o que eu tinha a dizer sobre este assunto. (PLATÃO, 2002).

Em que pese a conceituação da mentira, tal qual a da verdade, não tenha restado exaurida, extrai-se dos dilemas e caminhos filosóficos percorridos que ela vem, há centenas de anos, sendo pensada, debatida e enfrentada; mas segue, ainda nos dias de hoje, sem conclusão unívoca.

Não obstante a falta e homogeneidade dos pensamentos já postos e das conclusões já propostas, foram eles os responsáveis por cunhar e nortear os dilemas sociais póstumos surgidos. Referidos dilemas, também não se exauriram; pelo contrário, a cada avanço da sociedade, novos conflitos vêm surgindo; e, em consequência, para seu enfrentamento, novos pensamentos e novas sugestões de soluções são propostos.

Hoje, a temática a ser enfrentada, ao menos a proposta no presente estudo, é a das “fake news”.

Seriam as bases filosóficas hábeis a driblar tão novo tema? Os contornos de verdade e de mentira, de certo e errado, de justo e injusto, ética e moral serviriam de norte às soluções que vêm sendo pensadas e propostas entorno da matéria? Parece-nos que sim.

#### **4. RESGATE FILOSÓFICO NA SOLUÇÃO DAS “FAKE NEWS”**

A ascendência atual e exponencial da temática das “fake news” acendeu uma corrida desenfreada de pesquisadores, autores, legisladores e políticos por ditar e regulamentar a matéria.

Não obstante os louváveis esforços já empreendidos até o presente momento, a questão segue, ainda, longe de solução definitiva.

Há autores que sugerem censurar ou limitar os meios de comunicação e imprensa, em possível afronta à proibição da censura proclamada no art. 220, parágrafo 2º da Constituição (BRASIL, 1988).

[...] mesmo diante dessas ponderações, é necessário considerar a hipótese de que, dadas a relevância que os instrumentos de comunicação social possuem na formação da opinião pública e a demasiada probabilidade de serem utilizados para manipular a própria população, os meios de comunicação devem, resguardados determinados limites, ser objeto de controle. Isso porque, por vezes, a indenização pecuniária e a mera retratação de informações inverídicas ou odiosas veiculadas em instrumentos de comunicação não se mostram suficientes a reparar, de forma efetiva, os prejuízos pessoais e sociais verificados nesses casos. (FILHO, 2022, p. 18).

Apesar da sugestão de solução mais extremada, como dito acima, a responsabilização civil através de indenizações ou da imposição de eventuais retratações são, abordadas, também, alternativas.

Da mesma forma, apesar de ser a “última ratio”, a responsabilização criminal dos autores, canais de propagação e difusores, é opção sugesta por uns e recriminada por outros:

Possível que a indignação causada pela manipulação de notícias acarrete a ideia de que é necessária a criminalização da divulgação de *fake news*. Contudo, a resposta oferecida pelo direito penal não se mostra adequada à situação. Isso porque criminalizar tal conduta apenas serviria à pacificação parcial do clamor social, mas, na realidade, não seria eficiente, tendo em conta os diversos problemas carcerários existentes e a própria atuação exacerbada do direito penal. Desse modo, tem-se que a atividade administrativa comprometida revela-se suficiente (FILHO, 2022, p. 19).

Há como alternativa, ainda, a regulamentação administrativa das atividades de tecnologia e comunicação:

[...] o controle dos meios de comunicação deve ser feito por meio da regulamentação da atividade informacional. Isso significa estabelecer diretrizes e parâmetros gerais para orientar os veículos de comunicação e a própria população – visando possibilitar que o povo auxilie nesse controle mediante rotineira fiscalização. Para tanto, imprescindível a previsão de premissas abstratas de atuação, com especificada descrição do órgão ou ente responsável pela vigilância e das condutas consideradas atentatórias aos direitos fundamentais. Saliente-se que a abstração das proposições garante a imparcialidade exigida aos mandamentos estatais. (FILHO, 2022, p. 19).

Essa atuação reguladora evita que empresas privadas estabeleçam, consoante sua própria iniciativa e diretrizes, conceitos de “fake news” e medidas arbitrárias para seu combate. As diretrizes particulares podem variar de acordo com os interesses próprios de cada pessoa jurídica, o que ressalta a necessidade de regulamentação, em que o poder público, atuando – em tese – como ente imparcial e visando o interesse público, estabelece os pressupostos que os veículos de comunicação devem observar (FILHO, 2022, p. 19).

Com o advento das TICs [tecnologias da informação e da comunicação], e principalmente com a internet e o desenvolvimento do governo eletrônico (e-Gov), surge a possibilidade de criação de novos institutos democráticos ou sua adaptação em face da democracia eletrônica, que deve ser compreendida em todas as suas dimensões tanto teleologicamente, como também observada a partir da emergência da internet e da participação direta do cidadão na política mediante o uso das novas tecnologias (RAMOS JÚNIOR; ROVER, 2007, p. 287-288).

Mais do que possibilitar maior transparência e controle popular de atos e órgãos governamentais, a internet constitui verdadeira alternativa de atuação democrática direta e acessível a todos os indivíduos conectados pela rede mundial de computadores. A título de exemplo de operação popular hodiernamente atuantes na internet, tem-se: “sleeping giants” (FILHO, 2022, p. 21).

O papel do “sleeping giants” é direcionar a atenção às empresas que têm suas marcas divulgadas em endereços que compartilham “fake news”, para que, cientes, possam decidir se pretendem continuar financiando a articulação de ódio e notícias manipuladas (SLEEPING GIANTS BRASIL, 2020, s.p.).

Para além das sugestões técnicas dispostas, há quem defenda demandar, a questão das “fake news”, um resgate mais profundo da população, dando-lhe educação suficiente a desenvolver uma consciência cidadã e um senso crítico. (FILHO, 2022, p. 22).

Não basta dar à população, educação básica; são necessárias educação estrutural e eletrônica suficientes a identificar e desconsiderar as “fake news” que são divulgadas nos diversos meios de comunicação atualmente existentes (FILHO, 2022, p. 22).

A maior parcela da população não detém capacidade de filtrar e selecionar as informações recebidas e compartilhadas; elas são facilmente ludibriadas pelas “fake news”, que deturbam a realidade e induzem seus convencimentos (ANDREASSA e LIPPE, p. 258).

O direito à informação constitui condição basilar para o exercício da cidadania, pois, consoante já mencionado, é essencial para a efetiva participação popular. Por essa razão, as pessoas devem ser alfabetizadas, tanto no sentido básico ou escolar quanto no aspecto tecnológico, porque, apenas assim, com capacidade de identificar a veracidade de fatos e dados postos à sua disposição e de acessar os meios de atuação popular tradicionais e modernos, o ideal democrático pode ser concretizado. (FILHO, 2022, p. 22).

A cidadania só se dará, de maneira plena, quando assegurada, a todos os indivíduos, condições para acessar as novas tecnologias e as informações disponíveis na internet. Busca-se, então, evitar a exclusão social, econômica e científica daqueles que não têm oportunidade de se conectar à rede mundial de computadores por si (FILHO, 2022, p. 22).

Não se está a falar da pessoa que, tendo acesso a todos os fatos e dados possíveis, opta por permanecer com posicionamento sem qualquer comprovação, visto que ela teve condições e possibilidade de acessar as informações existentes. A estas, caberia a conscientização sobre a importância de se checar as fontes de informações (FILHO, 2022, p. 22) e/ou eventual responsabilização pela voluntariedade do agir corruptivo.

Sem ousar contrariar as sugestões de solução ora mencionadas, crendo na complementariedade e compatibilidade, por tudo o que se expôs, acredita-se que a problemática das “fake news” somente será, de fato, resolvida em seu amago, se os estudos e regramentos em seu entorno partirem de bases filosóficas.

O que é “fake news”? Quem é responsável por elas, quem a cria, quem a dissemina, o veículo pelo qual ela circula? O desconhecimento da falsidade enseja responsabilidade?

Apesar de não haver respostas prontas a tais questionamentos, pelo estudo aqui desenvolvido, viu-se aparentar, a filosofia, deter aparato suficiente a trazer muitas dessas respostas.

Partindo de uma base comum e profunda, como a sugesta filosofia, estudos e soluções vindouras outras guardarão, sempre harmonia entre si e entre os institutos e regramentos postos sobre outras temáticas.

É imperioso asseverar que a unicidade de entendimentos se faz necessária na condução da temática, já que, não obstante ela tenha surgido num contexto de embates exclusivamente políticos, sua eficácia, ainda que mal intencionada, fez com que ela se propagasse por incontáveis outras searas, como a empresarial.



## CONCLUSÃO

A recém despertada temática das “fake news” segue vigente e ascendente, já que a eficácia com que se propaga e o ar de “verdade” que consigo conduz, fez com que ela estourasse as barreiras da política e adentrasse às searas outras.

Hoje é difícil encontrar área ou assunto que ainda não tenha sido alvo de falsas notícias. Para além da política, são vistas “fake news” sobre pessoas, produtos, empresas, instituições, entre outros. A própria Universidade Estadual do Norte do Paraná já foi alvo de notícias falsas quanto ao combate da disseminação do novo coronavírus<sup>2</sup>.

Defronte aos problemas que se vêm experimentando acerca deste assunto, embates e sugestões de soluções começam a despontar nas escritas científicas, nos julgados de Tribunais às casuísticas que lhe são submetidas; e, inclusive em projetos de leis para regulamentações pontuais.

Não obstante, o que se verifica, até então, é um desgoverno na condução da matéria, estando uns importando soluções – sem qualquer compatibilidade – do direito alienígena; outros propondo responsabilizações administrativas, civil e até criminais, sem sequer delimitar a prática, a conduta e a cadeia de intermediários passíveis responsabilização.

Há, ainda, quem atribua à falta de educação estrutural do país a desventura da prática. É fato que, quão menos instruída é a população e menor acesso ela tem aos veículos de comunicação, mais facilmente manobras tendem a ser aplicadas e a devastar. Ocorre que por estarem sendo vistos intelectuais e estudiosos ativamente envolvidos na criação e disseminação de falsas notícias, conclui-se que a alfabetização e maior acessibilidade comunicacional e tecnológica da população por si só não será suficiente a frear-lhe.

Apesar do mérito das soluções já pensadas e propostas, acredita-se que a problemática das “fake news” somente será, de fato, solucionada em seu âmago se os estudos e regramentos que virão a ser criados em seu entorno partirem de bases filosóficas.

Discussões como: o que é falso? O que é “fake news”? O que é ético? O que é mentira? O que é verdade? Quando se pode mentir? Em quais situações se legitima faltar com a verdade? Quem pode falsear? Entre outras, precisam anteceder e embasar a matéria.

Somente assim se trará unicidade e adequação às propostas de solução legislativa, administrativa e judicial acerca da temática das “fake news”.

---

2 **Fake News vincula UENP a orientações falsas relacionadas à Covid-19.** Disponível em: <<https://portaljnn.com/noticia/6459/fake-news-vincula-uenp-a-orientacoes-falsas-relacionadas-a-covid-19>>. **Uenp alerta sobre fake news envolvendo campus de Bandeirantes.** Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/uenp-alerta-sobre-fake-news-envolvendo-campus-de-bandeirantes-3063835e.html?d=1>>.

## REFERÊNCIAS

- ANDRESSA, João Victor Nardo; LIPPE, Pedro Rodrigues de Freitas. **O acesso à informação como um dever do Estado: notas sobre a evolução dos direitos fundamentais e a sociedade da informação**. Responsabilidade do Estado. 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). Disponível em: <<https://siacrid.com.br/repositorio/2019/responsabilidade-do-estado.pdf>> Acesso em: 15 de abr. 2023.
- AGOSTINHO, Santo. **Sobre a mentira**. Tradução de Souza Campos, E. L. de TEODORO EDITOR. Niterói – Rio de Janeiro – Brasil, 2018.
- AGUIAR, L. A.; ROXO, L. A. **A credibilidade jornalística como crítica à “cultura da desinformação”: uma contribuição ao debate sobre “fake news”**. Revista Mídia e Cotidiano. volume 13, número 3, dezembro de 2019.
- ARAÚJO, Eliany Alvarenga de. **Informação, cidadania e sociedade no Brasil**. Inf. & Soc. João Pessoa/PB. Vol.2, n.1, 1992.
- BRANCO, S. **Fake News e os Caminhos para Fora da Bolha**. In: Interesse Nacional, São Paulo, ano 10, n. 38, 2017. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews.pdf>> Acesso em: 25 de mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 de mar. 2023.
- CEPIK, Marco. **Direito à informação: situação legal e desafios**. Professor UFRGS, 2000. Disponível em: <[http://professor.ufrgs.br/sites/default/files/marcocepiik/files/cepiik\\_-\\_2000\\_-\\_direito\\_informacao\\_-\\_ip.pdf](http://professor.ufrgs.br/sites/default/files/marcocepiik/files/cepiik_-_2000_-_direito_informacao_-_ip.pdf)>. Acesso em: 25 de mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. **Fake News vincula UENP a orientações falsas relacionadas à Covid-19**. Disponível em: <<https://portaljnn.com/noticia/6459/fake-news-vincula-uenp-a-orientacoes-falsas-relacionadas-a-covid-19>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.
- FERRAZ, D. M. **Educação crítica em língua inglesa: Neoliberalismo, globalização e novos letramentos**. Curitiba: Editora CRV: 2015.
- FILHO, Vladimir Brega; FRANCISCON, Gabriela Vidor; e, SOUZA, João Éder Furlan Ferreira de. **Os prejuízos causados pela divulgação de “fake news” ao regime democrático**. Revista *Argumenta Journal Law*, n. 36. 2022.
- GELFERT, A. **Fake news: a definition**. *Informal Logic*, v. 38, n. 1, 2018.
- GOMES, Sheila Freitas; PENNA, Juliana Coelho Braga de Oliveira ; e, ARROIO, Agnaldo. **“Fake News” Científicas: Percepção, Persuasão e Letramento**. Ciênc. educ. (Bauru) 26. 2020.
- GOUVÊA, L. H. M. **Argumentação pela emoção: um caminho para persuadir**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.
- MACHADO, V. B.; DUARTE, H. O. **“Fake news” nas eleições: ponderações de interesses entre a liberdade de informação e o excesso midiático**. *Interdisciplinary Scientific Journal*, v. 5, n. 4, October/December. 2018.

MORONI, J. **“Fake news” e colonialidade de mentes: considerações via paradigma da complexidade.** Revista Perspectiva Filosófica, vol. 48, n. 1, 2021.

MORONI, J. **Possíveis Impactos de “Fake News” na Percepção - Ação Coletiva.** Complexitas - Rev. Fil. Tem. Belém, v. 3, n. 1, jan./jun.2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/complexitas/arti-cle/view/6625/pdf>> Acesso em: 25 de mar. 2023.

PARISER, E. **O filtro invisível.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

PLATÃO. **A República.** São Paulo: Editora Scipione, 2002.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago; ROVER, Aires José. **Democracia eletrônica na sociedade da informação.** 16. Conpedi. Belo Horizonte, 2007.

RECUERO, R.; GRUZD, A. **Cascatas de “Fake News” Políticas: um estudo decaso no Twitter.** In: Galaxia (São Paulo, online), n. 41, 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gal/n41/1519-311X-gal-41-0031.pdf>> Acesso em: 25 de mar. 2023.

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*, n. 34. 2021.

SLEEPING GIANTS BRASIL. 20 ago. 2020. Twitter: @slpng\_giants\_pt. Disponível em: <[https://twitter.com/slpng\\_giants\\_pt/status/1296470762870706179?s=19](https://twitter.com/slpng_giants_pt/status/1296470762870706179?s=19)>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Uenp alerta sobre fake news envolvendo campus de Bandeirantes.** Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/uenp-alerta-sobre-fake-news-envolvendo-campus-debandeirantes-3063835e.html>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. **Information Disorder: Toward an inter-disciplinary framework for research and policymaking.** Strasbourg: theCouncil of Europe, 2017. Disponível em: <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>> Acesso em: 25 de mar. 2023.

**CAPÍTULO III**  
**PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

# TECNOLOGIA COMO ALIADA NO PROCESSO CIVIL E A RESPONSABILIDADE DOS APLICADORES DO DIREITO NO USO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS

Ana Beatriz Bazan ROLLO<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo traz uma análise sobre o uso da tecnologia no processo civil como ferramenta de gestão processual. Enxergamos, dentre outras, uma principal tecnologia que merece destaque por estar demonstrando auxílio efetivo e conferindo mais agilidade e eficiência na atividade jurisdicional: a inteligência artificial (IA). Trata-se de instrumento capaz de reduzir custos, tempo e recursos, além de proporcionar maior acessibilidade e flexibilidade. O artigo defende que a utilização de ferramentas tecnológicas pode ser eficaz no combate à sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, na medida em que se torna possível empregar a inteligência artificial para a análise de processos, previsão de resultados e tomada de decisões. O texto discute também, em curtas linhas, possíveis desafios e limitações no uso da tecnologia como aliada no processo civil, do ponto de vista da responsabilidade civil.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tecnologia no Processo civil; Audiências Virtuais; Inteligência Artificial; Sobrecarga processual.

## ABSTRACT

This study brings an analysis of the use of technology in civil procedure as a tool for procedural management. We see, among others, a main technology that deserves to be highlighted because it is demonstrating effective assistance and giving more agility and efficiency in the jurisdictional activity: artificial intelligence (AI). It is an instrument capable of reducing costs, time, and resources, as well as providing greater accessibility and flexibility. The article argues that the use of technological tools can be effective in combating the work overload of the Judiciary, as it becomes possible to use artificial intelligence to analyze cases, predict results, and make decisions. The text also discusses, in short lines, possible challenges and limitations in the use of technology as an ally in civil procedure, from the standpoint of civil liability.

**KEYWORDS:** Technology in Civil Procedure; Virtual Audiences; Artificial intelligence; Judicial Overload.

## I. INTRODUÇÃO

O Direito, assim como todas as ciências, está em constante evolução e, ao longo dos anos, passou por diversas transformações para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, tendo a tecnologia como uma importante aliada.

É imprescindível que o Direito acompanhe as transformações tecnológicas, a fim de permanecer atualizado e não se tornar obsoleto. O avanço digital tem sido uma ferramenta fundamental para aprimorar e agilizar processos judiciais, e a sua utilização vem se mostrando

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-Graduada em Direito Médico pela Instituição Legale de Ensino. Mestranda em Ciência Jurídica pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru. Advogada Autônoma e Estagiária docente pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

significativamente importante para a efetividade e agilidade da justiça.

Com o surgimento de novas tecnologias, como a inteligência artificial, plataformas digitais e até mesmo a computação em nuvem, é possível otimizar e automatizar tarefas que antes eram realizadas de forma manual, reduzindo o tempo e os custos envolvidos no processo. Além disso, a tecnologia pode facilitar o acesso à justiça, tanto para os profissionais do direito (especialmente para aqueles que enfrentam dificuldades para encontrar fundamentos e normas antes não conhecidas) quanto para a sociedade e geral.

Dentre os diversos avanços tecnológicos no cotidiano forense, dois que merecem destaque são: os tribunais eletrônicos e audiências virtuais. Ao utilizá-los, os processos judiciais se tornam mais ágeis e eficientes, proporcionando uma solução mais rápida e satisfatória para as partes envolvidas. Além disso, sua utilização ainda proporciona maior transparência e segurança nas decisões judiciais, pois lá ficam gravadas e armazenadas todas as informações para o julgamento seguro do caso.

Em primeiro lugar, o destaque aos tribunais eletrônicos: uma das maiores mudanças e mais importante. No Brasil, a primeira, o primeiro rascunho de um tribunal eletrônico foi a “Lei do Fax” (Lei nº 9.800/99) onde, pela primeira vez, fora regulamentada uma forma tecnológica de informatizar atos processuais. Mas onde queremos chegar é em 2006, com a edição da Lei 11.419/2006, onde, por iniciativa da Associação dos Juízes Federais do Brasil, se instituiu o Processo Eletrônico, uma alternativa ágil e eficiente para o julgamento de processos.

No início, muitos questionaram a eficácia dos tribunais eletrônicos e a possibilidade de julgamentos online. No entanto, à medida que a sociedade avançava e, assim, fossem vistas novas necessidades, a tecnologia auxiliava, os tribunais eletrônicos foram gradualmente sendo aceitos como uma ferramenta útil para a administração da justiça, auxiliando significativamente o acesso aos autos processuais.

Em segundo lugar: as audiências virtuais. Elas permitem que as partes envolvidas possam participar de uma audiência sem a necessidade de estar presente fisicamente no tribunal, utilizando ferramentas como videoconferência, transmissão online e gravações. Isso pode reduzir custos e tempo, além de proporcionar maior acessibilidade e flexibilidade para as partes e seus advogados e deixar os depoimentos gravados e armazenados para solução de eventuais conflitos e divergências.

Em foco, recentemente temos a implementação de sistemas e programas utilizando a inteligência artificial, que pode ser utilizada para analisar dados e processos, prever resultados e auxiliar na tomada de decisão. Por exemplo, sistemas de inteligência artificial podem ser utilizados para analisar grandes volumes de informações em processos complexos e auxiliar ministros, juízes e desembargadores na elaboração de sentenças mais precisas e justas, e como exemplo iremos trazer o

“Projeto Victor” do Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema Victor tem sido empregado para ajudar os Ministros a detectar com maior celeridade e efetividade a repercussão geral nos recursos extraordinários, e o referido sistema também é capaz de examinar a admissibilidade recursal - desde que haja a validação pelo magistrado encarregado do caso específico.

Embora o uso da tecnologia no processo civil apresente vantagens e melhorias, é importante ressaltar que também pode haver desafios e limitações. É preciso considerar questões como a necessidade de reanálise pelo profissional com base na inteligência natural (IN) enquanto não há desenvolvimento de sistemas que sejam absolutamente precisos e confiáveis. Isso porque as inteligências artificiais não são passíveis de interpretar emoções e sentimentos, não sendo, ainda, autossuficiente e necessitando de tal acompanhamento.

Desta forma, não há dúvidas que a tecnologia tem sido uma importante aliada no processo civil, permitindo que processos sejam julgados de forma mais eficiente, reduzindo custos e tempo, além de proporcionar maior acessibilidade e flexibilidade para as partes envolvidas.

Tribunais eletrônicos, audiências virtuais e inteligência artificial são algumas das tecnologias já utilizadas, mas é importante estar ciente dos desafios e limitações que o uso da tecnologia pode apresentar.

## **I.I. Objetivos**

Temos como principal objetivo analisar como andam os desenvolvimentos da IA não só no Brasil, como no mundo todo. Juristas em geral já vêm usando inteligências artificiais a muitos anos, antes mesmo da pandemia da COVID-19, porém, só agora a sociedade está tomando consciência dessa evolução.

Sendo assim, buscamos trazer alguns exemplos de Inteligências Artificiais já colocadas em prática não só no Brasil, como no mundo, e não só por julgadores, como para advogados e cidadãos também.

Realizaremos uma breve análise das IAs desenvolvidas no Brasil e como elas facilitaram as atividades judiciais tanto nos Tribunais Superiores quanto nos Tribunais de Justiça. Ainda, como ela pode ser utilizada não só pelos magistrados, mas também pelos advogados em consultas de leis, atualizações, banco de teses, ideias de defesas. Não limitamos a atividade tecnológica *aí*, existem projetos e desenvolvimentos que permitem mais facilidade também aos cidadãos na busca de seus direitos e acesso à justiça.

Em contrapartida, finalizaremos com uma análise sobre a responsabilidade civil em casos de erros na operação das IAs e em qual instituto ela deve ser enquadrada: CDC ou CC? Responsabilidade objetiva ou subjetiva? Legislação específica?

## **I.II. Metodologia Empregada**

Buscando uma linguagem simples e objetiva, a metodologia utilizada neste estudo é baseada em uma revisão bibliográfica exploratória de cunho técnico-científico para análise da efetividade do uso das IAs. A fim de utilizar a tecnologia ao nosso favor e empregar o que se defende no estudo, serão realizadas pesquisas em bancos de dados eletrônicos, Biblioteca Digital e informações trazidas pela inteligência artificial (a aqui escolhida: CHATGPT).

Foram selecionados estudos que apresentem informações relevantes sobre as tecnologias utilizadas no processo civil, ao final citados. Também serão abordados casos práticos e exemplos de utilização dessas tecnologias em diferentes jurisdições.

Após a seleção dos estudos, será realizada uma análise crítica dos dados e informações apresentados, a fim de avaliar a qualidade e confiabilidade dos estudos selecionados. Os resultados obtidos serão utilizados para embasar a discussão sobre a responsabilidade civil do profissional que utiliza de tais tecnologias para o processo civil.

Buscamos desenvolver o trabalho da forma mais digital possível, a fim de verificar a autenticidade dos argumentos aqui trazidos. Entendemos que os fundamentos aqui sustentados se enquadram em todas as áreas do direito, entretanto, abordaremos o estudo com ênfase ao processo civil, já que é um campo que envolve um grandes áreas, especialidades, volume de documentos e procedimentos.

## **II. O COMEÇO: TRIBUNAIS ELETRÔNICOS E AUDIÊNCIAS VIRTUAIS**

A utilização de tecnologias no processo judicial é uma realidade mundial, e no Brasil não é diferente. Nos últimos anos, a tecnologia tem se mostrado uma grande aliada na busca por tornar esse processo mais ágil, eficiente e acessível. Nesse contexto, os tribunais eletrônicos e as audiências virtuais surgiram como importantes ferramentas para a modernização do processo civil no Brasil.

Os tribunais eletrônicos, que surgiram por volta da década de 90, foram uma das primeiras iniciativas do Judiciário brasileiro para informatizar o processo judicial. Esses tribunais, que funcionam totalmente pela internet, permitem que as partes envolvidas em um processo acessem as informações do caso, protocolos, jurisprudências e outras opções.

Já as audiências virtuais, mais utilizadas após a pandemia de Covid-19 em 2020, são uma outra forma de utilizar a tecnologia a favor da Justiça. Com a suspensão das atividades presenciais em muitos tribunais brasileiros, as audiências virtuais se mostraram uma alternativa segura e eficiente para a continuidade da evolução dos processos judiciais já que sua adoção traz benefícios



como a economia de tempo e recursos, a maior acessibilidade e a flexibilidade para as partes envolvidas no processo.

Iniciemos introduzindo o primeiro passo: tribunais eletrônicos.

## II.I. O Primeiro Passo: Implementação dos Tribunais Eletrônicos

Sua regulamentação no Brasil se deu inicialmente com a Lei nº 11.419/2006, merecendo destaque os seguintes artigos:

Art. 4º Os **tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico**, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para **publicação de atos judiciais e administrativos** próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como **comunicações em geral**.

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão **desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais** por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Art. 9º No processo eletrônico, **todas as citações, intimações e notificações**, inclusive da Fazenda Pública, **serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei**.

A implementação do processo eletrônico nos tribunais brasileiros ocorreu de forma gradual e cada tribunal adotou o sistema de acordo com suas próprias necessidades e recursos, sendo alguns exemplos atuais utilizados: *e-saj*, *e-proc*, *projudi* e *pje*.

Alguns tribunais iniciaram o processo de informatização já na década de 90 (TJTO), enquanto outros começaram apenas na década de 2000 e outros ainda sequer são 100% virtuais.

O TJTO foi pioneiro na questão de implementação de processo digital. Em seu início, informatizava os andamentos processuais, ainda na década de 90. Após, desenvolveu sistemas de protocolo e acompanhamento processual, permitindo até mesmo consultas.

Na primeira década do século XXI, a partir de 2001, o site do TJTO foi fortalecido, disponibilizando até mesmo pesquisa processual pelo número de protocolo, autuação e/ou nomes das partes de todos os processos existentes. Com a implementação do TELEJURIS, o sistema de Intranet do Poder Judiciário tornou-se uma realidade. Esse sistema permitiu acesso à rede, correio eletrônico e ao sistema integrado de acompanhamento processual. Criou-se o Sistema de Controle e Acompanhamento Processual (SICAP), trazendo o aperfeiçoamento da entrega da prestação jurisdicional no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, viabilizando, tanto aos servidores como às partes interessadas, o acesso às informações dos autos que não tramitavam em segredo de justiça. A implantação do Diário de Justiça Eletrônico que substituiu o impresso deu-se em 2008. No corrente ano foi determinado que todas as intimações aos advogados e partes fossem publicadas no Diário da Justiça Eletrônico, salvo nos casos em que a lei determinasse intimação pessoal.

Atualmente, a maioria dos tribunais brasileiros já adotou o processo eletrônico, mas (como já mencionado) ainda existem algumas exceções, especialmente em tribunais menores e com menos recursos financeiros.

Ainda há algumas varas judiciais em regiões mais remotas do país que não contam com a infraestrutura necessária para a implementação do processo eletrônico e, portanto, ainda trabalham com processos físicos. Além disso, existem algumas varas e tribunais especializados que, por

questões técnicas ou legais específicas, ainda não conseguiram adotar completamente o processo eletrônico.

Em 2021 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu que todos os tribunais eletrônicos deveriam, a partir de 1º de março de 2022, distribuir processo apenas na modalidade digital (Ato Normativo nº 0006956-27.2021.2.00.0000)

Ao que tudo indica, estamos chegando ao fim dos processos físicos, porém, é importante lembrar que ainda existem desafios a serem superados, como a necessidade de aprimoramento tecnológico e de infraestrutura em algumas regiões do país, além de questões de segurança e confiabilidade do processo eletrônico, principalmente com o avanço da LGPD, proteção de dados e seguranças contra hackeamentos.

Em suma, a implementação dos tribunais eletrônicos trouxe grande avanço importantíssimo para a justiça brasileira, tornando-a mais acessível, ágil e econômica e foi uma das primeiras inteligências digitais utilizadas no mundo jurídico.

O processo eletrônico se consolidou como uma realidade em todo o país e deve continuar evoluindo para atender às necessidades do judiciário e da sociedade como um todo.

## **II.II. Os Frutos: Audiências Virtuais**

Com a popularização da internet e o aumento do acesso à tecnologia, os tribunais passaram a buscar soluções que permitissem a realização de audiências de forma virtual, eliminando a necessidade de deslocamentos e reduzindo custos.

Portanto, as audiências virtuais são uma consequência direta do avanço tecnológico e da implementação dos tribunais eletrônicos, pois sem eles não seria possível a realização de audiências por meio de videoconferências.

Sua implementação no Brasil se deu de forma gradual, sendo inicialmente utilizadas em casos específicos, como em processos que envolviam presos, ou em situações em que as partes se encontravam em diferentes estados do país. Com a pandemia da COVID-19, houve um aumento estrondoso no uso das audiências virtuais como forma de garantir a continuidade do processo judicial, sem a necessidade de deslocamento das partes e profissionais envolvidos.

Atualmente, as audiências virtuais são regulares em diversas esferas do direito, como em processos trabalhistas, cíveis e criminais. A utilização da tecnologia tem se mostrado extremamente vantajosa, já que torna o processo mais célere, econômico e eficiente, além de possibilitar uma maior acessibilidade e segurança jurídica.

Diante desses benefícios, é necessário que a audiência virtual seja uma ferramenta permanente no processo civil brasileiro.

As audiências virtuais apresentam características próprias, como a possibilidade de serem realizadas de qualquer lugar, desde que haja uma conexão à internet, o que amplia a acessibilidade para as partes envolvidas. Não podemos esquecer que sua realização exige que as partes adotem um comportamento mais formal e respeitoso, assim como ocorre nas audiências presenciais.

A comparação entre as audiências virtuais e as audiências presenciais deve ser realizada a fim de identificar os pontos positivos e negativos de cada uma das modalidades. As audiências presenciais apresentam como vantagem a possibilidade de interação direta entre as partes, o que pode facilitar o diálogo e o entendimento. Contudo, as audiências virtuais, por sua vez, apresentam maior economia de tempo e recursos, uma vez que não exigem o deslocamento das partes e dos advogados para o tribunal sem deixar de lado essa interação direta, pois se aprimora cada dia mais.

A implementação permanente das audiências virtuais no processo civil é uma necessidade que se impõe, não apenas em razão da pandemia de COVID-19, mas também para atender às demandas da sociedade em geral. A permanência das audiências virtuais pode proporcionar uma maior celeridade e eficiência na tramitação dos processos, além de possibilitar a ampliação do acesso à justiça, principalmente para aqueles que têm dificuldades para se deslocar até o tribunal.

### **III. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL *ESTAVA LÁ* O TEMPO TODO**

Com o avanço da tecnologia e a busca por maior eficiência no processo judicial, a inteligência artificial (IA) tem sido cada vez mais utilizada no âmbito do direito, especialmente no processo civil. A IA é uma área da ciência da computação que busca desenvolver sistemas capazes de simular a inteligência humana, realizando tarefas como reconhecimento de voz, processamento de imagens, reconhecimento de padrões, aprendizado de máquina, entre outras. O objetivo da IA é tornar os sistemas mais eficientes e autônomos, capazes de executar tarefas complexas de forma mais rápida e precisa do que os seres humanos.

As primeiras pesquisas em IA surgiram na década de 1950, com o objetivo de criar máquinas capazes de resolver problemas de forma autônoma, sem a necessidade de intervenção humana. Nessa época, foram criados os primeiros algoritmos de aprendizado de máquina e redes neurais artificiais, que permitiram às máquinas aprender com exemplos e simular o funcionamento do cérebro humano. A partir da década de 1980, com o surgimento dos computadores pessoais e a popularização da internet, a IA começou a ser utilizada em diversas áreas, como na indústria, comércio, saúde, entre outras.

No âmbito do judiciário, ela *estava lá* o tempo todo: as primeiras iniciativas para utilização da IA surgiram na década de 1990, quando começaram a ser desenvolvidos sistemas de informação para auxiliar na gestão processual e no armazenamento de informações. Na década de 2000, com a

popularização dos sistemas de processo eletrônico, a IA começou a ser utilizada para analisar dados e auxiliar na tomada de decisões judiciais. A partir daí, surgiram diversas iniciativas para utilização da IA em diferentes áreas do direito, como no direito penal, tributário, trabalhista, entre outros.

No processo civil, a IA tem sido utilizada principalmente para análise de processos e previsão de resultados. Com a quantidade crescente de processos judiciais, muitas vezes é difícil para os juízes analisarem todas as informações disponíveis e tomar decisões de forma rápida e precisa, acabando por não ter tempo de dedicação para atividades complexas, em razão de demandas repetitivas. A IA pode ajudar nessa tarefa, analisando documentos, identificando padrões e fornecendo informações relevantes para auxiliar na tomada de decisão.

Além disso, vem sendo ferramenta muito útil no âmbito judiciário, como para prever resultados de processos com base em análises de casos anteriores e em modelos estatísticos. Isso pode ajudar os advogados e partes interessadas a decidir sobre a possibilidade ou não de ingresso de uma ação judicial, evitando assim processos desnecessários e reduzindo a sobrecarga do judiciário.

Outra possibilidade de aplicação da IA no processo civil é no auxílio à tomada de decisão, fornecendo informações relevantes para os juízes e advogados. Isso pode ser feito por meio de chatbots, que são programas capazes de interagir com as pessoas por meio de mensagens de texto ou voz, respondendo perguntas e fornecendo informações relevantes sobre o processo.

A inteligência artificial pode ser utilizada na análise preditiva de processos, permitindo que os advogados identifiquem possíveis resultados de um caso com base em dados históricos e estatísticas. Isso pode ajudar a orientar a estratégia de defesa ou acusação, bem como antecipar possíveis riscos e oportunidades.

Outra forma de utilização da inteligência artificial no processo civil é através do auxílio à tomada de decisão. A tecnologia pode ser programada para analisar grandes quantidades de dados e oferecer sugestões de soluções para problemas jurídicos complexos. Com isso, os advogados e juízes podem economizar tempo e ter uma base mais sólida para tomar decisões mais informadas.

São tantas possibilidades que poderíamos discorrer o assunto por páginas, mas vamos direto ao ponto: a materialização da ideia – como os tribunais vem adotando as tecnologias?

### **III.I. Adoção da IA nos Tribunais Brasileiros**

Então, a utilização da tecnologia no Poder Judiciário é uma realidade que vem se consolidando nos últimos anos e tem transformado a forma como as demandas judiciais são tratadas. Trata-se de excelente oportunidade para reduzir a burocracia, diminuir o tempo de tramitação dos processos e aumentar a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, diversas soluções baseadas em inteligência artificial vêm sendo

implementadas, proporcionando melhorias significativas no processo judicial. Neste subcapítulo, serão abordadas as principais iniciativas de adoção à tecnologia nos tribunais brasileiros.

### *III.I.I. IAs nos Tribunais Superiores (STF e STJ)*

O Supremo Tribunal Federal em conjunto com a Universidade de Brasília, desenvolveu um sistema de inteligência artificial chamado “Victor”. Ele é utilizado para auxiliar os ministros nas análises de processos e tomada de decisões. O sistema é capaz de realizar análises de informações e apresentar possíveis caminhos para os julgamentos, oferecendo subsídios para os ministros tomarem suas decisões de forma mais fundamentada. Além disso, contribui para análise e identificação de casos repetitivos de forma mais efetiva e ágil.

Se engana quem pensa que o projeto é uma idealização recente. Sua iniciativa ocorreu ainda em 2017, quando Min. Cármen Lúcia presidia o STF. Seu desenvolvimento se deu com o objetivo de analisar Recursos Extraordinários para verificar temas com repercussão geral.

Durante o desenvolvimento do sistema, encontrou-se a necessidade de mais um conhecimento para a Inteligência Artificial ser eficaz, vejamos o próprio texto do site oficial do STF:

Para o adequado uso de Inteligência artificial aplicada em linguagem natural (texto), tornou-se objeto do Victor a execução de quatro atividades:

- conversão de imagens em textos no processo digital ou eletrônico;
- separação do começo e do fim de um documento (peça processual, decisão etc.);
- separação e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e;
- a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência.

Vamos por partes destacando os dois recursos que merecem mais atenção. Em primeiro lugar: separação de peças. Veja, separar documentos e peças processuais é uma tarefa fácil, convenhamos, logo, seria tão necessária a implementação de uma IA? A resposta é: sim, e muito! Desde sempre foi necessária a atividade de um servidor para tanto, função que, segundo estudos, demora cerca de 30 minutos. O Victor bate esse tempo e finaliza a atividade em apenas 5 minutos, e, enquanto isso, o servidor pode desviar suas habilidades e atividade cognitiva para coisas que exigem maior esforço e complexidade.

Em segundo lugar, sabemos que a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Tal análise é realizada pelo Núcleo de Repercussão Geral, e o Victor é uma importante ferramenta de auxílio para os servidores. Trata-se de um exame preliminar que indica aos humanos se aquele recurso tem, ou não, repercussão geral, e sob qual fundamento (jurídico, político, econômico ou social). Tudo isso em questão de segundos.

Além do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também utiliza algumas ferramentas de inteligência artificial: Sócrates, Athos e e-Juris.

O sistema Sócrates foi desenvolvido em 2019 e vem sendo utilizado para identificar antecipadamente eventuais controvérsias de Recursos Especiais. Desta forma, ele analisa qual norma constitucional foi utilizada para o recurso, além de quais leis estão em discussão do litígio e alegações.

Já o sistema Athos veio com um objetivo muito importante: identificação de processos repetitivos e, ainda, localização de decisões divergentes dentro do STJ.

Por fim, foi lançado o E-Juris pela Secretaria de Jurisprudência do STJ. Com ele, é possível identificar, de forma mais rápida e efetiva, julgados sobre situações processuais semelhantes, de modo a extrair dispositivos legais e passagens jurisprudenciais dos acórdãos.

E o julgamento? Irá a Inteligência Artificial realizar decisões? Não é o intuito e nem objetivo e finalidade da IA substituir a cognição e tarefas dos julgadores, e sim auxiliá-los e trazer resultados de análises processuais mais rápido do que um humano conseguiria e, inclusive, de forma ainda mais imparcial do que é feito atualmente, já que as máquinas não possuem a capacidade de realizar tarefas com base em emoções.

### *III.I.II. IAs de atendimento ao público em primeiro grau*

Além dos Tribunais Superiores, outras instituições judiciárias no Brasil têm utilizado a inteligência artificial em seus processos. Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) desenvolveu um sistema de *chatbots* para atendimento aos cidadãos e um sistema de inteligência artificial para auxiliar na identificação de processos repetitivos.

Trata-se da “Judi”, desenvolvida para o esclarecimento de dúvidas à população sobre causas de menor complexibilidade dos Juizados Especiais Cíveis (JEC). O projeto foi desenvolvido após uma importante análise sobre a falta de acesso à justiça e informação de pessoas mais leigas e, também, de alguns profissionais do direito. Por meio desse avanço, as pessoas podem tirar dúvidas que antigamente eram questionadas diretamente nos cartórios, como os documentos necessários para ingresso judicial, a necessidade/obrigatoriedade ou não de assistência por advogado para realizar a ação, entre outros.

Isso também foi aplicado no TJBA com a assistente virtual “Sofia”. O sistema foi criado pela equipe do Laboratório de Inovações dos Juizados Especiais da Bahia, e ele não é o único: os desenvolvedores criaram mais de 30 robôs para a realização de atividades cartorárias repetitivas de baixa necessidade cognitiva.

Alimentando uma IA com um bom banco de dados sobre essas informações, a busca para satisfação de dúvidas em fóruns e cartórios, bem como a locomoção e o tempo gasto são economizados e podem ser facilmente resolvidos pelo próprio site do TJSP.

Esses são apenas alguns exemplos de como a inteligência artificial está sendo aplicada no judiciário brasileiro.

### *III.I.III. IAs no mundo*

Na sociedade internacional, também existem exemplos de aplicação de inteligência artificial no judiciário. Um exemplo é a ferramenta "ROSS Intelligence", desenvolvida nos Estados Unidos, que utiliza inteligência artificial para auxiliar advogados.

Foi em 2017 em Nova York que “Ross” foi “contratado” como o primeiro robô advogado no escritório de advocacia Baker & Hostetler. Seu objetivo era simples: ações falimentares. Sua jornada acadêmica foi curta: Ross precisou de apenas 10 meses para aprender tudo sobre leis de falência.

Suas tarefas são: análise de documentos para ações judiciais, responder perguntas e questionamentos, formular possíveis teses e hipóteses, monitoramento 24hrs de leis e novidades legislativas, notificação aos advogados sobre novas decisões e jurisprudências, entre outros. Seu diálogo com a máquina é como se conversasse com um humano em um chat virtual, pois sua linguagem é acessível.

Aqui no Brasil temos o Eli, com um objetivo muito parecido com o acima citado. Segundo a empresa desenvolvedora Tikal Tech, o robô pode ser utilizado também na análise de dados e organização de documentos e todas as outras atividades mencionadas sobre Ross, mas além disso: pode realizar cálculos e relatórios complexos.

No mesmo seguimento temos também Jill Watson (Georgia Institute of Technology). Este não se trata de um assistente jurídico, e sim auxiliar em cursos de pós-graduação. O que acontece é que os alunos têm suas dúvidas e querem às sanar com seus professores. Entretanto, torna-se uma tarefa cansativa e desgastante para os profissionais acadêmicos. Visando sanar esses problemas, Jill foi criado para responder os e-mails os alunos pós-graduandos de maneira simples e informal.

Pode até parecer assustador, mas qual tecnologia não é? Levamos certo tempo para nos adaptarmos a situação de uma máquina, feita por nós, ser mais efetiva que nosso próprio trabalho. Entretanto, para que lutar contra isso? Com o passar dos anos e a evolução digital, provavelmente aqueles que não usam de IAs para auxílio de suas atividades estarão tão desatualizados quanto alguém que, hoje em dia, utiliza máquinas de escrever no lugar do computador e fax no lugar do e-mail para exercer suas tarefas.

## **IV. CONCLUSÕES – DESAFIOS, RESPONSABILIDADE CIVIL E NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA**

De fato, a IA é deveras contributiva para a atividade não só jurisdicional, mas como também em todas as ciências existentes. Ao longo deste estudo, pudemos observar a importância da tecnologia como uma ferramenta aliada no processo civil, contribuindo não só para a redução da sobrecarga judiciária, mas também para atividades rotineiras da advocacia e consultas de cidadãos. A tecnologia tem sido implementada cada vez mais nos tribunais brasileiros, permitindo uma maior eficiência no andamento dos processos, uma maior rapidez na tomada de decisões, redução de custos e aumento do acesso à justiça.

A inteligência artificial jurídica tem sido muito utilizada principalmente na análise de processos e na previsão de resultados, auxiliando os juízes na tomada de decisões. Além disso, os chatbots têm se mostrado úteis na comunicação com as partes envolvidas no processo, reduzindo a sobrecarga de atendimentos presenciais e telefônicos nos tribunais.

No entanto, é importante ressaltar que a implementação da tecnologia no processo civil deve ser realizada de forma cuidadosa, considerando as peculiaridades de cada caso e respeitando os direitos das partes envolvidas. É fundamental garantir a segurança dos dados e a transparência no uso da inteligência artificial e outras tecnologias.

A sua utilização deve ser incentivada e regulamentada de forma adequada, sempre com o objetivo de garantir a justiça e a equidade para todos os envolvidos no processo civil.

Ressaltamos que a utilização da inteligência artificial no processo civil ainda é um tema controverso e polêmico. Há preocupações sobre a possibilidade de viés e discriminação nas análises e decisões tomadas pela tecnologia. Por isso, é fundamental que haja uma regulamentação clara e responsável para o uso da inteligência artificial no judiciário.

É necessário que haja uma reflexão ética e jurídica sobre os possíveis impactos e riscos da utilização dessa tecnologia, para que ela possa ser implementada de forma responsável e segura.

Acreditamos que a maior preocupação dos aplicadores do direito no quesito à Inteligências Artificiais se dê acerca da responsabilidade civil sobre danos imprevisíveis ainda em nosso ordenamento jurídico e qual o nexo de causalidade. Como está ainda em desenvolvimento, criações e análises, fica difícil estabelecer quais são os eventuais problemas que a utilização da IA pode causar.

No que tange à configuração do dano indenizável, indaga-se: o usuário (ou o programador etc.) pode se isentar de responsabilidade ao argumento de que os sistemas autônomos adotaram condutas imprevisíveis? Mostra-se legítimo se relacionar essa imprevisibilidade de comportamentos à controvérsia histórica sobre os ditos danos imprevisíveis? No âmbito do nexo de causalidade: a atuação de sistemas autônomos rompe o liame causal entre a conduta do usuário (ou programador etc.) e o dano reparável? Admite-se a incidência das causas excludentes de responsabilidade na hipótese de o dano ter sido causado diretamente por um sistema dotado de inteligência artificial? Ainda no que diz respeito aos critérios de imputação: o regime de responsabilidade será subjetivo ou objetivo? Se subjetivo, pode-se associar a maior autonomia do sistema de inteligência artificial à menor



reprovabilidade da conduta do usuário? Podem incidir regularmente as causas excludentes de ilicitude? Se objetivo o regi-me de responsabilidade, qual exatamente haveria de ser seu fundamento? (TEPEDINO e SILVA, p. 7 e 8, 2019)

Em primeiro lugar destacamos que jamais uma inteligência computadorizada pode ser utilizada sem a reanálise e verificação de veracidade por um humano. Verificamos também a necessidade de regulamentação legislativa sobre tais questões.

Com certeza é necessário um trabalho mais específico e aprofundado sobre o tema da responsabilidade sobre danos causados pela IA, entretanto, respondendo às questões trazidas pelos juristas acima citados, concluímos brevemente que não há possibilidades de isenções de responsabilidade civil sobre os operadores do direito para com as máquinas. A responsabilidade sem dúvidas seria objetiva.

Veja, não há máquinas sem atuação humana, isso é incontestável. Pelo menos até o presente momento, IAs não criam IAs, elas apenas reproduzem aquilo que lhe são ensinadas pela sua base de dados (alimentada por humanos). Se é criada por humanos, logo, deve ser supervisionada por eles também.

*Batemos na tecla* de que toda a atividade realizada por uma inteligência artificial até o presente momento de evolução ainda precisa ser reavaliada com base na inteligência natural, pois se tem uma coisa que aprendemos durante toda a evolução tecnológica vivida até hoje (celulares, computadores), todos são passíveis de erros, até mesmo máquinas.

Iniciemos o raciocínio com base em um exemplo: em um escritório de advocacia fora utilizado o sistema semelhante ao Ross, anteriormente estudado. Ocorre que em dado momento um advogado o utilizou para realizar uma Petição Inicial e a máquina cometeu erros, utilizando artigos do Código de Processo Civil de 73 ao invés do Código de Processo Civil de 2015 e, ainda, forneceu uma solução que não cabia ao caso. Sem a reanálise do advogado, a petição foi protocolada e indeferida.

Qual a responsabilidade do advogado sobre a coisa julgada deste processo? Se entendermos por uma responsabilidade subjetiva, entenderemos que é necessário comprovar ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Ainda, os desenvolvedores da máquina poderiam ser responsabilizados também?

De acordo com o estudado, não vemos a possibilidade de responsabilizar os desenvolvedores dos sistemas por erros que não sejam *bugs*, falhas da máquina em si. A inteligência é utilizada se baseia somente com base no banco de dados a elas alimentadas. Então veja, em uma situação de um robô para auxílio jurídico dentro do processo civil, como é o caso simulado, vemos como necessária a alimentação do CPC/73 para eventuais comparações entre códigos que se julgam

necessárias em algumas causas. Poderia claramente ser aplicada uma relação regulamentada pelo Código do Consumidor (apenas na relação desenvolvedor -aplicador do direito).

Logo, no caso simulado, não erra o desenvolvedor que alimenta a IA com legislações existentes ou que já existiram em nosso ordenamento, pois tais informações são necessárias para tirar dúvidas e criar desenvolvimentos. Agora, erra o profissional do direito que não analisa e busca a veracidade e conformidade das informações trazidas pela máquina para com o ordenamento jurídico, mais uma vez: ela foi feita para auxiliar, não substituir.

Ao adquirir uma IA para auxílio de suas atividades, o profissional está tacitamente ciente de que aquilo precisa ser revisado. Ele assume o risco. Por essa razão vislumbramos que a forma mais correta dentro da realidade jurídica até o presente momento seria a de responsabilização sobre o instituto da Responsabilidade Objetiva do Código Civil (nas relações profissional do direito - máquina).

Pelo raciocínio, em resumo, o mais adequado seria a aplicação de relação consumerista entre desenvolvedor da IA e profissional do direito que a adquiriu. Neste viés, não se nega a responsabilidade objetiva do produtor por erros ocasionados por defeitos no produto, já que o artigo 12 do CDC traz que o produto ofertado deve trazer segurança que dele se espera. Entretanto, a discussão aqui é: em algum momento a inteligência artificial estará propícia a não oferecer riscos?

Não entendemos que o artigo 12 CDC traga um viés absolutista nesse caso, até porque até mesmo as próprias máquinas reconhecem seus erros. Por exemplo, no desenvolvimento deste trabalho utilizamos inúmeras inteligências artificiais para sanar dúvidas e, em dado momento, a máquina apresentou dificuldades de formulação de conceitos, vejamos:

**CHATGPT:** No Brasil, já existem algumas iniciativas de aplicação de inteligência artificial no judiciário. Uma delas é o robô "Victor", desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esse robô é responsável por ajudar os juízes a identificar precedentes judiciais relevantes para as decisões que precisam tomar.

**USUÁRIA:** O "Victor" não é do STF?

**CHATGPT:** Peço desculpas pelo erro, Victor é um assistente virtual desenvolvido pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) do Brasil para auxiliar na consulta de informações processuais e legislativas. Obrigado por me corrigir.

**USUÁRIA:** Está errado! É do STF não é?

**CHATGPT:** Peço desculpas pelo erro anterior. O Victor é, de fato, um sistema de inteligência artificial utilizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Ele é utilizado para auxiliar os ministros nas análises de processos e tomada de decisões. O sistema é capaz de realizar análises de informações e apresentar possíveis caminhos para os julgamentos, oferecendo subsídios para os ministros tomarem suas decisões de forma mais fundamentada.

Veja, em "diálogo" com a Inteligência Artificial, poderíamos muito bem ter sido induzidos

ao erro, entretanto utilizamos dos sistemas com a consciência de que são máquinas para nos auxiliarem a buscar informações mais especificadas de acordo com nossas necessidades, e não para escreverem por nós.

Não se verifica erro ou *bug* do sistema, e sim erros que máquinas podem cometer por não conseguirem interpretar 100% o que está a ela alimentado. Depende exclusivamente de o aplicador checar as informações prestadas e corrigi-las.

O ideal é a criação de regulamentação específica para a responsabilidade civil dentro da inteligência artificial, entretanto, essa ainda não é a realidade do ordenamento jurídico, por essa razão, busquemos enquadrar a situação na legislação atualmente vigente.

Sobre a responsabilidade – aplicador do direito x dano causado por equívoco de Inteligência Artificial, utilizaremos o artigo 927 do Código Civil.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, **risco para os direitos de outrem**.

O raciocínio é: **a.** comete negligência o profissional do direito que não checa as informações prestadas pelas Inteligências Artificiais (cabimento e aplicação direta do artigo 186 CC); **b.** os advogados, juízes, promotores etc. possuem o direito constitucional de exercer sua atividade profissional com liberdade dentro dos seus limites funcionais, a utilização de máquinas sem supervisão e checagem com certeza ultrapassa a linha desses limites, já que, reiterando novamente: não nos substitui, auxilia (cabimento e aplicação direta do artigo 187 CC).

Conclui-se, então, que comete ato ilícito aquele profissional que não cumpre as obrigações acima destacadas. Portanto, entendemos que a reparação de danos deve seguir os preceitos do artigo 927 CC que versam sobre responsabilidade objetiva, isto é, sem a necessidade de comprovação de culpa, pois esta já é presumida.

A evolução é um fato, e tentar frear esse desenvolvimento significa um retrocesso na tecnologia e negação do inevitável. Resta o legislativo verificar e criar regulamentação correta do uso das IAs.

Segue em trâmite o Projeto de Lei nº 21/20 sobre o desenvolvimento e uso das IAs tanto para órgãos públicos quanto para entidades privadas e pessoas físicas. Pelo projeto, o uso da tecnologia deve seguir os fundamentos dos direitos humanos e fundamentais, bem como os preceitos de igualdade, privacidade de dados, não discriminação e livre iniciativa.

Segundo o autor (BISMARCK), há a figura do “Agente de IA”, se enquadrando tanto os desenvolvedores como também os operadores. Esses agentes teriam deveres e obrigações específicas sobre a utilização dos sistemas.

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso da inteligência artificial no Brasil e determina as diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, e entes sem personalidade jurídica em relação à matéria.

(...)

Justificativa

(...)

A expansão da IA exige transições no mercado de trabalho, e, atento a isto, o projeto criou deveres para o poder público para permitir a capacitação dos trabalhadores, bem como incentivá-los a se engajarem e adquirirem competitividade no mercado global. Ademais, a IA traz implicações para os direitos humanos, a privacidade e a proteção de dados, temas que foram tratados no projeto de lei, com observância das normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados que se aplicam ao tratamento de dados, ainda que utilizados em sistemas de IA. É preocupação também deste projeto de lei a inovação na gestão pública por meio da IA, para que o Estado supere obstáculos burocráticos e restrições orçamentárias e ofereça serviços mais eficientes à população. É preciso dar atenção, por fim, à segurança digital, fator essencial para a transformação decorrente da IA. Por isso, fomentou-se no projeto de lei um debate público da sociedade civil e do poder público para capturar o potencial benéfico das novas tecnologias, bem como foram previstos deveres direcionados ao gerenciamento de riscos.

O artigo 6º do Projeto de Lei ainda estabelece alguns princípios essenciais para o uso da IA, tais como: centralidade no ser humano, transparência e explicabilidade, segurança, responsabilização e prestação de contas, entre outros. Ainda faz ressalva no parágrafo único acerca de não exclusão de outros princípios previstos por outras regulamentações do ordenamento jurídico e tratados internacionais.

Por fim, necessidade de regulamentação da IA em casos de erros é crucial para garantir uma maior justiça e equidade no âmbito jurídico. Com a crescente utilização de tecnologias como a inteligência artificial e os chatbots, os riscos de erros e falhas no processo aumentam, o que pode prejudicar os cidadãos e causar maior sobrecarga judiciária. Portanto, é fundamental que haja uma regulamentação específica para o uso dessas tecnologias, de forma a estabelecer critérios claros de responsabilização em caso de falhas.

A adoção de medidas que visem reduzir a sobrecarga judiciária e aprimorar a eficiência do sistema jurídico, como a utilização de tecnologias avançadas e a regulamentação específica, é fundamental para garantir o acesso à justiça e a equidade para todos. Cabe aos governos, aos tribunais e aos profissionais do direito trabalhar juntos para desenvolver estratégias e políticas que promovam a adoção responsável e segura de tecnologias avançadas no processo civil, garantindo assim um sistema jurídico mais justo e eficiente para todos os cidadãos.

É importantíssimo e de extrema necessidade os desenvolvimentos acadêmicos sobre o tema para que esses profissionais de fora do desenvolvimento direto das IAs mostrem e apontem

quais suas necessidades e dificuldades, para que a legislação a ser desenvolvida se mantenha em conformidade com as necessidades dos juristas.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Aprovadas Regras para Audiências Judiciais Realizadas por Meio de Videoconferência.** Agência CNJ de Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovadas-regras-para-audiencias-judiciais-realizadas-por-meio-de-videoconferencia/>. Acesso em: 20 de mar. de 2023.

BILLWILLER, S. e CALIXTO, M. **A Responsabilidade Civil pelos danos causados por sistemas de Inteligência Artificial.** Editora Fórum, 2023. Disponível em: [https://www.editoraforum.com.br/noticias/responsabilidade-civil-pelos-danos-causados-por-sistemas-de-inteligencia-artificial-coluna-direito-civil/#:~:text=\(b\)%20Responsabilidade%20objetiva%20da%20IA,diretamente%20pelos%20danos%20que%20causarem](https://www.editoraforum.com.br/noticias/responsabilidade-civil-pelos-danos-causados-por-sistemas-de-inteligencia-artificial-coluna-direito-civil/#:~:text=(b)%20Responsabilidade%20objetiva%20da%20IA,diretamente%20pelos%20danos%20que%20causarem). Acesso em: 23 de mar. de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Ato Normativo nº 0006956-27.2021.2.00.0000**, de 22 de março de 2021. Adoção de processo eletrônico e planejamento da conversão e digitalização do acervo processual físico dos órgãos do poder judiciário. Ato aprovado. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?numProcesso=0006956-27.2021.2.00.0000&jurisprudenciaIdJuris=52884>. Acesso em: 20 de mar. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 21, de 2020.** Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 23 de mar. de 2023.

**CNJ: Tribunais Devem Reforçar Iniciativas para a Digitalização de Acervo Físico.** Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2021. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-tribunais-devem-reforcar-iniciativas-para-digitalizacao-de-acervo-fisico-trf2-ja-chegou-a-100/>. Acesso em: 18 de mar. de 2023.

**Inteligência Artificial está Presente em Metade dos Tribunais Brasileiros, Aponta Estudo Inédito.** Portal do Superior Tribunal de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 18 de mar. de 2023.

JUNIOR, Janary. **Projeto Cria Marco Legal para Uso de Inteligência Artificial no Brasil.** Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/>. Acesso em: 20/03/2023.

PEREIRA, S. C. da S. e BRITO, G. L. R. de. **Um Breve Histórico da Implantação do Processo Judicial Eletrônico no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.** Revista Esmat, 9(14), 43–64, 2018. <https://doi.org/10.34060/reesmat.v9i14.208> Acesso em: 20 de mar. de 2023.

**Projeto Victor Avança em Pesquisa e Desenvolvimento para Identificação dos Temas de Repercussão Geral.** Portal do Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori>. Acesso em: /03/2023. Acesso em: 21 de mar. de 2023.

RAIS, D. e ABRUSIO, J. et al. **Privacidade, Mercado e Cidadania: uma conexão a partir da IA.** Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

ROBERTO, Enrico. **Responsabilidade Civil pelo Uso de Sistemas de Inteligência Artificial: em busca de um novo paradigma.** Internet e Sociedade, Revista InternetLab, nº. 1. V. 1. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/responsabilidade-civil-pelo-uso-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-em-busca-de-um-novo-paradigma-2/>. Acesso em: 21 de mar. de 2023.

**ROSS, o Primeiro Robô Advogado do Mundo.** Transformação Digital, 2018. Disponível em: <https://transformacaodigital.com/juridico/ross-o-primeiro-robo-advogado-do-mundo/>. Acesso em: 22 de mar. de 2023.

TEIXEIRA, Matheus. **STF Investe em Inteligência Artificial para dar Celeridade a Processos.** Jota, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>. Acesso em: 20 de mar. de 2023.

TEPEDINO, G., e DA GUIA SILVA, R. **Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil.** Revista Brasileira De Direito Civil, 21(03), 61, 2019. Recuperado de <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465>. Acesso em: 23 de mar. de 2023.

VENOSA, Silvio. **A Responsabilidade Objetiva no Novo Código Civil.** Migalhas, 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/916/a-responsabilidade-objetiva-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 23 de mar. de 2023.

# AS LIMITAÇÕES DA RACIONALIDADE NO USO DAS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM PELO JUIZ: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS

Carolina Cotta Barbosa de Sá ALVARENGA<sup>1</sup>

## RESUMO

Diante da observação de que os julgamentos e as decisões tomadas pelos seres humanos, muitas vezes, são influenciados por fatores cognitivos que afetam a sua racionalidade, buscou-se responder, com a presente pesquisa, quais são os impactos das heurísticas e dos vieses cognitivos no uso das regras de experiência comum na fundamentação de decisões judiciais. Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: a) estudo das regras da experiência comum previstas no art. 375 do CPC, compreendendo as suas origens, sua natureza e sua constituição; b) investigação do funcionamento da dualidade de modelos de pensamentos, a partir dos conceitos de racionalidade limitada, heurísticas e vieses cognitivos; c) análise da performance e dos tipos de heurísticas e vieses cognitivos, a partir dos ensinamentos dos principais autores que teorizaram sobre o assunto; d) apresentação dos efeitos das heurísticas e vieses cognitivos no raciocínio de aplicação das regras da experiência comum e, por conseguinte, na fundamentações das decisões judiciais. Realizou-se uma pesquisa com natureza aplicada, objetivo exploratório e procedimento bibliográfico. Por meio dessa metodologia, verificou-se que as heurísticas e o vieses cognitivos influenciam no julgamento subsunção de uma noção considerada como “regra geral” da sociedade a um caso concreto, impactando em sua racionalidade e credibilidade. As conclusões alcançadas pela aplicação das regras da experiência comum podem ser tendenciosas, equivocadas e/ou distorcidas da realidade, de forma que as razões que fundamentam a decisão judicial não sejam válidas e racionais no regime do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVES:** Regras da experiência comum. Racionalidade limitada. Heurísticas. Vieses. Fundamentação racional das decisões.

## ABSTRACT

Faced with the observation that the judgments and decisions taken by human beings are often influenced by cognitive factors that affect their rationality, this research sought to answer what are the effects of heuristics and cognitive biases in the use of maxims of experience in the reasoning of judicial decisions. For that, the following specific objectives were outlined: a) study about the maxims of experience, understanding its origins, its nature and its constitution, with emphasis on the theorization carried out by the precursor Friederich Stein; b) research on the functioning of the duality of thought models, based on the concepts of bounded rationality, heuristics and cognitive biases; c) analysis of the performance and types of heuristics and cognitive biases, based on the teachings of the main authors who theorized on the subject; d) presentation of the effects of heuristics and cognitive biases on the rationality of applying the maxims of experience and, therefore, on the reasoning of judicial decisions. Then, a research with an applied nature, exploratory objective and bibliographic procedure was carried out. Through this methodology, it is confirmed that heuristics and cognitive biases influence the subsumption judgment of a notion considered as a “general rule” of society to a concrete case, impacting on its rationality and

---

1 Mestranda em Direito pelo PPGD PUC Minas. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade CERS. Bacharela em Direito pela PUC Minas. Advogada e Mediadora de Conflitos. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 "This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001. E-mail: carolina.cotta.barbosa@gmail.com

credibility. The conclusions reached by applying the maxims of experience can be biased, mistaken and/or distorted from reality, so that the reasons that support the judicial decision are not valid and rational in the Democratic State of Law regime.

**KEY-WORDS:** Maxims of experience. Bounded rationality. Heuristics. Biases. Reasoned justification.

## INTRODUÇÃO

A ciência do Direito, por se dedicar à regulação do comportamento humano e das relações entre indivíduos, instituições e Estado, impacta em diversas áreas da existência humana e da sociedade. O comportamento humano é, por sua vez, objeto de estudo de outras áreas de conhecimento. Sob a perspectiva do processualismo constitucional democrático, é fundamental que os estudos jurídicos se abram às contribuições de outras ciências, a fim de aprimorar a aplicação das técnicas processuais e das normas jurídicas, bem como a observação de direitos e garantias fundamentais.

Nessa perspectiva, as ciências comportamentais possuem contribuições teóricas relevantes no que diz respeito ao processo de tomada de decisões e de julgamentos pelos indivíduos. Contradizendo ao senso comum da sociedade, comprovou-se que o ser humano não é capaz de tomar decisões integralmente racionais, uma vez que a sua racionalidade é limitada por algumas dimensões, como a informação disponível, a limitação cognitiva da mente individual e o tempo disponível para tomada de decisões. Em face dessas limitações, evidenciou-se que os julgamentos, as decisões e os comportamentos das pessoas diante de uma escolha não são necessariamente satisfatórios e adequados para uma determinada situação, pois a mente humana, para compensar as suas limitações, trabalha com heurísticas, ou seja, atalhos da cognição da mente humana utilizados de forma intuitiva para dar respostas mais rápidas e com menos esforço em face de um problema. As heurísticas, muitas vezes, podem resultar em erros previsíveis (chamados de vieses cognitivos) baseados em pré-julgamentos, já que as previsões feitas pelos atalhos cognitivos são falhas e tendenciosas.

Tais conhecimentos científicos produzidos impactam na ciência do Direito, uma vez que ela lida diretamente e continuamente com julgamentos e tomada de decisões durante os procedimentos judiciais, decisões essas que, inclusive, importam no exercício de direitos e garantias fundamentais. Essa discussão torna-se significativa quando se conjectura acerca da norma prevista no art. 375 do Código de Processo Civil, que permite que os juízes utilizem das regras da experiência comum, que são noções extralegais extraídas de experiências individuais e coletivas, para valorar provas e, logo, para decidir sobre a lide.



Diante das contribuições das ciências comportamentais, buscou-se responder, com a presente pesquisa, quais são os impactos das heurísticas e dos vieses cognitivos no uso das regras de experiência comum na fundamentação de decisões judiciais. O objetivo geral do trabalho é identificar possíveis interferências e impactos de heurísticas e vieses cognitivos que indiquem a ausência de racionalidade no uso das regras da experiência comum. Para tanto, foi feito um estudo acerca regras da experiência comum, compreendendo as suas origens, sua natureza e sua constituição. Em seguida, investigou-se sobre o funcionamento da dualidade de modelos de pensamentos, a partir dos conceitos de racionalidade limitada, heurísticas e vieses cognitivos. Após, foi feita uma análise da performance e dos tipos de heurísticas e vieses cognitivos. Por fim, foi realizada uma relação dos efeitos das heurísticas e vieses cognitivos no raciocínio de aplicação das regras da experiência comum e, conseqüentemente, na fundamentação das decisões.

Considerando o marco teórico da pesquisa, o processualismo constitucional democrático, parte-se da hipótese de que as regras da experiência comum não fornecem razões racionais necessárias para que a fundamentação das decisões judiciais seja legítima em um Estado Democrático de Direito. Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa com natureza aplicada, objetivo exploratório e procedimento bibliográfico.

## **1 AS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM (OU MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA)**

A legislação processual brasileira prevê a possibilidade de os magistrados utilizarem as regras da experiência comum na valoração de provas, dispondo o art. 375 do Código de Processo Civil que “[o] juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvando, quanto a estas, o exame pericial” (BRASIL, 2015).

As regras de experiência, também chamadas de máximas de experiência (STEIN, 1999), lastreiam-se em generalizações correspondentes a acontecimentos que geralmente ocorrem na realidade. De acordo com William Santos Ferreira (2021), são conhecimentos privados do juiz que auxiliam na análise na valoração das provas ao fornecer elementos para a motivação da decisão.

Friederich Stein, responsável pela conceituação originária desse tema (TARUFFO, 2001) em sua notória obra “O conhecimento privado do juiz”, define as máximas de experiência comum como “[...] definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, com base nesses casos, pretendem ter aplicação para outros novos.” (STEIN, 1999, p. 27, tradução livre).

Para Stein, as máximas de experiência podem ser compreendidas, portanto, como regras

gerais obtidas indutivamente com base na experiência. Constituem, por sua vez, uma premissa maior a que o julgador pode recorrer para decidir um caso concreto. Dessa forma, a atividade jurisdicional não envolve tão somente a subsunção do caso concreto (premissa menor fática) a uma norma jurídica (premissa maior de caráter jurídico). A conclusão de uma decisão pode decorrer da subsunção de uma premissa menor fática a uma premissa maior que também possui índole fática, a qual é obtida de conhecimentos extralegais (STEIN, 1999). Nesse sentido, o autor afirma que “[o] veredito do juiz é, inevitavelmente, uma conclusão que se obtém de uma premissa menor, sempre constituída por um juízo de fato, [e] de uma premissa maior, legal ou puramente fática” (STEIN, 1999, p. 15, tradução livre).

No entendimento do jurista alemão, as máximas de experiência não consistem na pluralidade casos sobre uma determinada situação, mas, sim, em uma expectativa de comportamento para casos futuros com base no que acontece ordinariamente (STEIN, 1999). Assim, Stein sintetiza que

[s]ó quando pensamos nestes casos como a aplicação de uma regra e a estabelecemos como tal, só quando ao lado de cada um dos casos observados, e acima deles, existe algo independente que nos permite esperar que casos futuros, ainda não observados, ocorrerá da mesma forma que as observadas, só então chegaremos ao princípio ou máxima geral de que 'as pessoas' que se encontram em uma determinada situação se comportam de uma determinada maneira. (STEIN, 1999, p. 25, tradução livre)

No Brasil, Moacyr Amaral Santos ensina que as regras de experiência “[...] são juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de média cultura” (SANTOS, 1952, p. 164). Assevera, ainda, que as regras de experiência desenvolveram da inevitável aplicação do juiz de “[...] noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhidas de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares.” (SANTOS, 1952, p. 164).

Francisco Rosito também considera as máximas de experiência como regras gerais correspondentes a experiência de um homem de média cultura, ao afirmar que

[...] as máximas de experiência constituem regras gerais construídas indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas, independentemente de casos concretos, e representam a experiência da cultura média do homem. (ROSITO, 2007, p. 80)

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, não trata as máximas de experiência como regras, mas como presunções judiciais em que o juiz “[...] extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido [...]” (DINAMARCO, 2005, p. 121), correspondendo a “[...] expressão da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem” (DINAMARCO, 2005, p. 122).

Silvestre (2009), ao sintetizar as características das máximas de experiência, conclui que elas são decorrentes de uma vivência do ser humano na observação de casos particulares, da

consciência popular ou da cultura jurídica de um povo, se apresentando como “regras da vida” gerais e abstratas que se encontram na consciência humana.

Feita essa análise bibliográfica, é possível concluir que as regras de experiência, ou máximas de experiência, são concebidas como noções extralegais que estão no conhecimento geral de um homem médio. Essas noções são premissas fáticas do que ordinariamente acontece e decorrem de uma vivência (experiência), ou seja, da apreensão de uma realidade adquirida através da observação de um caso particular ou de uma vivência comum a uma coletividade.

Não obstante o disposto acerca das regras da experiência comum esteja previsto no capítulo das provas do Código de Processo Civil, é necessário destacar que tal previsão não tem impedido que magistrados utilizem das máximas da experiência além do campo probatório. Diante desse contexto, Silvestre (2009) explica que, em matéria probatória, as regras de experiência servem para facilitar a valoração da prova, apresentando como critérios de valores e ao permitir a formulação de raciocínios jurídicos, enquanto no campo da hermenêutica, servem para oferecer orientação para preenchimento das lacunas da lei e para interpretação do Direito a fim de atender à função social e ao bem comum.

A utilização das regras da experiência comum na atividade jurisdicional se dá por meio de um ato de subsunção, em que a interpretação de um fato ou de uma prova é integrado a uma categoria de noções extralegais obtidas indutivamente (STEIN, 1999). Para tanto, a permissão da aplicação das regras da experiência comum pelo juiz parte do pressuposto de que a sociedade é culturalmente homogênea e de que todas as pessoas (ou a maioria delas) são capazes de experienciar uma mesma noção a respeito de uma situação ou evento (TARUFFO, 2001).

A subsunção de uma noção considerada como “regra geral” da sociedade a um caso concreto envolve a capacidade de o decisor realizar a previsão da expectativa de um comportamento futuro e o julgamento de semelhança entre duas situações. Por isso, torna-se necessário compreender o funcionamento da tomada de decisões e de julgamento, a partir das contribuições da psicologia e da economia comportamental.

## **2 AS CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS COMPORTAMENTAIS: ANÁLISE DA RACIONALIDADE DO SER HUMANO, DA DUALIDADE DE PENSAMENTO E DAS LIMITAÇÕES COGNITIVAS**

Durante muito tempo, estudos acerca do comportamento humano, notadamente da ciência econômica, tinham como premissa fundamental a ideia de que o ser humano era capaz de fazer escolhas inteiramente racionais, uma vez que, diante de uma tomada de decisão, o indivíduo sempre maximizava a sua satisfação, o seu bem-estar ou a utilidade de algo (COOTER; ULEN, 2010). Em

outras palavras, a pessoa seria capaz de calcular, com base em seu conhecimento, as possibilidades e as restrições existentes de forma a optar pela melhor alternativa que satisfaça as suas preferências ou necessidades (SIMON, 1955). O homem era visto como “homem econômico”, cujo conceito refere-se a ideia de que “[...] cada indivíduo sempre pensa e toma decisões de forma correta [...]” (SUSTEIN; THALER, 2019, p. 15).

A racionalidade absoluta do ser humano é absoluta passou a ser questionada por Herbert Simon<sup>2</sup> (1955), ao observar a inadequação dos princípios da maximização. O economista verificou a ausência de evidência de que os modelos clássicos de escolha racional (que eram descritos em função da maximização) eram efetivamente executados pela mente humana. Os modelos de escolha racional partiam do pressuposto de que as pessoas detinham todas as informações e recursos necessários para a tomada de uma decisão ótima e maximizadora. Dentre outros elementos, os modelos de escolha racional exigem que o indivíduo tenha conhecimento: a) do conjunto de alternativas para a escolha; b) dos possíveis resultados da alternativa escolhida; c) do “valor” ou da “utilidade” de cada um dos possíveis resultados da escolha; d) das informações sobre o resultado da alternativa escolhida; e) das informações sobre a probabilidade de um determinado resultado ocorrer diante da escolha da alternativa (SIMON, 1955)

No entanto, observou-se que a racionalidade<sup>3</sup> do ser humano possui limitações em sua capacidade computacional e em sua habilidade de previsão de resultados para tomada de decisão, decorrentes de sua própria limitação cognitiva, além de fatores como a escassez de tempo e de informações necessárias para o cálculo de escolha racional. Diante dessas limitações, identificou-se que o ser humano se vale de simplificações em seus mecanismos de raciocínio para fazer uma escolha (SIMON, 1955).

Assim, as pessoas, frequentemente, fazem escolhas com base em simplificações mentais e, não, de uma análise completa e racional. Essas simplificações são chamadas de heurísticas e são compreendidas como atalhos mentais que a mente se vale para decidir uma de escolha complexa.

Para compreender como e por quê as heurísticas funcionam, é preciso antes entender um fenômeno cognitivo percebido por Steve Sloman que consiste na dualidade de sistema de pensamentos. O autor demonstrou evidências de que o raciocínio humano é realizado por meio de dois “sistemas” cognitivos diferentes, sendo que um deles funciona por meio de associações e, o outro, por meio de regras (SLOMAN, 1996)

Daniel Kahneman descreve essa dualidade de modelos de pensamento por meio da

---

2 Herbert Simon é considerado o precursor da noção de “racionalidade limitada” e de “heurísticas”, tendo ganhado prêmio Nobel de Economia de 1978 em razão das suas contribuições para a Economia Comportamental.

3 A racionalidade é um critério de escolha, podendo ser compreendida, a partir das lições de Herbert Simon, como “[...] uma relação de adequação (eficácia) entre fins pré-estabelecidos e meios para atingi-los” (BARROS, 2010, p. 457)

nomeação de sistema 1 e sistema 2.<sup>4</sup> O sistema 1 é “acionado” diante de tomada de decisões (aparentemente) simples, operando-se de forma automática e com pouco esforço cognitivo. As atividades mentais são rápidas e, conseqüentemente, fornecem respostas rápidas para a situação. Para desempenhar dessa forma, o sistema 1 funciona por meio de associações entre ideias. Por exemplo: geralmente, perguntas como “Quanto é 2 + 2?” e “Qual é a capital do Brasil?” são respondidas imediatamente, sem exigir qualquer esforço cognitivo, pois as respostas são provenientes de associações de um conhecimento prévio (KAHNEMAN, 2012).

Já o sistema 2 é “acionado” diante de situações complexas. Seus processos cognitivos são mais racionais, buscando fornecer respostas lógicas. Contudo, as atividades mentais são mais trabalhosas, já que ele opera mediante cálculos complexos. Assim, o seu desempenho é mais lento e exige um esforço cognitivo grande, com atenção plena e ininterrupta (KAHNEMAN, 2012). Por exemplo: perguntas que envolvem probabilística, como “Qual é a probabilidade de eu ser processado caso eu não honre com o pagamento de uma dívida?” ou “Qual é a probabilidade do atual presidente ser reeleito?” demandam uma análise mais lenta e calculada.

O sistema 1 atua, na maior parte do tempo, sugerindo ideias, impressões, sentimentos e fazendo avaliações/julgamentos rápidos sobre a situação para o sistema 2. Esse, por sua vez, monitora as sugestões, aceitando-as ou não. A relação entre os dois sistemas é bastante eficiente, de forma a minimizar esforços cognitivos desnecessários (e, conseqüentemente, gastos energéticos), além de otimizar o desempenho das atividades mentais e das tomadas de decisão (KAHNEMAN, 2012).

O fenômeno das heurísticas ocorre durante as atividades do sistema 1, pois, em algumas situações, diante da necessidade de se decidir algo de forma célere, esse sistema é utilizado para responder questões difíceis, cujo raciocínio demandaria, na verdade, os cálculos e as atividades mentais lentas do sistema 2 (KAHNEMAN, 2012).

## **2.1. O funcionamento das heurísticas cognitivas**

As heurísticas, portanto, são regras gerais utilizadas de forma estratégica para fornecer uma resposta rápida a uma situação complexa. Para que isso aconteça, a simplificação do raciocínio ocorre mediante uma atividade de substituição de perguntas. Explica-se: diante de uma tomada de decisão complexa, ao invés sugerir que o sistema 2 “trabalhe” e responda a pergunta difícil, sistema 1, muitas vezes, substitui a pergunta por uma outra pergunta mais fácil. É assim que os seres humanos são capazes de fazer julgamentos que demandam raciocínio de estatística e

---

4 Cumprir esclarecer que o sistema 1 e o sistema 2 não são partes físicas do cérebro. A nomeação é apenas uma maneira de descrever o funcionamento abstrato do pensamento.

probabilidade sem se valer desses recursos. Por conseguinte, a resposta fornecida não se baseia no raciocínio complexo que é exigido, razão pela qual o resultado pode ser correto ou incorreto (KAHNEMAN, 2012).

As pesquisas das ciências comportamentais identificaram diversas heurísticas, sendo certo que, para o presente trabalho, serão estudadas 3 (três) delas.

A heurística da disponibilidade é um atalho mental por meio do qual as pessoas julgam a probabilidade de um evento acontecer com base na ocorrência de eventos parecidos no passado. O julgamento e a decisão realizam-se na facilidade de resgatar informações disponíveis na memória (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974). Ao invés do sistema de pensamento fazer uma análise profunda sobre a frequência de um evento, utilizando de probabilística, a heurística da disponibilidade oferece uma resposta segunda a amostragem de eventos similares disponíveis na memória, sendo certo que a facilidade de acessar a informação e resgatar o evento pode estar relacionada ao impacto emocional que ele causou, à frequência de aparição de eventos similares na mídia e à própria experiência pessoal do indivíduo (KAHNEMAN, 2012).

Thaler e Sustein explicam que o julgamento por meio da heurística da disponibilidade está relacionado a acessibilidade, visibilidade e a recenticidade de uma informação ou evento, dando os seguintes exemplos:

Se você já presenciou um terremoto, terá mais facilidade de considerá-lo um fenômeno provável no dia a dia do que quem apenas leu sobre o assunto numa revista. Por isso, superestimamos a probabilidade de mortes mais gravadas na memória e fáceis de imaginar (como um tornado), enquanto outras formas mais discretas (uma crise de asma, por exemplo) recebem estimativas mais baixas, mesmo que sejam muito mais frequentes (é vinte vezes mais provável que você morra de ataque de asma do que vítima de tornado). Acontecimentos recentes também têm impacto maior no nosso comportamento e nos nossos medos, em comparação com os antigos. (SUSTEIN; THALER, 2019, p. 36)

A heurística da disponibilidade foi constatada em uma notória pesquisa empírica sobre como as pessoas julgam a frequência relativa à diferentes causas de mortes (LICHTENSTEIN *et al*, 1978). No estudo, observou-se que as pessoas atribuíram a maior probabilidade de mortes às causas que tinham menor frequência do que outras. Dentro os motivos que levaram a isso, notou-se que as causas de morte escolhidas tinham maior publicidade. Foi sugerido o uso da heurística da disponibilidade por trás do julgamento equivocado para explicar a “[...] tendência a exagerar a frequência de algumas causas específicas e subestimar a frequência de outras [...]. Esses vieses foram atribuídos a várias fontes possíveis, incluindo exposição desproporcional, memorização ou imaginação de vários eventos” (LICHTENSTEIN *et al*, 1978, p. 551, tradução livre).

A pesquisa realizada por Lichtenstein, Slovic, Fischhoff, Layamn e Coombs (1978) também ressalta a tendência de as pessoas fazerem julgamentos consultando suas próprias emoções. Essa tendência foi sintetizada como heurística do afeto.

A heurística do afeto é um atalho mental que consiste na confiança no uso de sentimentos e emoções para fazer um julgamento ou uma escolha (SLOVIC *et al*, 2007). Isso pode ser explicado pelo fato de que

[...] as representações de objetos e eventos na mente das pessoas são marcadas em graus variados com afeto. No processo de fazer um julgamento ou uma decisão, as pessoas consultam ou referem-se a uma “piscina de afetos” contendo todas as marcas positivas ou negativas consciente ou inconscientemente associadas às representações (SLOVIC *et al*, 2007, p. 1335, tradução livre)

Conforme explica Kahneman (2012), a heurística do afeto funciona com a substituição de uma pergunta difícil (“O que eu penso sobre isso?”) por uma pergunta fácil (“Como eu me sinto em relação a isso?”), de forma que a resposta da última pergunta se apresenta como satisfatória para a tomada de decisão. O economista elucida essa performance com o seguinte exemplo: a pergunta-alvo “Como devem ser punidos consultores financeiros que se aproveitam dos aposentados?” é substituída pela pergunta heurística “Quanta raiva eu sinto quando penso em predadores financeiros?” (KAHNEMAN, 2012, p. 128)

Paul Slovic reuniu diversas pesquisas empíricas que demonstram que o sentimento positivo ou negativo interfere na tomada de decisão, uma vez que exposição a uma ideia, pessoa, objeto, lugar, ou situação causa estímulos, envolvidos de sentimentos, que, por sua vez, orientam a uma atitude/preferência positiva ou negativa sobre algo. Dessa forma, as emoções influenciam diretamente na percepção de risco, de oportunidade e de valor durante a tomada de decisão (SLOVIC *et al*, 2007).

A heurística da representatividade é descrita como uma “[s]uposição de que um objeto ou indivíduo pertence a uma categoria específica por ser representativo (típico) dessa categoria” (EYSENCK; KEANE, 2017, p. 549). Em outras palavras, é um atalho mental que faz com que as pessoas tendam a julgar uma pessoa ou uma situação com base em estereótipos formados anteriormente (KAHNEMAN, 2012). Ela está relacionada às impressões e intuições, baseando-se em semelhanças de uma situação com estereótipos e crenças pessoais.

A influência da heurística da representatividade nos julgamentos é evidenciada por Kahneman e Tversky (1983) em um importante experimento que envolvia a seguinte história:

Linda tem 31 anos, é solteira, franca e muito inteligente. Ela formou-se em Filosofia. Quando estudante, preocupou-se profundamente com questões relacionadas à discriminação e à justiça social, e também participou de manifestações contra o uso de energia nuclear (KAHNEMAN; TVERSKY, 1983, p. 297, tradução livre)

Os participantes deviam ranquear as possíveis características de Linda. Dentre as opções oferecidas, observou-se que a maioria deles respondeu que a personagem fictícia era “caixa de banco” e “ativista do movimento feminista” do que somente “caixa de banco”. Contudo, em termos de estatística, é mais provável que a personagem fictícia fosse apenas caixa de banco, já que essa é

uma categoria mais ampla. Afinal, todas as mulheres caixas de banco feministas estão incluídas na categoria “caixa de banco”. A semelhança de Linda com o estereótipo de ativista feminista influenciou nas respostas, de forma que a ideia errônea de que a combinação de dois eventos se tornou mais provável do que um único evento (KAHNEMAN; TVERSKY, 1983).

Essa heurística também pode ser melhor compreendida em um experimento realizado por Kahneman, no qual os participantes tiveram que analisar e responder a seguinte frase:

“Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe.” Há maior probabilidade de Steve ser um bibliotecário ou um fazendeiro? (KAHNEMAN, 2012, p. 14)

A descrição de da personalidade de Steve trouxe à mente dos sujeitos da pesquisa o estereótipo de bibliotecário, muito embora essa não seja a resposta correta para a pergunta feita no experimento, uma vez que ela diz respeito a probabilidade. Estatisticamente, existem mais fazendeiros do que bibliotecários<sup>5</sup>. Dessa forma, Kahneman conclui que “[...] os participantes de nossos experimentos ignoravam os fatos estatísticos relevantes e se apoiavam exclusivamente na semelhança” (KAHNEMAN, 2012, p. 14).

A fim de resumir, pode-se dizer que as heurísticas são procedimentos de simplificações mentais que permitem encontrar respostas geralmente adequadas para perguntas difíceis. Apesar de fornecer respostas imperfeitas, em geral, elas são úteis e eficientes em situações que exigem respostas rápidas. Contudo, muitas vezes, podem levar a erros previsíveis, chamados de vieses cognitivos.

## 2.2. O funcionamento dos vieses cognitivos

Os vieses cognitivos, frutos das simplificações realizadas pelas heurísticas, são desvios mentais sistemáticos que ocorrem quando a decisão é tomada com base em pré-julgamentos equivocados. São padrões de distorção de julgamento influenciados por diferentes fatores. Dentre os diversos vieses existentes, serão destacados 3 (três) deles.

O viés da confirmação é a tendência de o observador buscar e interpretar informações de forma a confirmar seu posicionamento ou sua hipótese a respeito de algo (NICKERSON, 1998). A fim de reduzir o esforço cognitivo, os seres humanos, portanto, buscam informações que confirmem suas hipóteses prévias e ignoram informações que as contradizem. Em outras palavras, o viés da confirmação realiza-se na “[...] seletividade involuntária na aquisição e no uso de evidências [...]” (NICKERSON, 1998, p. 175, tradução livre), de forma em que “[...] reúne-se seletivamente, ou dá-

---

5 Nos Estados Unidos, onde foi realizado o experimento, “[...] há mais de vinte fazendeiros homens para cada bibliotecário [...]” (KAHNEMAN, 2012, p. 14).



se peso indevido, à evidência que apoia a posição de alguém, ao mesmo tempo em que se negligencia em reunir ou descartar a evidência que seria contrária a ela” (NICKERSON, 1998, p. 175, tradução livre). Por conseguinte, as pessoas geralmente acreditam em informações falsas e/ou desprovidas de racionalidade e objetividade, no intuito de confirmar a sua opinião (KAHNEMAN, 2012).

O viés de retrospectiva diz respeito à tendência de as pessoas de atribuírem maior previsibilidade a ocorrência de eventos que são conhecidos, ou seja, que já ocorreram no passado, mesmo eles não sendo tão previsíveis. Esse viés conduz às pessoas a uma falsa sensação de segurança na previsão de eventos, no entanto, elas apenas são capazes de afirmar algumas “previsões” depois vez que elas foram “contaminadas” pela ocorrência do evento (FISCHHOFF; BEYTH, 1975). Dessa forma, o viés de retrospectiva leva a uma “[...] falsa crença de que um desfecho já era previsível ou determinístico” (OLIVEIRA, 2017, p. 64), podendo ser sintetizado em frases como “Eu sempre soube que isso iria acontecer” ou “Era óbvio que terminaria assim” (OLIVEIRA, 2017, p. 64).

O viés do *status quo* explica a predisposição das pessoas manterem o seu posicionamento prévio diante da análise de situações alternativas. O ser humano costuma evitar decisões que gerem mudança ou busca optar por decisões que ajudam a manter a situação atual. A manutenção do estado atual das coisas ou de um raciocínio se apresenta como uma estratégia vantajosa para os sistemas responsáveis pelo pensamento, pois exige-se menos esforço cognitivo (SAMUELSON; ZECKHAUSER, 1988).

Diante da análise dos tipos vieses cognitivos e da sua performance, observa-se que o julgamento e a tomada de decisão costumam ser tendenciosos, por influência inconsciente de fatores como a memória, as emoções, as crenças, as experiências pessoais e a própria tendência de os sistemas de pensamento buscarem, ao máximo, a redução do esforço cognitivo ao máximo.

### **3 O IMPACTO DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES NA FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO USO DAS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM**

Observou-se que o juiz, ao aplicar das regras da experiência comum para valorar uma prova ou para interpretar uma norma, faz uma atividade mental de subsunção de um caso concreto a uma “regra geral” extraída de suas experiências pessoais ou da observação da realidade da sociedade.

Ocorre que os estudos das ciências comportamentais, notadamente no que diz respeito à racionalidade limitada, ao modelo dual de pensamento, às heurísticas e aos vieses cognitivos, permitem concluir que o referido raciocínio de subsunção não é inteiramente racional e pode conter

erros de julgamento.

Como todas as atividades mentais de previsão e julgamento para tomada de decisão, a identificação das regras da experiência está sujeita às simplificações mentais (heurísticas) que surgem da relação entre o sistema 1 e o sistema 2. Dessa forma, o raciocínio do juiz para valorar provas e para interpretar normas por meio das regras de experiência poderá funcionar: a) identificando acontecimentos e eventos com base na facilidade de resgatá-los em sua memória, bem como na visibilidade e na recenticidade deles (heurística da disponibilidade; b) orientando-se por meio de emoções (heurística do afeto); c) orientando-se através de estereótipos e crenças pessoais (heurística da representatividade).

Por conseguinte, o raciocínio que envolve a aplicação das regras da experiência está sujeito a falhas e erros sistemáticos, que se ostentam na tendência de o juiz: a) acreditar em informações falsas para confirmar concepções e confiar excessivamente em pensamentos previamente consolidados (viés da confirmação); b) confiar excessivamente na capacidade de previsão de eventos (viés de retrospectiva); c) resistir às mudanças, mesmo que benéficas (viés do *status quo*).

O precursor da teorização das regras da experiência comum argumenta que elas consistem em uma expectativa de comportamento para casos futuros (STEIN, 1999). Contudo, essa expectativa de um comportamento futuro é um raciocínio que sofre influência das heurísticas e vieses estudados. Explica-se:

Julgar a probabilidade de eventos futuros (como a expectativa de comportamento futuro em que consiste a regra da experiência comum) envolve a facilidade de se resgatar eventos similares disponíveis na memória, que sofrem a influência de fatores externos. Assim, com a heurística da disponibilidade, a facilidade de se resgatar a “regra da experiência comum” no pensamento cognitivo do juiz é influenciada pelo impacto emocional que o evento o causou, pela maior ou menor exposição desse evento nas mídias e pela própria experiência individual com esse evento. Por meio da heurística do afeto, as emoções podem interferir a forma com quem uma experiência é julgada, a depender do sentimento positivo ou negativo que o juiz tem em relação a essa experiência. A heurística da representatividade, por sua vez, pode influenciar o julgamento do juiz, à medida que ele pode relacionar uma noção geral a um caso concreto a partir de estereótipos e semelhanças equivocados.

Além disso, com o viés da confirmação, há a tendência de o juiz valorar uma prova interpretar uma norma de forma a selecionar informações que confirmem a sua noção geral sobre o que ordinariamente acontece na sociedade, mesmo que essa seja tendenciosa ou equivocada. Por conseguinte, a valoração ou a interpretação também será tendenciosa ou equivocada. A partir do viés do *status quo*, o juiz tende a manter o seu posicionamento ou seu raciocínio em relação a uma

experiência, mesmo que não seja congruente com a realidade. Por fim, com o viés da retrospectiva, a previsão de um comportamento futuro, que é a essência do raciocínio que se vale das regras da experiência comum, mostra-se distorcida com o excesso de confiança que o juiz tem para prever resultados que, em verdade, dependem de dados estatísticos.

A realização de expectativa de um comportamento futuro é, portanto, uma atividade mental limitada cognitivamente, fazendo com que os resultados possam ser tendenciosos, preconceituosos e distorcidos da realidade.

Diante desse contexto, conclui-se que as heurísticas e os vieses cognitivos influenciam diretamente no julgamento de subsunção de uma noção considerada como “regra geral” da sociedade a um caso concreto, podendo prejudicar sua racionalidade e sua credibilidade. Isso ocorre, pois o raciocínio que conclui uma verdade geral de forma indutiva e que é aplicado na valoração da prova sob o nome de “regras da experiência comum”, ao sofrer influências de atalhos mentais e de tendências cognitivas, pode alcançar conclusões que se afastam de dados estatísticos e que convergem com as convicções, as crenças, as opiniões e com o subjetivismo do decisor.

Ressalta-se que, por se basearem em noções subjetivas e, não, em fatos estatísticos, as regras da experiência comum não refletem um consenso geral da sociedade, como é afirmado em suas conceituações.<sup>6</sup>

As regras da experiência comum não podem ser consideradas, portanto, razões racionais aptas a fundamentar uma decisão judicial. Nesse ponto, cumpre ressaltar que a racionalidade da decisão é primordial para que a decisão seja compatível com as diretrizes principiológicas do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da fundamentação racional das decisões (DIAS, 2018). Como o nome do princípio já informa, a fundamentação da decisão não pode ser feita com base em qualquer argumento, mas, sim, em razões racionalmente válidas e lógicas, a fim de evitar que a decisão seja baseada em convicções pessoais e noções subjetivas do decisor. É preciso que sejam oferecidas bases racionais críticas, impedindo que o convencimento do juiz seja edificado em noções metajurídicas e que, além disso, não são respaldadas de objetividade e credibilidade. Ademais, considerando o processualismo constitucional democrático, é preciso os argumentos que compõem a fundamentação, além de seres lógicos, tenham suas bases geradas pelo contraditório (em seu caráter de garantia de influência e não surpresa (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2021)), o que não é possível quando o decisor, em um ato solitário, aplica as regras da experiência

---

6 Sobre assunto, cumpre destacar que, apesar de não discutir a influência dos modelos de pensamento e as suas limitações cognitivas nas vivências e nos resgates de experiências, Michele Taruffo desenvolveu um trabalho indicando que as supostas regras da experiência comum, são, em verdade, uma tentativa infrutífera de racionalizar o senso comum. Ou seja, o jurista já alertava para o fato de que as regras da experiência comum são meras opiniões, as quais são abrangentes e discutíveis, destituídas de clareza, coerência, racionalidade e homogeneidade na sociedade (TARUFFO, 2001).

comum para valorar uma prova e julgar uma ação.

Em face do regime democrático que se busca construir, a permissão do uso das regras da experiência comum na atividade jurisdicional, por envolver o resgate e o julgamento de experiências individuais ou coletivas suscetíveis a erros e, conseqüente, pela possibilidade de refletir convicções pessoais distorcidas da realidade, precisa ser repensada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa partiu da necessidade de refletir, criticamente, utilização, na atividade jurisdicional, de noções obtidas indutivamente através de experiências individuais ou coletivas considerando as contribuições das ciências comportamentais.

Inicialmente, foi feito um estudo acerca das regras de experiência, previstas no art. 375 do CPC, baseando-se, principalmente, nas contribuições de Friederich Stein, que foi o responsável pela categorização desse conceito. Nessa ocasião, foi verificado que as regras de experiência, também chamada de máximas de experiência, são regras gerais (expectativas) de comportamento obtidas indutivamente com base na experiência.

Em seguida, foi feito um estudo sobre a racionalidade do ser humano, sobre a dualidade de pensamento e sobre suas limitações cognitivas. Observou-se que as escolhas e os julgamentos feitos pelos indivíduos não são inteiramente racionais, diante da limitação da capacidade computacional do ser humano. Assim, verificou-se que os sistemas de pensamento (sistema 1 e sistema 2) interagem de forma a “suprir” essas limitações por meio de heurísticas.

Identificou-se o que são e como funcionam as heurísticas, dando destaque para a heurística da disponibilidade, do afeto e da representatividade. Foi ponderado que as heurísticas, muitas vezes sejam bastante úteis para fornecer respostas a problemas complexos com rapidez, podem levar a erros sistemáticos, chamados de vieses cognitivos.

Analisou-se o fenômeno dos vieses cognitivos e as suas conseqüências sobre os julgamentos realizados pelas pessoas, com ênfase no viés da confirmação, viés da retrospectiva e do *status quo*. Foi observado que os julgamentos sofrem, inconscientemente, a influência de fatores, como a memória, as emoções, as crenças, as experiências pessoais e a própria tendência de os sistemas de pensamento buscarem a redução do esforço cognitivo.

Após, foram demonstradas as possibilidades de interferência das heurísticas e vieses cognitivos estudados no uso das regras da experiência comum, contemplando as conseqüências prejudiciais para a racionalidade da fundamentação das decisões judiciais que se valem de noções adquiridas da experiência obtidas indutivamente. A hipótese foi confirmada, observando que as regras da experiência comum não podem ser consideradas razões racionais aptas a fundamentar

uma decisão judicial.

Diante da limitação temporal e da proposta de extensão do trabalho, que consistia em identificar possíveis interferências e impactos de heurísticas e vieses cognitivas que indicassem a ausência de racionalidade no uso das regras da experiência comum, a pesquisa realizada apresentou limitações quanto à extensão da análise detida de cada uma das limitações cognitivas mencionada, bem como de outras heurísticas e vieses. Sendo assim, sugere-se aos futuros estudos de pesquisadores que avaliem separadamente o impacto de cada heurística e cada viés cognitivos na atividade que envolve a aplicação de experiências individuais ou coletivas em julgamentos na atividade jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

BARROS, Gustavo. Herbert A. Simon and the concept of rationality: boundaries and procedures. **Brazilian Journal of Political Economy**, vol. 30, n. 3, p. 455–472, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm#art1045). Acesso em 23 mar. 2023.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução por Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. 3. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. Tradução de Luís Fernando Marques Dorvillé e Sandra Maria Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia do COVID-19. In: Alexandre David Malfatti; Paulo Henrique Ribeiro Garcia; Sérgio Seiji Shimura. (Org.). **Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura - EPM, 2021, vol. 2, p. 711-738.

FISCHHOFF, Baruch; BEYTH, Ruth. I Knew It Would Happen: Remembered Probabilities of Once-Future Things. **Organizational Behavior and Human Performance**, vol. 13, n. 1, p. 1–16, 1975.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Extensional versus intuitive reasoning: the conjunction

- fallacy in probability judgment. **Psychological Review**, vol. 90, n. 4, p. 293–315, 1983.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução por Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LAYMAN, Mark; COOMBS, Barbara. Judged frequency of lethal events. *Journal of Experimental Psychology: **Human Learning and Memory***, vol. 4, n. 6, p. 551–578, nov. 1978.
- NICKERSON, Raymond. Confirmation Bias: A ubiquitous Phenomenon in Many Guises. **Review of General Psychology**. vol. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- OLIVEIRA, Bruno Stefani Ferreira de. “Era óbvio que isso iria acontecer”: considerações sobre o viés retrospectivo. **Revista de Psicologia da UFC**, vol. 8, n. 2, p. 63-71, 2017.
- ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. **Journal of Risk and Uncertainty**, vol. 1, n. 1, p. 7–59, 1988.
- SANTOS, Moacy Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **As máximas de experiência no processo civil**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2009.
- SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**. Massachusetts, vol. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955.
- SLOMAN, Steven. The Empirical Case for Two Systems of Reasoning. **Psychological Bulletin**, v. 119, n. 1, p. 3–22, 1996.
- SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa.; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald. The affect heuristic. **European Journal of Operational Research**, vol. 177, n. 3, p. 1333–1352, 2007.
- STEIN, Friederich. **El conocimiento privado del juez**. Tradução por Andrés de La Oliva Santos. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- TARUFFO, Michelle. Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 171-204, jul-dez. 2001.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**. vol. 185, n. 4157, 1974, p. 1124–1131.

# O ARRESTO DE ATIVOS FINANCEIROS COMO SOLUÇÃO À FRUSTRAÇÃO DA CITAÇÃO NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO MOVIDOS CONTRA EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS E SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LIMITADAS

Gabriel Lorenzetti Pinheiro GARCIA  
Victor Hugo Maia COELHO<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho científico teve como objetivo tecer considerações sobre o ato de citação previsto no artigo 238 e seguintes do Código de Processo Civil, em situações na qual o demandante possui crédito líquido, certo e exigível em desfavor daquele que exerce atividade empresarial. Tendo em vista as recorrentes frustrações da satisfação do crédito do exequente pela não citação de empresas, embora possuam endereço de estabelecimento cadastrado junto à Receita Federal, o presente artigo buscou propor uma solução viável para que o credor veja satisfeita sua pretensão de receber seu crédito quando há frustração do ato de citação de um empresário ou sociedade empresária. Nesta linha de pensamento, este estudo interdisciplinar buscou apresentar possíveis soluções oriundas da tutela jurisdicional para que o credor receba seu crédito de maneira efetiva. Para isso, utilizou das normas e princípios do Direito Processual Civil e do Direito Empresarial. Ao final, chegou-se à conclusão de que a medida de arresto, prevista no art. 830 do Código de Processo Civil, se aplicada analogamente para arrestar os ativos financeiros do executado, poderia ser instituto razoável e capaz de garantir certa eficácia para satisfazer a legítima pretensão do credor. Para isso, foi utilizado no presente trabalho o método dedutivo, tendo como base a pesquisa bibliográfica e documental, além de artigos e jurisprudências acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Citação. Processo Civil. Direito Empresarial.

## ABSTRACT

This scientific work aimed to make considerations about the act of service displayed in article 238 *et seq.* of the Code of Civil Procedure, in situations in which the plaintiff has a net, certain and payable credit to the detriment of one who carries out a business activity. In view of the recurrent frustrations of the creditor's satisfaction due to the non-service of companies, even though they have an establishment address registered in the Internal Revenue Service, this article sought to propose a viable solution, so that the creditor is satisfied with his claim to receive his credit when there is frustration in the act of summoning a businessman or business company. In this line of thought, this interdisciplinary study sought to present possible solutions arising from judicial protection so that the creditor receives what he is owed effectively. For this, it used the norms and principles of Civil Procedural Law and Business Law. By the end, it was concluded that the arrest measure, displayed in art. 830 of the Code of Procedure, if similarly applied to seize the debtor's financial assets, could be a reasonable institute capable of guaranteeing certain effectiveness to satisfy the legitimate claim of the creditor. For this, the deductive method was used in the present work, based on bibliographical and documentary research, in addition to articles and jurisprudence on the subject.

**KEYWORDS:** Service. Civil Procedure. Business Law.

## 1. INTRODUÇÃO

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Advogado em Coelho&Mariano advocacia

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte dominam o cenário empresarial brasileiro. Após a promulgação da Lei Complementar nº 123 de 2006 (Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas), bem como das demais reformas legislativas que a modificaram, se tornou menos burocrático e diminuiu-se os trâmites necessários para que fosse possível realizar a abertura de uma empresa no Brasil.

O incentivo ao empreendedorismo conferido pela Lei é louvável, pois possibilita a abertura de novos negócios, geração de empregos e recolhimento de impostos, que, no caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, são realizados pelo regime do “Simples Nacional”. Assim, movimenta-se a economia do país. Contudo, há de se fazer algumas considerações a respeito das responsabilidades destes tipos de empresas.

Ao se iniciar na atividade mercantil, o empresário deve estar ciente de que possui obrigações, e que a atividade empresarial é uma atividade de risco, da qual não se é possível garantir o resultado, ou seja, a atividade está sujeita a crises e eventualmente ao fracasso, de modo que, caso a empresa se torne insustentável, não deverá descumprir suas obrigações já contraídas, sejam elas trabalhistas, fiscais ou com fornecedores.

O presente trabalho irá discorrer a respeito de situações na qual o ato processual de citação é frustrado em processo movido contra um empresário individual ou sociedade limitada – a forma societária da grande maioria das sociedades em atividade no Brasil – na qual o demandante possui direito a recebimento de créditos por meio de título líquido, certo e exigível.

O foco deste trabalho serão as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, visto que, por desempenharem uma atividade empresarial menor e menos glamurosa do que grandes empresas, se torna mais fácil para o empresário responsável pela sua administração se esquivar de realizar o pagamento a seus credores, visto que pode simplesmente encerrar suas atividades ou então realizar a abertura de um novo CNPJ.

Tal situação se dá pela facilidade na criação e cancelamento de empresas, atos que não exigem do empresário a comprovação de inexistência de débitos. E também, pela falta de responsabilidade de alguns empresários que, ao notarem que seu empreendimento não correspondeu às suas expectativas, o desmontam e abandonam a atividade empresarial, ou criam uma segunda empresa, com outro CNPJ, para evitar as responsabilidades e obrigações contraídas da anterior. Tal manobra é mais comum no caso das Micro e Pequenas Empresas, em razão do tamanho reduzido de suas operações.

Ao realizar tal manobra, o empresário deixa de adimplir com suas obrigações e frustra o recebimento do crédito de seus credores. Sem expectativas de receber amigavelmente o crédito, o credor procura a tutela jurisdicional por meio de ação de natureza executiva.



Todavia, para que o Poder Judiciário possa decretar medidas restritivas contra o devedor, este deve ser citado para que seja regularizada a relação jurídica processual entre as partes. Desse modo, o ato de citação acaba por criar uma barreira para que o credor satisfaça seu crédito.

Em um cenário ideal, deveria ser exigido de todas as empresas que estas realizassem a quitação de todos os seus débitos para que, só depois de pago todo o passivo, pudessem realizar a retirada do ativo; como manda o artigo 1.103 do Código Civil, referentes à dissolução e liquidação da sociedade.

No caso de qualquer empresa criada no Brasil, esta é incluída na base de dados da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM), logo, ao se realizar a pesquisa da empresa devedora, será possível encontrar seu endereço comercial, aquele em que realiza suas atividades mercantis, bem como endereço eletrônico (e-mail).

Portanto, num processo movido contra aquele que desempenha atividades de empresa, causa estranheza uma certidão de citação negativa ou ainda uma carta com AR negativo enviada no endereço informado aos órgãos reguladores. Causa ainda mais estranheza a negativa quando há poucos meses o credor realizou a entrega de mercadorias ou prestou serviços para seu devedor naquele mesmo endereço.

Nestas situações é de se presumir que o empresário está tentando se eximir de suas obrigações ao simplesmente encerrar a atividade empresarial. Nem sempre o empresário/sócio realiza a baixa de seu CNPJ, contudo, só o fato de a empresa não ser citada no endereço cadastrado na REDESIM já é um indício de que não está mais em atividade.

Nestes casos, é necessário maior rigor e atenção daquele que exerce a tutela jurisdicional, afinal tal conduta praticada por estas empresas não podem ser admitidas pelo Direito. A frustração do ato de citação torna-se um obstáculo para satisfação do crédito.

A partir da análise das alterações realizadas pela Lei nº 14.195/21 no que se refere as normas do Código Processual Civil para realização do ato de citação, bem como a partir da observância do Princípio da Autonomia Patrimonial, Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais e Princípio da boa-fé, inerentes ao Direito Empresarial, este artigo buscará demonstrar como a medida de arresto, prevista no artigo 830 do Código de Processo Civil, pode ser utilizada pelo Poder Judiciário para que seja garantido o direito ao crédito aos credores que possuam título executivo e se utilizam da via executiva para satisfazer tal pretensão, ainda que vejam frustrado o ato de citação.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisada a natureza do ato de citação, bem como sua classificação doutrinária e consequências jurídicas. Será ainda analisada as mudanças promovidas pela Lei nº 14.195/21 no que se refere a preferência da via eletrônica para realização da citação,

bem como a obrigatoriedade de as empresas manterem cadastro nos órgãos do Poder Judiciário.

No segundo capítulo será analisado o conceito de empresa e em quais casos a empresa poderá ser considerada pessoa jurídica; a análise de tais matérias são importantes para que se possa compreender o Princípio da Autonomia Patrimonial e o Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais. Ao final deste capítulo será ainda analisado o Princípio da boa-fé, o qual também possui incidência no Direito Empresarial.

Por fim, no terceiro capítulo serão analisadas as características e requisitos para a propositura de ação de natureza executiva, o conceito de título executivo, o direito fundamental ao recebimento de crédito, bem como o instituto do arresto, previsto no art. 830 do Código de Processo Civil, e sua utilização análoga para o bloqueio de ativos financeiros do executado conforme entendimento jurisprudencial do STJ.

Deste modo, em síntese, o presente artigo buscará, a partir da análise do Princípio da Autonomia Patrimonial, Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais e Princípio da boa-fé, atinentes ao direito empresarial, uma solução processual razoável para que a frustração da citação em processo executivo não constitua óbice para que executado receba seu crédito, para tanto se fundamentará na recente alteração legislativa no que se diz a respeito ao direito de empresas (Lei nº 13.874/19 – Lei de Liberdade Econômica) e nas mudanças nas regras de citação do Código de Processo Civil, bem como em entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça.

Buscar-se-á uma solução viável e aplicável na prática forense para assegurar e garantir o direito do credor ao recebimento de seu crédito contra aquele que exerce ou exerceu a atividade empresarial e que, ao mesmo tempo, não viole os princípios da defesa comuns ao Processo Civil.

## **2. O ATO DE CITAÇÃO E A NOVA REGRA PARA CITAÇÃO DE EMPRESAS PROMOVIDA PELA LEI Nº 14.195/21.**

De acordo com a definição legal posta no artigo 238 do Código de Processo Civil: “a citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. Assim, somente após realizado o ato citatório estará formalizada a completa relação jurídica processual, entre as partes e o juiz.

Quanto à natureza da citação, há a discussão doutrinária se seria pressuposto de existência para formação da relação jurídica processual ou o primeiro requisito de validade processual.

Para uma parcela minoritária da doutrina, a citação é considerada como o último pressuposto processual de existência da relação jurídica processual; sua importância está relacionada ao fato de que o réu precisa se informar da propositura da ação judicial que lhe é

movida para que possa se defender (COELHO, 2018, p. 453).

Todavia, na realidade, a citação não pode ser considerada pressuposto de existência, mas sim de eficácia e validade dos atos processuais que lhe seguem, pois o processo existe antes da citação (DIDIER JR, 2009 p. 463-464).

Independentemente de sua natureza, a citação é ato essencial a ser realizado no processo, de modo que, caso não seja realizada corretamente, comprometerá todos os atos processuais posteriores, visto que reconhecida sua invalidade pelo juízo, estar-se-á diante de irreparável nulidade. Qualquer que seja o rito processual ou a fase em que a ação se encontre - seja ação de conhecimento, cumprimento de sentença ou ação de execução - a qualquer momento o réu/executado poderá arguir a nulidade do ato citatório e, por corolário, a nulidade de todos os atos posteriores (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.704).

De acordo com os ensinamentos de José Frederico Marques quanto à importância do ato de citação (1997, p. 336):

Em razão da importância fundamental do ato citatório, consagrada com ênfase pelo novo Código de Processo Civil nos preceitos atrás lembrados (arts. 9º, II, 214 e 741, I) [NCPC, arts. 72, II, 239 e 535, I], as formalidades e cautelas previstas para a citação têm o cunho e a marca da indeclinabilidade, sendo insanável a nulidade resultante de sua inobservância ou infringência

Somente a presença da citação não é suficiente para haja a validade do processo, é necessário que a citação, além de existente, seja válida, ou seja, que esteja em conformidade com as normas legais.

O Código de Processo Civil estabelece regras para a citação e caminhos que o demandante deve seguir para obter citação válida do demandado.

Após a alteração feita pela Lei nº 14.195/21 no Código de Processo Civil, o ato de citação passou a privilegiar a modalidade eletrônica em qualquer situação jurídica em detrimento da citação real e pessoal ao réu (ZANETI; ALVES, 2022, p. 04).

Para total compreensão das novas regras de citação promovidas pela Lei nº 14.195/21 é necessário e leitura do artigo 246 do Código de Processo Civil e alguns de seus parágrafos. Diz a redação de seu *caput*, §1º e §1º-A:

Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça. § 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. § 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação: I - pelo correio; II - por oficial de justiça; III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; IV - por edital.

A redação prevê a hipótese de o citando se manter inerte e não confirmar o recebimento da

citação, caso isso aconteça, a citação deverá ocorrer pelos meios tradicionais, não se admitindo uma espécie de citação presumida ou ficta (ZANETI; ALVES, 2022, p. 7).

Por sua vez, os §§ 5º e 6º do artigo 246 do Código de Processo Civil tratam a respeito da obrigação das Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte em manter o cadastro nos órgãos do Poder Judiciário:

§ 5º As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim). § 6º Para os fins do § 5º deste artigo, deverá haver compartilhamento de cadastro com o órgão do Poder Judiciário, incluído o endereço eletrônico constante do sistema integrado da Redesim, nos termos da legislação aplicável ao sigilo fiscal e ao tratamento de dados pessoais.

A redação do artigo visa descomplicar a gestão as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, uma vez que estas não são obrigadas a manterem cadastro nos sistemas do Poder Judiciário, contudo, é necessária atenção ao endereço informado à REDESIM, pois será este o endereço eletrônico utilizado no ato de citação. Caso a empresa não informe endereço eletrônico à REDESIM, será necessário a manutenção de cadastro diretamente nos órgãos do Poder Judiciário.

O endereço eletrônico para fins de citação eletrônica não será aquele indicado pelo demandante em sua peça inicial, mas sim o indicado pelo réu e cadastrado nos órgãos do Poder Judiciário, ou então àquele informado à REDESIM no caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (HERTEL, 2022).

Não obstante, de acordo com a redação do §1º-A do artigo 246 do Código de Processo Civil, caso o demandante não confirme o recebimento da citação, o demandado precisará recorrer aos métodos tradicionais. Os mais comuns na prática forense são a via postal/correios e por meio de Oficial de Justiça.

De acordo com o magistério de Humberto Theodoro Junior quanto ao ato de citação via correio (2017, p. 714-715):

Realiza-se a citação pelo correio, depois de determinada pelo juiz, por meio de carta registrada com aviso de recepção, expedida pelo escrivão do feito, ou chefe da secretaria, que será acompanhada de cópias da petição inicial e do despacho proferido pelo magistrado. De seu texto deverá constar o prazo para resposta, explicitados o juízo e o cartório, com o respectivo endereço (art. 248, caput). O Código não faz menção à necessidade de advertência acerca da revelia. Mas, sem dúvida, terá de constar da carta citatória, já que, em se tratando de processo de conhecimento, dita carta deverá conter todos os requisitos do art. Impõe o Código ao carteiro a obrigação de entregar a carta pessoalmente ao citando, de quem exigirá assinatura no recibo (art. 248, § 1º).

Observa-se o alto grau de rigor para a validade do ato da citação. Caso o citando se mantenha inerte quanto a citação eletrônica, é necessária a citação por outra via, e, no caso de se utilizar a via dos correios por meio de carta com aviso de recebimento, é necessário a entrega da carta pessoalmente ao citando, logo, caso a carta seja recebida por um familiar do demandado, por

exemplo, a citação não será considerada válida.

Inclusive, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CITAÇÃO POR VIA POSTAL. PESSOA FÍSICA. ART. 223, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. ENTREGA PESSOAL AO DESTINATÁRIO. NECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE QUE O CITANDO TOMOU CONHECIMENTO DA DEMANDA CONTRA ELE AJUIZADA NA HIPÓTESE EM QUE A CITAÇÃO FOI REALIZADA NA PESSOA DE SUA FILHA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que a validade da citação de pessoa física pelo correio está vinculada à entrega da correspondência registrada diretamente ao destinatário, de quem deve ser colhida a assinatura no recibo, não bastando, pois, que a carta apenas se faça chegar no endereço do citando. Caberá ao autor o ônus de provar que o citando teve conhecimento da demanda contra ele ajuizada, sendo inadmissível a presunção nesse sentido pelo fato de a correspondência ter sido recebida por sua filha. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 712.609 - SP 2004/0183180-0; Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 15 de março de 2007).

Porém, como já mencionado, no caso de empresas, há algumas particularidades para realização de citação. Por serem litigantes habituais, a lei obriga-as a manterem cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos. A exceção da obrigatoriedade seria quanto às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte; se tais empresas já informaram seu endereço eletrônico à Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM) não há necessidade de manter cadastro nos sistemas do Judiciário.

De acordo com Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves, há uma diferença quanto à citação realizada pelo sistema de processo em autos eletrônico e à citação realizado por meio eletrônico (2022, p. 8):

Os entes públicos e as pessoas jurídicas públicas e privadas possuem particularidades que já estavam previstas antes mesmo das alterações realizada pela Lei Federal 14.195/2021 (LGL\2021\11633). Como litigantes habituais, incide sobre eles uma obrigação de manterem cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos para que possam receber citações e intimações (art. 246, §§ 1º e 2º, CPC (LGL\2015\1656)). De uma análise do dispositivo legal, considera-se que a citação prevista no § 1º do art. 246 do CPC (LGL\2015\1656) não é a citação por meio de endereço eletrônico. Trata-se, em verdade, da citação realizada por meio dos sistemas de automação de processos eletrônicos, prevista no art. 9º da Lei 11.419/06 (LGL\2006\2382)

A citação por meio eletrônico possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Lei nº 11.419/06, que já previa a possibilidade de o Poder Judiciário utilizar dos seus sistemas de processamento eletrônico para realizar a citação. A Lei nº 14.195/21 apenas tornou obrigatório o cadastro e manutenção das empresas público e privadas em tal sistema.

Todavia, antes mesmo das alterações realizadas pela Lei nº 14.195/21, o Código de Processo Civil já previa tratamento diferenciado quanto a pessoas jurídicas. A regra da citação pessoal exigida pelo art. 242, *caput*, do Código de Processo Civil sofre mitigação caso a citanda for pessoa jurídica, visto que a citação é válida se entregue pessoa com poderes de gerência geral ou de

administração, ou ainda funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.

Inclusive, de acordo com entendimento de Superior Tribunal de Justiça, caso a Carta com AR tenha sido encaminhada ao endereço da pessoa jurídica e tenha sido recebida e assinada por terceira pessoa, sem que esta apresente qualquer objeção, aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO. VALIDADE. PESSOA JURÍDICA. ENDEREÇO. TEORIA DA APARÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é válida a citação recebida no endereço onde se situa a pessoa jurídica, mesmo que recebida por pessoa que não tenha poderes expressos para tal, prevalecendo a teoria da aparência. 2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem para aferir a validade da citação realizada, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no Agravo em REsp nº 1.241.724 -SP 2018/0022405-3; Superior Tribunal de Justiça; Relator: Ministro Sérgio Kukina; Data de Julgamento: 27 de novembro de 2018)

Para o Superior Tribunal de Justiça, sequer é necessário comprovar que aquele que recebeu a carta seja pessoa com poderes de gerência geral ou de administração, ou ainda funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.

Contudo, é necessário que seja realizada a seguinte observação: percebe-se que, na redação do art. 246, o Código de Processo Civil utiliza o termo “empresa” ao conferir a obrigatoriedade de manutenção de cadastro nos órgãos do Poder Judiciário, enquanto no art. 248, §2º, o termo utilizado é “pessoa jurídica”. Tais termos possuem diferenças, as quais serão mais aprofundadas no capítulo seguinte.

Por fim, caso não seja possível a citação por meio eletrônico ou pelos correios, restará ao demandante solicitar a citação por meio de oficial de justiça. Tal meio acaba por ser mais eficaz do que a citação postal, visto que o profissional dispense maiores diligências para encontrar o demandado, e ainda busca informações sobre seu paradeiro para informar no processo.

Sobre a citação por oficial de justiça, Marcus Vinicius Rios Gonçalves afirma que (2019, p. 357):

É a feita por oficial de justiça, nas hipóteses previstas no CPC ou em lei; por exemplo quando presentes as hipóteses dos incisos do art. 247, em que a citação pelo correio não se realiza (entre elas, está a de que o autor, justificadamente, requeira a citação por oficial de justiça). O oficial procurará o citando e, onde o encontrar, fará a citação, lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé. O oficial certificará se o réu recebeu ou recusou a contrafé e colherá a sua assinatura no mandado, certificando em caso de recusa. O mandado deverá cumprir os requisitos exigidos pelo art. 250 do CPC. O prazo para resposta, do qual o réu terá de ser advertido, começa a fluir da juntada aos autos do mandado de citação cumprido, salvo disposição em sentido diverso (art. 231, II), como nas hipóteses do art. 335, I e II. Se houver vários citandos, o prazo para todos só começa a correr da data da juntada do último mandado de citação cumprido (CPC, art. 231, §1º).

Em síntese, o oficial de justiça atua como um *longa manus* do juízo para realizar o chamamento do demandado ao processo e por assim formalizar a relação processual.

Percebe-se o alto rigor empregado pelo legislador para que a citação seja considerada válida. Afinal, é através dela que há a formalização da relação processual e é oportunizado ao demandado o direito ao contraditório. É razoável exigir que aquele que esteja no polo passivo do processo tenha o direito de se defender dos fatos que lhe são imputados; todavia, o rigor para validade do ato de citação, não poucas vezes, acaba por favorecer devedores que, ainda que involuntariamente, se utilizam das normas processuais para se esquivar de suas obrigações discutidas no processo.

Assim, caso não seja possível a citação por meio eletrônico, nem a citação pela via postal ou ainda por meio de Oficial de Justiça, será necessário que o demandante cumpra todos os requisitos do art. 256 do Código de Processo Civil e assim solicite a citação ficta do demandado, por meio de edital (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 716).

Só assim estará aperfeiçoado o ato de citação. Contudo, quando se trata de ação de natureza executiva na qual o executado desempenha ou desempenhou atividade empresarial, não é razoável que o credor tenha de aguardar todos estes procedimentos para que possa receber seu crédito.

### **3. PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL ATINENTES À RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO EMPRESÁRIO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ**

A atividade comercial acompanha a sociedade humana há séculos, sendo que o modo de se realizar comércio foi se adaptando com o passar dos anos. Todavia, desde os primórdios do comércio é natural que a atividade desempenhada pelo comerciante se aperfeiçoe com o tempo e vá progredindo de acordo com os resultados por ele obtidos, até o momento em que o pequeno comércio informal se torne atividade empresarial regularizada.

De acordo com os dados obtidos através da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM)<sup>2</sup>, atualmente, existem vinte milhões, seiscentos e quatro mil e quatrocentas e trinta e nove empresas em ativas no Brasil, das quais dezenove milhões, duzentos e noventa e nove mil, novecentos e cinquenta e oito são do porte Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, ou seja, tais empresas correspondem a 93,66% de todas as empresas em atividade em solo brasileiro.

No Brasil, após a promulgação do Código Civil de 2002, adotou-se a Teoria da Empresa, desenvolvida pelo jurista italiano Alberto Asquini. De acordo com tal teoria: É empresarial a

---

<sup>2</sup> Disponível em <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>.

atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Desse modo, aquele que exercer profissionalmente tal atividade será considerado empresário (NEGRÃO, 2011, p. 30).

André Santa Cruz, ao tecer comentários sobre a atividade empresária, realiza uma importante distinção entre empresário individual e sociedade empresária (2018, p. 49):

O art. 966 do Código Civil, ao conceituar *empresário* como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, não está se referindo apenas à *pessoa física* (ou pessoa natural) que explora atividade econômica, mas também à *pessoa jurídica*. Portanto, temos que o empresário pode ser um *empresário individual* (pessoa física que exerce profissionalmente atividade econômica organizada) ou uma *sociedade empresária* (pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade cujo objeto social é a exploração de uma atividade econômica organizada). Quando se está diante de uma sociedade empresária, é importante atentar para o fato de que os seus sócios não são empresários: o empresário, neste caso, é a própria sociedade, ente ao qual o ordenamento jurídico confere personalidade e, conseqüentemente, capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações.

Desse modo, pode-se concluir que o termo empresário é mais amplo e inclui tanto o empresário individual como a sociedade empresária. A principal diferença é que, no direito brasileiro, sempre houve uma diferenciação quanto a atribuição de responsabilidade patrimonial do empresário que atua sozinho e aquele que constitui sociedade com demais pessoas. No primeiro caso, o empresário individual exerce a atividade de empresa em seu próprio nome, assumindo o risco da atividade, e, mesmo que possua CNPJ próprio, não há distinção entre seu patrimônio pessoal e empresarial (TOMAZZETE, 2017, p. 84). No segundo caso, os limites da responsabilidade patrimonial dos sócios da sociedade empresária estão subordinadas às normas referentes ao tipo e natureza da sociedade criada.

Não obstante, no Brasil, a grande maioria das sociedades são do tipo “Limitada”, de modo que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, conforme redação do art. 1052 e seguintes do Código Civil.

Tal tipo de sociedade empresária observa um importante fundamento do Direito Empresarial, o da limitação da responsabilidade patrimonial do empresário. Sobre este fundamento, é o entendimento do STF:

[...] impor confusão entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física no bojo de sociedade em que, por definição, a responsabilidade dos sócios é limitada compromete um dos fundamentos do Direito de Empresa, consubstanciado na garantia constitucional da livre-iniciativa, entre cujos conteúdos está a possibilidade de constituir sociedade para o exercício de atividade econômica e partilha dos resultados, em conformidade com os tipos societários disciplinados por lei, que envolve um regime de comprometimento patrimonial previamente disciplinado e que delimita o risco da atividade econômica. A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e no patrimônio sociais. Daí a referência, pela doutrina inclusive ao princípio da “intangibilidade do capital social” a impor que este não pode ser reduzido ou distribuído em detrimento dos credores. (STF – RE 562276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 3/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe02 DIVULG. 9/2/2011 PUBLIC. 10/2/2011 EMENT. VOL. 0246102 PP00419 RDDT nº 187, 2011, p. 186193)



Por sua vez, quanto à responsabilidade daquele que exerce a atividade empresarial sem constituir sociedade, o entendimento do Direito brasileiro sempre foi no sentido de que há confusão entre o patrimônio pessoal do empresário e o patrimônio correspondente a atividade empresarial desenvolvida.

De acordo com clássica doutrina do professor José Manuel Carvalho Santos (SANTOS, 1957, p. 166):

Usando uma firma para exercer o comércio e mantendo o seu nome civil para os atos civis, o comerciante, pessoa natural, não se investe de dupla personalidade; por outra, não há duas personalidades, uma civil e outra comercial. [...]. As obrigações contraídas sob a firma comercial ligam a pessoa civil do comerciante e vice-versa. [...]. A firma do comerciante singular gira em círculo mais estreito que o nome civil, pois designa simplesmente o sujeito que exerce a profissão mercantil. Existe essa separação abstrata, embora os dois nomes se apliquem à mesma individualidade. Se, em sentido particular, uma é o desenvolvimento da outra, é, porém, o mesmo homem que vive ao mesmo tempo a vida civil e a vida comercial.

Somente após a promulgação da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) tornou-se possível constituir sociedade limitada com apenas uma pessoa, de modo o documento de constituição do sócio único funcionará como uma espécie de contrato social para este tipo de sociedade, de acordo com os §§ 1º e 2º do artigo 1052 do Código Civil. Trata-se da Sociedade Limitada Unipessoal (SLU).

Após tal mudança houve a revogação dos dispositivos que regulavam as empresas individuais de natureza jurídica EIRELI, desse modo, tal tipo de empresa foi excluída do ordenamento jurídico brasileiro e foram “transformadas” em Sociedade Limitada Unipessoal (SLU).

De acordo com dados obtidos através Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM)<sup>3</sup>, no ano de 2023, existem vinte milhões, seiscentos e quatro mil, quatrocentos e trinta e quatro empresas em atividade no Brasil, das quais, vinte milhões e trezentos e oito mil e quatrocentos e noventa correspondem a empresários individuais e sociedades limitadas, ou seja, o empresário individual e as sociedades limitadas correspondem a 98,56% dos tipos de empresas existentes no Brasil.

Independentemente da natureza jurídica da atividade empresarial e a responsabilidade patrimonial de seus sócios, não de ser observados princípios comuns que abrangem o Direito Empresarial como um todo.

Entre os princípios pertinentes ao estudo proposto por este presente artigo, destacam-se o Princípio da Autonomia Patrimonial, e o Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais.

---

3 Disponível em <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas/painel-mapa-de-empresas>

Quanto ao primeiro princípio, o professor Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 96) tece os seguintes comentários:

Pelo princípio da autonomia patrimonial, considera-se a sociedade empresária, por ser pessoa jurídica, um sujeito de direito diferente dos sócios que a compõem. Entre outras consequências, este princípio implica que a responsabilização pelas obrigações sociais cabe à sociedade, e não aos sócios. Apenas depois de executados os bens da sociedade, e mesmo assim, observando-se eventuais limitações impostas por lei, os credores podem pretender a responsabilização dos sócios.

De acordo com os ensinamentos do professor, os demais princípios são subsidiários do primeiro, de modo que o princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais pode ser definido como (COELHO, 2012, p. 98):

Derivação do princípio da autonomia patrimonial, o da subsidiariedade da responsabilidade pelas obrigações sociais só autoriza a execução de bens dos sócios, para o adimplemento de dívida da sociedade, depois de executados todos os bens do patrimônio desta. Sendo a sociedade empresária um sujeito de direito autônomo, enquanto ela dispuser, em seu patrimônio, de bens, não há sentido em buscá-los no patrimônio dos sócios. Apenas depois de exaurido o ativo do patrimônio social justifica-se satisfazer os direitos do credor mediante execução dos bens de sócio. Trata-se de princípio aplicável a todas as sociedades, independentemente de eventual limitação da responsabilidade dos sócios, ou de parte deles. O princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é legal, especial e implícito.

O Princípio da Autonomia Patrimonial, bem como o Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais encontra correspondência normativa no artigo 1.052 e seguintes do Código Civil, a norma civil impõe limites para a responsabilidade patrimonial dos sócios que integram sociedade empresária limitada.

De acordo com Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o Código Civil, ao dispor sobre a sociedade limitada, no artigo 1.052 e seguintes expressa que a principal característica deste tipo de sociedade é a limitação à responsabilidade dos sócios ao valor de sua quota respectiva e em caráter solidário, até a integralização do capital social (GONÇALVES NETO, 2019).

O professor observa um fenômeno indesejado que vem ocorrendo no Brasil e que não foi resolvido pelo Código Civil: como a empresa do tipo Limitada não se exige capital mínimo, várias sociedades são abertas com valores de capital e quotas sociais inadequadas apenas para que os sócios se aventurem na atividade empresarial, sem que depois sejam obrigados a arcar com as obrigações contraídas pela sociedade (GONÇALVES NETO, 2019). Ainda, segundo o mesmo autor:

[...] a inexigibilidade de capital mínimo e de valor mínimo para as quotas, deu ensejo à constituição de sociedades fantasmas. Sem capital adequado, começaram a aparecer e continuam surgindo várias sociedades aventureiras, nas quais o empresário individual abriga-se para limitar ou excluir sua responsabilidade em empreendimentos pessoais e com participação figurativa de um consócio. Essas sociedades normalmente já nascem endividadas e seu futuro quase sempre é fechar as portas em prazo breve, com prejuízo para os que com elas contratam.

Desse modo, pode-se concluir que, apesar das críticas do professor, as normas e princípios do direito empresarial, protegem o patrimônio pessoal dos sócios de sociedade limitada, de modo que, caso a empresa esteja em débito com algum credor, responderá num primeiro momento com o patrimônio empresarial e, após, caso este não seja suficiente para saldar o débito, com o patrimônio pessoal dos sócios. No caso dos empresários individuais, sequer há distinção patrimonial, enquanto na sociedade limitada, há dois patrimônios distintos.

Por fim, é oportuno mencionar a possibilidade da decretação da despersonalização da personalidade jurídica da empresa, nos termos do artigo 50 do Código Civil, cujo procedimento é regulado pelos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil. No caso de decretação da despersonalização pelo juízo, o patrimônio dos sócios irá responder ilimitadamente pela dívida da sociedade limitada.

Realizada uma superficial análise quanto aos princípios atinentes à responsabilidade patrimonial do empresário, resta ainda a análise do princípio da boa-fé.

O princípio da boa-fé é princípio basilar do direito contratual brasileiro, além de estar no campo principiológico, a partir da inferência da redação do art. 422 do Código Civil, trata-se também de norma legal. Dessa forma, cabe ao juiz, ao analisar as circunstâncias do caso concreto e, levando-se em consideração a lealdade; confiança; e probidade, estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelos contratantes (GONÇALVES, 2019, p. 57).

Há também outro aspecto de tal princípio que deve ser levado em consideração: as partes contratantes devem atuar com boa-fé tanto no momento da celebração do contrato como em sua execução, trata-se do princípio da boa-fé objetiva, o qual foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com o art. 422 do Código Civil (SANTA CRUZ, 2018, p. 642).

O art. 422 do Código Civil possui tantas incidências no Direito brasileiro que foi objeto de vários enunciados durante as Jornadas de Direito Civil. O professor André Santa Cruz cita em sua obra de Direito Empresarial alguns dos enunciados (2018, p. 642):

Com base na interpretação da norma do art. 422 do Código Civil, foram aprovados importantes enunciados nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal. O Enunciado 168 dispõe que “o princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em função o titular passivo da obrigação”. Já o Enunciado 169 dispõe que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar agravamento do próprio prejuízo”. O Enunciado 170, por sua vez, dispõe que “a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Não há dúvidas que o princípio da boa-fé deve incidir em qualquer relação negocial, principalmente aquelas de natureza mercantil.

O escopo deste trabalho é analisar a frustração do ato de citação quando o credor possui um crédito a receber de devedor que desenvolve a atividade empresarial, logo, devem ser

consideradas algumas premissas.

A primeira delas é que, para que o credor possua um crédito a receber de alguma empresa, houve relação de direito material entre as partes, ocorreu-se algum negócio jurídico que deu origem ao crédito. A segunda é que, se há discussão até a tutela jurisdicional, esta se deu em razão do inadimplemento obrigacional do devedor que exerce atividade empresarial. Por fim, a terceira premissa é que, se houve frustração do ato de citação daquele que desenvolve a atividade empresarial (seja ele empresário individual ou sociedade) significa que a empresa devedora não realiza mais atividades no endereço informado ao credor no momento em que realizou o negócio jurídico que deu origem ao crédito, e que seus dados informados à REDESIM estão incorretos.

Logo, a partir de todas essas premissas, é possível inferir que o devedor empresário que não realizou o pagamento de obrigação líquida, certa e exigível e não é mais encontrado em seu endereço comercial não atua com observância ao princípio da boa-fé.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO DE NATUREZA EXECUTIVA E A MEDIDA DE ARRESTO**

A principal característica da ação executiva é que nela o demandado não está buscando a tutela jurisdicional para que o Judiciário reconheça seu direito, mas sim para que o Judiciário utilize de mecanismos para que seu direito seja cumprido em face do demandado (GONÇALVES, 2019, p. 775-776).

Para que seja permitido o ingresso de demanda de natureza executiva, é necessário que o demandante cumpra alguns requisitos, afinal, é necessária certeza do direito suscitado, para que assim o Judiciário possa adotar medidas de restrição patrimonial contra o devedor.

Fredie Didier Jr, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira (2012, p. 69), defendem em sua obra sobre execução que o exequente deve indicar dois fatos jurídicos essenciais ao ingressar com uma demanda de natureza executiva: a existência de um direito de prestação certa e o inadimplemento do devedor:

A causa de pedir da demanda executiva exige a afirmação de, pelo menos, dois fatos jurídicos: (i) a existência de um direito de prestação certo, líquido e exigível, que precisa ser provada mediante a exibição de um título executivo judicial ou extrajudicial; (ii) a existência do inadimplemento por parte do devedor, que cause lesão ao direito certificado do credor.

O modo do credor demonstrar a existência do direito é realizado por meio de juntada nos autos de título executivo.

Quanto ao conceito de título executivo, os professores (2012, p. 92) também tecem importantes comentários:

O Código de Processo Civil faz alusão ao *título executivo* como requisito necessário para

realizar qualquer execução. O título executivo é o documento indispensável a propositura da demanda; é requisito da petição inicial da ação executiva. É o documento que a lei exige para que se possa instaurar o procedimento executivo. É um requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo. A falta de título executivo implica, sem dúvida, inadmissibilidade do procedimento executivo, em razão de defeito do instrumento da demanda, assim como a falta de documento indispensável à propositura da ação pode ensejar indeferimento da petição inicial (art. 282 c/c art. 284 do CPC). O título executivo serve como meio de prova da existência das condições da ação: é por ele que se comprovam a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Assim, para que o mérito da pretensão executiva seja apreciado, é necessário que, dentre outras coisas, seja providenciada a juntada de título executivo. Saber se a pretensão executiva deve ser julgada procedente ou improcedente já é um outro passo. Para tanto, é necessário analisar o título e verificar se, efetivamente, ele espelha um direito de prestação líquido, certo e exigível.

Dessa forma, para que a pretensão executiva seja ao menos apreciada, deve o exequente providenciar a juntada do título executivo. Por sua vez, quanto ao mérito do título lhe garantir a prestação de um direito líquido, certo e exigível, esta será analisada em momento posterior (BRAGA; DA CUNHA; DIDIER JR; OLIVEIRA, 2012, p. 93).

Não é comum a produção de prova na ação executiva, esta só irá ocorrer caso o executado questione a legitimidade do título executivo, ou caso prove que cumpriu com a obrigação nele descrita por meio de embargos à execução.

Para Francesco Carnelutti, o título executivo além de fazer prova legal da dívida, também estabelece a existência de relação jurídica entre as partes (CANELUTTI, 1958, p.300-301).

Assim, na existência de uma ação executiva, que necessariamente deve ser fundada em título executivo, o escopo do ato de citação é a regularização a relação jurídica processual, a defesa do executado é função secundária.

Em razão da existência de direito material e um mandamento obrigacional descrito no título, o ato de citação no processo executivo possui objetivo diverso do que o processo cognitivo. De acordo com o magistério de Humberto Theodoro Jr (2017, p. 325):

No processo de execução, o título executivo já contém o acerto necessário da relação jurídica material existente entre as partes. Sabe-se de antemão que o autor é credor de determinada obrigação e que o réu é sujeito passivo dela. O chamamento do devedor a juízo, por isso, não é para se defender, mas para cumprir a prestação obrigacional inadimplida, sob pena de iniciar-se a invasão judicial em sua esfera patrimonial, para promovê-la de maneira coativa. A citação executiva, nessa ordem de ideias, é para pagar e não para discutir a pretensão do credor. A discussão, se for instalada, será em ação à parte (embargos), de iniciativa do devedor, mas como incidente eventual e não como fase natural do processo de execução. Na verdade, o principal objetivo da citação do devedor é confirmar, em juízo, o inadimplemento, requisito necessário para justificar a realização forçada da obrigação.

Como o processo de execução visa apenas o recebimento de crédito, para que este seja eficaz, é necessário a efetividade da tutela do Poder Judiciário, desse modo, ao se retomar os

assuntos abordados nos capítulos anteriores, e levando-se em consideração todo o já exposto quanto as normas exigidas pelo Código de Processo Civil para a validade da citação, princípios e regras do Direito Empresarial e a natureza do procedimento executivo, caso haja frustração da citação do devedor empresário no endereço em que realiza suas atividades mercantis, as rigorosas exigências legais para a validade do ato da citação não podem ser usadas a seu favor para que este não seja compelido a satisfazer o crédito.

Conforme Andréa Luísa de Oliveira (2015, p. 25-26), o direito ao crédito deve ser alçado como direito fundamental visto que possui estreita ligação com as normas constitucionais referentes à ordem econômica e social. A partir desta base constitucional, o direito ao crédito possui ainda correspondência ao princípio da dignidade humana, da justiça e solidariedade social.

A autora defende a tese de que, mesmo não positivado na Constituição Brasileira de 1988, o direito ao crédito deve ser tratado como direito fundamental atípico (OLIVEIRA, 2015, p. 29-30):

Ainda, necessário assinalar a existência de normas de direitos fundamentais não positivadas em nosso sistema constitucional, conquanto a Magna Carta traga um vasto catálogo concernente ao tema. Assim, o crédito, aderente da ordem econômica constitucional, mas gravado pela necessidade de um tratamento balizado na dignidade humana, como meio de consecução de outros direitos fundamentais, é cunhado de fundamentalidade, mesmo que atípica. Nessa medida, a ordem constitucional vigente sagrou a todos uma existência digna, segundo os desígnios da justiça social. E, ao tratar da promoção da dignidade humana em face das atividades econômicas, para Eros Roberto Grau esta “[...] assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica e sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar”. E conclui que, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”

Portanto, sendo o crédito direito fundamental, não pode o credor ser prejudicado pelo devedor empresário ou sociedade empresária que não cumpre com suas obrigações. Neste caso há ofensa ao princípio da boa-fé, locupletamento ilícito por parte destes devedores, e ofensa a direitos fundamentais. Tais fatores devem ser considerados pelo Judiciário ao realizar a tutela do direito ao crédito.

O empresário ou sociedade empresária que não pode ser encontrada no endereço informado à Junta Comercial e Receita Federal, para fins de citação, não está exercendo a atividade mercantil com responsabilidade.

Atento a hipótese do executado se esquivar da citação, o legislador, de maneira genérica, previu a possibilidade de realização de constrição patrimonial por meio de arresto. A redação do art. 830 do Código de Processo Civil possibilita ao oficial de justiça arrestar os bens encontrados do devedor para garantir a Execução.

Sobre tal instituto, o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2019, p. 843) explica:

O art. 830 do CPC trata da hipótese de o oficial de justiça não localizar o devedor para citá-

lo, mas encontrar seus bens. Para que não desapareçam nem se percam, manda que ele os arreste. Trata-se do arresto executivo, constrição que se realiza antes que o devedor seja citado, quando ele não é localizado, mas os seus bens são. O arresto é sempre prévio à citação, ao contrário da penhora, sempre posterior. Ele se converterá em penhora, depois que a citação se efetivar. Por isso, é considerado ato preparatório, realizado com todas as formalidades que a penhora exige. Para que se aperfeiçoe, é preciso que o oficial de justiça lavre um termo e nomeie depositário, que terá por incumbência zelar pela preservação do bem. Feito o arresto, o oficial de justiça procurará o devedor por duas vezes, nos dez dias seguintes, em dias distintos. Se encontrar, fará a citação pessoal, e o arresto converter-se-á em penhora. Se não, será feita a citação ficta com hora certa, em caso de suspeita de ocultação ou por edital, nos casos previstos em lei (art. 256 do CPC).

A medida é capaz de garantir ao credor o recebimento de seu crédito e pode ser extremamente efetiva para que o devedor cumpra com suas obrigações, todavia, na prática, se o oficial de justiça não logrou êxito em localizar o devedor, é difícil imaginar que conseguirá localizar seus bens.

Deste modo, em razão da inefetividade das medidas judiciais possíveis a serem realizadas contra o devedor não citado em processo de natureza executiva, e assim a inexistência de relação jurídica processual entre as partes, a utilização do arresto se mostra maneira eficaz para satisfação da pretensão do credor. Todavia, como tal medida não demonstra ser tão eficaz na prática, vislumbra-se a possibilidade da medida de arresto quanto aos ativos financeiros do devedor.

A Terceira Turma STJ, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já decidiu pela possibilidade da constrição on-line por meio de arresto prévio por meio de analogia:

[...] Dessa forma, em interpretação conjunta dos arts. 653 e 654 do CPC, no processo de execução de título extrajudicial, não sendo localizado o devedor, será cabível o arresto de seus bens. Não ocorrendo o pagamento após a citação do executado, que inclusive poderá ser ficta, a medida constritiva será convertida em penhora. Ante o exposto, infere-se que a citação é condição apenas para a conversão do arresto em penhora, e não para a constrição nos termos do art. 653 do CPC. [...] Quanto à possibilidade de arresto na modalidade on-line, mediante bloqueio eletrônico de valores, a Primeira Seção do STJ (REsp 1.184.765-PA, julgado conforme o rito do art. 543-C do CPC) entendeu possível a realização de arresto prévio por meio eletrônico (sistema Bacen-Jud) no âmbito da execução fiscal. [...] Por consequência, aplica-se, por analogia, ao arresto executivo em análise o art. 655-A do CPC, permitindo, portanto, o arresto na modalidade on-line [...] (REsp nº 1.338.032 – SP, Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 05/11/2013).

A decretação da medida de arresto de ativos financeiros por analogia ao art. 830 do Código de Processo Civil se mostra eficaz para que ao menos seja conferido ao credor alguma garantia de recebimento do crédito.

De acordo com o professor Humberto Theodoro Jr (THEODORO, 2017, p. 489-490), o arresto trata-se de medida acautelatória, de forma a garantir o recebimento de crédito quando o devedor está ausente e sua citação pode demorar, ocorrendo-se o risco de desaparecimento de bens. O professor ainda salienta que o arresto pode ser solicitado pelo exequente logo na inicial para assegurar o recebimento de crédito, sendo que o STJ possui entendimento pela possibilidade de

arresto on-line, sobre o saldo do executado em conta bancária, desde que a medida seja necessária para garantir a futura penhora.

Portanto, no caso de executado que realize atividade empresária e que houve frustração do ato de citação no endereço em que realiza suas atividades, o arresto se torna medida adequada, proporcional e necessária para a efetiva tutela jurisdicional e proteção ao direito ao crédito do exequente.

Em observância ao Princípio da Autonomia Patrimonial, e ao Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais, num primeiro momento o arresto deverá incidir somente às contas bancárias vinculadas ao CNPJ do executado, todavia, em caso de arresto negativo, este deverá se estender até às contas bancárias vinculadas ao CPF do empresário individual, bem como ao(s) CPF(s) do(s) sócio(s) de sociedade limitada de acordo com o limite de suas quotas sociais.

A não confirmação da citação eletrônica por sociedade limitada, bem como a frustração da citação realizada pela via tradicional e ordinária (correios e oficial de justiça) faz presumir que a sociedade empresária não se encontra mais em atividade, de modo que seus sócios devem responder subsidiariamente pelas dívidas no limite de suas quotas ou, em caso de despersonalização da personalidade jurídica, ilimitadamente.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Viu-se no primeiro capítulo deste trabalho que o ato de citação é essencial para a que se ocorra a regularização da relação jurídica processual entre as partes (triangulação processual). No caso de demandada que realiza atividade empresarial, o Código de Processo Civil traz algumas normas diferenciadas.

Após a promulgação da Lei nº 14.195/21 há a obrigação de que todas as empresas mantenham cadastro nos órgãos do Poder Judiciário, a única exceção seria no caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no caso dessas empresas, se houverem informado o endereço eletrônico à REDESIM, não há necessidade de manutenção de cadastro no Poder Judiciário.

No caso de pessoa jurídica, há a previsão normativa de que, caso a citação seja recebida por pessoa com gerência geral ou administração, ou ainda por funcionário encarregado quanto ao recebimento de correspondências a citação será válida. Todavia, conforme foi demonstrado no primeiro capítulo, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria da aparência para conferir validade as citações enviadas ao endereço da pessoa jurídica e que tenha sido assinada por terceiro que não apresentou objeções.



No segundo capítulo, viu-se o conceito de empresa e como as normas do Código Civil referentes ao Direito Empresarial definem as responsabilidades patrimoniais do empresário individual e da sociedade empresária do tipo limitada, as quais correspondem à 98,5% (noventa e oito virgula cinco por cento) das empresas em atividade no Brasil. Foram ainda analisados o Princípio da Autonomia Patrimonial, o Princípio da Responsabilidade Subsidiária dos Sócios pelas Obrigações Sociais e, ao final, foi-se analisado o Princípio da boa-fé.

Por fim, no terceiro capítulo, viu-se as características da ação executiva e a necessidade e finalidade do ato de citação em processo desta natureza. Foi analisado a importância do título executivo para o processo de execução e a fundamentalidade do direito ao crédito. Ao final, foi analisada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a possibilidade da decretação de medida de arresto de maneira análoga para bloquear ativos financeiros de executados cujo ato de citação foi frustrado.

Portanto, a partir dos temas analisados neste presente trabalho científico, pode-se inferir que alguns empresários utilizam da atividade empresarial, seja ela exercida por meio de empresário individual ou por meio de sociedade empresária limitada, como forma de burlar as obrigações constituídas por sua empresa.

A tutela jurisdicional deve funcionar de modo a coibir tal prática, deve ser rigorosa contra aqueles que utilizam da atividade empresarial como barreira para esquivar-se de suas obrigações constituídas. Ademais, não deve o Poder Judiciário criar mais barreiras ao credor, munido de título executivo, para obter o pagamento da dívida por parte do executado.

O direito ao recebimento de crédito é direito fundamental atípico e possui sustentáculo no princípio da dignidade humana, princípio da justiça e solidariedade social. Na atual sociedade capitalista, o recebimento do crédito é fundamental para que assim possam ser assegurados outros direitos que dele decorrem.

Se o credor possui título executivo já está demonstrada a relação de direito material entre as partes, o executado que exerce atividade empresarial possui ciência daquela obrigação e, se o ato de citação foi frustrado, é presumido que não age de boa-fé. Primeiro porque deixou de adimplir com as obrigações por ele assumidas do negócio jurídico que deu origem ao título executivo, segundo porque não confirmou o recebimento da citação eletrônica, tampouco foi encontrado em seu endereço comercial informado à REDESIM. Ou seja, é presumível que o executado age com o intuito de não adimplir suas obrigações.

A medida de arresto online se mostra adequada no momento de o juiz realizar a tutela jurisdicional. É uma forma de conferir ao credor ao menos uma tentativa de recebimento de crédito, e ao mesmo tempo lhe conferir uma garantia, caso contrário, a ação executiva irá se prolongar

demasiadamente e sem nenhuma razoabilidade ao exequente até o momento da regularização da relação jurídica processual.

No caso dos empresários individuais, o bloqueio pode ser realizado tanto no CPNJ da empresa, como no CPF do empresário, visto que há confusão patrimonial entre ambos, mas é recomendável que seja feito primeiramente em seu CNPJ.

Por sua vez, no caso das sociedades empresárias limitadas, a legislação confere maior proteção ao patrimônio dos sócios. Não há nenhum impedimento quanto a decretação do arresto dos ativos financeiros do CNPJ da sociedade empresário, todavia, quanto a decretação de arresto no CPF dos sócios, a medida só poderá ocorrer de maneira subsidiária, se demonstrado que a sociedade empresária não possui patrimônio suficiente para saldar a dívida.

Não obstante, em caso de decretação de despersonalização da personalidade jurídica, o patrimônio dos sócios responderá ilimitadamente pela dívida, mas, na prática, se foi necessário tal medida processual, muito provavelmente, a questão relacionada a validade de citação já foi exaurida.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo Silva; ZANETE JR, Hermes. Breves notas sobre as alterações do código de processo civil pela lei 14.195/2021: citação eletrônica, exibição de documento ou coisa e prescrição intercorrente. **Revista dos Tribunais online**, vol. 330/2022.

BRAGA, Paula Sarno; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – volume 5**. 4ª edição – Salvador/BA, 2012.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123, 14 de dezembro de 2006**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 29/01/2023.

BRASIL. **Lei n. 4.942, 10 de setembro de 1997**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 set. 1997. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9492.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9492.htm)>. Acesso em: 29/01/2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 29/01/2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 29/01/2023.

BRASIL. **Lei n. 14.195, 26 de agosto de 2021**. Lei de Liberdade Econômica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2021. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14195.htm#art44](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14195.htm#art44)>. Acesso em: 29/01/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.024.691 - PR 2008/0015183-5** Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Data de Julgamento: 22 de março de 2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 1.370.687 - MG 2013/0007753-4**, Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma Superior Tribunal de Justiça, Data de Julgamento: 04 de abril de 2013

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**, Napoli: Morano Editore, 1958, n 188.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro** v. II, Editora Freitas Bastos, 1957.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**, 4ª edição – Bauru: Editora Spessotto, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – direito de empresa**, 16ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11ª edição – Salvador/BA, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – 3 contratos e atos unilaterais**. 16ª edição. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

HERTEL, Daniel Roberto. Citação eletrônica no código de processo civil. **Revista Bonijuris** nº 674, 2022.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997.

OLIVEIRA, Andréa Luisa de. **Função Social do Crédito e o Consumo (In)sustentável dos Serviços Bancários na Pós-Modernidade**. Tese de Mestrado em Direito – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, p. 177, 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial, estudo unificado**, 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

THEODORO, Humberto Junior. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I**. 58ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2017.

THEODORO, Humberto Junior. **Curso de Direito Processual Civil – Volume III**. 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial – teoria geral e direito societário 1**. 8ª edição. São Paulo: Editora Altas, 2017.

# A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Giowana Parra Gimenes da CUNHA<sup>1</sup>

## RESUMO

O instituto da coisa julgada pode ser relativizado a partir da ponderação para com outros valores de maior peso no caso concreto, das quais embora já tenha sido alvo de controvérsias relacionadas à relativização atípica do instituto, o Código de Processo Civil vigente dispõe várias hipóteses para a relativização da coisa julgada. Entretanto, ainda há a necessidade de limitação quanto ao alcance das hipóteses previstas na legislação. Diante de tais observações, o objetivo do presente trabalho é analisar esta controvérsia a partir das premissas da Análise Econômica do Direito (AED), especificamente quanto ao fato de que a atuação do Poder Judiciário, enquanto instituição, que deve pronunciar-se de forma estável, garantindo a segurança jurídica de suas decisões. A problemática do tema reside no questionamento relativo ao prolongamento do litígio em demandas judiciais, em razão da relativização da coisa julgada, corroborar ou não, para a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição na entrega de decisões estáveis e eficientes. Enquanto hipótese, destaca-se a necessidade da consideração das premissas da AED também para a aplicação das hipóteses de relativização da coisa julgada no caso concreto, considerando o princípio da segurança jurídica e o da eficiência. Utilizar-se-á método hipotético dedutivo segundo Popper. A justificativa do tema diz respeito à relevância dos estudos relacionados à Análise Econômica do Direito no que tange à atuação do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Coisa julgada. Relativização. Análise Econômica do Direito.

## ABSTRACT

The institute of res judicata can be relativized based on weighting with other values of greater weight in the specific case, of which, although it has already been the subject of controversies related to the atypical relativization of the institute, the current Code of Civil Procedure has several hypotheses for the relativization of res judicata. However, there is still a need to limit the scope of the hypotheses provided for in the legislation. Faced with such observations, the objective of this work is to analyze this controversy from the premises of the Law and Economics, specifically regarding the fact that the performance of the Judiciary, as an institution, which must pronounce itself in a stable manner, guaranteeing the legal security of its decisions. The problematic of the theme resides in the questioning regarding the extension of litigation in judicial demands, due to the relativization of res judicata, corroborate or not, for the performance of the Judiciary as an institution in the delivery of stable and efficient decisions. As a hypothesis, we highlight the need to consider the assumptions of the Law and Economics also for the application of hypotheses of relativization of res judicata in the concrete case, considering the principle of legal certainty and efficiency. A deductive hypothetical method will be used according to Popper. The theme's justification concerns the relevance of studies related to the Law and Economics with regard to the role of the Judiciary.

**KEYWORDS:** Res Judicata. Relativization. Law and Economics.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Bolsista CAPES. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada no curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Técnica em Serviços Jurídicos pela Etec de Lins (2015). Advogada.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que a inviolabilidade da coisa julgada por lei posterior é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988. O instituto da coisa julgada, que advém do direito romano sob o vocábulo “*res judicata*”, possui hierarquia de garantia oferecida pelo Estado à parte que litigou e teve proferida uma decisão judicial, pois é a concretização do princípio da segurança jurídica.

Todavia, apesar da imutabilidade da norma jurídica concreta definida na decisão judicial, blindada pela coisa julgada material, ser a regra no ordenamento jurídico brasileiro, há meios de flexibilização, ou de relativização, do instituto da coisa julgada no Processo Civil, de maneira que a autoridade da coisa julgada não é tida por absoluta.

Assim como outros valores constitucionais, a segurança jurídica, emanada da coisa julgada, pode ser ponderada frente a outros direitos fundamentais. Outrossim, a desconsideração e/ou relativização desordenada da coisa julgada, que pode implicar na desatenção ao princípio da segurança jurídica em diversas situações, acarreta impactos de ordem jurídica, institucional, social e econômica.

Desta forma, o escopo do estudo corresponde à análise da relativização da coisa julgada sob as perspectivas da teoria da Análise Econômica do Direito, do inglês “*Law and Economics*”, especificamente quanto a necessidade da entrega de decisões eficientes pelo Poder Judiciário enquanto instituição, na aplicação das hipóteses da relativização da coisa julgada, considerando as mazelas da perpetuação do litígio.

Deste modo, o objetivo deste trabalho é demonstrar as implicações do excesso de hipóteses de relativização do instituto no processo judicial brasileiro a partir da Análise Econômica do Direito, em que pese o Poder Judiciário, enquanto instituição, assumir um papel importante na resolução de conflitos que não puderam ser resolvidos unicamente pela sociedade.

É nesse sentido que ganha relevo a necessidade de se ter decisões judiciais estáveis, sendo que a problemática do tema se concentra especificamente sobre a controvérsia enfrentada entre o distanciamento do ideal proposto pela AED, que é tomada de decisões eficientes por parte do Estado, para com o prolongamento de litígios nas demandas judiciais que afetam a eficiência da atuação do Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais.

O que se pretende evidenciar é a relevância em eleger o princípio da segurança jurídica, que é o princípio norteador do instituto da coisa julgada, e o princípio que preza pela eficiência das decisões judiciais, como colaboradores para o desenvolvimento social e econômico, considerando a necessidade de se ter decisões judiciais cujos os efeitos se prolongue ao longo do tempo.

Utilizar-se-á o método hipotético dedutivo segundo Popper, que de acordo com as lições de

Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2003, p. 95), corresponde ao método científico que parte da análise de um problema, sendo no caso deste estudo o questionamento acima mencionado, passando-se a aplicação de uma teoria-tentativa e a análise das soluções encontradas que visa a eliminação de erros e, posteriormente, a constante renovações a partir do surgimento de novos problemas.

Destarte, o presente trabalho se desenvolverá inicialmente destacando, de forma breve, algumas premissas da Análise Econômica do Direito, considerando o seu viés de destaque à atuação do Estado para a resolução de conflitos. Posteriormente, demonstrar-se-á a importância de aplicar as mencionadas premissas também para a tomada de decisões relacionadas à relativização do instituto da coisa julgada, e evidenciando, por fim, a relevância de se ter decisões judiciais estável para efetivar o princípio da segurança jurídica e da eficiência das decisões judiciais, como também, conseqüentemente, corroborar para o estabelecimento de bases sólidas para o desenvolvimento social.

Sendo assim, a justificativa do tema condiz com a relevância dos estudos relacionados à Análise Econômica do Direito no que tange à atuação do Poder Judiciário, especificamente quanto às questões relativas à eficiência e estabilidade das decisões do Estado, a partir da ausência das inclusões de premissas relacionados à economia e à metodologia pragmática e consequencialista, inclusive no processo de tomada de decisões sobre relativizar a coisa julgada.

## **1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PODER JUDICIÁRIO**

Considerando a necessária aproximação da ciência jurídica com a área econômica para a resolução de conflitos da sociedade pós-moderna, bem como a relevância do incentivo aos estudos acadêmicos relacionados à influência do Direito no sistema econômico e também da Economia para com a atividade legiferante e a aplicação do ordenamento jurídico, imperioso é o destaque às principais bases da Análise Econômica do Direito (AED), e os estudos relacionados às organizações, em especial, no que tange a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição.

A Análise Econômica do Direito, do termo em inglês "*Law and Economics*", tem a suas bases estabelecidas a partir dos escritos de Bentham, em meados de 1789, mas foram por meio dos trabalhos publicados de Ronald Coase a partir de 1960 e os de Becker em 1968, bem como dos livros de Calabresi em 1970 e de Posner em 1972, que o tema ganhou notoriedade, inicialmente em razão da associação à economia industrial, passando a relacionar-se com as áreas de contratos, propriedade, responsabilidade civil, processual, constitucional, família e até mesmo, criminal, e recentemente surgiram outros domínios da Análise Econômica do Direito relativos à área comercial, ao mercado financeiro e quanto à organização das sociedades comerciais em si (GAROUPA, 2009,

p. 02).

Cumprir destacar que Ronald Coase, importante teórico sobre a temática que recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1991, publicou dois trabalhos que são referência para a AED, sendo *The Nature of the Firm*, de 1937, e *The Problem os Social Cost* de 1960, dos quais tratam de premissas relevantes para o desenvolvimento da Economia dos Custos de Transações e da moderna Análise Econômica do Direitos e das Organizações.

Outrossim, George Stigler, a partir das lições de Ronald Coase, denominou como “Teorema de Coase” uma das vertentes para o estudo sobre a Análise Econômica do Direito, o qual estabelece como uma das suas premissas a ideia de que a intervenção do Estado na resolução de questões de falhas de mercado deve se dar apenas quando o próprio mercado não pode resolvê-las, de forma que sobrepõem o destaque à afirmação de que o correto funcionamento das instituições jurídicas é de grande importância para o bom funcionamento da economia de mercado (LAZARI, OLIVEIRA, 2020, p. 203).

Diante disto, considerando que a sociedade se socorre do Poder Judiciário para a resolução de externalidades das quais não conseguem resolver sem a intervenção estatal, ou até mesmo por liberalidade do particular litigante que de imediato deposita ao Estado a função da resolução da questão, é necessário que a ciência do direito utilize-se também de fatores econômicos na aplicação da legislação ao caso concreto.

A título de exemplificação, no cenário dos litígios que envolvem a atuação empresarial, em especial a dependência da atuação do Poder Judiciário como a última forma de resolução dos litígios que as “firmas” não conseguem resolvê-las, Rafael José Nadim de Lazari e Edson Freitas de Oliveira destacam que:

Se não é possível no âmbito privado, como se demonstrou anteriormente, resolver todas as imperfeições do mercado e se o Direito deve cuidar de resolvê-las para a melhor eficiência dos mercados (com os consequentes ganhos para o desenvolvimento econômico), o Judiciário tem que ser o porto seguro para evitar e/ou corrigir infringências à lei e/ou ao contrato.

Conforme os estudos de R. H. Coase, as empresas são criadas para reduzir os custos de transação. Mas a redução dos custos depende da eficiência da gestão empresarial, e essa, por sua vez, depende de ver observadas e cumpridas as regras levadas em consideração quando do cálculo empresarial. Se a resposta dada pelo Judiciário não for eficiente, acaba se tornando, ele próprio, uma falha de mercado.

Todavia, não obstante a observação sobre a atuação do Poder Judiciária sobre os litígios que envolvem a postura das empresas nos casos que se relacionam diretamente com a análise sobre os custos benefícios e os interesses econômicos presentes na lide, o fator econômico pode estar presente em outras demandas que não tenha como objeto principal, especificamente, questões econômicas e financeiras.

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, em uma das diversas contribuições à obra “Direito e

economia: Análise econômica do direito e das organizações”, dissertam que “o estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando condições para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais (2005, p. 06)”, bem como que “o ordenamento público, ou seja, o papel da justiça é tão importante nesse enfoque, quanto o ordenamento privado” (2005, p. 07).

Desta forma, importa para este estudo a consideração do Poder Judiciário enquanto instituição, em razão da importância de uma atuação estatal que vise a economicidade durante o julgamento de casos concretos, de forma que a utilização da Análise Econômica do Direito pode contribuir não somente com as premissas econômicas, mas também o empirismo e o pragmatismo que possibilite uma análise para além do julgamento do objeto do litígio, friamente.

Isto porque, utilizar-se das premissas da “Law and Economics” significa atribuir racionalidade para toda e qualquer decisão judicial, independentemente de relacionar-se ou não com as questões ligadas diretamente à sistemática do mercado, pois a atividade humana não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada (SCHMIDT, 2014, p. 206 apud MESSIAS; ROSA, 2019, p. 126).

Os estudos de Ewerton Ricardo Messias e André Luis Cateli Rosa (2019, p. 126) correspondente a aplicação dos ensinamentos de Ronald Coase sobre a atuação do Poder Judiciário é no sentido de que a questão deve ser analisada, primeiramente, ante a necessidade de estabelecer uma lógica pragmática, pois o mencionado teórico defende que a AED pode ser considerada como um método de interpretação “consequencialista” para a aplicação do Direito, tornando-se um instrumento que visa os efeitos das decisões judiciais. Sendo assim, os autores afirmam que:

Nesse contexto, esclarece que as decisões judiciais devem ser orientadas pelo padrão de análise custo-benefício, o qual denomina maximização da riqueza, representando este um verdadeiro princípio ético comportamental. Na sequência de seu raciocínio, Richard Allen Posner (2010, p. 14) sustenta que o Poder Judiciário deve ser previsível e estável para oferecer ao mercado segurança para o livre fluxo dos recursos. As decisões judiciais devem, pois, estarem livres de subjetividades valorativas decorrentes da lógica jurídica principiológica e se pautarem pela diretriz da eficiência na alocação de recursos (MESSIAS; ROSA, 2019, p. 126).

Neste ponto, Nuno Garoupa (2009, p. 10) afirma que a Análise Econômica do Direito no cenário da atuação do Poder Judiciário na resolução de litígios também tem relação com o estudo sobre a aplicação de “regras processuais (discovery of evidence), a possibilidade de recurso, o funcionamento do tribunal, a organização do sistema judicial, bem como do mercado de advogados, afectam o número óptimo de processos”.

A partir destas considerações iniciais, a fim de aplicar a linha de raciocínio delimitada acima especificamente sobre os impactos do excesso de hipóteses da relativização da coisa julgada no processo civil, o que deve ser visado é a utilização da teoria da Análise Econômica do Direito na



atuação do Poder Judiciário, como um mecanismo de racionalidade e economicidade para além de tão somente o julgamento do objeto da lide. Sendo assim, diante do embasamento teórico elucidado, a utilização da “Law and Economics” na problemática suscitada corrobora para o fato de que fatores econômicos merecem ser considerados na aplicação da legislação.

## **2 A AED NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES PARA A APLICAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RELATIVIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA**

Conforme mencionado alhures, o Estado, enquanto Poder Judiciário, como ultimo mecanismo de resolução das falhas do mercado que resultam em conflitos sociais, deve oferecer uma atuação eficiente e segura. Portanto, as decisões judiciais são extremamente relevantes para a busca pela pacificação social e para o desenvolvimento social.

Nota-se que os estudos da Análise Econômica do Direito recaem não apenas para a percepção de se recorrer à avaliação ou a análise econômica durante o procedimento de formulação do texto legal por meio da atividade legiferante, mas também nos mecanismos de aplicação da legislação para torná-las cada vez mais eficientes (SZTJN, 2005, p. 75).

Sendo assim, os pronunciamentos judiciais devem garantir a estabilidade do julgado para que a eficiência da aplicação da lei ao caso concreto se perpetue no tempo, a partir do devido processo legal. É neste ponto em específico que se destaca a importância do instituto da coisa julgada como garantia do princípio da segurança jurídica para as decisões judiciais, o qual, dentre diversas definições trazidas pela doutrina, é considerado como autoridade, devido a imutabilidade e a indiscutibilidade que transfere aos efeitos da decisão judicial (DINAMARCO, 2002, p. 03).

Por meio de movimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a mitigação das garantias constitucionais, há um considerável número de juristas que aderiram à mitigação da autoridade da coisa julgada, admitindo o que se denomina relativização ou flexibilização da coisa julgada.

A partir da alegação de que o processo deve produzir resultados estáveis sem que com isso se prejudique a justiça, os autores favoráveis à relativização da coisa julgada consideram o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, a autoridade brasileira pioneira a tratar sobre a temática (DINAMARCO, 2002, p. 14), pois no julgamento do REsp. nº 240.712/SP, seu voto foi no sentido de relativizar a coisa julgada material em face da prevalência dos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado, conduzindo a decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No ordenamento jurídico brasileiro atual há instrumentos que permitem o controle da coisa julgada, que são consideradas como resultados legislativos das teorias que versam sobre a relativização da coisa julgada, como a ação rescisória e a *querella nulitatis*. Entretanto, não obstante

a normatização das hipóteses de relativização pelo Código de Processo Civil, ainda há situações em que se pode ampliar o alcance das hipóteses de relativização do instituto, trazendo um risco para a própria coisa julgada.

As hipóteses relacionadas à relativização do instituto da coisa julgada relacionam-se com as questões do conflito entre os princípios da segurança jurídica, cuja efetividade é extraída do próprio instituto como mencionado alhures, para com outros princípios, inclusive o próprio princípio do acesso à justiça.

A título de exemplo, destaca-se a hipótese de ação rescisória disposta no art. 966, inciso VII, do Código de Processo Civil, sem a devida limitação para um conceito estático do que seria “prova nova”, pois conforme o avanço da tecnologia, há a possibilidade do surgimento de novos métodos suficientes para a produção de novas provas, que possa alterar fatos, e conseqüentemente direitos, que foram acobertados pelo manto da coisa julgada.

O avanço tecnológico pode proporcionar novas formas de produção de provas que impliquem no surgimento de “prova nova”, a qual venha a justificar o pedido para relativização da coisa julgada. Este foi o argumento considerado no julgamento do RE nº 363.889/DF, com a utilização do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, que adveio do avanço da biotecnologia, e fez surgir no direito pátrio uma das relativizações atípicas da coisa julgada, antes da vigência das disposições do Código de Processo Civil em comento.

Dentre tantas questões advindas disto, é digno de nota o fato de não constar no texto legal qualquer limitação sobre a hipóteses prevista no art. 966, inciso VII, do Código de Processo Civil. Sendo assim, questiona-se se toda e qualquer demanda judicial, que após o seu trânsito em julgado, o vencido, sob a alegação de prova nova, possa ter êxito na propositura de nova ação.

Também, têm-se a denominada coisa julgada inconstitucional, a qual Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 897) define como aquela que “pretende afastar a coisa julgada de sentenças de mérito transitadas em julgado que tenham como fundamento norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”. Algumas doutrinas que defendem a tipicidade desta forma de relativização da coisa julgada, a sustenta, sob argumento de que está prevista no art. 525, §12 e art. 535, §2º, bem como o inciso V do art. 966, todos do Código de Processo Civil, sendo uma das possibilidades de ação rescisória.

Sobre o tema, há diversas questões ainda pendente de uniformização de entendimentos pelos tribunais brasileiros, como a questão da relativização da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária e a problemática instaurada aos contribuintes que receberam a isenção de um tributo por decisão judicial transitada em julgado (RE nº 949.297/CE e RE nº 955.227/BA).

Na hipótese em comento, apenas a título de exemplificação, persistem problemas

relacionados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e no controle difuso, se negarem a autoridade do instituto da coisa julgada, pois ambas se tratam de interpretações judiciais ulteriores à coisa julgada.

O que importa a partir disto é demonstrar que a relativização da coisa julgada, por meios não tão claros na legislação infraconstitucional, acarreta ameaças ao próprio instituto e, conseqüentemente, a responsabilidade do Poder Judiciário em aplicar as hipóteses de relativização da coisa julgada de acordo com a interpretação de cada órgão julgador a partir do sopesamento dos interesses e princípios envolvidos na lide.

Tais questionamentos apresentados alhures a muito tempo são corriqueiros na praxe da aplicação da legislação brasileira, de forma que o debate acadêmico sobre a aplicação de sopesamentos entre os princípios envolvidos na colisão, emanada das hipóteses de relativização da coisa julgada, ficam a mercê do posicionamento da jurisprudência oscilante dos tribunais e da elaboração de súmulas, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Nota-se que, ante a ausência de precedentes e de entendimentos vinculantes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que uniformizem os entendimentos sobre as problemáticas sucintamente destacadas, há a tendência de persistirem os julgamentos de formas distintas de casos idênticos a partir do livre entendimento motivado de cada magistrado, os quais aplicam o princípio da proporcionalidade para relativizar ou não a coisa julgada.

O princípio da proporcionalidade, aplicado por meio da técnica da ponderação, propriamente aludida nas lições de Robert Alexy, por meio da regra da ponderação apontada para a solução quando da colisão de princípios, explanadas na Teoria dos Direitos Fundamentais (2008), resulta na definição do princípio que deve prevalecer em face de outro, de forma que a ponderação busca elaborar critérios de ordenação, a fim de que, frente a dados normativos e factuais, obtenha-se a solução justa para o conflito dos valores (CANOTILHO, 2002, p. 1223).

Destarte, o questionamento que se faz é: o prolongamento do litígio em demandas judiciais, em razão da relativização da coisa julgada, corrobora para a atuação do Poder Judiciário, enquanto instituição, na entrega de decisões estáveis?

Como já elucidado alhures, a utilização de premissas econômicas na análise do direito, não tem relação única e exclusivamente quanto a questões monetárias, a inflação, a produção e o desenvolvimento do comércio em si, mas também uma forma de sistematizar e racionalizar o indivíduo na tomada de decisões. É o que se encontra no pragmatismo e empirismo presentes na Análise Econômica do Direito.

Especificamente sobre isto, Mackaay e Rousseau dissertam que a aplicação da “Law and Economics” pelas instituições jurídicas no cenário de tomada de decisões “pretende explicitar a

lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões” (2015, p. 08).

Deste modo, considerando os estudos de Richard Posner referente a maximização da riqueza social e a maximização de utilidade, a partir dos questionamentos sobre a imprevisibilidade e a discricionariedade da atuação jurisdicional no Brasil, Daniela Berwanger Martins e Matheus Lolli Pazeto (2020, p. 158) afirmam que:

(...) a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com determinada política pública (prognose) e do que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade).

Outrossim, segundo Timm (2018, p. 93, apud MARTINS et. al, 2020, p. 155), baseado nos ensinamentos de Ronald Coase, as decisões judiciais geram efeitos de segunda ordem, ou seja, para além da solução da lide processual, sendo imprescindível para os operadores do direito, em especial os magistrados, o raciocínio pragmático que leve em consideração as consequências da aplicação da lei nos casos concretos.

É neste ponto que merece destaque o disposto no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, que prevê que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Observa-se que a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, foi promulgada justamente para incluir no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições que visem a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Sendo assim, a aplicação das premissas da Análise Econômica do Direito na tomada de decisão do magistrado sobre relativizar ou não a coisa julgada corresponde à consideração quanto às consequências da decisão da vida dos litigantes, considerando as mazelas oriundas da perpetuação dos litígios judiciais. Deste modo, o que está em voga, é a estabilidade e a eficiência a das decisões que podem ser elucidadas a partir das premissas da AED.

### **3 DECISÕES JUDICIAIS ESTÁVEIS, O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Considerando que a aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito para a tomada de decisão pelo Poder Judiciária sobre a relativização da coisa julgada do processo civil acarreta a reflexão sobre as consequências das decisões judiciais, é imperioso para este estudo chamar a atenção para tais consequências.

Não obstante a importância das razões arguidas que justifiquem o pedido para a relativização da coisa julgada, as quais receberam o devido amparo pelo Código de Processo Civil ante a relevância da matéria, é necessária a consideração de que a relativização ilimitada do instituto possibilita a perpetuação dos litígios.

Importa ressaltar que a marcha processual foi instaurada com um arcabouço de possibilidade de trazer à tona as questões a serem suscitadas que sejam relevantes para o julgamento justo. A questão apresentada não discute as hipóteses já positivadas na legislação infraconstitucional, da qual dirimiu, aparentemente, as problemáticas advindas do que se denominou por coisa julgada atípica, denominada por injusta e inconstitucional. É necessário que seja analisado a atuação do Poder Judiciário na aplicação destas hipóteses de relativização a partir dos questionamentos apresentados alhures, cujas respostas não estão previstas na legislação e na jurisprudência dos Tribunais superiores.

É fato notório que o Poder Judiciário brasileiro está abarrotado e que há morosidade da atuação jurisdicional, que causa descrédito aos litisconsortes. Além do mais, a entrega de decisões judiciais, transitadas em julgados, que podem ser relativizadas a cada tentativa de enquadramento das hipóteses previstas, não corrobora para a eficiência e a segurança jurídica destas decisões.

Sobre isto, os André Luís Cateli Rosa e Thiago Caversan Antunes (2020, p. 66) afirmam que:

(...) a relativização da coisa julgada, de forma geral, poderá ser capaz de proporcionar efeitos econômicos negativos para o país, tendo em vista que, levando-se em consideração que o Poder Judiciário é o órgão encarregado de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, ao apresentar respostas mais morosas e em benefício da minoria, apresentará menor estabilidade e menor segurança institucional, aumentando riscos e ainda custos de transação, o que poderá resultar na diminuição de investimentos no país e em retrocesso para a nação.

Sendo assim, o aumento do número de processos judiciais, a eternização dos litígios entre as partes e a diminuição na celeridade processual pode ser considerada como uma externalidade negativa advinda da relativização desenfreada do instituto da coisa julgada.

A partir disto é que podem ser considerados os ensinamento de Richard Posner, um dos grandes percussores da teoria da Análise Econômica do Direito como elucidado alhures, pois corroboram para a ideia de que há a necessidade da instauração de um lógica pragmática pelo Poder Judiciário, com base em métodos de interpretação do Direito que considere as consequências das

decisões judiciais e seus efeitos, de forma que “as decisões judiciais devem ser orientadas pelo padrão de análise custo-benefício, o qual denomina maximização da riqueza, representando este um verdadeiro princípio ético comportamental” (ROSA; ANTUNES, 2020, p. 51).

André Luís Cateli Rosa e Thiago Caversan Antunes (2020, p. 56), com base nos ensinamentos de Posner, bem como de Oliver Williamson, dissertam que o que deve ser levado em conta na análise da viabilidade da relativização da coisa julgada é a redução dos custos de transação, da qual se relaciona com a busca pela maior eficiência econômica frente às possíveis externalidades.

Outrossim, a análise do custo-benefício não deve ser pautada tão somente nos custos da manutenção dos processos judiciais para o Estado e para as partes, mas considerar a análise do custo-benefício a partir da busca pela maximização da riqueza pautada no princípio da eficiência.

Especificamente quanto a este viés sobre a maximização a riqueza, Benedito Fonseca e Souza Adeodato e Daniela Gonçalves de Carvalho (2021, p. 157) dissertam que esta “não se limita a critérios pecuniários, esclarece que todos os custos e benefícios, inclusive os que não possuem caráter pecuniário, são considerados na análise maximizadora voltada à eficiência”.

Sendo assim, a maximização da riqueza sob a análise do custo-benefício, como uma das premissas da teoria da Análise Econômica do Direito mencionada alhures, corresponde à verificação do melhor uso do recurso público e do custeio processuais dos litigantes, para a entrega de decisões eficientes e estáveis pelo Poder Judiciário.

O princípio da eficiência tem grande relevância na teoria da Análise Econômica do Direito. Segundo Bernardo Mueller (2005, p. 96) a AED tem como pressuposto que o objetivo dos criadores de leis é a maximização do bem-estar social e, assim, buscar responder como as leis devem ser escritas e implementadas para que esse objetivo seja alcançado.

É imperioso observar, portanto, que a relativização da coisa julgada de forma desenfreada, sob o risco de não considerá-la como se exceção fosse, não garante a eficiência dos efeitos das decisões judiciais já transitadas em julgado, de forma que a cada novo trânsito em julgado pode surgir a possibilidade do enquadramento de nova hipótese de relativização (e assim sucessivamente).

Elizabeth Maria Mercier Querido Farina (2005, p. 13), enquanto era Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dissertou no prefácio da obra “Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações”, que a compreensão da relação entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente, sendo que a legislação e seus instrumentos de aplicação podem fornecer um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão de eficiência econômica, pois as decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos

sobre a eficiência econômica.

Desta forma, a partir da premissa de que a criação da norma jurídica positiva deve nortear-se pela eficiência e economicidade dos seus efeitos (FONSECA, 2010, p. 47), não poderia ser de modo diverso a postura do magistrado na aplicação da legislação aos casos concretos - em especial, na análise da adequação às hipóteses de relativização da coisa julgada previstas no Código de Processo Civil.

Outrossim, não se deve olvidar que a relativização desenfreada do *res judicata* traz prejuízos para o próprio instituto em razão da ofensa ao princípio da segurança jurídica. Isto porque o instituto da coisa julgada tem por fundamento a concretização do mencionado princípio, o qual é inerente ao Estado Democrático de Direito.

O princípio da segurança jurídica é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVI, que garante que a lei não retroagirá para prejudicar a coisa julgada. Dentre tantas funções relevantes do mencionado princípio, têm-se a estabilidade das decisões judiciais, na vertente objetiva do princípio, tornando cristalino a relevância social da coisa julgada.

Sendo assim, Ovídio Baptista (2004, p. 11), ao criticar o excesso de hipóteses ilimitadas para a relativização da coisa julgada, afirma que:

Para esta nova operação, será indispensável mergulhar na extrema complexidade da vida real, submetendo-nos às exigências do direito transformado em simples "expectativa", de que nos advertiu J. Goldschmidt - em mensagem que ainda não foi suficientemente absorvida -, ou seja, seremos forçados a renunciar à segurança das proposições do direito material, do Direito em sua dimensão estática, submetendo-nos às exigências impostas pelo seu momento dinâmico, abandonando o tranqüilo mundo do ser, para navegar no "mare revolto" do provável, do direito apenas "afirmado", do direito que o autor simplesmente alega possuir.

A partir de tais considerações, é importante observar que, assim como o princípio da eficiência, o princípio da segurança jurídica deve ser levado em consideração na tomada de decisões sobre a relativização da coisa julgada pelo magistrado, não deixando de considerar as possibilidades legais para tal. Todavia, tais princípios não devem ser ignorados no momento em que couber ao Poder Judiciário, na aplicação da legislação do caso concreto, o preenchimento das lacunas existentes no Código de Processo Civil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, sucintamente foi demonstrada a controvérsia relacionada à relativização do instituto da coisa julgada à luz das premissas da Análise Econômica do Direito, considerando a necessidade da atuação do Poder Judiciário enquanto instituição que deve oferecer decisões com efeitos duradouros, cuja relevância se expressa na necessária estabilidade do pronunciamento judicial para o desenvolvimento social e econômico.

Vale frisar que, a partir dos ensinamentos de Ronald Coase e Richard Posner, importantes teóricos percursores da teoria Análise Econômica do Direito, a introdução de custos e transações na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social, sendo que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações, que implica na importância do Direito na determinação de resultados econômicos, também podem ser consideradas nas questões relacionada à relativização da coisa julgada no cenário brasileiro.

Isto porque, o fator econômico e o desenvolvimento social devem ser levados em consideração na atuação do Poder Judiciário quando se está diante da ponderação dos valores que permeia a questão da relativização da coisa julgada, considerando a estabilidade e segurança dos efeitos da decisão judicial e a não perpetuação de litígio após o trânsito em julgado, relevantes para a aplicação da legislação e para a pacificação social.

Sendo assim, não obstante a pós-modernidade ser caracterizada como volátil, em razão das constantes mudanças sociais, o desenvolvimento da própria sociedade - o que inclui o desenvolvimento econômico - necessita de decisões sólidas do Poder Judiciário. Portanto, os estudos relacionados à Análise Econômica do Direito quanto à atuação do Poder Judiciário merecem ser observados no cenário problemático da relativização desenfreada do instituto da coisa julgada.

A “Law and Economics” considera as diversas controvérsias nas próprias formas de tentar resolver problemas reais da sociedade, das quais se incluem as questões relativas à eficiência das decisões do Poder Judiciário, a partir da ausência das inclusões de premissas relacionadas ao sistema econômico e a metodologia pragmática e consequencialista no processo de tomadas de decisões.

Sendo assim, tal cenário analisado no contexto das crescentes controvérsias que sondam a questão da relativização da coisa julgada no Brasil, pode-se apontar a provável insegurança institucional do Poder Judiciário. Evidencia-se, portanto, que o prolongamento do litígio em demandas judiciais em razão da relativização da coisa julgada não corrobora para a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição na entrega de decisões estáveis, conforme as premissas da Análise Econômica do Direito.

Destarte, a maximização da riqueza sob a análise do custo-benefício, como uma das premissas da teoria da Análise Econômica do Direito mencionada alhures, corresponde à verificação do melhor uso do recurso público e do custeio processuais dos litigantes, para a entrega de decisões eficientes e estáveis pelo Poder Judiciário, que finda a lide processual com o trânsito em julgado após o devido processo legal, sobrevivendo benefícios para as partes e para a sociedade, de modo a considerar a relevância do princípio da segurança jurídica, bem como a eficiência das



decisões judiciais para o desenvolvimento social.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, Benedito Fonseca e Souza. Et. al. A análise econômica do direito aplicada em políticas públicas através da releitura de alguns dos seus principais institutos. **Revista de Direito da Administração Pública**, a.6, v. 1, n. 3, Edição especial: Dossiê Estado e Política Pública, 2021, p. 152/179.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional**. Relativização da Coisa Julgada. Org. Fredie Didier Jr. 2ª ed. JusPodivm: 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 2002.
- COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**; prefácio de Ricardo Lewandowski. 1ª ed. 2º reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Coisa Julgada Inconstitucional**, coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.
- GAROUPA, Nuno. Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito. **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Económicas**, 2009.
- LAZARI, Rafael José Nadim de; OLIVEIRA, Edson Freitas de. Análise econômica do direito aplicada ao poder judiciário brasileiro: a função judicante como “falha de mercado”. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis/SC, v. 27, n. 10, p.201-215, Set./Dez. 2020.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**; trad. Alfredo Buzald e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução Rachel
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Relativizar a coisa julgada material?** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Porto Alegre, 14 out. 2009.
- MARTINS, Daniela Berwanger; PAZETO, Matheus Lolli. Breves linhas sobre a inclusão da Análise Econômica do Direito na prolação de uma decisão judicial. **Reflexões sobre Direito e Economia**. FGV Direito Rio, 2020, 145-164.
- MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luis Cateli. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, mai./ago. 2019, p. 121-142.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais Online. Doutrinas essenciais de Processo Civil. Vol. 6. Out 2011DTR/2012/1704.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil. Volume único**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- NOJIRI, Sérgio. **Crítica à teoria da relativização da coisa julgada**. Relativização da Coisa Julgada. Org. Fredie Didier Jr. 2ª ed. JusPodivm: 2008.
- ROSA, André Luís Cateli; ANTUNES, Thiago Caversan. Relativização da Coisa Julgada: Uma Análise Econômica. **Economic Analysis of Law Review (EALR)**, V.11, n. 3, p. 49-71, Set-Dez, 2020.
- ROSA, Marisa F. Nogueira. O estado democrático de direito e a dignidade da pessoa humana: considerações sobre a coisa julgada e a investigação de paternidade. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v.3, 2013: 183-210.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista dialética de direito processual: RDDP**. 153 v. n. 13, p. 102-112. São Paulo, abr. 2004.
- THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **O tormento problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. Relativização da Coisa Julgada. Org. Fredie Didier Jr. 2ª ed. JusPodivm: 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Relativização da Coisa Julgada**. Relativização da Coisa Julgada. Org. Fredie Didier Jr. 2ª ed. JusPodivm: 2008.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

# TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Laura Milhomem MOURÃO<sup>1</sup>  
Maria Eduarda Alencar ROMANO<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo visa dissertar sobre como o cenário e os documentos internacionais vêm impactando o processo penal brasileiro desde o seu “descobrimento” até os dias atuais, e como os mesmos foram responsáveis por impulsionar a mudança do Estado, chegando ao ponto onde estes assumiram caráter superior às leis ordinárias no país.

Analisa os tratados mais relevantes no que tange a proteção dos direitos humanos e fundamentais do cidadão, enfatizando a evolução de questões processuais e de aplicação das sanções em crimes que ferem a dignidade da pessoa humana.

Versa, destacadamente sobre os documentos responsáveis por criminalizar, internacionalmente, a tortura e a discriminação racial firmados, principalmente no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU e da Organização dos Estados Americanos - OEA, analisando ainda, a postura do Brasil em meio a todas essas mudanças, e expondo também todo o processo - e demora - de ratificação desses textos, desde o dia em que o Estado assina, até sua entrada em vigência no país.

**PALAVRAS CHAVES:** Tratados e Convenções Internacionais; Processo Penal; Audiência de Custódia; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Crime de Tortura; Discriminação Racial.

## ABSTRACT

This study aims to discuss how the scenario and the international documents have impacted the Brazilian criminal procedure since its "discovery" until today, and how they were responsible for driving changes in the State, reaching the point where they have assumed a superior character to ordinary laws in the country.

It analyzes the most relevant treaties regarding the protection of the citizen's human and fundamental rights, emphasizing the evolution of procedural issues and the application of sanctions in crimes that violate human dignity.

It deals mainly with the documents responsible for criminalizing, internationally, torture and racial discrimination signed, mainly in the ambit of the United Nations - UN and the Organization of American States - OAS, also analyzing Brazil's position in the midst of all these changes, and also showing the whole process - and delay - of ratification of these texts, from the day the State signs them until they come into force in the country.

**KEY-WORDS:** International Treaties and Conventions; Criminal Procedure; Custody Hearing; Universal Declaration of Human Rights; Crime of Torture; Racial Discrimination.

## INTRODUÇÃO

---

1 Graduada no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná

2 Graduada no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná

O cenário mundial hodierno é completamente marcado pela globalização, a ausência de fronteiras tecnológicas e culturais tem proporcionado drásticas mudanças na didática planetária. Nesse contexto, os países, sobretudo ocidentais, apesar de dotados de soberania, não encontram-se dissociados do tabuleiro internacional.

No pós Grandes Guerras ocorridas na primeira metade do século XX tornou-se nítida a necessidade de serem firmados organizações e tratados internacionais no sentido de serem estabelecidas regras mínimas que garantissem a paz e a ordem mundial, de modo que jamais ocorressem novamente catástrofes similares.

Os países signatários de tais organismos internacionais passaram a formular suas constituintes originárias, bem como demais legislações internas de forma a condizer com garantias fundamentais à pessoa humana ratificadas por estes acordos mundiais.

Como será possível inferir, o Brasil não foi exceção. Importantes são as tratativas internacionais firmadas para melhor amparar os direitos humanos no corpo normativo nacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Nesse sentido, vê-se a capacidade de mutação do processo penal brasileiro, pois a todo momento é preciso adaptar o seu regimento para seguir a corrente humanizadora do sistema prisional.

Assim, a pesquisa ora alavancada carrega como escopo a influência dos Tratados e Convenções Internacionais no Processo Penal Brasileiro. O Direito como ciência social aplicada está sempre apto a adequar-se aos novos entendimentos da sociedade, pois esta é um organismo vivo que evolui e altera suas percepções do que é ou não aceitável.

Estabelecido isso, o presente trabalho será forjado a partir da adoção da metodologia bibliográfica, tendo como base o método investigativo dedutivo, vez que o trabalho acadêmico partirá de premissas inseridas na doutrina, legislação e jurisprudência para a coleta de informações.

## **1. A LEI PENAL NO ESPAÇO E A SUPRALEGALIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS**

A abrangência da lei penal no espaço no Brasil é legitimamente ratificada pelo Princípio da Territorialidade, da Extraterritorialidade Incondicionada e Condicionada, conforme preceituam, respectivamente, os arts. 5º e 7º do Código Penal<sup>3</sup>. No entanto, no que tange o Processo Penal Brasileiro, o Princípio da Territorialidade ou *lex fori* é utilizado, uma vez que a soberania nacional do Estado é o pilar para a execução da atividade jurisdicional.

---

3 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Por sua vez, na gama organizacional dos Estados quando em pauta se encontra a hierarquização de normas jurídicas notoriamente deve ser observada a célebre Teoria Piramidal de Hans Kelsen<sup>4</sup>, jurista e filósofo austríaco, cujo modelo segmentado traz no ápice a Constituição Federal como lei maior e na base as demais normas infraconstitucionais, como por exemplo os códigos supracitados.

Dessa forma, na medida em que normativas internacionais tendem a vigorar concomitantemente com o ordenamento jurídico pátrio, como no Brasil, por força de Tratados ou Convenções em matéria de Direitos Humanos, tem-se uma metamorfose no arquétipo estipulado por Kelsen, visto que denotam um caráter de supralegalidade, ou seja, encontram-se abaixo das normas constitucionais e acima da legislação ordinária, algo que a princípio não fora estipulado.

Ato contínuo, a tese da supralegalidade foi defendida, dentre outras referências de renome, pelo Ministro Gilmar Mendes no curso do RE 466.343<sup>5</sup>. Como observa-se no seguinte trecho do seu voto:

“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”

Dessa forma, nota-se que os direitos previstos em instrumentos internacionais passaram a enquadrar-se hierarquicamente de forma superior às leis e demais atos normativos, o que por consequência veio a exercer sobre estes uma influência que garante, inclusive, o aval de limitar a validade de quaisquer atos que lhes sejam contrários.

Vale ressaltar que essa tese obteve anuência dos Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. De fato, os fundamentos apresentados tinham o objetivo de negar o caráter de normas constitucionais dado aos tratados internacionais aflorados anteriormente à redação do art. 5º, §3º da Constituição Cidadã pela então Emenda Constitucional nº 45/2004.

Posto isso, apesar da existência de correntes contrárias, a vertente da supralegalidade dos referidos tratados vigora no Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, é nítido que a melhor forma de manejar as normas domésticas em conjunto com os tratados internacionais é tendo como base um autêntico controle de convencionalidade, em detrimento do controle de constitucionalidade.

---

4 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

5 Citação referente ao voto disponível eletronicamente em <<https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> . Acesso em 10 de fev. 2023.

A respeito das produtivas mudanças provocadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 versa Valério de Oliveira Mazzuoli:

“veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle da produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (artigo 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (artigo 5º, §3º), é lícito entender que o clássico “controle de constitucionalidade” deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (“de convencionalidade”) da produção normativa doméstica. (MAZZUOLI, 2011, p.379).”

Sendo assim, em consonância ao supracitado, observa-se que recorrentes vezes os dispositivos estabelecidos em legislações internacionais, em especial de direitos humanos, somam ao conjunto normativo de um país para suprir lacunas que prejudicam a garantia de direitos fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, nesse quesito, trouxe inúmeros benefícios ao fundir-se no ordenamento jurídico brasileiro, pois acabou por fomentar a manutenção da dignidade humana em diversos aspectos do Direito Processual Penal, quando por exemplo, deu ensejo à adoção da Audiência de Custódia na sistemática das prisões em flagrante.

Insta salientar que o Processo Penal Brasileiro atual vigora desde 1941, cuja matriz ideológica foi o Código de Processo Penal Italiano de 1930. A Europa da primeira metade do século XX era permeada de regimes nazifascistas, o que justifica a essência do sistema inquisitório, no qual tem como principal característica a concentração de poder nas mãos do julgador, que também detém a gestão da prova.

Logo, visto a obsolescência do Decreto-lei nº 3.689 e a herança europeia recebida em um contexto de regimes autoritários, percebe-se a constante necessidade de adaptar o Direito Penal, bem como o seu Processo, à mentalidade da sociedade brasileira pós-moderna. Isso inclui dar espaço às tratativas internacionais firmadas entre países que se comprometem a zelar por todos os direitos inerentes à existência humana digna, já que por vezes o arcabouço de legislações pátrias pode ser omissivo.

## **2. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica é um tratado internacional que conta atualmente com trinta e quatro signatários. Firmado em 1969 entre os países integrantes da Organização dos Estados Americanos apresenta como propósito “consolidar, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de

justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”<sup>6</sup>.

Considera-se nesse contexto, em virtude dos drásticos acontecimentos ocorridos na primeira metade do século XX, a real necessidade de estabelecer pautas mínimas a serem observadas por qualquer Estado de Direito. A partir da devida adesão voluntária, tais Estados assumiram a responsabilidade de tutelar os direitos essenciais do homem, visto que são atributos da pessoa humana, tomando como base o que fora ratificado em dispositivo internacional para então positivizar legislações internas.

No Brasil, a CADH foi promulgada pelo Decreto Presidencial 678 em 6 de novembro de 1992 e prevê, dentre outros institutos, a Audiência de Custódia, conforme dispõe o art. 7º, § 5º que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Este instituto foi responsável por alterar o rito processual penal e desafogar, significativamente, o índice de prisões provisórias no país, humanizando o processo de encarceramento brasileiro, ainda que morosa tenha sido a sua implantação em legislação própria no Brasil.

## 2.1. Audiência de custódia

A Audiência de Custódia pode ser conceituada como o contato célere da pessoa presa com a autoridade judicial competente nos casos de prisões em flagrante. O acusado precisa ser entrevistado pelo juiz em uma audiência na qual são parte também o Ministério Público e um defensor público, dativo ou constituído.

Na audiência em questão, o magistrado faz uma análise da prisão, de modo a validar sua necessidade, dispondo sobre eventual concessão de liberdade, com imposição ou não de outras medidas cautelares. Incorre também observar se houve até então a ocorrência de alguma modalidade de tortura ou atos ilegais relativos ao tratamento recebido durante o período em que o preso esteve sob custódia dos agentes policiais.

Dito isso, é nítido o caráter vital da Audiência de Custódia na fluidez e legitimidade das prisões preventivas ou temporárias ocorridas em território brasileiro. Urge ressaltar que, surpreendentemente, até o pleno vigor da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que introduziu a Audiência de Custódia no Código de Processo Penal, o único diploma normativo que a regulamentava era a Resolução nº 213 do CNJ. Nesse cenário, é importante discorrer sobre sua implantação.

Como leciona o doutrinador Renato Brasileiro de Lima, processualista penal de referência,

---

6 Preâmbulo da Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acessado em 19 de fev. de 2023.

por décadas, o Poder Legislativo foi inerte no sentido de positivar a audiência de custódia no Brasil. Posto isso, o Conselho Nacional de Justiça e diversos Tribunais de Justiça passaram a adotar resoluções e provimentos com a finalidade de implementá-la, porquanto se trata de garantia convencional decorrente da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, dotada de status normativo supralegal. É o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça, de 27 de janeiro de 2015, que passou a determinar a apresentação da pessoa detida em flagrante delito até 24 horas após a sua prisão para participar de audiência de custódia<sup>7</sup>.

“Para o Supremo Tribunal Federal, essa regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais não importaria violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal (CF, art. 5º, II, e art. 22, I, respectivamente). Por isso, o Plenário do STF julgou improcedente o pedido formulado em Ação Direta ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJ/SP. Para o Supremo, não teria havido, por parte dos referidos provimentos, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica de seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 656, que dispõe que, recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, poderá determinar que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar. Com o advento da Lei nº 13.964/19, a controvérsia em questão deixou de existir, visto que, doravante, a audiência de custódia passa a constar expressamente do art. 310 do Código de Processo Penal.” (LIMA, 2020, p. 1019)

Encontra-se, assim, vencida a omissão no regramento pátrio sobre a Audiência de Custódia, já que a Lei nº 13.964/19 alterou o CPP ao dar nova redação ao art. 310, apesar de que a sua aplicação já era consumada em diversas localidades. Cumpre agora verificar os reflexos da institucionalização desta modalidade de audiência.

Segundo dados do Levantamento de Informações Penitenciárias formulados pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, chegando a atingir até junho de 2014 mais de 600 mil pessoas presas, cujo aumento permaneceu constante desde os anos 2000<sup>8</sup>.

Desse montante, cerca de 41% das pessoas privadas de liberdade foram presas sem condenação, a mesma proporção de pessoas em regime fechado. Atualmente, a superlotação continua sendo uma realidade, porém, de acordo com o Raio X do sistema prisional em 2021, publicado pelo G1<sup>9</sup>, houve uma queda no percentual de presos provisórios, valorado em 31,9%, equivalente a 217.687 encarcerados.

É evidente que se tornou recorrente a conversão da prisão em flagrante para a prisão

7 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 8. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

8 Relatório do Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça. 2014. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em 19 de fev. de 2023.

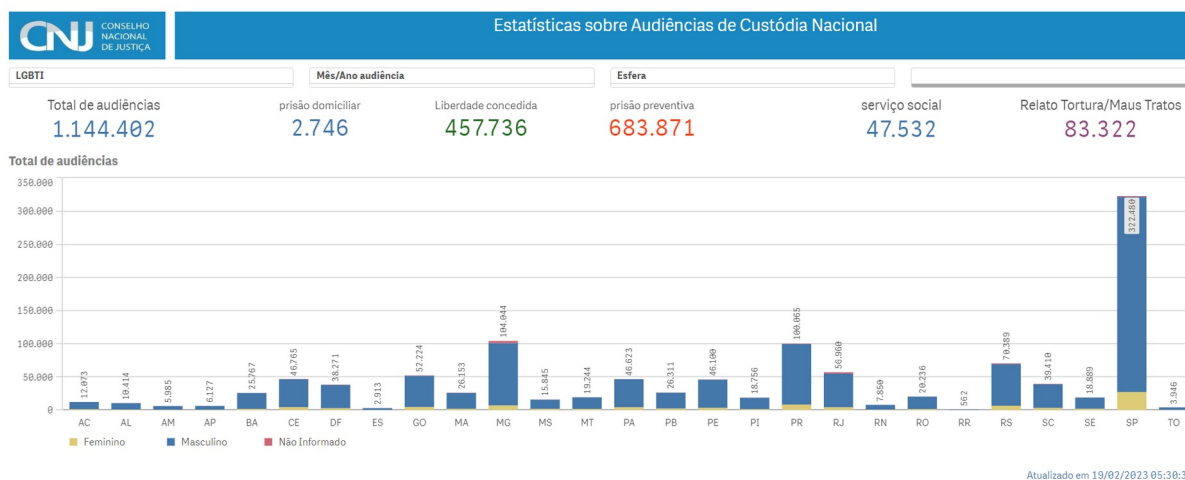
9 Raio X do Sistema Prisional em 2021. Mapa mostra superlotação e percentual provisório em cada um dos estados. Disponível em <<https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/>>. Acessado em 19 de fev. de 2023.



preventiva de forma automática, sem a devida análise individual das circunstâncias de cada caso. Tal constância da adoção da prisão como método predominante e não como a última alternativa das medidas cautelares, acaba por corroborar com a superlotação dos presídios brasileiros e contradizer as diretrizes criminais que visam mitigar os prejuízos do poder punitivo e amplificar a garantia dos direitos humanos.

Nessa conjuntura, é de grande valia o instrumento que garante a oitiva do preso pela autoridade judicial logo após sua prisão, a Audiência de Custódia. Dessa forma, é pontuada a legalidade da prisão e se existe de fato a necessidade da conversão em prisão preventiva, ou a concessão da liberdade provisória com possível imposição de outras medidas.

No portal do Conselho Nacional de Justiça há um monitor da quantidade total de audiências realizadas, das prisões domiciliares e preventivas geradas, dos relatos de tortura e sobretudo, das liberdades concedidas<sup>10</sup>, como pode ser averiguado a seguir:



Portanto, pondera-se mediante todo o exposto que as audiências de custódia são singulares e pertinentes para a humanização da sistemática processual penal. O acervo principiológico desse instituto baseia-se na ampla defesa e no contraditório, na não autoincriminação e principalmente na dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º da Carta Magna de 1988.

### 3. A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS EM RELAÇÃO À TORTURA

#### 3.1. A tortura no brasil e no mundo ao longo da história

Desde o início da sociedade, os seres humanos foram acostumados a lidar com a violência

10 Estatísticas sobre Audiência de Custódia Nacional. Disponível em <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>. Acessado em 19 de fev. de 2023.

e, em certo período da história, eram até mesmo incentivados à tal prática se esta significasse conseguir algo desejado em troca. Um dos maiores exemplos disso é a tortura, prática extremamente cruel que utiliza mecanismos desumanos para aplicar dor e sofrimento aos indivíduos. Quando não era repelida pela sociedade, a mesma era constantemente utilizada como forma de obter a confissão de crimes, por exemplo, visto que na maioria das situações, não havia um julgamento justo para os acusados.

No decorrer da história, é possível encontrar diversos registros de tortura em diferentes épocas, como por exemplo na antiga Grécia em 500 a.C., onde a mesma era utilizada como punição ou meio incriminatório em relação a escravizados, estrangeiros e prisioneiros de guerra que não possuíam direitos na época. Outro exemplo importante de ser citado ocorria recorrentemente no século XIII, quando a Igreja Católica, durante o período conhecido como Inquisição, organizava “tribunais” (geralmente em praças públicas) para punir pessoas que se opunham e ameaçassem suas doutrinas.

No Brasil, além de diversos outros meios para os quais era utilizada, a tortura também esteve presente na exploração dos índios com a chegada dos portugueses, e claro, na escravidão dos negros. Durante os mais de 300 anos de período escravista, esse ato existia a fim de punir e controlar a ação dos escravos em relação aos seus senhores, e também para que se tornassem exemplo de obediência, bom comportamento e submissão.

Para os brasileiros, torna-se impossível o esquecimento do terrível período militar que tomou conta do país entre os anos de 1964 a 1985, onde a tortura tornou-se uma realidade extremamente presente no dia-a-dia dos cidadãos, isso porque os militares que estavam no “poder” visavam punir a todos que se opunham e/ou tinham opiniões contrárias ao governo. Estudantes, intelectuais e engajados políticos foram as principais vítimas, o que pode ser concretizado e afirmado por relatos de sobreviventes a essas ações covardes, como a professora Izabel Fávero, que expôs:

“Meu sogro tinha ali uma pequena fazenda. (...) Não tinha luz na fazenda, não tinha nem na casa, então eles acenderam um monte de candelários, velas, e uma das coisas que eles diziam, eles ameaçavam inclusive incendiar a casa com a gente lá dentro. Nós fomos, já em casa, torturados, um em frente ao outro, eles tinham uma máquina de choque, que eles chamavam de “maricota”, aí batiam na gente com toalhas molhadas. (...) E aí, no dia seguinte, nós fomos embarcados, eu numa ambulância, meu marido num caminhão do Exército, e eles deixaram entender que iam nos levar para Curitiba, a gente saiu e ninguém sabia o nosso destino. Mas eles trouxeram a gente para o Batalhão de Fronteira. O prazer deles era torturar um frente ao outro e dizer “olhe, sua vadia, ó ele está apanhando por culpa sua que você não quer colaborar”, entendeu? Ou o contrário, entende<sup>11</sup>?”

Com todos esses exemplos repulsivos, nota-se o quão presente e persistente esse crime foi

---

11 Para nunca esquecer: 8 relatos de vítimas da ditadura militar no Brasil. Disponível em <<https://www.nonada.com.br/2019/03/para-nunca-esquecer-8-relatos-de-vitimas-da-ditadura-militar-no-brasil/>> Acessado em 8 de fev. de 2023.

ao longo da história e o quão aceito foi, durante muito tempo, que fosse praticado em nome da “manutenção da ordem”. Os resultados foram os piores possíveis, causando episódios extremamente dolorosos e vergonhosos para a constituição da sociedade, onde só foram poupados os ricos, nobres e, conseqüentemente, os poderosos.

O início da criminalização da tortura e a preocupação com a dignidade humana começou a tornar-se uma discussão internacional a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1793 - o que não significa que todos os países foram favoráveis à esta na época -, quando as práticas principiaram ser consideradas cruéis. Esta declaração foi apenas o primeiro passo de uma luta secular que visava destruir uma das mais desumanas formas de “sanção”. No Brasil, com a Constituição de 1824, os “bem nascidos”, ricos e livres foram poupados dessa crueldade, uma vez que o texto constitucional passou a proibir quaisquer formas de tortura contra os mesmos, deixando de lado, é claro, negros e indígenas que eram subjulgados na sociedade brasileira.

### **3.2. A luta contra o crime de tortura com a internacionalização dos direitos humanos e fundamentais**

Historicamente, os lemas que sempre estiveram frente à luta pelos direitos humanos e fundamentais são os de liberdade e igualdade, os quais foram cada vez mais mantidos e conquistados com o decorrer do tempo nas Declarações e Tratados Internacionais que foram aceitos e assinados por diversos países. Vestígios dos primeiros textos que continham tais ideais são encontrados a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, e da Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

As cartas supracitadas, porém, também possuíam intenções contraditórias, pois visavam majoritariamente a retirada do poder do clero e da nobreza, em favor da burguesia; deixando de lado os pobres e as minorias. Pode-se obter confirmação quanto a isso pelo fato de que, no ano de 1791, quando Olympe de Gouges redigiu a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã - em resposta à anterior que não contemplava as mulheres -, a mesma foi punida da forma mais severa: com a guilhotina.

Sendo assim, evoluindo no tempo, conclui-se que a defesa total dos direitos humanos passou a ser levada mais a sério no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), escrita com o objetivo de não permitir mais as atrocidades que o período de guerra trazia para o mundo, visto que a mesma ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. Na época, 48 países assinaram o documento que hoje conta com mais de 190 adesões dos países-membros da Organização das Nações Unidas. Discorre os dois primeiros artigos da referida declaração:

“**Art. 1º.** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

**Art. 2º.** Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania<sup>12</sup>”.

Com o surgimento de diversos novos tratados e declarações internacionais após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil adotou e tornou-se signatário de todos os principais e, portanto, a elaboração da Constituição Federal vigente (1988) estabeleceu um paradigma político-jurídico pautado na dignidade da pessoa humana. Além disso, um ano após, em 1989, ratificou dois tratados específicos contra a tortura, sendo eles: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Intramericana para Prevenir e Punir a Tortura, afirmando assim, seu repúdio quanto a prática desse crime.

Porém, ainda se tratando do panorama nacional, só foi possível “definir” de certa forma o que caracterizava o crime de tortura a partir de 1997, com a lei nº 9.455, que oficializou a tipicidade, descrevendo condutas que se encaixam nos tipos penais contidos no texto da lei. Este regulamento visa proteger a integridade física e psíquica, além da saúde mental e física da pessoa humana, equiparando-se aos dispositivos que versam sobre crimes hediondos, uma vez que considera inafiançável e proibida a concessão de liberdade provisória do réu.

Conclui-se portanto, que mesmo tendo levado algum tempo para que dispositivos, leis e sanções concretas fossem instalados no Brasil, o Estado mostrou-se contra e repudiou essas práticas desde cedo, ao juntar-se e ser favorável aos acordos, participando assim, ativamente do cenário político internacional.

#### **4. AS CONVENÇÕES DE COMBATE AO RACISMO E SEUS IMPACTOS**

Ao contrário do crime de tortura, que possui disposições legais de combate, tanto internacionais quanto nacionais, desde muitos anos atrás, o racismo apenas recentemente se uniu ao time dos “crimes” propriamente regulamentados. Entende-se que o art 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelecia que os direitos e liberdades dos cidadãos deveriam ser defendidos sem qualquer discriminação. Porém, percebe-se a necessidade de normas mais específicas e explícitas para certos tipos penais, certificando-se que as devidas sanções sejam aplicadas.

O combate à discriminação racial passou a ser pauta internacional quando os direitos

---

12 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<https://www.nonada.com.br/2019/03/para-nunca-esquecer-8-relatos-de-vitimas-da-ditadura-militar-no-brasil/>>. Acessado em 9 de fev. de 2023.

humanos começaram a ser debatidos, mas iniciou os processos de implementação no Brasil e no mundo de forma muito tardia, o que resultou em uma sociedade construída sob visões e parâmetros racistas, que dificultam todos os dias as vidas daqueles que se encaixam nessa minoria. Faz-se possível citar um instrumento que foi importante para o início da luta contra a discriminação racial: a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo de Ensino, com diretrizes elaboradas pela Unesco, em 1960. O texto do documento citado define discriminação como:

“(…) qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino, e, principalmente:

- a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;
- b) limitar a nível inferior à educação de qualquer pessoa ou grupo;
- c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou
- d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem<sup>13</sup>”.

A mesma década de 1960 é vista por muitos como essencial no combate à discriminação racial, uma vez que nela, a luta foi impulsionada e ganhou ainda mais força quando movimentos contra esse crime começaram a surgir, e cidadãos se juntaram para combatê-lo, como por exemplo, quando seguidores do grupo Panteras Negras se uniram a líderes como Martin Luther King. Os movimentos norte-americanos tiveram grande influência no cenário internacional, uma vez que o país foi protagonista e pioneiro em importantes momentos históricos. Importante lembrar, todavia, que a classe branca dos Estados Unidos, que possuía a maior porcentagem de poderosos, influentes e governantes da época, apenas concordou em conceder direitos civis aos negros com a condição de que os mesmos não “criassem problemas” para eles. Com isso, entende-se que sim, o cenário norte-americano teve impacto no âmbito internacional, mas em meio à controvérsias, motivos egoístas e tortos.

Partindo para um cenário global e mais atual, em 2013 - reforçando aqui, o quão tardio foi e ainda é, para os países criarem sanções contra esse crime, e ainda o tamanho da luta para que este fosse penalmente tipificado -, o Brasil foi signatário da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmada na Guatemala. Tal acordo apresenta argumentos que objetivam a consolidação dos direitos humanos, e a efetivação das sanções Estatais aplicadas em cada país na sua política de não discriminação. Trata-se de um documento muito importante para os países americanos que assinaram, pois entende-se que o

---

13 Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo de Ensino. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1960%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20%C3%A0%20luta%20contra%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acessado em 11 de fev. de 2023.

mesmo reuniu diversos fragmentos da política internacional - no que diz respeito ao tema - com o decorrer dos anos, visando proporcionar o melhor conjunto de leis para ser implantado na sociedade atual que se transforma e evolui todos os dias, cada vez mais.

#### **4.1. A relação entre a sociedade brasileira e a luta contra a discriminação racial**

Em 5 de janeiro de 1989, o Presidente da República brasileira da época, José Sarney, sancionou a lei nº 7.716, que visava definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, e aplicar as devidas sanções a quem quer que desrespeitasse a mesma. A aprovação por si só, já foi uma vitória gigantesca na luta de combate ao racismo, pois a lei determinava reclusão inafiançável para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Entretanto, mesmo tendo acontecido quase no início da década de 90, essa lei sofreu diversas alterações com o passar dos anos, inclusive teve seu texto modificado pela última vez agora em 2023. Com isso, entende-se que mesmo após mais de 30 anos de publicação, a sociedade - em grande parcela - ainda não mudou seu jeito de pensar e nem de agir, fato que continua fazendo com que a lei 7.716 continue sendo alterada de tempos em tempos, para que cada vez mais, atitudes racistas e discriminatórias sejam punidas.

Apesar de o Brasil ter assinado a Convenção citada acima ainda em 2013, foi somente em 2022 que o país foi capaz de visualizar e sentir os impactos desse documento na sociedade brasileira, uma vez que o Congresso Nacional promulgou a mesma em 19 de fevereiro de 2021, por meio do decreto legislativo nº 1/2021 e só passou a oficialmente fazer parte do ordenamento jurídico, com status hierárquico equivalente ao de emenda constitucional em 11 de janeiro de 2022. Na década de 90, aproximadamente em 1996, movimentos sociais anti racistas pressionaram e impulsionaram o governo brasileiro, na era FHC, a instaurar políticas de combate ao crime. Mais especificamente, serviram para reconhecer oficialmente e legitimar essa luta. O sociólogo Sales Santos expôs que “esse reconhecimento nacional foi ratificado no ‘Seminário Internacional Multiculturalismo e Racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados democráticos contemporâneos’”, e que “essa foi a primeira vez na história brasileira em que o governo oficialmente admitiu que negros são discriminados”.

Ao falar das conquistas que essa luta trouxe, não se pode deixar de lado a aprovação da lei nº 12.711/2012, mais conhecida como a Lei de Cotas, que possibilitou uma maior eficiência na questão diversidade de vagas para a entrada de alunos e alunas de escolas públicas, de baixa renda, negros, indígenas, e pessoas com deficiência em instituições de ensino superior. Essa lei possui o objetivo de estabelecer que 50% das vagas sejam disponibilizadas para estudantes que se encaixam nas minorias supracitadas. Apesar de opiniões adversas tanto no início dessa medida, quanto

atualmente (após mais de 10 anos de implementação), ficou comprovado a equivalência do rendimento acadêmico de alunos cotistas com o de estudantes que não utilizaram as cotas. Além disso, o cenário das universidades foi inteiramente modificado com essa medida, alterando o quadro sociorracial das instituições, ampliando o debate sobre desigualdade e, principalmente, democratizando o acesso ao ensino superior.

Afirma-se, portanto, que o Brasil, mesmo sendo signatário de diversos documentos contra a discriminação racial datados há mais de décadas, só oficialmente adotou medidas que alteram o teor social no país recentemente, com mudanças importantes que foram promulgadas e ratificadas há menos de 15 anos ou, vergonhosamente, no ano atual, em 2023, como aconteceu com a lei nº 14.532/23 que tipifica o crime de racismo e injúria racial com pena aumentada de dois a cinco anos de reclusão, alterando o texto anterior que previa um a três anos. Acontecimentos desse tipo fazem com que a luta seja descredibilizada e que cidadãos pertencentes a essas minorias continuem sofrendo todos os dias com a falta de direitos concretos, uma vez que os documentos estão sendo regularmente alterados, gerando incerteza e vulnerabilidade para os que deveriam estar sendo protegidos.

## CONCLUSÃO

Objetivando concluir este estudo, ressalta-se a importância da política internacional e a forma como tratados e convenções impactaram a sociedade e o direito processual penal brasileiro, uma vez que a partir destes documentos, o país caminhou para a evolução em diversos e importantíssimos assuntos - mesmo que em alguns, não tenha ocorrido exatamente por livre e espontânea vontade -.

Expôs-se, neste artigo, que a lei penal no Brasil segue o Princípio da Territorialidade, da Extraterritorialidade Incondicionada e Condicionada, conforme os arts. 5º e 7º do Código Penal, e que, tratando-se do âmbito processual penal, o Princípio da Territorialidade *lex fori* é utilizado. Com isso, as normas internacionais ao entrarem em vigor no país assumem um caráter inferior às normas constitucionais e superior à legislação ordinária.

O estudo ainda cita diversos documentos que foram essenciais para o Brasil no quesito político-internacional como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que visava “consolidar o Continente” respeitando os direitos fundamentais do homem nos países americanos. Além disso, foi nesta convenção que a audiência de custódia foi prevista, significando um grande avanço, uma vez que conseguiu “desafogar” o número de prisões provisórias no Brasil, alterando assim, o rito processual.

Dentre os avanços mais importantes alcançados pela internacionalização dos direitos, está

a criminalização da tortura e da discriminação racial. Dissertou-se, e fez-se possível concluir, ao longo deste artigo, que o documento responsável por impulsionar essas mudanças foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 que, apesar de ter sido criada posteriormente a alguns textos, foi por influência desta que a política internacional foi verdadeiramente impactada, uma vez que defendia a paz entre os países e o fim de todo sofrimento causado pelo homem aos seus iguais.

Após a DUDH, outros diversos tratados e convenções surgiram, sendo, de certa forma, incentivados pela mesma e criados para suprir a carência que a declaração deixou em relação a alguns assuntos. Cita-se, no estudo, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 2013, a qual o Brasil foi signatário. O acordo visava preencher as lacunas relativas à este crime, e reforçar aos Estados, políticas de não discriminação; porém, só passou a ser legalmente ratificado no país em 2022, 09 anos após a assinatura.

Conclui-se, portanto, que os documentos internacionais possuem uma gigantesca responsabilidade e influência no avanço pátrio brasileiro, não somente em seu cenário social, mas também no processual penal, uma vez que foram capazes de alterar certos procedimentos e leis nacionais, pois os mesmos são superiores a estas.

## REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Citação referente ao voto disponível eletronicamente em:  
<<https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> .

Preâmbulo da Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em  
<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima - 8. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

Relatório do Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça. 2014. Disponível em  
<<https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.

Raio X do Sistema Prisional em 2021. Mapa mostra superlotação e percentual provisório em cada um dos estados. Disponível em <<https://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2021/raio-x-do-sistema-prisional/>>.

Estatísticas sobre Audiência de Custódia Nacional. Disponível em  
<<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=currsel>>.



Regras Internacionais para o Enfrentamento da Tortura e Maus-Tratos. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/c9175bd2c46c4de6b67468beed359d4c.pdf>>.

Os Tratados Internacionais Contra a Tortura e o Direito Penal Brasileiro. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7506/1/Flavio.pdf>>.

Decreto nº 40 de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=Cada%20Estado%20Parte%20se%20comprometer%C3%A1,pessoa%20no%20exerc%C3%ADcio%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=Cada%20Estado%20Parte%20se%20comprometer%C3%A1,pessoa%20no%20exerc%C3%ADcio%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es)>.

Lei nº 9455 de 07 de abril de 1997. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm)>.

Para Nunca Esquecer: 8 relatos de vítimas da Ditadura Militar no Brasil. Disponível em <<https://www.nonada.com.br/2019/03/para-nunca-esquecer-8-relatos-de-vitimas-da-ditadura-militar-no-brasil/>>.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <[https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAiA0JKfBhBIEiwAPhZXD8p916wbF8IZWrL1oqcIcvG6li9AQpwRbcd7f8ka3I\\_gAY1N2GHHWRoCM38QAvD\\_BwE](https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAiA0JKfBhBIEiwAPhZXD8p916wbF8IZWrL1oqcIcvG6li9AQpwRbcd7f8ka3I_gAY1N2GHHWRoCM38QAvD_BwE)>.

Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1960%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20%C3%A0%20luta%20contra%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

A Vigência da Convenção Interamericana contra o Racismo e a Lei de Cotas. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-11/muniz-convencao-interamericana-racismo-lei-cota>>.

Decreto nº 65.810 de 08 de dezembro de 1989. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html)>.

Congresso Nacional Promulga Convenção Interamericana contra o Racismo. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/728944-congresso-nacional-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo/>>.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO EM CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS CAUSADOS POR ATIVIDADES ECONÔMICAS: ANÁLISE DO CASO EM OHIO E SEUS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS

Francisca Cecília de Carvalho Moura FÉ<sup>1</sup>  
Délton Winter de CARVALHO<sup>2</sup>

## RESUMO

Os significativos impactos socioambientais advindos de desastres ambientais causados por atividades econômicas têm sido cada vez mais frequentes em todo o mundo. Diante dos variados eventos catastróficos, questiona-se a responsabilidade do Estado em reparar os danos causados, mesmo que não haja culpa direta dos agentes estatais. O caso do descarrilamento de 38 vagões de um trem de carga Norfolk Southern, ocorrido fevereiro de 2023, na cidade de East Palestine, em Ohio, nos Estados Unidos, é um exemplo prático desse tipo de desastre e pode ser utilizado como objeto de estudo para analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos semelhantes. O objetivo geral deste trabalho é analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas, utilizando como estudo de caso o descarrilamento de trem ocorrido em Ohio, no início de 2023. Bem como a proteção ambiental como via de garantia de direitos fundamentais. Busca-se por meio deste estudo uma contribuição para as discussões temáticas no Brasil. O presente artigo utilizou como metodologia a pesquisa bibliográfica, a análise de documentos oficiais e notícias jornalísticas, visto que o caso ocorreu recentemente e não existem, até o presente momento, artigos científicos suficientes que tratem do ocorrido. A pesquisa bibliográfica consistirá na revisão da literatura que trata acerca do tema da responsabilidade civil objetiva em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas, associando, assim, ao caso do descarrilamento de trem ocorrido nos Estados Unidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil Objetiva; Desastres Ambientais; Direito dos Desastres; Ohio; Estados Unidos.

## ABSTRACT

The significant socio-environmental impacts resulting from environmental disasters caused by economic activities have become increasingly frequent worldwide. In the face of various catastrophic events, questions arise about the responsibility of the State to repair the damages caused, even in cases where there is no direct fault of state agents. The case of the derailment of 38 Norfolk Southern cargo train cars in East Palestine, Ohio, USA in February 2023 is a practical example of this type of disaster and can be used as a case study to analyze the State's objective civil liability in similar cases. The general objective of this work is to analyze the State's objective civil liability in cases of environmental disasters caused by economic activities, using the Ohio train derailment as a case study. In addition, seeking to guarantee fundamental rights through environmental protection, this study aims to contribute to thematic discussions in Brazil. The present article used bibliographic research, analysis of official documents, and news articles as the methodology, given that the case occurred recently and there are not enough scientific articles on

---

1 Doutoranda em Direito Público (Unisinos), bolsista CAPES/PREX; Mestra em Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI).

2 Doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres na University of California, Berkeley, USA; Professor do programa de Pós-Graduação em Direito – PPG Dir Unisinos, nível mestrado e doutorado. Orcid:<https://orcid.org/0000-0001-9469-5779> E-mail:[delton@deltoncarvalho.com.br](mailto:delton@deltoncarvalho.com.br)

the topic available yet. The bibliographic research will consist of a review of the literature on the theme of objective civil liability in cases of environmental disasters caused by economic activities, associating it with the case of the train derailment that occurred in the United States.

**KEYWORDS:** Objective Civil Liability; Environmental Disasters; Disaster Law; Ohio; United States.

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 03 de fevereiro de 2023, na cidade de East Palestine, em Ohio, nos Estados Unidos, um trem da ferrovia Norfolk Southern – com 150 vagões, que transportava produtos químicos – descarrilou 38 de seus vagões de carga, causando, assim, um impacto socioambiental de grandes proporções devido a um grande incêndio e à liberação de gases tóxicos. Dentre as substâncias liberadas na ocasião, observou-se a presença do cloreto de vinila, substância química cancerígena e altamente inflamável utilizada na fabricação de plásticos. Equipes de emergência realizaram uma queima controlada em vários vagões que ficaram em chamas por mais de 48 horas, atendendo a uma solicitação das autoridades estaduais. Infelizmente, essa operação acabou liberando cloreto de hidrogênio e fosgênio na atmosfera, o que levou à evacuação dos moradores em um raio de 1 milha (1,6 km) e à implementação de uma resposta de emergência por agências de Ohio, Pensilvânia e Virgínia Ocidental.

Embora não tenha havido vítimas fatais no acidente, parte dos defensores da saúde pública dos Estados Unidos está usando a catástrofe como um alerta para a possibilidade de descarrilamentos ferroviários de carga mais mortais. Segundo eles, cerca de 25 milhões de americanos vivem em áreas de risco de explosões de trens de petróleo, e se o descarrilamento tivesse ocorrido apenas alguns quilômetros a leste, o fogo teria atingido o centro de Pittsburgh, colocando dezenas de milhares de pessoas em perigo imediato.<sup>3</sup> Entretanto, um mês após esse desastre, uma comunidade vizinha vivenciou nova catástrofe, no dia 04 de março de 2023, quando mais um trem de carga da empresa Norfolk Southern descarrilou no condado de Clark, na cidade de Springfield, cerca de 74 quilômetros a oeste de Columbus, capital do Estado de Ohio. Conforme as informações das autoridades, 38 vagões descarrilaram, quatro deles caminhões-tanque contendo materiais supostamente não perigosos, como fluido de escapamento de diesel e poliacrilamida residual.<sup>4</sup>

Os desastres ambientais causados por atividades econômicas têm sido cada vez mais

---

3 THE GUARDIAN. *Ohio catastrophe is 'wake-up call' to dangers of deadly train derailments*. 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2023/feb/11/ohio-train-derailment-wake-up-call> Acesso em: 06 mar. 2023.

4 HORA DO POVO. *Segundo trem descarrila em Ohio em menos de um mês*. Publicado em 06 de março de 2023. Disponível em: <https://horadopovo.com.br/segundo-trem-descarrila-em-ohio-em-menos-de-um-mes/> Acesso em 25 mar 2023.

frequentes em todo o mundo, gerando impactos socioambientais significativos. Diante desses eventos, questiona-se a responsabilidade do Estado em reparar os danos causados, mesmo que não haja culpa direta dos agentes estatais. O caso do descarrilamento de trem em Ohio, nos Estados Unidos, é um exemplo prático desse tipo de desastre e pode ser utilizado como objeto de estudo para analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos semelhantes.

Busca-se como objetivo geral analisar a responsabilidade civil objetiva do Estado em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas, utilizando como estudo de caso o descarrilamento de trem ocorrido em Ohio. Os objetivos específicos são: i) compreender a teoria da responsabilidade civil objetiva e sua aplicação em casos de desastres ambientais; ii) identificar os impactos socioambientais causados pelo descarrilamento de trem em Ohio a fim de entender de que forma os direitos fundamentais são comprometidos; iii) analisar a legislação aplicável nos Estados Unidos em relação à responsabilidade do Estado em casos de desastres ambientais; iv) verificar as medidas adotadas pelo Estado para reparar os danos causados pelo desastre.

Utilizou-se, para tanto, uma metodologia a partir de pesquisa bibliográfica, análise de documentos oficiais e uma série de notícias jornalísticas, visto que o caso ocorreu recentemente e não existem, até o presente momento, artigos científicos suficientes que tratem do ocorrido. A pesquisa bibliográfica consistirá na revisão da literatura que trata acerca do tema da responsabilidade civil objetiva em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas, associando, assim, ao caso do descarrilamento de trem ocorrido nos Estados Unidos. A análise de documentos oficiais envolverá a pesquisa de legislação e de documentos produzidos pelo Estado de Ohio, tais como relatórios de impacto ambiental e de medidas adotadas para reparação dos danos causados pelo desastre.

Espera-se que este trabalho contribua para a compreensão da responsabilidade civil objetiva do Estado em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas, por meio da análise do caso do descarrilamento de trem em Ohio. Ademais, espera-se que este estudo possa fomentar discussões sobre a importância de medidas preventivas e reparatórias mais eficazes por parte do Estado, sobretudo o brasileiro, em relação aos impactos socioambientais causados por atividades econômicas.

## **2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO E A SUA APLICAÇÃO EM CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS**

A experiência do desastre é uma de destino compartilhado, porque nenhum grupo consegue evitar as consequências de eventos extremos, resultando num tipo de trauma social que transcende a

identidade individual.<sup>5</sup> Por isso, a lei dos desastres existe a fim de se ajudar a reduzir a vulnerabilidade e o dano, afinal, trata-se de um campo de estudo que combina elementos de direito de delito, propriedade, contrato, ambiental e administrativo para abordar os problemas legais únicos apresentados por eventos extremos.<sup>6</sup> Para ser eficaz, a lei e a política de desastres devem ser adaptáveis, responsivas e específicas para o contexto, ambas devem reconhecer as condições sociais, econômicas e ambientais únicas que levam a desastres e ajustar sua abordagem de acordo.<sup>7</sup>

Nessa seara, o direito internacional dos direitos humanos pode fornecer um quadro para abordar as implicações dos direitos humanos dos desastres ambientais e responsabilizar os estados e outros atores por suas ações ou inação em resposta a tais desastres.<sup>8</sup> Um dos principais desafios do direito ambiental é garantir que a tomada de decisão leve em consideração os interesses das gerações futuras. Isso é particularmente importante no contexto de desastres ambientais, onde as consequências podem se estender muito além do momento presente e afetar os direitos das gerações futuras.<sup>9</sup>

Assim, a estrutura legal, que busca responsabilizar por danos ambientais, deve se basear na abordagem das consequências da industrialização e, portanto, na Teoria do Risco Concreto.<sup>10</sup> Entende-se o risco como um processo de racionalização das incertezas inerentes a qualquer reflexão acerca do futuro, ou seja, trata-se de um processo de tomada de decisão imersos em contextos de racionalidade limitada.<sup>11</sup> Visando ao risco de desastres, a estrutura jurídica apresenta a responsabilidade civil objetiva, que é caracterizada pela capacidade de atribuir a obrigação de reparar ou compensar danos causados sem a necessidade de comprovar a culpa da conduta que causou a lesão.<sup>12</sup> Ou seja, basta que o dano tenha sido causado pela atividade ou produto do agente para que ele seja responsabilizado pelos danos causados.

Nos casos de desastres ambientais, a aplicação da responsabilidade civil objetiva é bastante comum, uma vez que em muitas situações há certa dificuldade em determinar com precisão a causa exata do dano ambiental e a culpa do agente causador. Seu objetivo principal é o de garantir a reparação integral dos danos causados ao meio ambiente e às pessoas afetadas pelo desastre.

---

5 Verchick, Robert R. M. *Disaster Law and Policy*. Wolters Kluwer Law & Business, 2020, p.01.

6 *Ibidem*, p. 07.

7 *Ibidem*, p. 15.

8 SUN, Linjun. *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations: Law, Environmental Harm, and the Right to Health*. Cambridge University Press, 2018, p. 157.

9 *Ibidem*, p. 120.

10 CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais*. Tese do doutorado em Direito apresentado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS, 2006, p. 152.

11 CARVALHO, Delton. O Direito dos desastres ambientais e o gerenciamento circular do risco. In: BARRETO, Vicente P.; DUARTE, Francisco C.; SCHWARTZ, Germano. (Orgs). *Direito da Sociedade Policontextual*. Curitiba: Appris, 2013, pp 349-376, p. 368

12 *Ibidem*, p. 152.

Primordialmente, necessita-se de um agente que seja responsabilizado, assim, na maioria dos ordenamentos jurídicos, o Estado de Direito ganha substancial fortalecimento a partir da imposição da responsabilidade do Estado como instrumento de legalidade, capaz de garantir a conformidade aos direitos dos atos estaduais, como a indenização por sacrifícios, autoritariamente impostos.<sup>13</sup>

Conforme preleciona Yussef Cahali, a responsabilidade civil do Estado trata-se da obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.<sup>14</sup>

No entanto, cabe aqui o questionamento quanto Estado também ser responsável direto pelos danos causados por terceiros, isto é: pode recair sobre o Estado a responsabilidade dos danos ambientais provocados por empresas? A necessidade de uma juridicidade ambiental advém da fundamental importância de normas e princípios que regulem as relações entre a sociedade e o meio ambiente, estabelecendo limites e condições para a exploração dos recursos naturais e a proteção do ambiente. Trata-se de um ramo do Direito Ambiental, aparelhado pelo próprio Estado, que tem por objetivo garantir a sustentabilidade ecológica, econômica e social, equilibrando o desenvolvimento humano com a preservação do meio ambiente a partir do pilar constitucional.

No exercício das funções de suas funções ambientais, o Estado constitucional é legitimado pelos limites impostos pela regra de direito (direitos fundamentais, devido processo legal, legalidade, garantias fundamentais) (...). Justiça ambiental que aponta para a função estatal de evitar que os riscos ambientais sejam deslocados para zonas, comunidades ou Estados mais deprimidos ou vulneráveis.<sup>15</sup>

Compreende-se, portanto, que a tutela do meio ambiente é do Estado e a regulamentação a fim de impor limites que evitem desastres cabe também a este, não só no controle das próprias atividades quanto no controle das atividades de terceiros. Assim, os danos provocados por empresas, por exemplo, pode ser de responsabilidade não apenas do agente causador, mas do Estado, seja por suas falhas na aplicação dos regulamentos de proteção, seja pela omissão para conter os riscos das variadas atividades econômicas.

### **3 OS IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DO CASO DE DESCARRILAMENTO DO TREM EM OHIO**

A cidade East Palestine, de Ohio, Estados Unidos, presenciou uma catástrofe sem precedentes no dia 03 de fevereiro de 2023, quando um vagão da Norfolk Southern carregando pellets de plástico foi aquecido por um eixo quente, conforme informações de Jennifer Homendy, presidente do National Transportation Safety Board.<sup>16</sup> A temperatura do mancal – componente de

---

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 13.

14 CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do estado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

15 CARVALHO, Délton Winter de. “Estado de Direito Ambiental.” In: *Gestão Jurídica Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020. p. 108-135, p. 114.

16 MAXOURIS, Christina; YAN, Holly; BROWN, Nicki. *The Ohio toxic train wreck was ‘100% preventable’ – but*

máquinas que tem como função suportar cargas aplicadas em seu próprio eixo, enquanto ele gira – aumentou quando o trem passou por dois detectores de defeitos à beira da estrada, mas não foi alta o suficiente para disparar uma mensagem de alarme audível até passar por um terceiro detector.<sup>17</sup> Ainda segundo informações de Homendy, o limite para esses detectores é definido pela ferrovia. No entanto, os investigadores não identificaram nenhum defeito na via nem problemas com os detectores de defeitos à beira da estrada.

No dia do ocorrido, registros de segurança de uma empresa em Salem, Ohio, localizada a cerca de 32 km a noroeste da Palestina Oriental, e uma câmera de campanha Ring em New Waterford, Ohio, que fica a aproximadamente 6 km a noroeste da Palestina Oriental, capturaram imagens que mostram fogo surgindo de baixo de um vagão.<sup>18</sup> Imediatamente após esse evento, 38 vagões descarrilaram no lado leste da cidade, perto da fronteira Ohio-Pensilvânia. Eles incluíam 11 vagões-tanque que transportavam materiais perigosos, vindo posteriormente a se inflamar, alimentando incêndios que danificaram uma dúzia de carros que não descarrilaram, por dias. Cinco desses vagões descarrilados carregavam 115.580 galões de cloreto de vinila, incluindo resíduos de benzeno e acrilato de butila.

A evacuação foi necessária em um raio de três milhas da área do incidente, afetando cerca de 5.000 pessoas da região. Algumas delas relataram problemas respiratórios, irritação nos olhos e náusea devido à fumaça tóxica. Ademais, a contaminação também foi detectada no solo e na água da área, o que acarretou na realização de uma limpeza que já dura semanas. Além dos impactos ambientais e de saúde, o incidente também teve impactos econômicos. A linha ferroviária permaneceu fechada por vários dias, afetando o transporte de mercadorias e causando prejuízos para empresas locais. Ainda é cedo para avaliar completamente o impacto a longo prazo do incidente.

No estado de Ohio já ocorreram outros episódios de descarrilamento de trem que causaram impactos socioambientais. Em 2007, um trem de carga descarrilou em Painesville, Ohio, causando a evacuação de mais de 1.000 residentes próximos devido a um vazamento de amônia. As equipes de emergência responderam ao incidente e conseguiram conter o vazamento. Em 2012, um trem de carga descarrilou em Columbus, Ohio, causando o fechamento de uma estrada e a evacuação de algumas casas próximas. Não houve relatos de feridos ou danos ambientais significativos. Em 2015, um trem que transportava produtos químicos inflamáveis descarrilou em Mount Carbon, Ohio, causando um grande incêndio que durou vários dias. Cerca de 1.000 pessoas foram evacuadas e

---

*there's no evidence the crew did anything wrong, investigators say.* CNN, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/02/23/us/ohio-train-derailment-east-palestine-thursday/index.html> Acesso em: 06 mar. 2023, s/p.

17 Ibidem, s/p.

18 CBS NEWS. *Video appears to show Ohio train on fire 20 miles before derailing.* Noticiado no dia 19 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J5rhdOTcVs0>, via YouTube. Acesso em 06 mar. 2023.

várias estradas foram fechadas nas proximidades. O incidente também causou danos ambientais significativos ao rio Kanawha, próximo ao local do acidente.

Mais recentemente, em 2019,<sup>19</sup> um trem de carga da Norfolk Southern, que transportava produtos químicos de alta toxicidade, incluindo etanol e ácido clorídrico, descarrilou perto da cidade de Willard, Ohio. O acidente causou o vazamento de ácido clorídrico e levou a evacuações na área circundante, visto que as autoridades locais emitiram um aviso de emergência e pediram aos residentes que permanecessem dentro de casa e fechassem as janelas e portas. As evacuações foram ordenadas para uma área de cerca de 1,6 km ao redor do local do acidente.

No desastre ocorrido em 2019, equipe de resposta a emergências da Norfolk Southern respondeu ao acidente e trabalhou para conter o vazamento de ácido clorídrico, entretanto, o impacto ambiental foi tamanho que a limpeza do local do acidente continuou por várias semanas após o acidente. Felizmente, não houve relatos de feridos no incidente. Entretanto, o acidente causou preocupações com a segurança do transporte de produtos químicos perigosos por via férrea e levou as autoridades locais e federais a revisarem os protocolos de segurança e as regulamentações de transporte de produtos químicos.<sup>20</sup>

#### **4 A LEGISLAÇÃO DOS EUA EM CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS**

Entende-se desastres ambientais os eventos resultantes de atividades humanas ou fenômenos naturais que causam danos significativos ao meio ambiente e às pessoas que dele dependem. Esses eventos podem incluir, por exemplo, vazamentos de produtos químicos tóxicos, derramamentos de petróleo, desmatamento em grande escala, enchentes, terremotos, erupções vulcânicas, entre outros. Esses desastres podem ter impactos graves na saúde humana, na biodiversidade, nos recursos hídricos, na qualidade do ar e do solo, bem como na economia e na infraestrutura das áreas afetadas.

Para Farber,<sup>21</sup> os desastres ambientais são falhas da legislação ambiental, pois ainda que uma dada catástrofe tenha ocorrido oriunda de causas naturais, se um risco se materializa, a extensão do danos resultantes são quase sempre mediados por ações humanas. Tais ações, por sua vez, acontecem dentro de organizações com suas próprias histórias e culturas.<sup>22</sup> A fim de se

---

19 NBC NEWS. *Biden administration extends foreclosure moratorium, mortgage payment forbearance through June 30*. NBC News, [S.l.], 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/business/personal-finance/biden-administration-extends-foreclosure-moratorium-mortgage-payment-forbearance-through-june-n1259427>. Acesso em: 08 mar. 2023, s/p.

20 *Ibidem*, s/p.

21 FARBER, Daniel A. *Environmental Disasters: An Introduction*. *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1898401*, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1898401> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1898401> Acesso em 06 mar. 2023, p. 09.

22 *Ibidem*, p. 09.



compreender o risco de determinada situação, é fundamental analisar tanto o contexto humano envolvido quanto os eventos físicos que possam gerar danos. Somente assim, pode-se começar a avaliar qual seria a resposta mais adequada para lidar com o risco identificado.

Os eventos ambientais não podem ser vistos apenas como acidentes ou consequências inevitáveis da natureza - muitas vezes, eles são resultado da falta de efetividade do sistema jurídico em lidar com riscos. Sendo assim, no contexto de desastres ambientais, as leis de desastres (que abrangem a preparação, resposta e recuperação de desastres) estão diretamente relacionadas com as leis ambientais (que lidam especificamente com o controle de riscos ambientais).<sup>23</sup> Uma sociedade de risco carece de alterações na estrutura jurídica a fim de amparar o Estado e o direito ao consolidar o Estado democrático ambiental e o próprio direito ambiental.<sup>24</sup> A inserção da proteção ambiental como objetivo fundamental do Estado repercute no surgimento da “hipótese do Estado de Direito Ambiental”, tendo como finalidade a defesa do ambiente e a promoção da qualidade de vida.<sup>25</sup> Assim, o Estado democrático ambiental e o direito ambiental consistem em alterações estruturais existentes no Estado e no Direito a fim de reagir à sociedade de risco.<sup>26</sup> A proteção do meio ambiente ganhou uma maior força jurídico-normativa com constitucionalização de sua matéria em várias constituições, sobretudo a brasileira em seu artigo 225. Ainda que o Estado não tenha conhecimentos prévios dos acontecimentos catastróficos futuros, ele não pode se furtar da tomada de decisões.<sup>27</sup> O Estado de Direito Ambiental é uma concepção que se fundamenta na ideia de que a proteção do meio ambiente deve ser realizada por meio da adoção de medidas jurídicas e institucionais que assegurem a efetividade dos direitos ambientais e a preservação da natureza como um bem essencial à vida. A intervenção do Estado é necessária no contexto do Estado de Direito Ambiental, pois é ele quem possui o poder de criar e implementar políticas públicas, leis e regulamentos que visem à proteção do meio ambiente.

A Constituição dos Estados Unidos não oferece proteção constitucional explícita ao meio ambiente, ao contrário, ela dedica uma grande atenção e rigor ao direito de propriedade privada. Não há menção de deveres do Estado ou da aplicabilidade de direitos implícitos em relação a terceiros. Em suma, a Constituição americana é um documento em que os direitos e obrigações são estabelecidos entre indivíduos e o Estado, sem uma preocupação específica com o meio ambiente.<sup>28</sup>

---

23 Ibidem, p. 10.

24 CARVALHO, Délon Winter de. “Estado de Direito Ambiental.” In: *Gestão Jurídica Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020. p. 108-135, p. 111.

25 Ibidem, 110.

26 Ibidem, p. 111.

27 Ibidem, p. 112.

28 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. Palestra proferida no curso Introdução ao Direito Norte-americano, em 21 de agosto de 2001. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. N 22, 2002. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.72683> Acesso em 06 mar. 2023, p.12.

Entretanto, existiram tentativas de alteração constitucional a partir de 1968. Alguns estados, como Illinois, California, Pennsylvania e Michigan, incluem disposições expressas sobre a proteção ambiental em suas constituições, mas essas provisões ainda não foram amplamente aplicadas em processos judiciais. Ao contrário de outros países, o poder de polícia não é o fundamento para a intervenção do governo federal nas questões ambientais nos EUA, assim, a União não detém do poder de polícia, pois tal legitimação é dos estados.<sup>29</sup>

Na cronologia histórico-legal da regulamentação federal do meio ambiente nos EUA, a década de 1960 foi um marco, visto que em 1969, o presidente Nixon criou a Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA) e, em 1970, assinou o *Clean Air Act*, que foi seguido pelo *Clean Water Act* de 1972 e a *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976. A Lei de Emergência Ambiental (EPA) de 1986 foi criada para garantir que o governo federal tivesse poderes para responder rapidamente a desastres ambientais, como vazamentos de produtos químicos. Esta lei foi atualizada em 1996 com a Lei de Comunicação de Risco e Prevenção de Desastres, que exigia que empresas que usam e armazenam produtos químicos perigosos relatassem sua presença às autoridades locais.

Além disso, em 1980, o *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA) foi promulgado. Ele é frequentemente chamado de "Lei do Superfundo" e é projetado para responsabilizar as empresas poluidoras pelo custo da limpeza de seus resíduos tóxicos. O CERCLA criou um fundo governamental para ajudar a financiar a limpeza de locais poluídos. Em 2010, o presidente Obama assinou a Lei de Resposta a Derramamentos de Petróleo e Prevenção de Desastres (*Oil Pollution Act*), que aumentou a responsabilidade das empresas em caso de vazamentos de petróleo. A lei exige que as empresas de petróleo e gás apresentem planos de prevenção e resposta a derramamentos e forneçam fundos para a limpeza de derramamentos de petróleo.

Em resumo, os EUA evoluíram no tratamento legal dos desastres ambientais ao longo do tempo, criando leis e agências para regulamentar a poluição, responder rapidamente a desastres ambientais e responsabilizar as empresas pelos danos ambientais causados.

Existem, atualmente, várias leis federais nos EUA que tratam de desastres ambientais, as principais são: (a) a Lei de Poluição por Petróleo (*Oil Pollution Act*) de 1990, que estabelece os requisitos para prevenir e responder a derramamentos de óleo nos EUA, incluindo a criação de um fundo para cobrir os custos de resposta a derramamentos; (b) a Lei de Prevenção de Poluição Marinha (*Marine Pollution Prevention Act*) de 2008, que fornece regulamentos para prevenir a poluição marinha de navios que navegam nos EUA; (c) a Lei de Conservação de Recursos e Recuperação de Recursos (*Resource Conservation and Recovery Act*) de 1976, que institui o

---

<sup>29</sup> Ibidem, 13.

controle federal sobre o gerenciamento de resíduos perigosos e não perigosos, desde a geração até o descarte final; (d) a Lei de Água Limpa (*Clean Water Act*) de 1972, que regulamenta as bases para a proteção das águas superficiais e subterrâneas nos EUA; (e) a Lei de Qualidade do Ar (*Clean Air Act*) de 1970, que determina padrões nacionais para a qualidade do ar para proteger a saúde pública e o meio ambiente.<sup>30</sup>

## 5 MEDIDAS DE REPARAÇÃO DE DANOS EM CASO DE DESASTRES AMBIENTAIS

As medidas de reparação de danos em caso de desastres ambientais são fundamentais para garantir a justiça ambiental e a proteção dos direitos das comunidades afetadas. Essas medidas geralmente envolvem ações para mitigar os efeitos do desastre e restaurar o meio ambiente ao seu estado anterior. Algumas das medidas comuns incluem: (a) indenizações, como os pagamentos financeiros para compensar as perdas sofridas pelas pessoas afetadas pelo desastre. Isso pode incluir compensação por danos físicos, materiais e emocionais; (b) restauração do meio ambiente, como as ações para limpar e restaurar as áreas afetadas pelo desastre, como a remoção de resíduos tóxicos, a recuperação de ecossistemas e a replantação de áreas desmatadas; (c) compromissos de melhoria, com a implementação de medidas para melhorar as condições ambientais na região afetada, como o controle de poluentes, o aumento da segurança ambiental e a promoção do uso de tecnologias limpas; (d) participação da comunidade, com intuito de envolver a comunidade afetada na tomada de decisões sobre a reparação de danos e garantir que suas vozes sejam ouvidas no processo; (e) responsabilização, de forma a identificar os responsáveis pelo desastre e responsabilizá-los pelos danos causados, incluindo punições criminais e civis.

É importante notar que as medidas de reparação devem ser apropriadas às circunstâncias específicas do desastre e levar em consideração as necessidades das comunidades afetadas. Além disso, as medidas de prevenção e preparação também são fundamentais para evitar desastres ambientais e minimizar seus impactos.

Na comunidade internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, no ano 1972, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio

---

30 Lei de Política Ambiental Nacional (*National Environmental Policy Act* - NEPA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-national-environmental-policy-act>; Lei de Espécies Ameaçadas de Extinção (*Endangered Species Act* - ESA): <https://www.fws.gov/endangered/laws-policies/>; Lei de Qualidade da Água Potável (*Safe Drinking Water Act* - SDWA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-safe-drinking-water-act>; Lei de Prevenção da Poluição do Ar (*Clean Air Act* - CAA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-air-act>; Lei de Limpeza de Rios (*Clean Water Act* - CWA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-water-act>; Lei de Conservação e Recuperação de Recursos Naturais (*Resource Conservation and Recovery Act* - RCRA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-resource-conservation-and-recovery-act>; Lei de Controle da Poluição por Óleo (*Oil Pollution Act* - OPA): <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-oil-pollution-act>

ambiente humano.<sup>31</sup> Dispõe o Princípio 13, da Declaração, que os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, “de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.”<sup>32</sup> O Princípio 22, da mesma Declaração, estatui que os Estados possuem a obrigação de cooperar a fim de continuar desenvolvendo o direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas da poluição e de outros danos ambientais que as atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob o controle de tais Estados causem a zonas fora de sua jurisdição.<sup>33</sup>

Dano ambiental é definido como o prejuízo causado ao meio ambiente e seus componentes naturais, resultante de atividades humanas, como a poluição, desmatamento, despejo de resíduos tóxicos, entre outras. É um conceito que tem sido cada vez mais utilizado em ações civis públicas, visando a responsabilização de empresas e indivíduos que causam danos ao meio ambiente. Segundo Milaré,<sup>34</sup> o dano ambiental pode ser compreendido como o resultado da lesão ou ameaça a bens ambientais, como o ar, água, solo, flora e fauna, bem como a valores ecológicos, estéticos, históricos e culturais. Já Machado,<sup>35</sup> define o dano ambiental como a “alteração prejudicial das condições ecológicas do meio ambiente”, seja ela de caráter físico, químico ou biológico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, artigo 225, estabelece o meio ambiente como um bem de uso comum do povo e um patrimônio nacional, por isso, é dever do poder público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nessa mesma perspectiva, a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define o dano ambiental como qualquer alteração adversa das características do meio ambiente, que causem ou possam causar danos à saúde, à segurança e ao bem-estar da população, ou prejuízos aos recursos naturais e à biodiversidade.<sup>36</sup>

Entende-se, então, o dano ambiental, a agressão ao meio ambiente, como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, bem incorpóreo e imaterial unitária e globalmente considerado.<sup>37</sup> Acrescenta-se também a diminuição, subtração ou destruição dos bens ambientais e

---

31 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano*. 1972. Disponível em: [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo\\_mma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo_mma.pdf) Acesso em 24 mar 2023.

32 Ibidem, p. 04.

33 Ibidem, p. 04-06.

34 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 272-273.

35 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 569

36 CÓDIGO CIVIL. *Lei nº 6.938/1981*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 22 mar. 2023.

37 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. *Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura*, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 47-71, Março-Abril, 2019, p. 49.

seus elementos corpóreos e incorpóreos – os solos, as águas, o ar, as espécies da fauna e da flora e seus exemplares, os recursos genéticos, os ecossistemas, os processos ecológicos, as paisagens e os bens e valores culturais – que integram o meio ambiente global, bem coletivo indivisível, cuja preservação é assegurada como direito de todos indistintamente.<sup>38</sup>

Para a reparação do dano ambiental, necessita-se da identificação do responsável pela atividade que causou o prejuízo e exige-se que ele assuma a responsabilidade pelo reparo dos danos causados. Ainda no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.605/1998, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, prevê que o infrator está sujeito à obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados, em alguns casos, cumulativamente a recuperação e a indenização.<sup>39</sup>

Os Estados Unidos possuem de reparação de danos em caso de desastres ambientais. Algumas dessas medidas incluem: o *Oil Pollution Act* (OPA) de 1990, que fixou um fundo de responsabilidade civil para cobrir os custos de limpeza de derramamentos de óleo e outros danos relacionados; o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) de 1980, também conhecido como "Superfund", que estabeleceu um programa de gerenciamento de locais contaminados e um fundo de responsabilidade civil para cobrir os custos de limpeza e remediação; a *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA) de 1976, que instituiu um programa de gerenciamento de resíduos perigosos e disposição de resíduos; e o *Clean Water Act* (CWA) de 1972, que estipulou padrões para a qualidade da água e exigiu que os poluidores pagassem por danos causados por descargas de poluentes.<sup>40</sup>

### **5.1. Medidas de reparação de danos no caso do descarrilamento de trem da norfolk southern em ohio**

A Norfolk Southern – fundada em 1982, após a fusão de duas grandes empresas ferroviárias, a Norfolk and Western Railway e a Southern Railway – é uma das principais empresas de transporte ferroviário de carga dos Estados Unidos. Atualmente, suas operações funcionam em mais de 22 estados norte-americanos, cobrindo uma extensão de mais de 58 mil quilômetros de trilhos ferroviários.<sup>41</sup> As cargas transportadas são de diversos tipos, incluindo carvão, produtos

---

38 Ibidem, p. 49.

39 CÓDIGO CIVIL. *Lei nº 9.605/1998*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em: 22 mar. 2023.

40 Oil Pollution Act (OPA) de 1990: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-oil-pollution-act>; Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA) de 1980: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act>; Resource Conservation and Recovery Act (RCRA) de 1976: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-resource-conservation-and-recovery-act>; Clean Water Act (CWA) de 1972: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-water-act>

41 NORFOLK SOUTHERN. *About NS*. <http://www.nscorp.com/content/nscorp/en/about-ns.html> Acesso em 25 mar

agrícolas, petróleo, produtos químicos, minerais, automóveis e outros bens de consumo. A empresa investe em tecnologia e inovação para melhorar sua eficiência e desempenho, com isso, busca reduzir custos e aumentar sua competitividade. Em 2018, por exemplo, a Norfolk Southern lançou um programa piloto de trem autônomo, com o objetivo de aumentar a segurança e a eficiência de suas operações.

No entanto, a Norfolk Southern também tem enfrentado críticas em relação a seus impactos ambientais e sociais. Em 2010, a empresa foi obrigada a fazer uma série de melhorias ambientais na área de Graniteville e pagar uma multa de \$ 4 milhões, de acordo com um decreto de consentimento divulgado pelo Tribunal Distrital dos EUA para a Divisão Aiken do Distrito da Carolina do Sul.<sup>42</sup> Cinco anos antes, nove pessoas morreram e mais de 250 foram enviadas para o hospital quando um trem de carga Norfolk Southern, transportando cloro, colidiu com duas locomotivas e dois vagões. Por meio de uma ação coletiva com 5.400 moradores, houve um acordo com as vítimas prejudicadas pelo vazamento de cloro.<sup>43</sup>

Mesmo diante de um histórico de ocorrências graves de impactos socioambientais, a Norfolk Southern, em 2023, foi agente de mais um desastre, desta vez, na cidade de East Palestine, em Ohio. No dia 03 de fevereiro, o descarrilamento de um trem com 150 vagões, contendo mais de 20 vagões listados como portadores de materiais perigosos, colocou em risco não apenas os rios e o ambiente natural, mas a vida de milhares de moradores da região. Carros contendo cloreto de vinila, acrilato de butila, etil-hexila acrilato e éter monobutílico de etileno glicol são conhecidos por terem sido e continuam a ser liberado para o ar, solos superficiais e águas superficiais.<sup>44</sup>

Ato contínuo, a Agência de Proteção Ambiental (EPA) dos EUA manifestou-se via e-mail à empresa ferroviária afirmando que serão gastos, fundos públicos para investigar e controlar as liberações de substâncias perigosas ou riscos potenciais no local.<sup>45</sup> De acordo com a Lei Abrangente de Resposta Ambiental, Compensação e Responsabilidade (CERCLA), comumente conhecida como a lei federal do “Superfundo”, a EPA é responsável por responder pela liberação ou ameaça de liberação de substâncias perigosas, poluentes ou contaminantes no meio ambiente.<sup>46</sup> Sua finalidade é a de impedir a ocorrência de mais contaminação, bem como limpar ou atuar de maneira a

---

2023, s/p.

42 CHOUREY, Sarita. *Norfolk Southern to pay \$4 million Graniteville wreck penalty*. The Augusta Chronicle, 08 march, 2010. Disponível em <https://www.augustachronicle.com/story/news/2010/03/08/norfolk-southern-pay-4-million-graniteville-wreck-penalty/14611043007/> Acesso em 26 mar 2023, s/p.

43 Ibidem, s/p.

44 UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *Via email and fed ex overnight delivery signature required*. February 10, 2023. Disponível em: <https://www.epa.gov/system/files/documents/2023-02/Norfolk%20Southern%20East%20Palestine%20Train%20Derailment%20General%20Notice%20Letter%202.10.2023%20%281%29.pdf> Acesso em 29 mar 2023, p. 01.

45 Ibidem, p.01.

46 Ibidem, p. 01.

neutralizar qualquer contaminação que já tenha ocorrido.

A Agência de Proteção Ambiental (EPA) determinou que a Norfolk Southern Railway Company, mediante a CERCLA, pela limpeza ou os custos de limpeza do local. De acordo com o e-mail enviado pela EPA, na sua explicação da responsabilidade potencial:

De acordo com a CERCLA, especificamente as Seções 106(a) e 107(a), partes potencialmente responsáveis (PRPs) podem ser obrigados a realizar ações de limpeza para proteger a saúde pública, o bem-estar ou o ambiente. Os PRPs também podem ser responsáveis pelos custos incorridos pela EPA na limpeza do local, a menos que o PRP possa demonstrar a divisibilidade ou fazer valer uma das defesas estatutárias. PRPs incluem atuais e antigos proprietários e operadores de um lugar, bem como pessoas que providenciaram o tratamento e/ou descarte de quaisquer substâncias perigosas encontradas no ambiente, e pessoas que aceitaram substâncias perigosas para transporte e selecionou o local para o qual as substâncias perigosas foram entregues.<sup>47</sup>

Responsável pela reparação do dano, a ferroviária, que fará limpeza do local contaminado, concordou em usar exclusivamente empresas com sede em Ohio para a tarefa. O procurador-geral de Ohio, Dave Yost, afirmou ser positiva a iniciativa da contratação das empresas estaduais para fazer o trabalho, porque pode levar dois anos para ser concluído todo o trabalho.<sup>48</sup> As declarações de Yost ocorreram no mesmo dia em que o poder legislativo de Ohio aprovou \$ 13,5 bilhões de dólares em plano de orçamento de transporte. O referido plano exige regras adicionais de segurança ferroviária, incluindo a exigência de tripulações de duas pessoas em trens de carga e a obrigatoriedade de detectores de trilhos à beira da estrada estarem separados por 10 a 15 milhas.<sup>49</sup>

Por meio de um comunicado oficial, o presidente e CEO da Norfolk Southern, Alan Shaw afirmou: “A Norfolk Southern ficará no leste da Palestina o tempo que for necessário para ajudar a comunidade a se recuperar e prosperar.”<sup>50</sup> “À medida que avançamos todos os dias, continuamos nossos esforços para contratar empresas de Ohio e trabalhadores de Ohio para realizar trabalhos futuros na área da Palestina Oriental. Estamos ansiosos para apoiar as empresas locais.”<sup>51</sup>

Antes mesmo da empresa ferroviária iniciar os trabalhos de reparação, a Agência de Proteção Ambiental (EPA), dos Estados Unidos, realizou algumas atividades preliminares no local do desastre, como: (i) o monitoramento do ar em torno do ambiente do incidente e do entorno da comunidade, e o monitoramento do ar residencial como parte do plano de reocupação; (ii) a realização de amostragem de ar e água.<sup>52</sup> Após as averiguações, a agência fez as seguintes

47 Ibidem, p. 02.

48 DENATALE, Dave Dino. *Norfolk Southern agrees to use Ohio-based firms for East Palestine train derailment cleanup*. Publicado 29 Mar 2023. Disponível em: <https://www.wkyc.com/article/news/special-reports/train-derailment/norfolk-southern-will-use-ohio-based-firms-east-palestine-train-derailment-cleanup/95-f11690c1-3ec5-42e6-afb6-b84a59a99bf5> Acesso em 29 mar 2023, s/p.

49 Ibidem, s/p.

50 Ibidem, s/p.

51 Ibidem, s/p.

52 UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *Via email and fed ex overnight delivery signature required.* February 10, 2023. Disponível em: <https://www.epa.gov/system/files/documents/2023-02/Norfolk%20Southern%20East%20Palestine%20Train>

observações: (a) materiais liberados durante o incidente foram observados e detectados em amostras de Sulphur Run, Leslie Run, Bull Creek, North Fork Little Beaver Creek, Little Beaver Creek e o rio Ohio; (b) materiais relacionados ao incidente foram observados entrando em bueiros; (c) vários vagões e navios-tanque foram observados descarrilados, violados e/ou em chamas, que incluiu, mas não se limitou aos seguintes materiais: cloreto de vinil, éter monobutílico de etilenoglicol, etilhexil acrilato, isobutileno, acrilato de butila; (d) Cinco vagões-tanque de cloreto de vinila foram violados intencionalmente, observou-se que o vinil cloreto foi desviado para uma trincheira escavada e depois queimado; (e) Áreas de solo contaminado e líquidos livres foram observadas e potencialmente cobertas e/ou preenchido durante a reconstrução da linha férrea, incluindo partes da trincheira/ fosso de queima que foi usado para a queima aberta de cloreto de vinila.<sup>53</sup>

## 6 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil objetiva do Estado em casos de desastres ambientais causados por atividades econômicas refere-se à obrigação deste em reparar os danos causados ao meio ambiente e às pessoas afetadas por esses desastres, independentemente de culpa ou dolo por parte do Estado. Essa responsabilidade decorre do princípio da precaução, segundo o qual o poder estatal deve adotar medidas preventivas para evitar danos ao meio ambiente e, quando ocorrerem desastres ambientais, deve tomar medidas para minimizar os danos e reparar os danos causados. Assim, durante o cumprimento de suas atribuições ambientais, o Estado Constitucional está vinculado aos limites estabelecidos pelo conjunto de regras legais (como os direitos fundamentais, o devido processo legal, a legalidade e as garantias fundamentais). Nesse sentido, a justiça ambiental destaca a responsabilidade do Estado em evitar que os riscos ambientais sejam transferidos para áreas, comunidades ou Estados mais carentes ou vulneráveis.

No caso do descarrilamento do trem em Ohio em 2023, a responsabilidade civil objetiva pode ser aplicada para responsabilizar a empresa ferroviária pelo dano ambiental causado pelo derramamento de materiais perigosos na região e pelo Estado. Sobretudo devido à grande incidência de casos de desastres por descarrilamento de trem no mesmo trecho de Ohio há algumas décadas, com histórico de centenas de mortes, além dos impactos devastadores no meio ambiente. Percebe-se, na investigação dos motivos que provocam esses desastres, que a falta de adequação dos aparelhos de prevenção de acidentes na ferrovia é um dos principais fatores. Entende-se, diante das informações oficiais divulgadas, que simples equipamentos e um protocolo de fiscalização da ferrovia evitariam desastres de impactos econômicos milionários tanto para a empresa quanto para o

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 02.



Estado, sobretudo, e ainda mais importante, minimizaria os riscos das mortes e das contaminações dos moradores locais e não comprometeria a estrutura ambiental do lugar. No caso recente de Ohio, segundo a Agência de Proteção Ambiental (EPA) do estado, os testes mais recentes indicam que cinco poços que abastecem a vila possuem água potável livre de contaminantes. A EPA recomenda testes para poços de água privados, uma vez que esses poços estão mais próximos da superfície. Por sua vez, o Departamento de Recursos Naturais de Ohio estima que os contaminantes derramados impactaram mais de 11,2 quilômetros de riachos, causando a morte de cerca de 3.500 peixes, a maioria pequenos. Porém, a extensão dos danos e a necessidade de reparação integral ainda precisam ser avaliados pelas autoridades competentes.

Os Estados Unidos possuem normas de proteção ambiental que remetem a uma preocupação mais recente com o meio ambiente. A atuação da Agência de Proteção Ambiental (EPA) tem se mostrado diligente e eficaz na condução da reparação de danos, seja da parte do Estado, seja para obrigar o agente causador a repará-los. Mas diante dos casos recorrentes de descarrilamentos de trens, o histórico denuncia certa omissão nas atividades de contenção de riscos de desastres. Lembrando que durante o momento de escrita deste trabalho para tratar da catástrofe socioambiental ocorrida em Ohio, em fevereiro de 2023, em março do mesmo ano, mais um trem descarrilou no mesmo estado, porém, com impactos bem menores.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. Palestra proferida no curso Introdução ao Direito Norte-americano, em 21 de agosto de 2001. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. N 22, 2002. DOI:<https://doi.org/10.22456/0104-6594.72683> Acesso em 06 mar. 2023.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. *Lei nº 6.938/1981*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. *Lei nº 9.605/1998*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em: 22 mar. 2023.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CARVALHO, Délton Winter de. “Estado de Direito Ambiental.” *In: estão Jurídica Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020. p. 108-135.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais*. Tese do doutorado em Direito apresentado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS, 2006.

CARVALHO, Delton. O Direito dos desastres ambientais e o gerenciamento circular do risco. In: BARRETO, Vicente P.; DUARTE, Francisco C.; SCHWARTZ, Germano. (Orgs). *Direito da Sociedade Policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.

CBS NEWS. *Video appears to show Ohio train on fire 20 miles before derailing*. Noticiado no dia 19 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J5rhdOTcVs0>, via YouTube. Acesso em 06 mar. 2023.

CHOUREY, Sarita. *Norfolk Southern to pay \$4 million Graniteville wreck penalty*. The Augusta Chronicle, 08 march, 2010. Disponível em <https://www.augustachronicle.com/story/news/2010/03/08/norfolk-southern-pay-4-million-graniteville-wreck-penalty/14611043007/> Acesso em 26 mar 2023, s/p.

DENATALE, Dave Dino. *Norfolk Southern agrees to use Ohio-based firms for East Palestine train derailment cleanup*. Publicado 29 Mar 2023. Disponível em: <https://www.wkyc.com/article/news/special-reports/train-derailment/norfolk-southern-will-use-ohio-based-firms-east-palestine-train-derailment-cleanup/95-f11690c1-3ec5-42e6-afb6-b84a59a99bf5> Acesso em 29 mar 2023.

FARBER, Daniel A. Environmental Disasters: An Introduction. *UC Berkeley Public Law Research Paper* No. 1898401, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1898401> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1898401> Acesso em 06 mar. 2023.

HORA DO POVO. *Segundo trem descarrila em Ohio em menos de um mês*. Publicado em 06 de março de 2023. Disponível em: <https://horadopovo.com.br/segundo-trem-descarrila-em-ohio-em-menos-de-um-mes/> Acesso em 25 mar 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MAXOURIS, Christina; YAN, Holly; BROWN, Nicki. *The Ohio toxic train wreck was ‘100% preventable’ – but there’s no evidence the crew did anything wrong, investigators say*. CNN, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/02/23/us/ohio-train-derailment-east-palestine-thursday/index.html> Acesso em: 06 mar. 2023.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. *Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura*, São Paulo, ano 20, nº 48, p. 47-71, Março-Abril, 2019.

NBC NEWS. *Biden administration extends foreclosure moratorium, mortgage payment forbearance through June 30*. NBC News, [S.l.], 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/business/personal-finance/biden-administration-extends-foreclosure-moratorium-mortgage-payment-forbearance-through-june-n1259427>. Acesso em: 08 mar. 2023.

NORFOLK SOUTHERN. *About NS*. <http://www.nscorp.com/content/nscorp/en/about-ns.html> Acesso em 25 mar 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência de ONU no Ambiente

Humano. 1972. Disponível em: [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo\\_mma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/estocolmo_mma.pdf) Acesso em 24 mar 2023.

SUN, Linjun. *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations: Law, Environmental Harm, and the Right to Health*. Cambridge University Press, 2018.

THE GUARDIAN. *Ohio catastrophe is 'wake-up call' to dangers of deadly train derailments*. 19 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2023/feb/11/ohio-train-derailment-wake-up-call> Acesso em: 06 mar. 2023.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *Via email and fed ex overnight delivery signature required*. February 10, 2023. Disponível em: <https://www.epa.gov/system/files/documents/2023-02/Norfolk%20Southern%20East%20Palestine%20Train%20Derailment%20General%20Notice%20Letter%202.10.2023%20%281%29.pdf> Acesso em 29 mar 2023.

VERCHICK, Robert R. M. *Disaster Law and Policy*. Wolters Kluwer Law & Business, 2020.

# JUSTIÇA DE RESULTADOS: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Ana Clara Baggio VIOLADA<sup>1</sup>  
Ana Claudia ROSSANEIS<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo compreender o acesso à justiça para além do mero ingresso ao poder judiciário, sendo este uma garantia de resolução do conflito social que desequilibra a natureza das relações humanas. O acesso à justiça deve, portanto, ser entendido como garantia fundamental. É direito do cidadão a apreciação do poder judiciário à ameaça ou lesão ao seu direito. No entanto, consolida-se como norma que, para além, determina a forma de agir do sistema judiciário na solução de um conflito. Garantir acesso à justiça, então, é garantir acesso à uma ordem jurídica justa, em tempo hábil, com uma solução eficaz. Perpassada a aproximação conceitual, a numerologia do atual cenário do Judiciário brasileiro se mostra reflexo de uma prestação ineficaz da tutela jurisdicional, onde a solução de mais um número é colocado acima da resolução do conflito propriamente dito. Então, a forma como o poder judiciário optou por lidar com a chamada crise numérica de processos não se mostra capaz de exercer a função social do direito como pacificação social, eis que a busca por produção de maior número, a qualquer custo, coloca em risco a efetividade da prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Efetividade. Conflito Social.

## ABSTRACT

This article aims to understand access to justice beyond entry into the judiciary system, which is a guarantee of resolution of the social conflict that unbalances the nature of human relationships. Access to justice must therefore be understood as a fundamental guarantee. It is the right of citizens to have the judiciary assess that look at their wound or threat to their right. However, it consolidates itself as a norm that, in addition, determines the way of acting of the judiciary system in the solution of a conflict. Guaranteeing access to justice, then, is guaranteeing access to a fair legal order, in a timely manner, with an effective solution. Permeating the conceptual approach, the numerology of the current scenario of the Brazilian Judiciary shows itself to be a reflection of an ineffective provision of judicial protection, where the solution of one more number is placed above the resolution of the conflict itself. So, the way in which the judiciary chose to deal with the so-called numerical crisis of processes is not capable of exercising the social function of law as social pacification, behold, the search for the production of a greater number, at any cost, puts at risk the effectiveness of judicial provision.

**KEY WORDS:** Access to justice. Effectiveness. Social Conflict.

## INTRODUÇÃO

Em razão dos impactantes e preocupantes dados constatados na massiva utilização do Poder Judiciário e sua correspondente prestação de serviços, o que se resume na chamada “crise

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; e-mail: anac1504@hotmail.com

2 Doutoranda em função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Mestre em ciências jurídicas pela Universidade Cesumar, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, professora na Universidade Estadual de Maringá e na Universidade Cesumar; advogada;

numérica dos processos”, buscou-se analisar a prestação da tutela jurisdicional sob o viés amplo do preceito de acesso à justiça como consolidado pelos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth no marco teórico conhecido como Projeto de Florença.

Uma vez superado o entendimento de que o acesso à justiça não pode ser entendido apenas como uma possibilidade de ingresso em juízo, é necessário olhar tal normativa sob o viés de atuação de todos os operadores do direito e como a sua (in)correta forma de lidar com conflitos.

A problemática central consiste justamente em analisar a efetividade da prestação jurisdicional frente à crise numérica de processos enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro. Nesse sentido, para além de democratizar o acesso ao Judiciário, o direito fundamental e constitucional, previsto pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como, normativa processual prevista pelo art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. É notório, pois, que o sistema se encontra em uma situação paradoxal: a morosidade que coloca em risco a efetividade da prestação jurisdicional é obstáculo de acesso à justiça. A forma como o poder judiciário atualmente lida com o referido obstáculo é a produção exacerbada de decisões que resolvam mais um processo, deixando de lado o aspecto social do conflito.

Utilizando-se da metodologia hipotético-dedutiva, estatística e comparativa e, tomando por base o conceito doutrinário firmado de acesso à justiça, a análise numérica do panorama atual do poder judiciário buscou compreender as consequências do volume processual, que se resumem em morosidade e inefetividade da tutela jurisdicional e, à vista disso, uma violação do preceito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Para mais, a forma de lidar com os conflitos dentro do sistema judiciário que, por muitas vezes acaba esquecendo que o direito é um meio de obtenção da justiça e não um fim em si mesmo, alastrando processos com formalismos judiciais e procedimentais que parecem mais se preocupar com o desenvolvimento da lide do que com a solução do conflito propriamente dita.

Dessa forma, a maneira de lidar com processos deve ser voltada à uma prática que efetive o acesso a justiça, não visando minimizar o papel da solução adjudicada do Estado, que é reconhecidamente necessária frente à certas lides singulares. Tal atuação, é voltada, portanto, a efetivar a eficácia prática da prestação jurisdicional.

A justiça que por ora é vista como incompetente e frustrada na visão majoritária dos cidadãos tem urgência de mudança, eis que a descrença e insegurança é impertinente aos litigantes. Tal situação vai em divergência à garantia do acesso à justiça, eis que o acesso à uma ordem jurídica justa e efetiva parece não ser a regra no sistema atual.

## **1 ACESSO À JUSTIÇA EM UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL**

O relacionamento entre dois ou mais indivíduos no interior de um grupo social dá azo as chamadas relações sociais, as quais, por sua vez, formam a base da estrutura social. A complexidade dessas relações traz à tona a existência de conflitos de interesses entre os sujeitos, ou entre estes e o Estado.

O Direito, por intermédio de suas regras jurídicas, consiste em um conjunto de normas gerais e positivas que visam disciplinar a vida social, a fim de resolver conflitos e, até mesmo, evitá-los. “Contudo, não basta traçar norma de conduta. O equilíbrio e desenvolvimento sociais só ocorrem se a observância da regra jurídica se fizer obrigatória” (THEODORO JÚNIOR, 2019, p.3).

Existe, então, um conjunto de diretrizes jurídicas que consistem no direito processual, aquele que há de ser instrumento de atuação de leis e solução de conflitos de interesses. Tal instrumento é regido por princípios e normas que guiam o caminho buscado a se alcançar a aplicação das referidas normas jurídicas. Ou seja, o processo serve à materialização de tais regras sociais.

Dentro das denominadas “Normas Fundamentais do Processo”, que existem em decorrência de garantias já explícitas dentro da própria Constituição Federal, contempla-se a existência do acesso à justiça, com base legal situada tanto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, quanto no art. 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

A presente norma surge como forma de garantia à apreciação do Poder Judiciário. Quando solicitada, é assegurado o exercício de intervenção estatal, através da aplicação do direito, sempre que houver lesão ou ameaça à direito.

Para uma aproximação inicial, destaca-se que a definição e conceituação de acesso à justiça, ainda que aparente ser óbvia, se manifesta de forma complexa. O acesso à justiça é tanto um direito social quanto uma perspectiva metodológica que se volta para uso poder judiciário, sob influência de seus usuários.

O Projeto Florença, estudo encabeçado pelos professores Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Earl Johnson Jr., o Projeto de Florença (*Florence Access-to-Justice Project*), notadamente o maior e mais significativo estudo universal sobre o acesso à justiça já realizado, definiu acesso à justiça como direito e como enfoque de estudo de um direito processual que visa compreender como o sistema opera, em benefício de quem e com qual impacto social, usando, para tanto, conhecimentos e ferramentas de outros saberes e culturas.

Nesse sentido, destaca-se um trecho da obra resumida de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 8)

Na perspectiva de direito social, pode ser entendida como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir direitos, “um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria de direito natural” (SCHELEDER, 2006, p. 154).

Ainda, um direito humano fundamental, consagrado em todo e qualquer sistema jurídico comprometido com a efetivação, a adequação e a tempestividade, sendo muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Judiciário.

Assim, o direito ao acesso à justiça é um direito fundamental, pautado em princípio também constitucional, que deve nortear a interpretação das normas jurídicas e servir como diretriz para a atividade do judiciário, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, “desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei, até a necessidade de se franquear opções para a sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária” (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53).

Já no que tange a perspectiva metodológica ao uso do poder judiciário, é possível elucidar a vertente pela expressão utilizada pelos processualistas e criada por Kazuo Watanabe que consiste em “acesso à ordem jurídica justa”, a qual reúne uma noção mais ampla de acesso do que o simples ingresso no sistema de justiça estatal (WATANABE, 1988, p. 128).

Estende-se, ainda, à necessidade de estruturação de uma justiça capaz de responder adequadamente aos conflitos sociais, onde haja a efetiva participação da comunidade na administração da justiça e que esta seja prestada por juízes capazes de compreender a realidade e as transformações sociais ao seu entorno.

Aufere-se, então, um novo conceito que diz respeito, vagamente, ao dever do Estado em proporcionar os meios adequados a fim de se alcançar uma solução eficaz para os conflitos como forma de assegurar meios capazes de gerar decisões de forma equitativa. Sob um viés de enfoque jurídico, “notadamente do processo civil como instrumento de resolução de conflitos, avulta a repercussão política e social do tema, essencial no esquema mais amplo da democracia e do Estado Social de Direito” (ABREU, 2008, p. 48).

Com isso, denota-se que garantir acesso à justiça significa garantir muito além da possibilidade de litigar junto ao sistema judiciário. É necessário que esse litígio se concretize em três etapas: o ingresso no judiciário visando a obtenção de um direito, os caminhos após a entrada, e a saída, tudo isso, em um tempo razoável (SADEK, 2014, p. 57). Sustentar tal ingresso, ainda, pressupõe proporcionar acesso à informação, bem como métodos consensuais de solução de

conflitos, propositura de ações e recursos, produção de provas e as demais tutelas previstas na ordem jurídica. Tudo isso pautado no objetivo final de se assegurar uma tutela equitativa e efetiva.

Dito isso, muito embora a palavra acesso chame atenção a entrada ou ingresso em algo, é nítido que deve ser compreendida em um viés mais abrangente: garantir acesso, aqui, à justiça, é a possibilidade de se alcançar algo: uma decisão justa e equitativa em tempo hábil. Ou seja, o direito e a garantia do acesso à justiça “não se esgotam ao mero acesso aos lindes Poder Judiciário e, também, com a simples entrega da prestação jurisdicional ao jurisdicional, sem a preocupação da realização da ordem jurídica justa” (RUIZ, 2021, p. 14).

Nesse sentido, os autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra Teoria geral do processo, elencam que para se obter um acesso à justiça eficiente e, dele garantir a efetividade de um processo, há se analisar quatro pontos: (a) admissão ao processo, (b) o modo de ser do processo, (c) a justiça das decisões e (d) a efetividade das decisões que são proferidas no processo pelos juízes (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 52).

Acerca do primeiro ponto, abordam a necessidade de olhar para o viés econômico do processo. Assim como já previsto por Mauro Cappelletti, na primeira onda renovatória de acesso à justiça proposta pelo Projeto de Florença. Assim, a assistência jurídica integral e gratuita, conforme consolidada pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é essencial, de modo que, conforme narram os autores “ninguém fique privado de ser convenientemente ouvido pelo juiz, por falta de recursos. A justiça não deve ser tão cara que o seu custo deixe de guardar proporção com os benefícios pretendidos.” (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 53).

Em seguida, o modo de ser do processo é observância da ordem legal, do texto literal em sede do notório princípio do processo legal. Há de existir cooperação entre as partes e delas para com o julgador, eis que a participação de todos no desenvolvimento da instrução processual é caminho para alcance da verdade e, dela, a garantia da justiça. Já no que tange à justiça das decisões, é olhar o acesso à justiça em sede de saída de decisões. Delas, portanto, “deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo”. Os autores abordam a conduta do julgador sobre o processo em si e sua exigência precisa e exaustiva dos fatos, tal qual uma interpretação inadaptável sobre o texto da lei.

Por fim, em sede de efetividade das decisões, é necessário garantir àquele que tem direito o que se tem o direito de obter. Isso, através do processo. Ocorre que, no campo de efetividade, “tal linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.” (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER;



DINAMARCO, 2014, p. 54).

Seria nesse sentido que a garantia da duração razoável do processo está em pauta, eis que a efetividade é intimamente ligada com o tempo, sob pena do processo em si se tornar inútil, eis que o direito que se pleiteia é predominantemente atual e a morosidade em alcançar sua garantia é, para além de um “desconvite” ao acesso à justiça, uma demonstração inequívoca de inefetividade.

Mas a morosidade na entrega da prestação jurisdicional é fenômeno presente nos mais variados ordenamentos jurídicos e, para além dela, inúmeros são os fatores que levam aos obstáculos de acesso à justiça. Consequentemente, surge então, a crise da justiça, quando se olha sob o viés de garantir a justiça pelo poder judiciário. Isso porque, lamentavelmente, a perspectiva de atuação atual é majoritariamente voltada a utilização do processo como instrumento para a realização de metas e projetos econômicos. Pouco se fala em buscar e atingir a solução do conflito. O agir predominante é o da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade.

Nesse sentido, expõe Ivan Aparecido Ruiz:

A título meramente exemplificativo, lembra-se da crise numérica dos processos, ou seja, a grande quantidade de processos que tramitam atualmente perante o Poder Judiciário. Mas, o estudioso do processo, em particular do processo civil, deve se preocupar, com relação a crise numérica do processo, não somente quanto ao aspecto quantitativo, atacando os efeitos, mas, também, e sobretudo, no que se refere as causas. Eis uma questão que ainda demanda muito estudo e reflexão dos estudiosos. (RUIZ, 2021, p. 39).

Denota-se, portanto, que o panorama atual se encontra acorbetado pelo chamado processo civil de resultados, o qual notoriamente coloca em risco para além da efetividade da justiça, todo o conceito do justo em si. O pleno acesso à atividade estatal, tendo ao seu dispor meios adequados para a obtenção de um resultado útil não garante que tal resultado seja, de fato justo.

Falar em efetividade, é dizer que àquele que teve sua condição de titular de direito reconhecida tem a possibilidade de usufruir plenamente dessa situação de vantagem, devendo o resultado ser obtido com dispêndio mínimo de tempo e energia (BEDAQUE, 2009, p. 80).

Ressalta-se que a grave crise que alastra o judiciário brasileiro em termos numéricos e procedimentais foi de antemão prevista pelo italiano Mauro Cappelletti, sob a conceituação de explosão da litigiosidade, encabeçado por Marc Galanter (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25). O autor Rodolfo de Camargo Mancuso, citando Cappelletti, justifica a crise citada como um “demandismo judiciário sem precedentes”. Narra, então, “que o Estado tem procurado atender [a crise] sob um formato judiciário massivo, focado no obsessivo propósito de eliminar processos, ao invés de lidar e resolvê-los mediante uma resposta de qualidade” (MANCUSO, 2011, p.1).

O atual cenário brasileiro, então, busca resolver a crise numérica de processos por um critério quantitativo: o judiciário precisa sempre produzir mais. Solucionar mais demandas, em menos tempo. A celeridade, então mascarada de efetividade, é fenômeno cada vez mais presente na

atuação dos operadores do direito. O quesito a se refletir, portanto, consta na viabilidade em se prolatar uma decisão, seja ela terminativa ou não terminativa, de forma rápida e que vise solucionar mais uma demanda, olhando-a como um número processual, ao invés de olhar para a solução de mais um conflito social.

## **2 PANORAMA ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO**

Ante ao exposto, é de suma importância a análise de números, aqui referentes aos últimos anos de atuação do judiciário, em dados divulgados pelo próprio CNJ, cujo crescimento exponencial é admirável, mas faz levantar o questionamento: até quando a estrutura atual vai dar conta?

### **2.1 Justiça em números**

A denominação deste seguimento é idônea aquele intitulado pelo próprio CNJ como a principal fonte de estatísticas oficiais do Poder Judiciário. A pesquisa, realizada anualmente desde o ano de 2004, traz um relatório da função jurisdicional em números e divulga a realidade dos tribunais brasileiros. Apresenta, ainda, um vasto rol de detalhes sobre estrutura do poder judiciário, os índices de litigiosidade, bem como indicadores e análises essenciais para subsidiar a gestão judiciária brasileira.

Os dados aqui apresentados serão referentes ao relatório do ano de 2022, que consiste em análise de dados do ano anterior: 2021. É importante ressaltar, então, que a pesquisa foi realizada sobre um judiciário que havia recém retomado e, em parte, os serviços presenciais após o exercício de atividades em forma remota, dada o contexto pandêmico da Covid-19.

O destaque ao cenário de pandemia se dá em razão de, muito embora o exercício justiça atual realizar-se em caráter quase que completamente digital e o sistema de *home office* funcionar efetivamente, as prioridades dos indivíduos estarem voltadas à saúde e cuidados íntimos, bem como a certa dificuldade ao contato físico e a acessibilidade aos serviços jurídicos, de forma presencial, propriamente ditos.

Um exemplo disso é que, ao comparar o número de processos distribuídos mensalmente, especificamente no mês de novembro, em uma das Varas Cíveis da cidade de Maringá, Estado do Paraná, obtém-se os seguintes números: novembro de 2018, 128 casos novos; novembro de 2019, 161 casos novos; novembro de 2020, auge da pandemia, 147 casos novos; novembro de 2021, ainda em cenário pandêmico, 143 casos novos. Por fim e, com destaque notável, o mês de novembro de 2022 foi marcado pela distribuição de 202 casos novos. Reitero, em apenas uma das sete varas

cíveis que compõe a comarca da região metropolitana da cidade de Maringá, Estado do Paraná.<sup>3</sup>

Nesse seguimento, os dados do CNJ trazidos pelo relatório da pesquisa informam que o total de processos distribuídos nos 12 meses do ano de 2021 foram 27,7 milhões de novos casos, apresentando um crescimento de 10,4% em relação ao ano anterior. Num panorama geral, em tramitação no judiciário brasileiro no ano referência foram de 77,3 milhões de processos, dos quais cerca de 19,8% (15,3 milhões) são aqueles suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

O total de processos baixados, por sua vez, consistem em 26,9 milhões, com a crescente de 11,1% em relação a 2020. Destaca-se que o percentual é superior ao crescimento (de 10,4%) de casos novos, o que denota ter o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) aumentado, especificamente em 11,6% com relação ao ano anterior.

Os dados apontam que, em média, cada magistrado ou magistrada baixou 1.588 processos no ano de 2021, sendo que o Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jus) também cresceu, em 13,3%. A média de solução de casos por dia útil do ano foi de 6,3, incluindo na contagem de dias os períodos de férias e recessos<sup>4</sup>.

Posto isso, é importante analisar, então, o número de componentes do poder judiciário, que se divide em Justiça Estadual (8.346 varas e 1.206 juizados especiais), Justiça Federal (790 varas e 194 juizados especiais federais), Justiça do Trabalho (1.587 varas do trabalho), Justiça Eleitoral, Justiça Militar Estadual, e Justiça Militar da União, tudo isso em sede de primeiro grau.

No ano de 2021, o Poder Judiciário totalizou 424.911 servidores, dos quais 18.035 eram magistrados (4,2%), 266.338 servidores (62,7%) – destes, 78,6% estão lotados em na área judiciária, enquanto 21,4% detém atuação em área administrativa –, 66.052 terceirizados (15,5%), 55.646 estagiários (13,1%) e 18.840 conciliadores, juízes leigos e voluntários (4,4%).

No panorama de divisão por órgão do poder judiciário ante as justiças acima narradas, a Estadual conta com 68,6% dos magistrados, 64,6% dos servidores e 78,8% dos processos em trâmite.

A Justiça Federal, por sua vez, compõe-se por 10,5% dos magistrados, 10,6% dos servidores e 13,2% dos processos em trâmite. E a Trabalhista, 20% dos magistrados, 14,4% dos servidores e 6,7% dos processos.

Extraí-se, ainda, que o Poder Judiciário possui uma relação de 8,5 magistrados por cem mil habitantes, o que corresponde à um juiz para um grupo de 11.764 pessoas. Comparando-se com o

---

3 Os dados foram extraídos do sistema judiciário utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Projudi. Referentes à atuação da 3ª Vara Cível da comarca de Maringá, Estado do Paraná. Disponível em: <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>, área de estatística, vara já informada, classe processual à selecionar. Também possível de acesso em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>

4 Dados disponíveis em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2023.

cenário europeu, o número é de um magistrado para cada 5.690 pessoas, o que torna o Brasil com cerca de metade do número de magistrado por habitante dos países ocidentais.<sup>5</sup>

Perquirido o panorama dos servidores judiciários, é necessário voltar o olhar ao litigante. Quantos tiveram acesso à justiça e como esse acesso se deu: a cada cem mil habitantes, 11.339 ingressaram um processo no ano de 2021, configurando aumento de 9,9% no número de casos novos por habitantes em relação a 2020. Destaca-se que o CNJ computou somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas – isso porque, geralmente, as execuções iniciais de títulos judiciais tomam curso nos mesmos autos que julgaram a ação de conhecimento. Não se trata, então, de uma nova demanda, mas sim de uma demanda ainda não, pelo menos completamente, resolvida.

Desses números, aqueles que foram beneficiados com a Assistência Judiciária Gratuita, totalizam 30%, com aumento de 2,3 pontos percentuais em relação ao ano de 2020. A conclusão dessa base de cálculo retira, por óbvio, as ações criminais e os casos dos Juizados Especiais, eis que os procedimentos em questão não utilizam o recolhimento de custas.

“A série histórica da concessão da AJG demonstra crescimento entre os anos de 2015 a 2018, com redução dois anos seguintes e retomada da curva de crescimento em 2021. O índice variou de 27% em 2015 a 35,7% em 2018, tendo atingido 29,7% em 2021”.<sup>6</sup>

Por fim, apresentam-se dados referentes à produtividade e congestionamento dos setores judiciários, incluindo a carga de trabalho dos magistrados e dos servidores da área jurídica. Os já citados índices, IPM e IPS-Jud, são calculados através relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. A carga de trabalho, por sua vez, é indicativa do número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano, incluindo tanto processos principais quanto recursos internos.

O IPM e o IPS-Jud sofreram variação, respectivamente, em 11,6% e 13,3%, o que indica que as cargas de trabalho também cresceram. Para os magistrados, o volume de processos médio sob sua gestão foi de 6.411 (aumento de 11,6%), enquanto para os servidores a carga acumulada foi de 543 processos por pessoa, totalizando aumento de 6,4% na carga e, no que tange a produtividade, cada servidor baixou, em média, 135 processos - aumento de 13,3%.

Outros índices relevantes, que por sua vez indicam o desempenho efetivo do Poder Judiciário, são os conhecidos como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) e a taxa de congestionamento. Essa consiste no percentual de processos que ficaram parados, sem solução, em

---

5 Dados extraídos de < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2023.

6 Justiça em números 2022: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 23 fev. 2023.

comparação com aqueles totais que tramitaram no período de um ano. Assim, denota-se que, quanto mais alto o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos.

“A taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016. A partir desse ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,7%. Em 2020, em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir, sendo que, em 2021, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 74,2%” (CNJ, 2022, p. 126).

A mesma taxa finalizou o ano de 2021 em 69,7%, o que aponta decréscimo em 4,4 pontos percentuais da taxa total.

O IAD, então, reflete a capacidade do judiciário em dar seguimento ao volume de casos ingressados. Esse indicador global no Poder Judiciário alcançou 97,3% no ano de 2021, contribuindo para a elevação do estoque em 1,5 milhão de processos, o que indica que os índices ficaram abaixo do patamar mínimo desejável, que é 100%.

Há de se destacar, então, que os estrondosos números demonstram um avassalador cenário judicial que não mais busca soluções efetivas, mas sim celeridade, produção e, seguramente, resultados numéricos.

Nas palavras do jurista Rodolfo de Camargo Mancuso:

“O *modus procedendi* no manejo da questão judiciária tem mantido foco no trato da consequência [acervo de processos], pragmática política que, por não enfrentar a causa, permite que esta se vá agravando e expandindo, projetando deletérias externalidades: duração excessiva dos feitos; exasperação das partes, ante a demora, os custos e a imprevisibilidade dos julgamentos; distribuição desigual dos ônus e encargos entre os litigantes habituais e os eventuais; tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados, ante a excessiva dispersão jurisprudencial; crescente desconfiança da população na função judicial do Estado; atritos institucionais entre o Judiciário e os outros Poderes: com o executivo, por conta das sucessivas requisições de novos e maiores recursos orçamentários; com o Legislativo, melindrado por um ativismo judiciário, em matérias sujeitas à reserva legal” (MANCUSO, 2011, p. 27).

Tal situação, que já reconhecidamente é objeto de estudo, conta com análise minuciosa de estatísticas para que uma eventual solução – ainda que utópica – seja apresentada.

## **2.2 A numerosidade: temática versus tempo**

Discorrer sobre o tempo de duração de uma lide abrange uma certa complexidade, eis que um processo pode diferir em trajetória de outro. Em um cenário atraente, os litígios se resolveriam em primeira instância e, preferencialmente, em fase de conhecimento. Ocorre que, o número de recorribilidade, não apenas de decisões terminativas, é vasto. Com isso, adentram as segundas, terceiras e até “quarta”, instância.

Por sua vez, ainda, uma decisão que de azo à um título executivo judicial não é de toda efetiva se a obrigação nela imposta não for cumprida: surge, então, uma nova demanda: as

execuções. Estas, eis que não envolvidas em fase de cognição, tratando-se apenas de efetivar o direito reconhecido em sentença ou título extrajudicial, costumam ser mais morosas, ante as dificuldades de execução e constrição. A fase de conhecimento, muito embora tenha de enfrentar as postulações das partes e a dilação probatória, tende a fluir de forma mais harmoniosa.

É por isso que, o cálculo de duração de tempo médio de um processo deve ser elaborado a partir de três indicadores: o tempo médio da inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes, no caso da análise do CNJ, até o último dia útil do ano de 2021.

O tempo médio dos processos pendentes no ano de referência se mostrou maior que o tempo de baixa, com destaque às execuções, que, na Justiça Federal chegam à média de 8 anos e 6 meses, enquanto na Justiça Estadual, 5 anos e 9 meses. Excluíram-se as execuções penais da contagem, pelo mesmo motivo narrado anteriormente: os processos se mantem no acervo até cumprimento da execução da pena.

Já o tempo de baixa dos processos no ano de 2021, foi de 1 ano e 10 meses na fase de conhecimento em primeiro grau, 2 anos e 1 mês no segundo grau e de 3 anos e 8 meses na fase de execução do primeiro grau.

Em que pese tais números sejam importantes, para efeitos deste trabalho, acredita-se ser a média a seguir apresentada a base de maior relevância para análise crítica da morosidade processual: o tempo médio de duração dos processos em tramitação na fase de conhecimento de primeiro grau é de 3 anos e 3 meses, enquanto o processo em fase de execução do primeiro grau é de 5 anos e 11 meses. Com isso, conclui-se que o tempo médio do acervo de conhecimento em instâncias originárias ou recursais do Poder Judiciário no ano de 2021 foi de 3 anos e 1 mês e, descontados os períodos de suspensão ou sobrestamento o tempo de tramitação foi de 2 anos e 8 meses.<sup>7</sup>

Voltando o olhar para o perfil de litígios, é possível constatar que na Justiça Estadual, concentram-se 71% dos novos casos, onde a temática de direito civil aparece duas vezes entre os cinco assuntos mais frequentes, sendo, por sua vez, também a principal matéria em todos os graus de jurisdição da Justiça Estadual.

As discussões sobre danos morais e materiais constam como prevalência nos Juizados Especiais e, na justiça comum, os assuntos que tratem sobre direito de família em matéria de alimentos e de relações de parentesco (guarda, adoção de maior, alienação parental, suspensão do poder familiar, investigação de maternidade/paternidade, entre outros).

---

<sup>7</sup> Informações extraídas da pesquisa Justiça em Números 2022, do CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

Na Justiça Federal, a expressividade de processos é relativa ao direito previdenciário, especificamente o auxílio-doença previdenciário, com subtema mais recorrente, seguido pela aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de serviço. Tem destaque, ainda, ações sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e, durante o contexto de pandemia, o Auxílio Emergencial adentrou a lista dos cinco maiores assuntos dos Juizados Especiais Federais (JEFs).

Como efeito e, na busca em tentar solucionar a problemática que surge, o Poder Judiciário vem implementando projetos e programas no intento de potencializar a justiça. Foi demonstrado: as demandas são as mesmas, as partes, em maioria, também. Basta, então, criar um sistema de produtividade capaz de atender aos números, sem se aprofundar no mérito.

### **2.3. Programa Justiça 4.0 e Metas do CNJ**

O cenário atual brasileiro vem contando com a utilização de diversos programas e iniciativas que buscam acelerar, ainda que em um ritmo sem precedentes, a modernização dos métodos de trabalho do Poder Judiciário. O impacto de tais implementações foi mensurado por painéis e dados com instrumentos processuais de observância ao cumprimento das resoluções do CNJ.

De início, em 2003, foi instituído o primeiro sistema de tramitação processual eletrônica e, três anos depois, editou-se a primeira lei sobre informatização do processo (Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006), que passou a permitir o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças.

No ano de 2009, foi criado o Processo Judicial Eletrônico (Pje) por meio do Termo de Acordo de Cooperação Técnica n. 073/2009 firmado entre o CNJ, o Conselho da Justiça Federal e os cinco Tribunais Regionais Federais.

A partir disso, aumentou-se de forma significativa a digitalização dos acervos processuais, demonstrando que o esforço constante do Poder Judiciário em se modernizar e empregar eficiência na tramitação dos processos, observando o disposto pela Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Com isso e, frente ao cenário de modernização, massividade na utilização de tecnologias e redes sociais, o efeito do Programa Justiça 4.0 é significativo. A proposta é trazer inovação e efetividade na realização da Justiça para todos. Busca promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas

tecnologias e inteligência artificial.

Trata-se, então, de um sistema que busca automatizar e transformar a justiça em um serviço de atendimento às necessidades dos cidadãos, ampliando, conseqüentemente, o acesso à justiça. “As inovações tecnológicas têm como propósito dar celeridade à prestação jurisdicional e reduzir despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público.” (CNJ, 2022, p. 19).

Há de se reconhecer a contribuição do Programa Justiça 4.0 frente a informatização e modernização das demandas judiciais, eis que o projeto conta com iniciativas notáveis, as quais cito: implantação do Juízo 100% Digital (que permite a prática de atos de audiência e oitiva também por videoconferência); implantação do Balcão Virtual (promove o acesso à Justiça no campo digital e normatiza o uso de instrumentos virtuais para atendimento das partes); desenvolvimento da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), possibilitando ampliação do grau de automação do processo judicial eletrônico e o uso de inteligência artificial (IA), bem como a disseminação do uso de um *marketplace* de serviços digitais jurídicos, no intento de beneficiar o ecossistema dos sistemas de gestão processual eletrônicos, observando-se as peculiaridades regionais e técnicas;<sup>8</sup>

Ainda, é fruto do Programa Justiça 4.0 o auxílio aos tribunais no processo de aprimoramento dos registros processuais primários, consolidação, implantação, tutoria, treinamento, higienização e publicização do DataJud, visando contribuir com o cumprimento da Resolução CNJ n. 331/2020, bem como a implantação do sistema Codex, cujas funções consistem em alimentar o DataJud de forma automatizada e transformar em texto puro as decisões e petições, a fim de ser utilizado como insumo de modelo de inteligência artificial.

Para mais, a Resolução n. 385/2021 do CNJ, criou Núcleos de Justiça 4.0, iniciando um funcionamento remoto dos serviços dos tribunais direcionados à solução de litígios específicos, sem exigir que a pessoa compareça ao fórum para uma audiência. Trata-se, então, de um novo e inusitado modelo de atendimento, que busca qualificar as demandas nas varas de primeiro grau. A promessa é sedutora, especialmente frente à uma justiça atual sobrecarregada.

A busca pela tramitação de processos em meio eletrônico, o aumento da celeridade e da eficiência da prestação jurisdicional por meio do uso de tecnologia consiste em medida acertada para potencializar o acesso à justiça, não podendo as medidas tomadas se perderem no objetivo principal: garantir às pessoas que precisam da justiça o direito fundamental de duração razoável dos processos, com mais celeridade, segurança, transparência, produtividade e acessibilidade.

---

8 Informação extraída do Painel de Monitoramento de Integração à PDPJ-BR. Disponível em < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOGU0NDc1NDMtYWZiYy00YTQzLWE5MzQtZWY1NjRkMDdmZGI1IiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQtNDYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOjJ9> > . Acesso em 23 fev. 2023.



Os Núcleos de Justiça 4.0 permitem que os serviços prestados presencialmente por outros órgãos do tribunal, tais quais cumprimento de mandados, centrais de cálculos e tutoria, por exemplo, ser convertidos à modalidade eletrônica. Ainda, a possibilidade de escolha por esse procedimento será exercida pela ao distribuir a ação, sendo facultado a parte demandada se opor ao novo modelo em sede de apresentação de contestação.

Conforme exposto e, oportuno reiterar, reconhece-se o acerto na implantação das medidas digitais que visivelmente otimizam a prestação jurisdicional, não podendo esquivar-se da prestação regular, presencial e física, àqueles que carecem de recursos para automação tecnológica.

Em um outro viés, mas, ainda relativo à produtividade, efetividade e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, é válida a abordagem das chamadas “Metas Nacionais do Poder Judiciário”, as quais representam um compromisso dos tribunais brasileiros que busca proporcionar aos cidadãos um serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade.

As metas do CNJ são oriundas de um acordo, firmado em 2009, entre os próprios tribunais, visando a otimização da Justiça, em 2009. Consistem, portanto, em diretrizes aprovadas anualmente pelos presidentes dos tribunais, voltadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e à melhoria dos índices de desempenho nas áreas consideradas mais sensíveis.

O foco é, tradicionalmente, a produtividade e a prevenção de massificação de novos processos. As metas são, então, “traduzidas” em forma de enunciados que abordam diferentes desafios aos tribunais, buscando melhores resultados na atividade fim.

Há, ainda, uma outra perspectiva aos referidos enunciados: identificar periodicamente o cumprimento dos desafios estabelecidos. A cada cinco anos, portanto, o CNJ formula a chamada “Estratégia Nacional do Poder Judiciário” que subsidia um planejamento estratégico à atuação dos magistrados de todas as unidades da federação.

Atualmente, existem 12 metas, com estratégia a ser cumprida durante o lapso temporal de 2021 a 2026. As primeiras, ou seja, as Metas Nacionais 1 e 2 compõem obrigatoriamente o monitoramento da Estratégia, vedando sua possibilidade de exclusão do rol de metas dos tribunais, sendo de monitoramento contínuo.

“No ano de 2021, as metas contemplavam os seguintes temas: (i) a produtividade; (ii) a celeridade na prestação jurisdicional; (iii) o estímulo à conciliação; (iv) a priorização no julgamento das causas relacionadas à improbidade administrativa, aos crimes contra a Administração Pública e aos ilícitos eleitorais; (v) a redução da taxa de congestionamento; (vi) as ações coletivas; (vii) o julgamento de processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos; (viii) a priorização no julgamento de processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres; (ix) a integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário; (x) a promoção da saúde de magistrados e servidores; (xi) o aumento da tramitação dos processos de forma eletrônica; e (xii) o impulso dos processos de ações ambientais.” (CNJ, 2022, p. 7)

As metas são, então, divididas em: o que deve ser feito; qual o foco e qual segmento deve

cumpri-lo. A utilização do ano de referência é 2021, em razão da devida integral apuração das informações. Os dados referentes ao ano de 2022 não se mostram completos para base de análise<sup>9</sup>.

Meta 1: “julgar quantidade maior de processos de conhecimento em relação aos distribuídos no ano corrente”, seu foco é a produtividade e todos os seguimentos devem cumpri-la.

Meta 2: “identificar e julgar, até 31/12/2021, determinado percentual de processos antigos, de diversos períodos de tramitação”. Tem como foco a celeridade e cumprimento por todos os segmentos de justiça.

Meta 3: “estimular a conciliação”. O foco é a conciliação e seus cumpridores devem ser a Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho.

Meta 4: “identificar e julgar determinado percentual de ações de improbidade administrativa, de ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública e de ilícitos eleitorais”. O foco é o julgamento das referidas ações e os segmentos judiciários a ela vinculados são o STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados.

Meta 5: “reduzir a taxa de congestionamento”. O foco é o texto da própria meta e os seus segmentos são o STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados.

Meta 6: “identificar e julgar determinado percentual de ações coletivas e recursos oriundos de ações coletivas distribuídos em diversos períodos de tramitação”. Tem por foco a priorização de ações coletivas e recursos oriundos destas. Deve ser cumprida pelo STJ, TST, Justiça Estadual e Justiça Federal.

Meta 7: “priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos.” O foco são os grandes litigantes e as demandas repetitivas. Os seguimentos se dão por STJ e TST.

Meta 8: “priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres”. O foco é a própria prioridade e quem deve cumpri-lo é a Justiça Estadual.

Meta 9: “integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário”. O foco são os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. Deve ser cumprida pelo STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados.

Meta 10: “promover a saúde de magistrados e servidores”. Tem por foco o cuidado com os

---

<sup>9</sup> Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-metas-nacionais-pj-2021.pdf>. Acesso em 23 fev. 2023.

autuantes do poder judiciário e se direciona a Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados.

Meta 11: “aumentar a tramitação dos processos de forma eletrônica”, tendo por foco a informatização de processos e deve ser cumprida pela Justiça do Trabalho, Justiça Estadual e Justiça Militar Estadual

Por fim, Meta 12: “impulsionar os processos de ações ambientais”, com foco em desenvolvimento de ações ambientais e cumprimento pelo STJ, Justiça Estadual e Justiça Federal.

A imposição das metas, portanto, é uma forma de determinar o seguimento da atuação jurisdicional. O comando do Poder Judiciário diz: “Atue integralmente. Mas dê prioridade a isso”. Seria tal atitude a mais viável e acertada frente à um sistema à beira do colapso procedimental?

A Meta 1, por exemplo, julgar mais processos do que os recebidos no ano corrente, consiste em uma forma de exercer a justiça? Ressalta-se, um processo sentenciado difere, em muito, de um problema solucionado. A decisão jurídica que segue os mandamentos de acesso à justiça é aquela que impõe uma solução justa, equitativa e efetiva.

### **3 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA**

A efetividade, ou falta dela, na prestação jurisdicional é, há tempos, um dos grandes objetivos a quem busca uma tutela jurídica. De fato, pouco adianta o ingresso ao sistema judiciário sem que a saída dele seja, além de palpável, digna. Ressalta-se que um resultado justo e propriamente digno não diz respeito à vitória em um processo, mas sim à um julgamento que atenda todas as prerrogativas processuais a ele premeditadas.

Frente a problemática de garantir, então, um acesso à ordem jurídica justa, inúmeras reformas legislativas e até administrativas vêm sendo tomadas, como abordado no tópico anterior. Ocorre que, nem sempre, as medidas têm acertado na forma de alcançar tal imprescindível acesso à justiça, cuja ausência de efetividade pode ser elencada como um dos fatores ensejadores da chamada crise pela qual passa o Poder Judiciário.

Diante disso, em uma forma complementar das garantias processuais constitucionais elencada pelo art. 5º, da Constituição Federal, o novo Código de Processo Civil passou a elencar normativas e princípios que busquem direcionar a atuação do poder judiciário para àquela que se anseia e se considera efetivamente justa.

Para além da garantia do acesso à justiça, elencada no artigo 3º daquele códex, que repetiu a redação da norma constitucional, foi instituído pelo novo código o chamado princípio da primazia do julgamento de mérito, ou princípio da cooperação, o qual traz a orientação de que a atividade

jurisdicional deve se nortear pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo.

Estabeleceu-se, então, que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que obtenham, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva, voltando o princípio da primazia do mérito à orientação de que a atividade jurisdicional deve ser conduzida pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo.

Muito embora pensar que o acesso à justiça só pode ser alcançado pela via da jurisdição estatal, ou seja, através de uma decisão de mérito, são indiscutíveis os casos em que os operadores do direito se deparam com a jurisdição necessária, sendo, nestes casos, a intervenção do órgão jurisdicional estatal indispensável. Assim, a análise do julgador deve sempre voltar-se à solução do litígio em si e do conflito social que o ensejou. O novo código desapegou da ideia do formalismo extremo, buscando à construção de um resultado justo e satisfativo não apenas no processo, mas principalmente no plano fático vivenciado pelas partes.

Dizer isso é dizer que se imputa ao poder judiciário a missão de pacificação, “onde o valor “justiça” deva se sobrepor ao direito e à própria lei, não cabendo ao operador do direito prender-se ao texto frio da lei, ao relacioná-lo com o caso concreto.” (RUIZ, 2021, p. 21). É necessário levar em conta o acesso à uma ordem jurídica justa, sob a perspectiva de que o mérito, aqui trazido como o problema das partes, seja sempre o objetivo do agir do operador do direito.

Nesse sentido, o princípio da primazia da decisão de mérito assegura a realização do direito fundamental de acesso à justiça, ao exigir do magistrado uma postura de garantidor de direitos fundamentais e das partes a cooperação para o andar do processo. Ocorre que, essa narrativa, de início, uma nova postura mental, que muito embora seja contemplada pelo novo Código de Processo Civil, não será alcançado sem efetiva mudança de mentalidade e das experiências infrutíferas já obtidas no cotidiano forense. Ou seja, se as partes não forem pacificadas, ou convencidas de que elas devem encontrar uma solução de convivência, dizendo que a postura dos atuantes do direito deve ser adotada como técnica de pacificação dos conflitantes, ao invés de solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes.

Diante do exposto, afirma-se que o direito é um meio para se atingir a justiça, não um fim em si mesmo, sendo o foco da atuação do poder jurisdicional, para além de reduzir a carga de trabalho do Judiciário, mas sim dar tratamento adequado aos conflitos, pois o agente que opta por se valer da prerrogativa de acesso à justiça pela via judiciária busca muito além de uma sentença ou decisão de mérito, seu objetivo final e primordial é sempre a resolução de sua crise.

Neste aspecto, convém ressaltar, ainda, o combate ao protagonismo processual que tanto é evidente na rotina forense, uma vez que, muitas vezes, ainda em postura de negligência, diversos operadores do direito acabam por evocar inúmeras formalidades processuais, tumultuando a marcha

processual e retardando a apreciação do mérito em si. Mesmo com a compreensão dos conceitos abarcados pelos princípios da instrumentalidade das formas, conservação e aproveitamento dos atos processuais, adventos já proclamados antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o processo ainda parece triunfar sobre o direito material, o que não pode ser admitido diante do conceito onstitucional de acesso à justiça que se tenta demonstrar e alcançar.

## CONCLUSÃO

O acesso à justiça, em glossário simples, parece ter um único e imediato sentido: obter acesso ao Poder Judiciário. E, em um viés etimológico, é de fato o significado apropriado. Ocorre que a garantia ao acesso à justiça, como o objeto de estudo do Direito, envolve uma abrangência excepcionalmente maior, que pode ser reduzida, de forma simples, na possibilidade em obter acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

A atual concepção do que se entende por acesso à justiça, resultado da evolução histórica de compreensão deste direito, restando-se consolidada através da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que colacionou os dados do estudo do Projeto de Florença no livro *Access to Justice*, notadamente, o marco teórico de toda a temática que tangencia o acesso à justiça, e é tida como acesso à uma ordem jurídica justa, eficaz e prestada em tempo célere suficiente para que a garantia daquele direito seja efetivada.

O Projeto de Florença, buscando e, acertadamente apontando os principais obstáculos de efetivação do acesso à justiça, elencou uma sede de obstáculos que à época eram tidos como problemas de ingresso e de efetividade da prestação jurisdicional. Também foi previsto pelos autores que o sistema enfrentaria uma crise de demandas, a qual colocaria em risco a segurança jurídica.

Nesse sentido, portanto, o poder judiciário atual enfrenta uma crise de morosidade, moralidade e de competência, que juntas fomentam a tão trágica crise de efetividade. Os problemas da justiça brasileira, como órgão público julgador, consistem na tendência em sobrepor a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional à necessidade de aprimorar sua qualidade, o que ficou demonstrado no presente trabalho com a abordagem das Metas do CNJ e do Projeto Justiça 4.0. Com efeito, o notável gigantismo judiciário e o tratamento massivo de processos não se mostram capazes de resolver o problema. Nesse sentido, perturbam os números divulgados pelo CNJ, apontados no presente artigo.

Diante disso, resta evidente que a forma como ocorre o enfrentamento não parece ser acertada, eis que carece de combate à problemática substancial que enseja o litígio: os conflitos sociais. A forma como o poder judiciário trata a numerologia é voltada ao enfrentamento e combate

numérico, perdendo-se o tão necessário anseio de “fazer justiça”.

É preciso implantar, pois, a cultura da pacificação, visando o saber comum de que conflitos existem e não deixarão de existir, mas que a forma de os resolver, impreterivelmente, acaba por ser dotada de formalismos processuais que passam a entender a primazia do julgamento do mérito como o mero saneamento de vícios processuais para se chegar à uma sentença.

Conclui-se, portanto, que o acesso à justiça como direito fundamental consolidado no Estado brasileiro é capaz de garantir o acesso ao Poder Judiciário. Já no que tange ao acesso a uma ordem jurídica justa, moral, célere, equitativa e eficaz, há notável deficiência. É dizer então que, as portas do judiciário estão abertas, mas o caminho que se percorre até a porta de saída, quando alcançada, não satisfaz as condições essenciais do preceito de acesso à justiça. Isso, em decorrência dos obstáculos acima citados, que ensejam um demandismo excessivo e a conseqüente crise numérica. Por fim, o agir dos operadores do direito, uma vez voltado para estratégias acertadas, buscando efetivar a resolução do conflito, mostra-se como a saída para transformação de visão da justiça como um sistema falho, incompetente e frustrado.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 04 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 04 fev. 2023.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 dez. 2022.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: a world survey**, 1978.
- \_\_\_\_\_; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2022** (ano-base de 2021).

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

GALVÃO, Ana Luísa Domingues. **A primazia da decisão de mérito, sua correlação com outros princípios e a Súmula nº 7 do STJ. 2022**. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

RUIZ, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso justiça**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>. Acesso em 12 abr. 2023.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 12 abr. 2023.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **O significado constitucional do acesso à justiça**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2 (Artigos). 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12-33.

TRISTÃO, Martins Ivan; FACHIN, Zulmar. **O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos**. Scientia Iuris, v. 13. 2009.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. Tradução. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1988. p. 416; 21 cm. Acesso em: 12 abr. 2023.

# O ACESSO À JUSTIÇA E A REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA DESCONSTRUÇÃO SOFRIDA FACE ÀS CONQUISTAS PERANTE A CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ricardo Bispo RAZABONI JUNIOR<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho, de cunho dedutivo, pretende analisar a o acesso à justiça face a cidadania e a dignidade da pessoa humana, demonstrando-se, após, que a reforma trabalhista afetou, diretamente, o referido direito fundamental, a ponto de coibir trabalhadores a demandar em busca de seus direitos, posto que em caso de derrota, passou-se a ter prejuízos financeiros com custas e honorários sucumbenciais. Diante do exposto, analisar-se-á, primeiramente, a cidadania, como fundamento hodierno para direitos. A seguir, estuda-se a dignidade da pessoa humana, como pilar dos direitos, de forma principal, os direitos fundamentais. Por fim, demonstra-se, com base em estudos, o acesso à justiça e o descompasso que o legislador brasileiro criou ao conceber a nova norma trabalhista que significou uma flexibilização ao direito de acesso à justiça trabalhista no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cidadania; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Acesso à Justiça; Reforma Trabalhista.

## ABSTRACT

The present work, of a deductive nature, intends to analyze the access to justice in the face of citizenship and the dignity of the human person, demonstrating, afterwards, that the labor reform directly affected the referred fundamental right, to the point of preventing workers from demanding in search of their rights, since in case of defeat, they started to suffer financial losses with costs and fees. Given the above, citizenship will be analyzed, first, as a modern foundation for rights. Next, the dignity of the human person is studied, as a pillar of rights, mainly fundamental rights. Finally, based on studies, the access to justice and the mismatch that the Brazilian legislator created when designing the new labor standard, which meant a more flexible right of access to labor justice in Brazil, is demonstrated.

**KEYWORDS:** Citizenship; Dignity of human person; Fundamental rights; Access to justice; Labor Reform.

---

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP. Foi bolsista CAPES/PROSUP-Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis. Foi membro (2016/2018) do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal. Foi membro do Grupo de Pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais), cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Membro atual do Grupo de Pesquisa ISO-CERTOS da UENP. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Assis-SP. Professor de Direito Constitucional na Anhanguera -Assis/SP. Foi Professor de Direito Penal, Processo Penal e Metodologia Científica na Universidade Norte do Paraná-Bandeirantes/PR. Professor de Direito Penal e Direito Constitucional no Autoridade Concursos- Assis/SP. Professor de Direito Constitucional no Professores de Elite - Presidente Prudente/SP. Professor conteudista do Nova Concursos - São Paulo. Professor conteudista da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade ProMinas. Realizou Estágio-Docência na graduação do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP na disciplina do Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Parecerista da Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Palestrante no Brasil e no exterior. Autor e organizador de livros e artigos científicos. Advogado e Consultor Jurídico. Email: razabonijr@gmail.com



## **INTRODUÇÃO**

Conforme visto no primeiro artigo da Constituição Federal, tem-se que o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil 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.

Decorrentes dos fundamentos da Carta Magna, foram concebidos os Direitos Fundamentais, os quais são objetivamente importantes para as pessoas.

Dentre eles, nasce o acesso à justiça, o qual procura ampliar a todos os cidadãos o direito de demandar, mesmo que de forma gratuita ou onerosa, a depender da condição econômica a qual está inserido. Entretanto, como visto na reforma trabalhista, alguns pontos foram alterados pelo legislador acerca do acesso à justiça pelo trabalhador, o qual se computa um retrocesso do direito fundamental visto preteritamente.

Desta forma, ver-se-á, inicialmente o estudo da cidadania e, posteriormente, da dignidade da pessoa humana, como fundamento para a existência do acesso à justiça.

Em um terceiro capítulo, analisar-se-á o acesso à justiça, contemplando, inclusive, as ondas propostas por Mauro Capelletti, com o conseqüente estudo do novo acesso à justiça face a reforma trabalhista.

O objetivo da pesquisa é demonstrar o quão fragilizado ficou o acesso à justiça no ambiente trabalhista, sendo que a mudança na legislação pretendeu, tão somente, diminuir o número de demandas, dificultando aos trabalhadores demandarem quando os direitos não forem claros e evidentes, dado o risco existente.

Importante destacar que não se pretende, com o presente artigo, esgotar a temática, mas sim levantar questionamentos na busca do resgate ao acesso à justiça na justiça do trabalho, que garantia a dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como o direito à cidadania que contempla o acesso ao Poder Judiciário.

### **1 CIDADANIA COMO FUNDAMENTO PARA ACESSO À JUSTIÇA**

A democracia, como estudada de forma hodierna, compreende a ideia de que a cidadania está associada à direitos e obrigações, obtendo-se dois meios primários e essenciais pelos quais se faz a concepção desse direito, sendo ligados à pensamentos e estudos políticos e teóricos.

O primeiro viés pelo qual se estuda a cidadania está relacionado à visão liberal-individualista, a qual conecta o sujeito de direito individual e os direitos de cunho coletivo. Por sua vez, o segundo meio relaciona os direitos universais com direitos humanos, sendo eles de âmbitos

protecionais civis, coletivos, econômicos, sociais e políticos.

Apesar de um longo período de tempo e do avanço dos estudos, estes dois meios constituem ainda o principal ideal da luta social pela definição formal da cidadania, nomeadamente o estabelecimento de fronteiras sociais entre incluídos e excluídos ou estrangeiros.<sup>2</sup>

Observando-se que a cidadania está intimamente ligada à direitos e deveres, ver-se-á a seguir sua evolução e conceito, com principal intuito de construir uma ligação com a temática do estudo, ou seja, demonstrar sua importância histórica e social face à conquista do direito fundamental ao acesso à justiça.

Pois bem. O termo cidadania tem origem, em primeiro plano, na Grécia Antiga. Embora haja divergência entre estudiosos acerca da existência ou não de um regime democrático da época, deve-se relembrar que os cidadãos de Atenas exerciam valores democráticos ao se reunirem em praça pública, momento em que faziam a tomada de decisões políticas, com eleições e atos legislativos.

As referidas reuniões para decisões civis-políticas se chamavam *Ágora*<sup>3</sup>. Não obstante à tais reuniões, nasce, no século VIII A.C, a *Pólis*<sup>4</sup>, sendo um novo modelo de civilização grega, a qual foi fortemente reconhecida até o engrandecimento do império romano.

Apesar da *Ágora* representar um marco histórico para a cidadania, posto que foi um meio de se fazer e praticar valores democráticos, tem-se que poucos habitantes eram dotados deste direito, já que a grande maioria da população era composta por escravos, crianças e mulheres, ou seja, pessoas não reconhecidas como cidadãos.

Ao passo que na Grécia os *politás* – nomenclatura dada aos cidadãos que exerciam direitos de cidadania da *Pólis* – praticavam atos democráticos, na Itália eram os *cives* que os faziam. Em Atenas, por exemplo, existiam votos diretos, sendo que em Roma o voto era direito das centúrias – infantaria do exército - que possuíam valores diferentes nas votações. Importante destacar que o órgão principal de Roma era o Senado, considerado como um órgão administrativo da Monarquia romana.

Após tal período, vê-se, com salto temporal, a Idade Média, passados cem mil anos da queda do Império Romano do Ocidente e a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos. A

---

2 JELIN, Elizabeth. Construir a cidadania: uma visão desde baixo. **Lua Nova** [online]. 1994, n.33, pp. 39-57. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200004>, p. 43.

3 *Ágora*, além de mercado, significa praça pública, onde os cidadãos entram em contato com os interesses da comunidade, sendo que em cidades mais importantes como Atenas e Esparta nas quais o número de cidadãos é maior, as assembleias populares recebem o nome de EKKLESIM. BONAMIGO, Rita Inês Hofer. Cidadania: considerações e possibilidades. Dissertação em Direito, Florianópolis: *Universidade Federal de Santa Catarina*, 1999.

4 *Pólis* era uma cidade autônoma e soberana, com magistraturas, conselhos e assembleias de cidadãos. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 949.

sociedade feudal, povo da época, era distinguido por classe, medidas de desigualdade.

Não existiam normas, códigos, leis com direitos e deveres dos “cidadãos”, porém, sabia-se que nobres, plebeus, livres e servos eram tratados com grande distinção, através dos costumes adquiridos à época.

Acredita-se que nessa época houve um retrocesso evolutivo no que se refere à valores democráticos e no crescimento da cidadania, tendo em vista que na Grécia antiga, aparentemente, havia mais igualdade entre os povos - ou um mínimo de igualdade - enquanto na sociedade feudal não existia igualdade. Na Idade Média sequer existia a dignidade da pessoa humana, fato que revela a fraqueza da cidadania naquela época.

Por isso, vê-se se que a cidadania, tal como em Atenas e Roma, era exercida somente por alguns. Contudo, apesar das restrições, não se deve negar sua existência, quando analisada e comparada com momentos posteriores da história, tal como na sociedade feudal.<sup>5</sup>

Com o decurso do tempo, as civilizações se aprimoraram, apesar de retrocessos, tal como visto anteriormente. *Pólis*, em Atenas; *Civies*, em Roma; e até a burguesia, na época medieval, representavam comunidades políticas de pequena escala, ao passo que na Idade Moderna se observa a representatividade em larga escala.

No que tange a idade moderna, Thomas Humphrey Marshall (1893-1981), reconhecido como um grande pensador acerca da cidadania, ensina que os direitos civis são a base da cidadania, compreendendo dentro desses a vida, liberdade, igualdade, propriedade, dentre outros. A partir de tais direitos se podem efetivar outros, como liberdade de trabalho, pensamento, religião, expressão, proteção e inviolabilidade do domicílio.

No que tange ao direito político, Marshall revela que a participação por meio do voto é fundamental para a cidadania. Já os direitos sociais, revelam-se como meio de garantir a participação do povo na riqueza social e prover a justiça social, com direitos básicos como saúde, educação, segurança, trabalho.

Por fim, Marshall revela que “a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”, sendo que “todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*.”<sup>6</sup>

Vistos os principais pontos da cidadania com a evolução da sociedade, tem-se a necessidade de se estudar a cidadania na legislação brasileira, posto que é princípio fundamental atualmente da Constituição Federal de 1988, reconhecida como Constituição Cidadã pela importância dada à cidadania, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais pós períodos

---

5 MARSHAL, Thomaz Humphrey. **Cidadania, classe social e “status”**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 64.

6 MARSHAL, Thomaz Humphrey. **Cidadania, classe social e “status”**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 76.

nebulosos de guerras mundiais e regime militar.

Nesse sentido, pode-se observar a importância da cidadania na sociedade atual brasileira, conforme lições apresentadas pelo Dr. Rafael Salatini, o qual revela, de forma objetiva, passagens da mesma no texto constitucional democrático:

Na legislação brasileira, a cidadania é apresentada como um dos princípios constitucionais fundamentais, estando disposto que “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: [...] a cidadania” (art. 1º, II, CF), além de estar presente em diversas passagens constitucionais, segundo disposto que “são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania” (art. 5º, LXXVII, CF) (quanto ao exercício da cidadania); que “compete privativamente à União legislar sobre: [...] nacionalidade, cidadania e naturalização” (art. 22, XIII, CF) (sobre a competência legislativa acerca da cidadania); que “não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais” (art. 68, § 1º, CF) (sobre a competência legislativa acerca da cidadania); que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, CF) (sobre o mandado de injunção); que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (art. 74, § 2º, CF) (sobre o direito de denúncia dos cidadãos); que a “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição” (art. 61, CF) (sobre a iniciativa de leis dos cidadãos); que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (art. 61, § 2º, CF) (sobre a iniciativa de leis dos cidadãos); entre outros dispositivos mais específicos.<sup>7</sup>

Apesar dos trechos que revelam o engrandecimento da cidadania com a utilização da própria nomenclatura ou outra derivada dela, observar-se que não é só nos momentos que essa está escrita de forma literal que se agiganta. Conforme é possível analisar, em diversos momentos a cidadania, como princípio fundamental, encontra-se de forma intrínseca protegendo direitos ou dando suporte axiológico aos mesmos.

Assim é possível ver nos direitos de nacionalidade, nos direitos civis, nos direitos políticos, nos direitos fundamentais e principalmente, nos direitos fundamentais sociais. Destaca-se que a cidadania não só dá suporte à trechos da Constituição Federal, mas também de todo ordenamento jurídico interno, posto que é um princípio, o qual se deve interpretar de forma abrangente, utilizando-se métodos de interpretação constitucional e hermenêutica jurídica.<sup>8</sup>

7 SALATINI, Rafael de Almeida. **Cidadania e minorias sociais**. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1513/Monografia%20Direito%20\(Rafael%20Salatini%20de%20Almeida\).pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1513/Monografia%20Direito%20(Rafael%20Salatini%20de%20Almeida).pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 03 de janeiro de 2022.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

Vista a importância da cidadania para a efetivação e garantia de direitos e deveres, analisar-se-á, a seguir, a dignidade da pessoa humana, a qual também suporta parte do ordenamento jurídico e de estudos constitucionais atuais, posto que representa grande pilar da Constituição de 1988.

## 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tal como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, fundamento e reconhecidamente princípio da Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III, também encontra evolução histórica de acordo com as sociedades. Nesse sentido:

[...] uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas situações. Como status pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como o reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral.<sup>9</sup>

Apesar de se ter a ideia de um conceito evolucionar da dignidade humana como direito conquistado após lutas e períodos nefastos da humanidade, observa-se que há doutrinadores que defendam a dignidade com nascimento na religião.

Nesse sentido, Celso Lafer apresenta a seguinte orientação:

O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário. A Bíblia começa com a história das origens da humanidade e no Gênesis, está dito que "Deus criou o homem à sua imagem" (1, 26). Ensina, desta maneira, o Velho Testamento, que o homem assinala o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Observa, neste sentido, Hannah Arendt que os hebreus "[...] sempre sustentaram que a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo, e que o homem é o ser supremo sobre a terra". Todo homem, portanto, é único e quem suprime uma existência — afirma o Talmud — é como se destruísse o mundo na sua inteireza. Na elaboração judaica deste ensinamento isto se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa através do reconhecimento e da afirmação das Leis de Noé. Estas (Gênesis, 9, 6-17) são um direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade e representam um conceito próximo do *jus naturae et gentium*, inspirador dos ensinamentos do cristianismo e, posteriormente, de Grocio e Selden, que são uma das fontes das Declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa.<sup>10</sup>

Já Ingo W. Sarlet acerca do assunto, diz que o “valor intrínseco da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e ideário cristão”. Assim, apesar de não se ter “dados seguros” acerca do exposto, Ingo Sarlet observa que tanto no Antigo Testamento, quanto no Novo Testamento, há diversos trechos onde se mostra que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, ou seja, nascendo dotado de valor próprio que lhe é predestinado e intrínseco, sendo ilegal sua

9 BARROSO, Luíz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 13-14.

10 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 1988, p. 118.

transformação em objeto ou instrumento de outrem.<sup>11</sup>

Apesar do reconhecimento da vertente da qual reconhece a dignidade com nascimento na religião, tem-se que o conceito de dignidade como um atributo do ser humano foi alterado a partir do século XVIII, através do movimento iluminista, onde a religião foi retirada do “plano de centro das atenções”, tornando-se o homem o centro da humanidade.

Immanuel Kant ensina que o homem pode ser entendido como um fim em si mesmo, sendo vedado seu tratamento como objeto ou acessório estatal, tendo em vista a dignidade da pessoa humana. Assim, o homem deve ser tratado com respeito e considerado um ser individual, merecedor de tratamento digno.

Tal entendimento passou por modificações com o decorrer do tempo, alcançando sua defasagem máxima durante a Segunda Guerra Mundial, momento em que o homem foi coisificado, sendo possível sua destruição moral e vital.

Aliás, consta esclarecer que a dignidade humana volta a ressurgir posteriormente à Segunda Guerra Mundial, quando a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro movimento acerca da dignidade humana seria provindo da cultura “pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista”, e o segundo movimento “consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos”.<sup>12</sup>

Apesar do exposto, Barroso revela que apesar da dignidade humana ter sido convertida em um conceito jurídico, ainda se tem a dificuldade de lhe prover um “conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional”.<sup>13</sup>

Pois bem. Após a guerra, nasceu grande movimento contra as barbaridades nazistas e fascistas, consagrando-se a dignidade da pessoa humana como valor internacional, momento em que os países começaram a reconhecê-la também em seus planos internos.

Neste sentido, diversas nações colocaram em suas Constituições a dignidade humana como fundamento do Estado ou princípio constitucional, podendo-se, por exemplo, lembrar a Constituição italiana de 1947 e a lei Fundamental alemã de 1949.

---

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

12 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 4.

13 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 4.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 trouxe grande importância para a dignidade, colocando-a em seu primeiro dispositivo, o qual prevê que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir um para com os outros em espírito e fraternidade”.

Ademais, ressalta-se que o preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de modo universal, trouxe o “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis”.

De forma não diferente, o preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos civis, políticos, bem como econômicos, sociais e culturais, promulgado em 1966, observou a dignidade da pessoa humana, trazendo o sentido de cidadãos como integrantes da família humana.

Com tais pactos e declarações, o valor da dignidade da pessoa humana se agigantou, passando a compor diversos documentos garantidores de direitos e deveres.

Assim, vistos os principais aspectos acerca do nascimento da dignidade da pessoa humana, passar-se-á, agora, à análise da mesma quanto ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Em plano nacional, vê-se a Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, a qual previu em sua escrita, de forma expressa, a dignidade da pessoa humana, colocando-a em lugar privilegiado, ou seja, no 1º artigo, inciso III, compondo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sendo assim, a dignidade passou a ser um dos pilares da CF/88 e do Estado Democrático de Direito, orientando, inclusive, direitos constitucionais e infraconstitucionais.

Dada a importância da dignidade, surgiu uma discussão acerca da sua maior importância em face ao direito à vida. Nesse sentido, vê-se quem observa que a vida é o direito mais fundamental encontrado na Constituição Federal (e até na Declaração Universal de Direitos do Homem/Humanos - DUDH), já que constitui pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos.<sup>14</sup>

José Cretella Junior, em sua explanação sobre a CF/1988, diz que: “Bastaria que se tivesse dito ‘o direito’ ao invés de ‘a inviolabilidade do direito à vida’”. Nesse sentido, se a “vida é um direito” garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não “inviolado”. “Se eu digo que é ‘inviolável’ (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), ‘ipso facto’, estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)”.<sup>15</sup>

Ressalta-se ainda que, no pensamento de Cretella Junior, o direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis assegurados pela Constituição, obtendo dois sentidos: “(a) o ‘direito a continuar

---

14 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

15 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988, p. 182-183.

vivo, embora se esteja com saúde' e (b) 'o direito de subsistência', remontando o primeiro à integridade física da pessoa humana e o segundo ao direito de prover a existência por meio do trabalho honesto.<sup>16</sup>

Pontes de Miranda, analisando o direito à vida, integridade física e psíquica, diz que: "O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela... O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica (...)" "(...) o direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica".<sup>17</sup>

Pois bem. De todo o debate, depreende-se a ideia de que o direito à vida é importante, porém sem dignidade não há de se falar em vida. Sendo assim, nasce a ideia de direito à vida digna. Pérez Luño observa, nesta esteira, que a dignidade da pessoa humana "Foi na história, e é atualmente, o ponto de referência de todas as faculdades que tratam do reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa"<sup>18 19</sup>

Fábio Comparato, ao estudar a dignidade com base na Declaração Universal de 1948, afirma que:

[...] o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte.<sup>20</sup>

Observa-se, assim, que tanto a DUDH, quanto a CF/88 defendem, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurar esse direito em dupla acepção, quais são: a) o direito de permanecer vivo; b) o direito de se ter uma vida digna como forma de subsistência.

Certo é que o legislador constituinte teve o cuidado de colocar a dignidade da pessoa humana no primeiro artigo da CF/88, de forma proposital, em lugar de destaque, demonstrando sua importância face à todos os direitos narrados na normativa, inclusive o direito à vida.

Aqui, então, torna-se necessária a conceituação da dignidade da pessoa humana, para entendimento do que esta representa para o ser humano. Importante destacar que tal conceituação é despretensiosa, posto que há clara dificuldade em se conceituar tal princípio.

Neste sentido, inicia-se com a conceituação clássica de Ingo Sarlet:

(...) 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

---

16 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988, p. 182-183.

17 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971, p. 14-29.

18 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madri: Tecnos Editora, 2003, p. 49.

19 No original: "*ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona*"

20 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.



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 comunhão com os demais seres humanos.<sup>21</sup>

José Afonso da Silva define ainda a dignidade como um valor supremo, que protege e atrai o conteúdo de todos os outros direitos fundamentais e humanos, desde o direito à vida:

(...) concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.<sup>22</sup>

André Ramos, expõe seus ensinamentos sobre a dignidade da seguinte forma:

Raiz da palavra: *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância.  
São Tomás de Aquino: reconhecimento da *dignidade humana*, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. O intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie.  
Kant: a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço.  
Sarlet e Peres Luño: dignidade humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.  
Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. Trata-se de uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, lhes confere *conteúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. Não trata de um aspecto particular da existência, mas de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que o identifica como tal.  
Dessa forma, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção.<sup>23</sup>

Ademais, tem-se que a dignidade nasce com a origem dos direitos fundamentais, representando e fundamentando a essencialidade dos mesmos. A respeito da dignidade da pessoa humana, Barroso diz que:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e - não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.<sup>24</sup>

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

22 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105.

23 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 80.

24 BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público.

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, tem-se que essa remonta, de forma especial, à proteção dos direitos fundamentais, com dupla dimensão constitutiva:

(...) a dignidade da pessoa humana assegura o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, revestida de “dupla dimensão constitutiva”: de uma parte, o valor impede a prática de ato administrativo, legislativo ou jurisdicional que contravenha a dignidade da pessoa humana, sob pena de invalidade; de outra parte, o valor impõe a promoção de condições materiais indispensáveis à existência digna, de sorte a preservar o mínimo existencial de cada pessoa humana, bem assim funciona como critério substantivo do método de ponderação, uma vez que garante que a solução de conflitos de direitos fundamentais prestigie a dignidade da pessoa humana, com repercussão no quadro de superação da clássica antinomia entre Direito Privado e Direito Público.<sup>25</sup>

Certo é que a dignidade representa valor intrínseco do ser humano e fundamento hodierno basilar do estado, sendo arma fundamental contra o arbítrio e descaso do Estado, bem como munição para garantia dos direitos fundamentais, como se destaca o acesso à justiça.

### 3 ACESSO À JUSTIÇA

O sistema jurídico deve ser compreendido por aquele que as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou solucionar seus litígios sob os auspícios do Estado. Qualquer pessoa tem direito subjetivo de provocar o judiciário, o qual se faz por meio do instituto cognominado de acesso à justiça.

Segundo os ensinamentos oferecidos por Cappeletti: “existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso (à justiça) podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes”.<sup>26</sup>

Porém, nem sempre será possível solucionar os conflitos por meio de ações extrajudiciais, por mais que as referidas ações sejam incumbência e envolva a família, comunidade, sociedade em geral e o poder público, será, em determinados casos, necessária, de preferência em *ultima ratio*, o socorro ao poder judiciário, o qual se faz por meio do acesso à justiça.

O acesso à justiça, também conhecido por Princípio da Inafastabilidade do Exercício da Jurisdição ou Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, é identificado por ser de difícil definição, porém podem ser determinadas duas finalidades básicas deste para o sistema jurídico. Neste sentido, observa-se que a primeira finalidade seria o dever de acesso à justiça de forma igualitária a todos; sendo que a segunda finalidade seria a necessidade de produção de resultados que sejam individualmente e socialmente justos.<sup>27</sup>

---

Mimeografado, dezembro de 2010, p. 152.

25 MORAES, Guilherme Braga da Peña de. Readequação constitucional do Estado moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar século XXI. Dissertação de Mestrado. **Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-RJ**. 2005. p. 65.

26 CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71.

27 CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

Assim, o acesso à justiça pode ser reconhecido como o mais básico dos direitos humanos e o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que objetive garantir o direito de todos, e não somente proclamá-los.<sup>28</sup>

Em sintética observância legislativa, pode-se verificar que a Constituição Federal de 1988 proclama no bojo do artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção qualquer. Diante disso, assinala no inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, afirmativa que por si só deve ser compreendida como demonstração constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não obstante, o artigo 8ª da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, a qual o Brasil é signatário, dispõe que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e com lapso temporal razoável, por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, devidamente constituído por lei, para averiguação de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se designem seus direitos ou deveres, sendo de natureza civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra.

Uadi Lammêgo Bulos assevera em suas lições que o objetivo da garantia constitucional ao acesso à justiça é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade”.<sup>29</sup>

Em complemento, observa-se que o direito de agir, ou seja, de provocar a tutela jurisdicional é garantido a qualquer pessoa física ou jurídica, diante de lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo, com proteção originária na própria Magna Carta.<sup>30</sup>

Cappelletti<sup>31</sup> expõem que havia muitos empecilhos na efetividade do acesso à justiça. Neste sentido, afirmam que a efetividade citada somente seria possível em “completa ‘igualdade de armas’”, ou seja, perante a garantia de que a decisão final viesse a “depender apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos”.

Sinteticamente, podem-se citar quatro grandes exemplos de reveses ao acesso à justiça. O primeiro deles, cognominado como empecilhos econômicos, se faz pelo alto valor de custas e despesas processuais, dificultando o acesso à justiça. Em outro plano, observam-se os empecilhos socioculturais, os quais são originados, na maioria das vezes, pelo desconhecimento de direitos por parte da sociedade, seja por dificuldade de compreensão das normas jurídicas ou falta de

---

28 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

29 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

30 FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144.

31 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

conhecimento da existência destas. Em terceiro plano aparecem os empecilhos psicológicos, nos quais as pessoas, que geralmente são menos favorecidas economicamente, não tem confiança ou mesmo temem a justiça e seus operadores. Por fim, há os empecilhos judiciários e jurídicos, que são ocasionados pela dificuldade de acesso a instrumentos processuais, bem como a ocasiões que levam a morosidade processual.

Em suas lições, Mauro Cappelletti<sup>32</sup> propõe três resoluções, três ondas renovatórias para a efetividade do acesso à justiça. Em síntese, a primeira onda procura direcionar prestação de assistência judiciária aos desfavorecidos economicamente, trazendo uma forma de resolução ao empecilho econômico.

Por meio da segunda onda renovatória, há a representação dos interesses difusos. Tal onda foi criada, tendo em vista que a primeira onda somente assistia pessoas individuais. Alvim<sup>33</sup> expõe que a segunda onda resultou na proteção dos direitos ou interesses coletivos, deixando de haver somente preocupações com direitos e interesses individualistas.

Por fim, obtivemos a terceira onda, a qual procura uma nova estrutura do Poder Judiciário e novos procedimentos, ou seja, procura ampliar o acesso à justiça e instituir técnicas processuais melhores para os aplicadores do direito. Como exemplo, figura os juizados especiais, os quais não foram somente criados a fim de descarregar e aliviar o poder judiciário, mas também para possibilitar o acesso à justiça em lides de menor complexidade e corroborar para a celeridade processual.

Apesar da já antiga doutrina de Cappelletti, a qual sempre reivindicou ondas com a finalidade de ampliar e melhorar o acesso à justiça, consagrado no Brasil, em 1988, como direito fundamental, ou seja, cláusula pétrea impossível de ser abolida ou flexibilizada, viu-se, no direito do trabalho brasileiro, por meio da reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, a intenção do Poder Legislativo em diminuir a eficácia, em matéria trabalhista, do direito ao acesso à justiça, com objetivo de diminuição no número de demandas na Justiça do Trabalho, afetando, neste caso, tão somente o trabalhador, o qual passou a ter que pensar muito antes de demandar.

Como é possível verificar, em alguns pontos da referida reforma, passou, o trabalhador, a ter ônus financeiros, os quais não precisavam se preocupar antes da reforma, posto que poderia demandar sem haver prejuízos posteriores, dada a vulnerabilidade existente.

Com isso, tornou-se arriscado a proposituras de demandas que não sejam praticamente ganhas, posto que em caso de derrota, agora, o trabalhador que vier a reclamar terá prejuízos financeiros com custas e honorários sucumbenciais.

---

32 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

33 ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

Certo reconhecer que muitos juízes não estão aplicando, a “ferro e fogo”, os dispositivos, continuando a proceder com o instituto do acesso à justiça de forma gratuita. Porém, ao ver a legislação nova, tornou-se clara a intenção do legislador em frear empregados a demandar.

À título de demonstração, ver-se-á a seguir quadros os quais demonstram a realidade anterior e atual pós reforma trabalhista, a qual trouxe uma flexibilização no direito conquistado por parte dos trabalhadores no diploma pretérito, o qual alcançava, com louvor, os interesses do acesso à justiça e da busca à efetivação de direitos trabalhistas que sempre são afetados por empregadores.

| Antes da mudança  | Depois da mudança   |
|---|---|
| <p><b>Art. 790.</b> Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.</p> <p>§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.</p> <p>§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título.</p> <p>§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.</p> | <p><b>Art. 790.</b></p> <p>§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, <b>àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.</b></p> <p>§ 4o <b>O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.</b></p> |

|   |   |
|---|---|
| <p>Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.</p>  | <p>Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, <b>ainda que beneficiária da justiça gratuita.</b></p> <p>§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.</p> <p>§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.</p> <p>§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.</p> <p>§ 4º <b>Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no <i>caput</i>, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.</b></p> |
| <p><b>Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.</b></p> <p>§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.</p> <p>§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.</p> <p>§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.</p> | <p><b>Mantido o <i>Jus Postulandi</i></b></p>   |

|                                       |  |
|---------------------------------------|--|
| <p><b>Sem referência anterior</b></p> | <p>Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.</p> <p>§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.</p> <p>§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.</p> <p>§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.</p> <p>§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.</p> |
|---------------------------------------|--|

|   |   |
|---|---|
| <p><b>Art. 844</b> - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.</p> <p>Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.*</p> <p>* BRASIL. <b>Decreto-lei nº 5.452/1943</b>: Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF. Disponível em: &lt;<a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm</a>&gt;. Acesso em: 15 jul. 2017.</p> | <p><b>Art. 844.</b></p> <p>§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.</p> <p><b>§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.</b></p> <p><b>§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.**</b></p> <p>** BRASIL. Congresso, Senado Federal. <b>Lei 13.467/20017</b>. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF. Disponível em: &lt;<a href="http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=17728053">http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=17728053</a>&gt;. Acesso em: 15 jul. 2017.</p> |
|---|---|

34

Ademais, importante ressaltar que, além do quadro comparativo acima exposto, tem-se novas redações as quais vedam o trabalhador a acessar a justiça quando assinar, de forma voluntária, determinadas documentações, como se verificará a seguir. Neste ponto, importante ressaltar que por diversas vezes pessoas são compelidas a assinarem, sob pressões ou assédios, fato que corrobora para o descaso com o acesso à justiça como direito fundamental, bem como cidadania e dignidade da pessoa humana.

**Art. 477-B.** Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

**Art. 507-B.** É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.\*

\* BRASIL. Congresso, Senado Federal. **Projeto de Lei 38/2017**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

## CONCLUSÃO

- 34 CARVALHO, Cristina Oliveira de. **A Reforma Trabalhista e o Acesso à Justiça**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo – Vol. 13, nº 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.2.03.pdf](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.2.03.pdf). Acesso em 02 de janeiro de 2022.
- 35 CARVALHO, Cristina Oliveira de. **A Reforma Trabalhista e o Acesso à Justiça**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo – Vol. 13, nº 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.2.03.pdf](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.2.03.pdf). Acesso em 02 de janeiro de 2022.

O objetivo do presente trabalho foi estabelecer se houve ou não um retrocesso no direito fundamental de acesso à justiça na Justiça do Trabalho, após alterações propostas pela reforma trabalhista.

Em análise do projeto de lei, já em sua justificativa, era possível observar a intenção do legislador, posto que apresentava argumentos com a finalidade de diminuir o número de demandas na Justiça do Trabalho.

O método que o legislador encontrou não fora o meio inibitório dos empregadores não cumprirem as leis trabalhistas – assim também diminuindo demandas judiciais -, mas sim na maior facilidade de os mesmos conseguirem êxito, com a assinatura do empregado em alguns documentos, no não cumprimento dos deveres e direitos trabalhistas.

Com a clara facilidade que passou a existir pós reforma trabalhista em “se livrar de questões trabalhistas”, um ponto pior passou a existir, o qual foi a inclusão de ônus derivados de demandas judiciais por parte do empregado, o qual sempre foi parte vulnerável e, em grande parte, hipossuficiente.

Com as alterações legislativas, o acesso à justiça foi restringido, bem como o perigo de se demandar passou a existir, com custas processuais e honorários advocatícios em caso de derrota em ação judicial.

Certo é que os gastos com a Justiça do Trabalho se mostram preocupante, como bem asseverado no projeto da reforma trabalhista. Porém, diminuir e flexibilizar direitos da parte vulnerável da relação não se demonstra como argumento idôneo para solução da problemática, posto que afeta direitos das pessoas, como a própria dignidade. Mais uma vez o legislador cria uma norma pensando, tão somente, nos gastos públicos.

De outro lado, ver-se-ia a possibilidade de criar normas coibidoras – em caso de não pagamento ou atos ilegais derivados do ambiente de trabalho- e políticas públicas fomentadoras de solução de conflitos trabalhistas fora do ambiente judiciário, como uma espécie de justiça restaurativa. Porém, essa não foi a escolha do legislador.

Conclui-se, por fim, a evidência de que, como visto com a reforma, o legislador sempre procura o meio mais fácil, mesmo que contrário aos princípios, fundamentos e direitos fundamentais, para uma possível solução do problema orçamentário, o qual prejudica, na realidade, cidadãos que sofrem ilegalidades e abusos no ambiente de trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-



4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr 80, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAMIGO, Rita Inês Hofer. Cidadania: considerações e possibilidades. Dissertação em Direito, Florianópolis: **Universidade Federal de Santa Catarina**, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Cristina Oliveira de. **A Reforma Trabalhista e o Acesso à Justiça**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo – Vol. 13, nº 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.2.03.pdf](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.2.03.pdf). Acesso em 02 de janeiro de 2022.

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JÚNIOR, Teófilo M. de Arêa. O Direito ao Transporte como Direito Fundamental Social. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade** | e-ISSN: 2525-989X | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 196-216 | Jan/Jun. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

EUROFOUND; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2017. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JELIN, Elizabeth. Construir a cidadania: uma visão desde baixo. **Lua Nova** [online]. 1994, n.33, pp. 39-57. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200004>, p. 43.

- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- LAZARI, Rafael de. **Manual de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017.
- LAZARI, Rafael de.; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- MARSHAL, Thomaz Humphrey. **Cidadania, classe social e "status"**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- O globo. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2019/05/30/brasileiros-gastam-32-dias-do-ano-no-transito-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 02 de janeiro de 2022.
- MORAES, Guilherme Braga da Peña de. Readequação constitucional do Estado moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar século XXI. Dissertação de Mestrado. **Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-RJ**. 2005.
- PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madri: Tecnos Editora, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso: sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. s/a.
- SALATINI, Rafael de Almeida. Cidadania e minorias sociais. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1513/Monografia%20Direito%20\(Rafael%20Salatini%20de%20Almeida\).pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1513/Monografia%20Direito%20(Rafael%20Salatini%20de%20Almeida).pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 03 de janeiro de 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira e LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de. Direitos sociais, Editora: Boreal, 2011.

# ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO DAS *ONLINE DISPUTE RESOLUTION* (ODR) COMO TECNOLOGIA POTENCIALIZADORA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Saulo Capelari JUNIOR<sup>1</sup>  
João Victor Nardo ANDREASSA<sup>2</sup>

## RESUMO

O direito fundamental de acesso à justiça representa uma das garantias fundamentais consagradas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todavia, diante do intenso processo de judicialização, o Poder Judiciário tem suportado uma carga de demandas que tem resultado na morosidade e no alto custo para a resolução de conflitos pela via judicial. Não obstante, a constante renovação na busca por acesso à ordem jurídica justa, hoje, tem buscado amparo nas novas tecnologias, como é o caso das *Online Dispute Resolution (ODR)*, Inteligências Artificiais especializadas em resolução de conflitos por mediação e conciliação. Para compreender tal movimento, via método dedutivo e pesquisa bibliográfica, o presente trabalho objetivou demonstrar a relação existente entre interesse de agir e acesso à ordem jurídica justa como garantias indispensáveis para a efetivação da justiça. O segundo tópico, por sua vez, determinou um paralelo entre a efetivação do acesso à justiça e as inovações tecnológicas, com ênfase para as Inteligências Artificiais e os reflexos da sua utilização pelo Poder Judiciário. Por fim, objetivou averiguar o funcionamento e os desdobramentos da utilização de inteligências artificiais especializadas em autocomposição sobre o Poder Judiciário brasileiro e os seus efeitos diretos na busca por uma tutela adequada e efetiva ao acesso à ordem jurídica justa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à ordem jurídica justa. Direito e Tecnologia. Inteligência Artificial. Online Dispute Resolutoin.

## ABSTRACT

The fundamental right of access to justice represents one of the fundamental guarantees enshrined in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. for resolving disputes through the courts. However, the constant renewal in the search for access to the fair legal order, today, has sought support in new technologies, as is the case of Online Dispute Resolution (ODR), Artificial Intelligence specialized in conflict resolution through mediation and conciliation. In order to understand this movement, via deductive method and bibliographical research, the present work

- 1 Mestrando pelo programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na linha de pesquisa "Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça". Bolsista CAPES (CNPq). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo - UniToledo Araçatuba/SP. Vinculado como pesquisador junto aos quadros dos Grupos de Pesquisa "Direitos Fundamentais e Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil" (UENP) e "Jurisprudência de Direitos Fundamentais" (UniToledo). É membro do Grupo de Estudos "Serviços Públicos e Administração Pública Digital" vinculado ao Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUCPR). É Líder certificado pelo Programa de Formação de Líderes Acadêmicos para o Século XXI, vinculado e promovido presencialmente pela Universidade de Harvard. Áreas de interesse: Direito Constitucional com ênfase em Direitos Fundamentais. Direito Civil e Processual Civil. Direito Digital. Inteligência Artificial aplicada ao Direito e Direito do Agronegócio. Advogado.
- 2 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. Autor da obra: "Processo Civil Democrático: Código de Processo Civil de 2015 e o Combate ao Protagonismo Judicial". Professor do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. E-mail: jvictornardo1996@hotmail.com.

aimed to demonstrate the existing relationship between interest in acting and access to the just legal order as indispensable guarantees for the effectiveness of justice. The second topic, in turn, determined a parallel between the effectiveness of access to justice and technological innovations, with emphasis on Artificial Intelligence and the consequences of its use by the Judiciary. Finally, it aimed to investigate the functioning and consequences of the use of artificial intelligences specialized in self-composition on the Brazilian Judiciary and its direct effects in the search for adequate and effective protection of access to the fair legal order.

**KEYWORDS:** Access to a just legal order. Law and Technology. Artificial intelligence. Online Dispute Resolution.

## INTRODUÇÃO

Por muitos anos confundiu-se acesso à justiça com acesso ao Poder Judiciário, no entanto, tem-se observado um movimento que entende tal direito de modo amplo. Ou seja, é possível alcançar justiça por meios diversos do tradicional processo judicial, como por exemplo, os sempre encorajados Métodos Autocompositivos de Solução de Conflitos (MASC), consubstanciados, nesse momento, tão somente na Mediação e na Conciliação.

Assim, incentiva-se não o esquecimento dos métodos tradicionais de resolução de litígios, mas sim, expandir o rol de instrumentos, a fim de garantir o máximo de efetividade e justiça, de modo célere e com baixo custo. Com isso, o Poder Judiciário tem investido em novas tecnologias, com o escopo de tornar o processo mais acessível e justo. No âmbito extrajudicial, destacam-se as *Online Dispute Resolution (ODR)*, Inteligências Artificiais (IA) especializadas em autocomposição que estão sendo utilizadas extrajudicialmente.

Pra compreender o grau de efetividade dessa inovação tecnológica e seus reflexos diretos sobre o Poder Judiciário no Brasil, a presente pesquisa, via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica objetivou, inicialmente, introduzir alguns termos de suma importância para o desenvolvimento da mesma, tais como interesse de agir e acesso à ordem jurídica justa. Em seguida, fora apresentado a atual compreensão sobre acesso à justiça, bem como a utilização de novas tecnologias pelo Poder Judiciário brasileiro, com ênfase para o uso das Inteligências Artificiais.

Por fim, objetivou-se compreender o que são as *Online Dispute Resolution*, suas possibilidades e entraves, principalmente no que diz respeito a busca por meios alternativos ao Poder Judiciário e o seu grau de eficiência em relação a efetivação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

## 1. DO INTERESSE DE AGIR AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: GARANTIAS BÁSICAS PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

O interesse de agir, ou interesse processual, é intimamente ligado à importância que o bem da vida pretendido por aquele sujeito e que poderá ser obtido por um provimento jurisdicional. Tem relação, pois, à sua utilidade do direito na vida daquele que busca o Estado-juiz. No conceito de Neves:

A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda (NEVES, 2019, p. 64).

Está posto no Código de Processo Civil principalmente em seu artigo 17, expressando que: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (BRASIL, 2015), sendo verificado também em seus artigos 18, 19 e 20:

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. (BRASIL, 2015).

Portanto, verifica-se que há o ônus do autor no esclarecimento acerca do modo como o fornecimento de seu pedido, formulado perante o Poder Judiciário, poderá impactar sua vida de forma que lhe proporcionará uma melhora no estado atual. Sem isso, não há razão em se utilizar o Estado-juiz para aquela pretensão, uma vez que o direito que pretender será, deste modo, inútil. No que expressa Dinamarco, Badaró e Lopes:

Interesse, em direito, é *utilidade*. Resolve-se na aptidão que em tese possa ser um determinado ato ou providência a proporcionar ao sujeito e à esfera de direitos uma situação melhor, no tocante a dado bem da vida, do que a situação em que se encontrava antes. Quando projetado sobre o plano processual, o tema do interesse é de especial pertinência e utilidade no tocante ao direito de ação – e tal é o interesse de agir, definido pela boa doutrina como a “utilidade específica de um ente com relação a outro”. Quando falamos do interesse de agir no plano do direito processual, o ente portador de uma utilidade específica é o provimento jurisdicional postulado pelo demandante; e o outro ente é, obviamente, esse demandante, que vem a juízo postulando tal provimento. O núcleo de interesse consiste no proveito prático ou jurídica que a medida pretendida seja capaz de propiciar àquele que a postula (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 332).

Não se pode postular judicialmente sem que a demanda possa melhorar a situação atual do postulante, sendo que a possível utilidade do provimento jurisdicional final é necessária para a prática dos atos atinentes ao direito de ação. Nas palavras de Câmara:

[...] Significa isto dizer que só se pode praticar um ato de exercício do direito de ação (como demandar, contestar, recorrer *etc.*) quando o resultado que com ele se busca é útil. Dito de outro modo, só se pode praticar ato de exercício do direito de ação quando através dele busca-se uma melhoria de situação jurídica (CÂMARA, 2016, p. 38).

O exercício do direito de ação pressupõe a verificação do interesse de agir. Este se verifica quando da presença dos elementos da necessidade da tutela jurisdicional, ou “interesse-necessidade” e adequação da via processual, ou “interesse-adequação” (CÂMARA, 2016, p. 39).

Segundo Câmara (2016, p. 39), o interesse-necessidade estará presente quando a concretização do direito material pretendido não puder ser efetivada se não pela via judicial do processo e, a via judicial adequada (interesse-adequação) é aquela apta a produzir o resultado buscado. Quanto a necessidade da tutela jurisdicional, Dinamarco, Badaró e Lopes depõem:

*A necessidade da tutela jurisdicional se manifesta quando ocorre a impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil, e ação penal condenatória, no processo penal) (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 332).*

Logo, o elemento da necessidade se faz presente quando inexistente outra via para obtenção de um direito se não pela força e intervenção do Estado. Esta impossibilidade de satisfação por outra via poderá se dar por uma resistência do outro sujeito em aceitar o que pretende o outro, ou mesmo quando estiver estabelecido em lei que a pretensão somente poderá se dar pela via judicial.

Esta impossibilidade de resolução da demanda por outras vias não poderá ser vista de forma absoluta, dado que, tendo-se uma ameaça de dano ou avaria ao direito, ter-se-á o interesse processual, sob pena de obrigar os sujeitos a resolverem seus conflitos por vias alternativas, conforme posiciona Neves:

*[...] em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a direito, consubstanciada na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesses por essas vias alternativas. [...] (NEVES, 2019, p. 64).*

Já o elemento da adequação tem afinidade com a competência do provimento buscado em resolver o problema posto perante o Estado-juiz. De tal modo, não poderá o autor postular pedido inapto a solucionar a caso pelo qual está a pôr a reclamação. Conforme disciplinam Dinamarco, Badaró e Lopes:

*Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob a pena de não ter razão de ser. Quem alegar, p. ex., o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo em sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 332).*

A disposição de direito apenas, e tão somente, de nada basta se não puder ser reclamado perante o Estado quando necessário. É nisto que repousa, em princípio, a importância do acesso à

justiça. Contudo, não somente o acesso à justiça, mas o acesso à ordem jurídica justa, na consecução de não somente se ter um acesso ao judiciário, mas a possibilidade de exercitação plena dos direitos.

O acesso à justiça constitucionalmente posto pelo Estado brasileiro é de extrema importância para a realização dos fins colimados pela Constituição Federal de 1988, de forma a materializar os direitos postos, notadamente, a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Oliveira e Brito:

No âmbito do direito processual constitucional, a tutela constitucional do processo (assentada em dois pilares estruturais: o acesso à justiça e o devido processo legal) tem por fim assegurar a conformação dos institutos processuais aos valores constitucionais.

Assim, a tutela estatal deve realizar os direitos dos cidadãos e o princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado.

Logo, essa realidade normativa impõe a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, bem como, a materialização de ações fáticas no sentido de se observar o fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, nos exatos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nesta linha, no âmbito da atuação do Poder jurisdicional, a consagração deste fundamento enseja a releitura de vários conceitos tidos como estanques a fim de ensejar a inclusão social com base nos valores do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA; BRITO, 2011, p. 336).

No que expõe Neves (2019, p. 20-21), a visão moderna do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é representada pela ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, ou, como preferem alguns, “acesso à tutela jurisdicional adequada”.

Em comentário à realidade portuguesa, do direito de acesso aos tribunais como uma garantia institucional, Canotilho preceitua que:

*A garantia institucional* conexiona-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constitucional, mas também do princípio geral (“de direito”, das nações “civilizadas”) que impõe um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio da coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição da autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei (cfr. CRP. Art. 21.º) (CANOTILHO, 2003, p. 497).

O acesso à justiça é constitucionalmente positivado por meio do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998). De igual forma, faz-se imperiosa a citação do quase idêntico texto do artigo 3º do Código de Processo Civil: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 2015).

Como ressalta Bonavides (2019, p. 566), a inafastabilidade da jurisdição não é uma novidade em relação a sua constitucionalização. Este princípio já consta nas Constituições desde a Lei Maior de 1946, em seu artigo 141, § 4º, com o seguinte texto: “A lei não poderá excluir da

apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946).

O acesso à justiça não é somente um direito de petição perante o Poder Judiciário, não se podendo reduzi-lo somente a isto. Haverá de se ter uma multiplicidade de portas de acesso à justiça, inclusive com meios não judiciais. Conforme expressam Rodrigues e Lamy:

O acesso à Justiça não se esgota no acesso ao judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais, e seus problemas, aos existentes neste âmbito. O acesso à Justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece.

De outro lado, também não se pode prescindir do seu viés processual e, conseqüentemente, de sua análise [...]

Os demais direitos, em última instância, dependem desse instrumento de proteção e garantia da ordem jurídica. Sem ele, a cidadania se vê castrada, impotente. Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados por meio de instrumentos paraestatais e privados. No entanto, é fundamental perceber que o Estado, sem o processo e a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de instrumentos legítimos, por meio do quais possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação social (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 104).

Os citados autores destacam ainda que, a despeito de o acesso à justiça não se resumir ao acesso ao judiciário, o direito de alcançá-lo, quando preciso, é basilar na função do Estado em pacificar socialmente quando da existência de conflitos.

O acesso à justiça, ademais, não se finda com o alcance ao Estado-juiz, somente. É que, como preceitua Cambi (2021, p. 302-303) haverá de se ter o direito fundamental a tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, ou seja, o processo não pode ser visto como um meio estático, mas sim entendido como uma garantia mínima de meios e resultados, que deve ser concretizada não somente a suficiência mínima dos meio processuais, mas igualmente um resultado modal, ou quantitativo, constante, de modo que, não adiantaria o ingresso perante o Poder Judiciário sem que o processo garantisse meios e resultados.

A despeito da inegável importância do direito de acesso à ordem jurídica justa, e do seu caráter fundamental ao Estado Democrático de Direito, isso não significa que este direito seja absoluto. Há a possibilidade de restrição de um direito ou garantia fundamental pela legislação infraconstitucional, desde que, se verifique a circunstância do caso concreto.

É somente da análise de cada caso em que poderá se verificar se a utilização da provocação jurisdicional é abusiva ou não, pois, se aquele que se coloca perante o Estado-juiz tiver e demonstrar a imperiosidade da demanda e a impossibilidade de se esperar ou utilizar a via administrativa, não poderá ser considerada indevida a sua proposição. Como explica Didier Jr.:

Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificativa razoável. No caso, em juízo *a priori*, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento da controvérsia. É abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio* para a solução do conflito. Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode esperar a solução administrativa da controvérsia – há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se,



assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento ao ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo julgador (DIDIER JR., 2020, p. 226).

Didier Jr (2020, p. 226-227) cita três exemplos de restrição de acesso ao judiciário, de acordo a circunstâncias do caso concreto. A primeira elencada pelo autor é a de que o exercício do direito de resposta ou retificação por aquele que se sinta ofendido por veículo de comunicação social, tem o prazo de sessenta dias, contados da data da divulgação da matéria, para enviar correspondência com aviso de recebimento ao veículo e, caso o veículo ou quem por ele responda, não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação, no prazo de sete dias, contados do recebimento da notificação, restará caracterizado o interesse processual para a propositura perante o Poder Judiciário (DIDIER JR., 2020, p. 226).

O segundo exemplo é advindo do Recurso Extraordinário n.º 631.240, em 27/08/2014, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que é necessário o prévio requerimento administrativo antes de se buscar o Estado-juiz para a concessão de benefício previdenciário (DIDIER JR., 2020, p. 227). Não se exige o esgotamento administrativo, mas se exige o prévio requerimento para que se tenha o interesse de agir caracterizado (DIDIER JR., 2020, p. 227). Esta exigência não se verifica quando a posição do INSS for manifestadamente contrária ao direito postulado (DIDIER JR., 2020, p. 227).

O terceiro exemplo surge da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em procedimento de recursos repetitivos, o Recurso Especial n.º 1.349.453-MS, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em 10/12/2014, decidiu-se que a proposição de ação cautelar de exibição de documentos é cabível como medida preparatória com a finalidade de instruir a ação principal, bastando a elucidação da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não adimplido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço segundo o previsto contratualmente e pela normatização da autoridade monetária (DIDIER JR., 2020, p. 227).

## **2. ACESSO À JUSTIÇA E TECNOLOGIA: INTRODUÇÃO À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A SUA CONEXÃO COM O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL**

Diante dessas pontuações desenvolvidas no tópico anterior acerca do direito processual no Brasil, observou-se com clareza que o acesso à ordem jurídica justa se constitui como um direito fundamental básico e indispensável para a adequada manutenção do Estado Democrático de Direito.

Todavia, cumpre destacar a partir desse momento, que o acesso à justiça não se confunde com acesso ao Poder Judiciário, como comumente ocorre com essas duas expressões, em virtude da

sua similitude. No entanto, afirma-se desde já, que é possível alcançar acesso à justiça sem acessar o Poder Judiciário, como é o caso da resolução de conflitos por meio alternativos, como a mediação e a conciliação.

Pois bem, antes de adentrar no mérito do presente tópico, Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram a teoria das “Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça”, defendendo a existência de um processo de aprimoramento das formas de acesso à justiça. Inicialmente, era necessário romper com a barreira econômica que impedia que os vulneráveis economicamente tivessem seus conflitos apreciados pelo Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), essa, portanto, é a Primeira Onda Renovatória do Acesso à Justiça.

No Brasil, tal momento se concretizou com a edição da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, estabelecendo as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, determinando que: “Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.” (BRASIL, 1950).

Tamanha relevância da matéria da que a Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil brasileiro, reservou uma Seção inteira para tratar do assunto, garantindo a partir do art. 98 e seguintes que “a pessoa Natural ou Jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça na forma da lei” (BRASIL, 2015).

Ademais, os autores explicam que a Segunda Onda Renovatória é aquela em que há esforços para a elaboração de mecanismos de acesso à justiça para a devida e adequada tutela dos direitos difusos e coletivos, a fim de resguardar os direitos e garantias humanas fundamentais de grupos vulneráveis diante de abusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Esse segundo momento é observado quando da elaboração de algumas normas voltada para tal finalidade, qual seja, a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Pode-se destacar a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, também conhecida como Lei da Ação Popular; a Lei 7.347, de julho de 1985, responsável por disciplinar a Ação Civil Pública; menciona-se ainda a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que criou o Código de Defesa do Consumidor; a Lei nº 8.069, de julho de 1990, consagrando o Estatuto da Criança e do Adolescente; e mais recentemente, a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, instituindo a Lei brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou como é comumente intitulada, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Todos esses diplomas se adequam ao descrito pelos autores, posto que, possuem o condão específico de tutelar direitos e garantias fundamentais difusos e coletivos. Interessante destacar que

as normas em destaque foram elaboradas em anos distintos, sendo possível constatar que tais movimentos de renovação não são limitados pelo tempo.

Ora, não obstante, a Terceira Onda Renovatória do acesso à justiça, momento de maior relevância para essa pesquisa, posto que, se diferencia substancialmente das duas reformas anteriores. Nesse momento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) reconhecem a importância das reformas anteriores a essa terceira, todavia, são claros ao destacar que esses dois momentos iniciais são limitados, sendo assim, destaca-se que o novo enfoque do acesso à justiça possui uma amplitude muito maior. Assim ponderam:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH. 1988, p. 67-68).

Com isso, algumas questões podem ser concluídas nesse momento. As três ondas de renovação existem ao mesmo tempo no mesmo lugar, tendo em vista que, os avanços almejados continuam se desenvolvendo e se aprimorando. Ademais, o Terceiro momento de renovação do acesso à justiça reconhece a importância dos avanços conquistados pela primeira e segunda onda, no entanto, passa a compreender que é possível acessar à justiça tanto pela via judicial, como também pela via extrajudicial.

É nesse momento que surgem os Métodos Autocompositivos de Solução de Conflitos (MASCs) tanto no âmbito judicial como no extrajudicial, como alternativa aos processos judiciais caros e que se estendem por anos no Poder Judiciário brasileiro. A legislação processual civil defende que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser encorajados a todos instante, conforme se observa a seguir:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.  
(...)

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

O Código de Processo Civil inova ao trazer no mesmo dispositivo que prevê o acesso à justiça como direito básico dos indivíduos, um §3º que tem por finalidade o estímulo à conciliação, à mediação e a outros meios de composição consensual de conflitos. Não carece nesse momento descrever as peculiaridades de cada instrumento acima mencionado, posto que, não é esse objetivo do presente tópico, mas sim, destacar que o Brasil tem caminhado, ainda que lentamente, em direção a busca por alternativas ao Poder Judiciário.

Assim, diante dessa breve introdução, aporta-se, finalmente, no ponto desejado, qual seja, a

relação entre tecnologia e direito. Obviamente, não há como negar que as inovações tecnológicas estão diretamente atreladas ao desenvolvimento do ser humano enquanto sociedade, e desse modo, nos últimos anos, a tecnologia tem sido utilizada como instrumento voltado para a efetividade da justiça.

Ou seja, constitui-se como um dos mecanismos apontados pela Terceira Onda Renovatória do acesso à justiça, onde, se busca novas ferramentas sem deixar de lado todo o avanço galgado ao longo dos anos. Ora, nesse momento será abordado com especificidade os mecanismos de Inteligência Artificial e a sua relação com o Poder Judiciário no Brasil.

O processo de digitalização dos sistemas do Poder Judiciário deu início com a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que determinou em seu art. 1º “O de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”. Com isso, a implementação das novas tecnologias, na época da publicação, era uma aposta do Poder Pública para aumentar a celeridade e eficiência na prestação desses serviços.

Com o passar dos anos, outro sistema adotado tem sido as Inteligências Artificiais. Assim, com o intuito de melhor compreender o que vem a ser tal tecnologia, será apresentado nos próximos parágrafos o conceito e os reflexos da utilização dessa tecnologia no âmbito do Poder Judiciário no Brasil.

Pois bem, a Quarta Revolução industrial, também conhecida como Revolução 4.0, propiciou um solo fértil para o surgimento, desenvolvimento e aprimoramento de novas tecnologia. Klaus Schwab conceitua essa revolução da seguinte maneira:

A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos (SCHWAB, 2016, p. 16).

Interessante destacar que o que diferencia a Quarta Revolução Industrial das suas antecessoras é exatamente a interação entre os domínios físicos, biológicos e digitais. Com isso, há claramente uma revolução tecnológica, que nos dizeres de Manuel Castells é caracterizada não pela centralidade do conhecimento e informação, mas sim, pela aplicação desses conhecimentos e dessas informações em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e o seu uso (CASTELLS, 1999, p. 69).

Diante desse mencionado solo fértil, a Ciência da Computação passou a ter condições de aprimorar as Inteligências Artificiais, unindo os domínios físicos, biológicos e digitais em uma única tecnologia. Harry Surden pontua que:

Uma maneira diferente, mas igualmente útil, de pensar sobre “inteligência artificial” é em

termos da tecnologia subjacente que a possibilita. Em alto nível, a inteligência artificial é geralmente tratada como uma subdisciplina da ciência da computação, já que grande parte da pesquisa e da tecnologia emergiu desse domínio. No entanto, a IA é verdadeiramente um empreendimento interdisciplinar, envolvendo ideias, pesquisadores e pesquisas além da ciência da computação em áreas como estatística, matemática, economia, neurociência, psicologia, lógica e filosofia, apenas para citar alguns<sup>3</sup> (SURDEN, 2020, p. 722) Tradução nossa.

Uma inteligência Artificial, de modo um tanto quanto direto, nada mais é do que um sistema de disposição lógica de algoritmos voltados para uma tentativa de replicar a racionalidade humana. Em outras palavras, é a possibilidade de as máquinas poderem executar tarefas que são normalmente desenvolvidas por seres humanos, como o planejamento, compreensão de linguagens, aprendizado, raciocínio, predição e solução de problemas.

Com isso, o intuito centrado no desenvolvimento dessa tecnologia é o de utilizá-la, principalmente, para desempenhar atividades administrativas repetitivas. Nesse sentido, o Poder Judiciário encontrou nessa ferramenta a possibilidade de agilizar o procedimento judicial em certas situações, e passou a estudar a IA como mecanismo de superação para o problema de celeridade do processo judicial, bem como para filtrar certas ações.

O projeto de maior destaque e até o momento mais bem sucedido de implementação de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro é o Projeto Victor, desenvolvido pela Universidade de Brasil (UnB), sob coordenação do Professor da Faculdade de Direito, Fabiano Hartmann, em parceria com o Supremo Tribunal Federal. O Coordenador do projeto explica:

parceria entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Universidade de Brasília, busca a aplicação dos mais novos conceitos e técnicas de IA e aprendizado de máquina para necessidades relevantes em termos de processamento, classificação de peças e classificação de temas na gestão da Repercussão Geral no STF (HARTMANN, *et al*, 2019, p. 20).

O Projeto Victor foi pensado tendo em vista o alto volume de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal, que busca a aplicação de um sistema de Inteligência Artificial que se vale de um sistema de classificação estruturado a partir dos conceitos de Aprendizado de Máquina para aplicação nos processos em fase de classificação temática de repercussão geral (UNB, 2023).

Portanto, tal sistema tem a missão de filtrar as demandas que chegam até o Supremo, com intuito de minimizar tamanho impacto, bem como, desempenhar as funções desempenhadas pelo trabalhador humano, de natureza repetitiva, alcançando ganhos em relação a celeridade.

Outrossim, Katti Faceli ao final de sua obra apresenta algumas tendências da Inteligência Artificial para os próximos anos, dentre tais conclusão, vale ser destacado o que segue, *ipsis literis*:

---

3 *A different but equally useful way to think about “artificial intelligence” is in terms of the underlying technology that enables it. At a high level, artificial intelligence is usually treated as a subdiscipline of computer science, as much of the research and technology emerged from this domain. However, AI is truly an interdisciplinary enterprise, involving ideas, researchers, and research beyond computer science from fields such as statistics, mathematics, economics, neuroscience, psychology, logic, and philosophy, just to name a few* (SURDEN, 2020, p. 722).

Com a crescente expansão do uso de algoritmos de IA, em particular de AM, para o desenvolvimento de ferramentas computacionais que, direta ou indiretamente, afetam a nossa vida, cresce a preocupação com o uso social e eticamente correto da IA. Aspectos como reprodutibilidade de experimentos, proteção à privacidade das pessoas, criação de modelos transparentes e uma IA justa e sem preconceitos são essenciais nessas ferramentas. Ao mesmo tempo, serão buscadas alternativas para regular o uso da IA e do AM, para evitar ou reduzir as chances da criação de ferramentas que possam trazer danos não só aos seres humanos, mas a todo o meio ambiente (FACELI, 2023, p. 361).

As perspectivas para o futuro são promissoras, o desenvolvimento e a utilização consciente e responsável de um sistema de inteligência artificial determinarão o rumo a ser trilhado por essa tecnologia no âmbito do Poder Judiciário no Brasil. Diversos outros projetos de implementação já estão em vigor em muitos outros tribunais, todavia, assim foi apresentado, ainda que de modo sucinto, mas, para restar evidente, que tal tecnologia tem sido utilizada judicialmente, e o próximo tópico, ápice da presente pesquisa, apresentará o sistema denominado de *Online Dispute Resolution*, como alternativa a morosidade do judiciário, porém, extrajudicialmente.

### **3. ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): REFLEXOS DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOBRE A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

Tendo em vista os conceitos essenciais já foram devidamente trabalhados nos tópicos anteriores, não é necessário reprisá-los nesse ponto, sendo possível, a partir de já, esclarecer, de modo sucinto, o que são as *Online Dispute Resolution* e sua importância para o processo de desjudicialização.

Pois bem, é incontestável que as tecnologias da informação e comunicação tem a capacidade de desencadear novas sociais e jurídicas, bem como conflitos que até nunca foram enfrentados. Além disso, diante da base apresentada até o presente momento, é possível constatar que nesse cenário intenso de inovações tecnológicas e frente a sua difusão nos mais variados setores da sociedade, dentre eles o Poder Judiciário, surge a possibilidade de estruturação de um ambiente e procedimentos para a adequada resolução de conflitos a partir dessas tecnologias.

A implementação de novas tecnologias e mecanismos voltados para a resolução de conflitos é comumente chamada de resolução *online* de controvérsias, todavia, entende-se que essa visão é vaga e não traz segurança para o estudo desse ramo. Daniel do Amaral Arbix esclarece

ODR é a resolução de controvérsias em que tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos (ARBIXM, 2015, p. 50).

Em outras palavras, esse mecanismo inova ao proporcionar um ambiente completamente inovador e com ferramentas próprias, destinadas específica e diretamente para a resolução de conflitos.

A tentativa de reverter o quadro de sobrecarga do Poder Judiciário através de meios alternativos de resolução de conflitos fez com que algumas empresas notassem a possibilidade que emergia e implementassem seus próprios sistemas de mediação *on-line*. Essa prática importa o modelo americano de *Online Dispute Resolution* (ODR) que se utiliza de recursos tecnológicos para a *Alternative Dispute Resolution* (ADR) (FERRAZ; SILVEIRA, 2019, p. 127).

O início da resolução *online* de conflitos se deu em virtude dos litígios surgidos com o desenvolvimento, principalmente, das lojas virtuais de compra e venda de bens e produtos, posto que, tanto o consumidor como o proprietário possuem interesse na rápida resolução do conflito, constituindo, portanto, uma alternativa aos meios tradicionais de pacificação.

Assim, em uma análise mais restrita, pode se dizer que a:

ODR não se limita ao simples desenvolvimento de instrumentos tecnológicos para dar suporte aos atos tradicionais vinculados ao exercício da jurisdição. Ele extrapola tal abordagem de um novo procedimento próprio para a resolução *online* de conflitos. Nessa percepção, em geral, vincula-se a *Online Dispute Resolution* à negociação à arbitragem, à mediação e à conciliação (ZAGANELLI; REIS; PARENTE, 2022, p. 867).

Desse modo, a *Online Dispute Resolution* tem a capacidade de viabilizar uma revolução frente ao sistema tradicional e presencial de aplicação do direito, elevando a solução de conflitos por ambientes virtuais a um *status* atrativo, possibilitar a rápida resolução da problemática, não sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para tanto.

Importante destacar, que a busca por meios alternativos ao Poder Judiciário tem se mostrado um caminho necessário, tendo em vista a sobrecarga suportada por esse último apresenta-se como uma problemática a ser combatida, pois inviabiliza a concretude do acesso à justiça.

Em suma, pode-se concluir que tal inovação tecnológica tem a capacidade de resolver conflitos de uma maneira rápida, transparente, segura e barata, todavia, com altos níveis de eficiência, posto que, as partes envolvidas nesse tipo de litígio têm a pretensão por solucionar a situação em questão de modo célere. Com isso, concretiza-se o que Mauro Cappelletti propôs em sua obra clássica, a busca por meios alternativos ao Poder Judiciário com o escopo de desobstruí-lo, atrelado ao desenvolvimento tecnológico, tem a capacidade de conferir uma tutela adequada ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em síntese, a busca por melhoria nos mecanismos de acesso à justiça deve ser constante e ininterrupta, sob pena de violação irrestrita aos direitos e garantias fundamentais aduzidas durante o texto. Todavia, observou-se que os Métodos Alternativos de Resolução de conflitos representam uma alternativa viável aos processos demorados e caros. Ao associar tal metodologia ao desenvolvimento tecnológica, surge nesse cenário as *Online Dispute Resolution* (ODR),

Inteligências Artificiais especializadas em resolução de litígios por autocomposição.

Claramente, há a necessidade de se elaborar uma pesquisa mais detalhada a fim de compreender o real funcionamento desse instrumento, todavia, o intuito aqui fora alcançado, qual seja, a exposição das ODR como meios alternativos ao Judiciário e com alta probabilidade de eficácia em relação à resolução de conflitos, tutelando de modo eficaz o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

## REFERÊNCIAS

- ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias** – Tecnologias e jurisdições. 265f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 34 ed. – atual. – São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República (2023). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 22 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República (2023). Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). Acesso em: 12 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República (2023). Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em: 13 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário** – 3. ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D`Plácido, 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** – 7. ed. – Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. 6ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** – 22. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.



- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo** – 32. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2020.
- FACELI, Katti; LORENA, Ana C.; GAMA, João; *et al.* **Inteligência Artificial** - Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina. São Paulo: Grupo GEN, 2021.
- FERRAZ, Deise Brião; SILVEIRA, Simone de Briazzi Avila Batista da. *Online Dispute Resolution (ODR) como ferramenta de Acesso à Justiça e Mudança na Gestão de Conflitos no Brasil através da Mediação On-line*. **Revista DU**, Porto Alegre, v. 16, n. 88, 2019.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano, *et al.* Projeto Victor: como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta Corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados. **Revista Sociedade Brasileira de Computação – Machine Learning: Desafios para um Brasil competitivo**. Porto Alegre-RS, v. 2, 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à justiça e inclusão social. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 15, p. 335-345, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/211>. Acesso em: 02 maio 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v15i15.211>.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo** – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SURDEN, Harry. *The Ethics of Artificial Intelligence in Law: Basic Questions*. *Forthcoming chapter in Oxford Handbook of Ethics of AI, 2020*. **U. of Colorado Law Legal Studies Research Paper**, 2020.
- UNB. DR.IA – UnB – Laboratório de Direito e Inteligência Artificial. Projeto Victor. **Universidade de Brasília**. Disponível em: <http://dria.unb.br/teste-top>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- ZAGANELLI, Margareth Vetis; REIS, Adrielly Pinto dos; PARENTES, Bruna Velloso. A aplicabilidade do “*online dispute resolution*” (ODR) no sistema jurídico brasileiro: a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário em meio digital e os seus reflexos durante o isolamento social. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 02, 2022.

**CAPÍTULO IV**  
**VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO**  
**CONTEMPORÂNEO**

# APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE BIENES INMUEBLES EN LOS DIFERENTES RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

Maria Pilar López García ROCHA

## RESUMO

Este trabalho trata da análise do regime jurídico do registo dos bens conjugais e dos requisitos que, do ponto de vista do Registo de Imóveis, se estabelecem para os atos de administração ou alienação dos mesmos. Tem por objecto as regras dos regimes das comunidades matrimoniais, das comunidades em regime de separação, incluindo os regimes dos estrangeiros casados e ainda as orientações aplicáveis aos casais que não tenham contraído casamento. A exposição dos requisitos de registo é precedida de uma breve reflexão sobre o regime económico matrimonial de direito civil comum oral a que se aplicam. O exame destes requisitos procura fazer-se a partir dos critérios de controlo da legalidade do registo estabelecidos pelo artigo 18.º da Lei das Hipotecas para efeitos de validade dos atos de disposição.

**PALAVRAS CHAVE:** Atos de disposição, proprietário registrado, bens comuns, presunção de ganho.

## RESUMEN

El presente Trabajo aborda el análisis del régimen legal de la inscripción de bienes matrimoniales y de los requisitos que, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, se establecen para los actos de administración o disposición de los mismos. Su objeto son las reglas de los regímenes de las comunidades matrimoniales, de las comunidades en régimen de separación, incluyendo los regímenes de las personas casadas extranjeras y también las directrices aplicables a parejas no han contraído matrimonio. La exposición de los requisitos registrales viene precedida por una breve reflexión del régimen económico matrimonial de Derecho Civil común o foral a que se aplican. El examen de estos requisitos trata de hacerse desde el criterio del control de legalidad registral establecido por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria a efectos de la validez de los actos dispositivos.

**PALABRAS CLAVE:** Actos de disposición, titular registral, bienes comunes, presunción de ganancialidad.

## I. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN RÉGIMEN DE GANANCIALES COMO PARÁMETRO REFERENTE

### 1 NATURALEZA Y PRESUPUESTOS

La sociedad de gananciales es el régimen económico matrimonial supletorio establecido por el Código Civil. El artículo 1316 C.c. establece que: "*a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*". Fieles al texto legal, entendemos por sociedad de gananciales aquella sociedad por la cual "*se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*" (cfr. art. 1.344 C.c.).

Es inevitable examinar, aunque sea brevemente, la cuestión de la naturaleza jurídica de la comunidad o sociedad de bienes gananciales por ser relevante para las reglas que se aplican a los actos de adquisición y disposición de los bienes matrimoniales y determinar sus modalidades de inscripción registral.

Mayoritariamente, la jurisprudencia y la Doctrina, y la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN), vienen interpretando que la sociedad o comunidad de gananciales es una comunidad de bienes de tipo germánico o en mano común. Numerosos autores lo dan por supuesto y lo sostienen quienes últimamente han tratado esta cuestión (así, LACRUZ y SANCHO<sup>1</sup>, RAMS ALBESA<sup>2</sup> o PÉREZ PÉREZ<sup>3</sup>). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha respaldado esta tesis mayoritaria, recientemente en sentencias como las de 17 de enero de 2018, o en la de 18 de febrero de 2009, en la que, al tiempo que niega a la comunidad de gananciales la cualidad de persona jurídica, le otorga la consideración de comunidad especial, donde la propiedad de los bienes está en mano común. Por otro lado, la STS de 8 de febrero de 2007 señala el imposible encaje de la sociedad de gananciales en el régimen de la comunidad de bienes regulada en el artículo 392 C.c., “al faltar por completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano”.

Esta jurisprudencia deja claras las características de esta comunidad especial en un aspecto tan importante como los derechos de cada uno de los cónyuges en ella, es decir, no recaen sobre bienes en concreto, sino sobre el patrimonio ganancial en conjunto. Y, lógicamente, esto explica que la inscripción en el Registro de la Propiedad de un bien inmueble adquirido por ambos cónyuges para la comunidad de gananciales, no refleje cuotas o porciones ideales entre ellos (a diferencia de la inscripción de fincas a favor de personas en comunidad ordinaria de bienes donde es regla registral señalar cuotas “con datos matemáticos que permitan conocerlas indudablemente”, art. 54 R.H.). La idea de cuota propia de la comunidad romana es, entonces, ajena a la sociedad de gananciales, y consecuentemente tampoco cabe en ésta la *actio communi dividundo* ex art. 400.1. La DGRN recoge las tesis del TS acerca de la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales. Así lo hace últimamente la Resolución de 6 de noviembre de 2019, invocando la STS de 17 de enero de 2018 antes citada, que insiste en las características de la sociedad de gananciales (inexistencia de cuotas, imposibilidad consiguiente de disponer de ellas e improcedencia de la acción de división de la cosa común), ya desarrolladas en Resolución de la DGRN de 2 de febrero

---

1 LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de familia*. Barcelona. Librería Bosch. P.p. 395 y ss. 1992.

2 RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Madrid. Editorial Tecnos. P.p. 33 y ss. 1992.

3 PÉREZ PÉREZ, E. *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*. Barcelona. Editorial Bosch. P.p. 599-600. 2009

de 1983.

La profunda reforma de la institución de la sociedad de gananciales en el Código civil ha llevado a autores a considerar que se ha alterado un tanto la naturaleza de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, de que ambos textos legales, particularmente el Reglamento Hipotecario, introducen una disociación entre ganancialidad y titularidad. La ganancialidad se interpretaría como carácter o cualidad de los bienes y derechos adquiridos por alguno de los cónyuges o por ambos, pero el carácter ganancial no conllevaría la titularidad conjunta del mismo, sino un efecto jurídico que se traduciría en que los actos de gestión y disposición de los bienes adquiridos con este carácter hayan por regla general de obtener el consentimiento del cónyuge no titular (admitiéndose que el titular pueda realizar por sí solo ciertos actos sobre los bienes gananciales, art. 94.2 R.H.). La inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, según el artículo 9.e) de la Ley Hipotecaria, debe realizarse a favor de “la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción”. Esta “persona” es el denominado titular registral en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral. El artículo 51.9 R.H. complementariamente establece que deberá hacerse constar en la inscripción a su favor “si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal (doble condición), el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge”. Cuando se trata del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, deben tenerse en cuenta necesariamente los artículos 93, 94 y 95 del Reglamento Hipotecario a efectos de inscripción.

## **2 ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES**

La inscripción de los bienes gananciales es pues el objeto de los artículos 93 y 94 R.H., en los que podemos diferenciar los casos siguientes:

### **2.1 Inscripción de la finca a nombre de ambos cónyuges expresándose su carácter ganancial.**

Procederá inscribir con carácter ganancial, en primer lugar los bienes adquiridos por ambos cónyuges a título oneroso y a costa del caudal común, lo que constituye el reflejo registral de lo dispuesto por el art. 1347.3 C.c., que así lo dispone; en segundo lugar, los bienes a los que los cónyuges atribuyen de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos de forma conjunta y sin atribución de cuotas, por aplicación del art. 1355 C.c., que admite que los cónyuges, siempre de acuerdo, así lo hagan “*cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma o plazos en que se satisfaga*”. Esta atribución puede ser hecha de forma expresa o presunta; y por último los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial

designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario (art. 93.1. párrafo 2º R.H.); en perfecta correspondencia con el artículo 1353 C.c.

## **2.2. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales.**

Este precepto, junto al artículo 94.2 RH, fundamenta la opinión doctrinal de que el Reglamento Hipotecario ha acogido la distinción entre titularidad y ganancialidad, o, dicho de otro modo, bienes gananciales de titularidad conjunta y bienes gananciales de titularidad individual. Pues el art. 1347.3 C.c. atribuye el mismo efecto a la adquisición conjunta (para la comunidad) y a la individual (para uno de los esposos), pero la diferenciación que introduce el artículo 93.4 sí resulta relevante en cuanto a la titularidad de lo adquirido, pues a la titularidad sigue el efecto de conferir al titular la facultad de administrar la finca (al amparo del art. 1384) e incluso ciertas facultades de mayor alcance dentro de los términos y límites del citado artículo 94.2. para la sociedad de gananciales”, y tampoco invoca, ni justifica, su privatividad, nos hallaremos ante el caso siguiente.

## **2.3. Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales.**

Esta presunción es *iuris tantum* y debemos plantearnos cómo es posible rebatirla una vez inscrito el bien con carácter presuntivamente ganancial. Con este objeto podemos mencionar la reciente Resolución de 27 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que considera que cambiar el carácter presuntivamente ganancial de una finca entra en el ámbito de la rectificación por inexactitud registral, y ello exige cumplir los requisitos de los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria y por tanto “*es preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica se vea afectada por el pronunciamiento registral, o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento*” (Resoluciones de 23 de marzo de 2004, 1 de octubre de 2007 y 23 de agosto de 2011, entre otras). Así pues, la mera solicitud unilateral de alguno de los cónyuges (el titular registral o el no titular) no sería bastante en ningún caso para desvirtuar la presunción.

## **3 DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES**

Para los actos de disposición de bienes gananciales, el Código civil, exige la actuación

conjunta de ambos cónyuges, el consentimiento de ambos, en aplicación de los artículos 1377 y 1378. Para la inscripción de actos de disposición a título oneroso de bienes gananciales, el artículo 93.2 R.H. dispone que “*será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletorio.*” Los actos de disposición a título gratuito de los bienes gananciales deberán ser “*realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro*”.

Sin embargo, no hay especialidad alguna para los actos de disposición de los bienes que estén inscritos a nombre de un sólo cónyuge, ni la hay tampoco para los actos de disposición de los bienes inscritos con carácter presuntivamente ganancial.

El obligado consentimiento de ambos cónyuges se vincula con el principio registral de tracto sucesivo *ex* artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual no puede inscribirse ningún derecho si el título no ha sido otorgado por sus titulares registrales, salvo por resolución judicial en un proceso en el que han intervenido, es decir, el poder de disposición de una finca pertenece a su titular registral y, si son varios, a todos ellos.

Por su parte, el artículo 94.2 R.H. concede ciertas posibilidades de actuación unilateral del titular registral si los bienes se han inscrito a nombre de sólo uno de los cónyuges con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, al declarar inscribibles “*las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral*”. Estos actos son a menudo llamados por la doctrina “actos de riguroso dominio”, reservados al dueño, y su naturaleza parece exceder de la de los meros actos de administración, pues fundamentan cambios y transformaciones sustanciales en la finca. Por ejemplo, la Resolución de 30 de junio de 2016 admite que sea sólo el cónyuge que es titular registral el que intervenga en la rectificación de la descripción de una finca ganancial que había sido vendida por ambos cónyuges. Por tanto, en la medida que el artículo 1384 C.c. considera válidos los actos de administración de bienes, y a un arrendamiento de inmuebles se le reconozca esta naturaleza, el cónyuge titular registral podrá otorgar por sí solo el arrendamiento a favor de un tercero. PAU PEDRÓN<sup>4</sup> entiende hecha excepción de la vivienda familiar inscrita a nombre de uno de los cónyuges, puesto que el artículo 1320 impide al cónyuge único propietario disponer de *los derechos* sobre ella: en este caso, aunque el arrendamiento sea un acto de administración y no de disposición, se está disponiendo del derecho de uso.

---

4 PAU PEDRÓN, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J. *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*. Madrid. Fundación Registral. P.p. 106-107. 2011.

Para el caso de que el cónyuge sea titular de un crédito hipotecario, el artículo 178.5 R.H. establece que *“bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquel”*. Repárese en que se requerirá el consentimiento de ambos a la cancelación otorgada por motivo diferente al pago, por ejemplo una renuncia a la hipoteca, pues este acto sí que es claramente un acto de disposición.

La omisión del consentimiento del cónyuge que debe prestarlo conllevará la calificación desfavorable del registrador por invalidez del acto dispositivo, anulabilidad si lo es a título oneroso y nulidad absoluta en las disposiciones a título gratuito (arts. 1322, 1377 y 1378, con relación al artículo 1301 C.c.). Aquí, y en lo sucesivo, debemos tener muy presente que la calificación registral, es decir el control de legalidad del registrador, versa específicamente sobre *“la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”* según el art. 18 L.H.

#### **4 LA EXISTENCIA DE BIENES PRIVATIVOS JUNTO A LOS GANANCIALES**

El régimen del artículo 95 R.H. trata separadamente tres cuestiones: la inscripción de los bienes que son legalmente privativos, la prueba del carácter privativo y la disposición de los bienes privativos.

##### **4.1. Bienes que se inscribirán como privativos conforme al Código civil**

En primer lugar, *“son privativos (indica el art. 1346.1º C.C.) los bienes y derechos que le pertenecieran a un cónyuge al comenzar la sociedad”*, y así se inscribirán a nombre del adquirente sin ninguna particularidad. El art. 91.2 R.H. de alguna manera representa una salvedad a esta regla de privatividad en el caso (frecuente por otra parte) de que uno de los cónyuges *“antes de comenzar la sociedad”* haya adquirido por precio aplazado una vivienda y ésta se destine a vivienda familiar, situación en la que continuarán sucediéndose los pagos de los plazos, probablemente con dinero ganancial (cfr. artículo 1347.1º C.c.); el R.H. pone buen cuidado de declarar que de entrada el hecho de dedicar la vivienda a la familia *“no alterará la inscripción a favor de éste”*, o lo que es lo mismo, continuará teniendo carácter privativo, pero admite a su vez la posibilidad de que por medio de nota marginal *“se hagan constar con posterioridad los pagos”* aplazados especificando *“el carácter ganancial o privativo del dinero entregado”*. Lo cual es una vía probatoria de primer orden para la aplicación del artículo 1357.2 C.c., que conduce a una ganancialidad sobrevenida y parcial de la vivienda, en proporción a los fondos privativos y gananciales invertidos.

Dispone el artículo 95 R.H. que se inscribirán como bienes privativos los *“que legalmente tengan tal carácter”*. Y esto lo decide el art. 1346 C.c. Se inscribirán con carácter privativo los



bienes adquiridos a título gratuito, por subrogación real y los derechos personalísimos.

Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad de gananciales, a título gratuito (art. 1346.2), esto es, por herencia, legado o donación.

Salvedad hecha del art. 1353 (y art. 93.1 RH), puesto que si se dona o deja en testamento un bien a ambos cónyuges, conjuntamente y sin designación de porciones indivisas entre ellos, ese bien se considerará ganancial salvo declaración contraria del donante o testador.

Por su parte, la subrogación real es uno de los principios rectores de la organización de la sociedad de gananciales en el Código civil. Parece, en rigor, operar en la calificación del bien como privativo o ganancial, pero no en la titularidad del mismo; encuentra esto apoyo en el art. 1354 C.c., que distingue entre titularidad y carácter de los bienes adquiridos: "*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*".

En el ámbito de la subrogación real se encuadra la regla, correlativa al art. 1347.4º, según la cual son bienes privativos "*los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges*" (artículo 1346.4º), y esto, aunque se haya hecho el pago con fondos comunes, sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales (art. 1346, párrafo final).

El principio de subrogación real late también en la solución del Código de atender a la naturaleza del dinero utilizado en el primer pago para determinar el carácter del bien que se adquiera por precio aplazado: si se emplea dinero privativo de uno de los cónyuges en la primera cuota o primer pago, el carácter será privativo; si se emplea dinero ganancial, el carácter será ganancial, y así lo dispone el art. 1356. Aunque siempre sin perjuicio del derecho de reembolso a la sociedad o al cónyuge según corresponda (artículo 1356.2), y con la señalada excepción del art. 1357.2 para el caso de la vivienda familiar comprada a plazos durante el matrimonio, pues si fue comprada por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad y la totalidad o parte del precio aplazado se paga con dinero ganancial, procederá aplicar el art. 1354 C.c. y la comunidad por cuotas a que conduce.

Pero, por otra parte, la subrogación real parece susceptible de eludirse por el juego de los artículos 1355 y 1323 C.c. en una interpretación que una Resolución de 25 de septiembre de 1990 vino a admitir aun reconociendo objeciones doctrinales<sup>5</sup> concediendo que los cónyuges pueden convenir por su libre voluntad que un bien adquirido constante matrimonio ingrese en el patrimonio de uno de ellos y no en el común, a pesar de no acreditarse la privatividad de la

---

5 GASPAR LERA, S. *Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid. Nº 753. P.p. 255-284. 2016.

contraprestación, siempre que tal convenio obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real. Esta tesis de la DGRN considera imprescindible expresar la causa de la atribución: permuta, donación u otro título suficientemente causalizado, que determinará su régimen jurídico. Su última doctrina acentúa esta orientación, como veremos.

También son legalmente privativos de uno solo de los cónyuges los derechos personalísimos que le pertenezcan, es decir, los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y no transmisibles entre vivos. Entre los derechos reales inmobiliarios contaríamos en este capítulo los derechos de uso y habitación, que por naturaleza son personalísimos e indisponibles (artículo 525 C.c.) y probablemente también las servidumbres personales del artículo 531 C.c. En cuanto al usufructo, es un derecho personalísimo si se concede en contemplación a la persona o la vida de uno de los cónyuges, pero será privativo o ganancial en función de que su título de constitución sea gratuito u oneroso.

Las demás causas del art. 1346 C.c. carecen prácticamente de trascendencia registral, excepto la relevancia que puedan tener para acreditar el carácter privativo del precio o contraprestación de la compensación, el resarcimiento, etc. que puedan determinar el de la adquisición.

#### **4.2. Prueba del carácter privativo del precio o contraprestación: la prueba documental pública y las declaraciones de los cónyuges acerca de la privatividad de la adquisición**

Otro de los principios claves en la sociedad de gananciales del Código civil es la *vis atractiva* de la ganancialidad, como lo demuestra la presunción de ganancialidad del art. 1361 por el que los bienes existentes en el matrimonio se consideran gananciales mientras no se pruebe lo contrario. En cuanto a esta prueba, y a efectos registrales, el art. 95.2 RH dispone que *el carácter privativo del precio o la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública*".

La justificación de la naturaleza privativa o ganancial del precio no es fácil por la fungibilidad que caracteriza al dinero. La procedencia del dinero pagado en una adquisición no es fácil de demostrar, y el procedimiento registral carece de una fase probatoria de los elementos aducidos, es decir, siempre debe resultar de los documentos presentados. La jurisprudencia no da facilidades. La STS de 20 de septiembre de 1999 niega que los documentos administrativos, bancarios y comerciales representen por sí una prueba sólida de la ganancialidad o privatividad de los fondos a que se refieren. La DGRN comparte y sigue este criterio. La Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2005 determinó que un resguardo de transferencia bancaria no rompe la presunción de ganancialidad. La Resolución de la DGRN de 25 de octubre de 2007 señaló que el

pago con cargo a cuenta corriente a nombre de un solo cónyuge no acredita el carácter privativo de la adquisición. En este sentido, la Resolución de 26 de febrero de 2020 establece que *“no puede tomarse en consideración la certificación bancaria con la que el recurrente pretende acreditar el carácter privativo del dinero empleado en la compraventa...”*. Y por su parte, la STS núm. 295/2019, de 27 de mayo, en un caso de liquidación de la sociedad de gananciales remite al adquirente a *“probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo”*.

Sin embargo, la exigencia del artículo 95.2 del R.H. es clara, y para inscribir el bien adquirido como privativo del cónyuge adquirente es necesario acreditar el carácter privativo del precio mediante prueba documental pública (o demostrándolo en juicio) para rebatir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 C.c. En la prueba de la privatividad destacaremos:

En primer lugar, la manifestación en la escritura del cónyuge adquirente de ser privativo el bien o los fondos empleados para adquirirlo nunca basta por sí sola para conseguir la inscripción con carácter privativo. La Resolución de 28 de noviembre de 1983 ya lo consideró así invocando *“la esencial fungibilidad del dinero”*, y la Resolución de 21 de mayo de 1998 explicó que una cosa es probar que en su día existiera un dinero privativo resultante de una venta de un bien privativo, y algo totalmente distinto probar que ese dinero se haya empleado en la nueva adquisición. La Resolución de 7 de noviembre de 2018 señala que, en el ámbito registral ha de acreditarse el carácter privativo del precio mediante prueba documental pública suficiente, y que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado es insuficiente, dado el carácter fungible del dinero.

Seguidamente, distinta de la prueba documental pública, y con diferente efecto, la confesión del consorte, según el art. 95.4 R.H., permite hacer inscripción del bien con carácter privativo, pero expresándose la circunstancia de la confesión, cuya consecuencia es que los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante requerirán *“el consentimiento de los herederos forzosos de éste, salvo que el carácter privativo del bien resultara de la partición de herencia”*.

La inoponibilidad de la confesión en relación a los acreedores se pone de manifiesto en el art. 144.2 R.H., pues *“cuando se trate de bienes inscritos conforme al nº 4 del art. 95, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes”*.

Es admisible la prueba o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción, según el art. 95.6 RH, haciéndose constar esta circunstancia por nota marginal. Pero no es vía fácil. En aplicación de la doctrina de los actos propios, este precepto rechaza la confesión

“contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona”. La Resolución de 9 de enero de 2001, en un caso en el que la finca fue adquirida constante matrimonio por la esposa “para su sociedad conyugal”, rechaza la petición del marido de hacer constar el carácter privativo mediante la aportación del testimonio de la confesión de dicha esposa, hecha en las medidas provisionales de separación, de haberse adquirido con fondos privativos.

Por último, constatadas las dificultades de inscribir privativamente un bien constante la sociedad de gananciales por la iniciativa del cónyuge adquirente, no podemos desconocer que existe una tendencia reciente a facilitar la inscripción de un bien como privativo, privativo puro y no meramente confesado, por convenio entre los cónyuges.

La DGRN, fundamentándose en que el Código Civil reconoce a los cónyuges la más plena libertad de contratar entre ellos en su artículo 1323 y que el artículo 1355 es sólo una manifestación de ese principio, no comparte esa postura, sino que entiende que “los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de los bienes comprados por la esposa”. Y esto aunque no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado (a falta en el Derecho común de una presunción legal como la establecida en el artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón<sup>7</sup>), de modo que “ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil...”; bastando, por lo demás, que quede explícito que la adquisición tiene carácter oneroso (sin especificar más en cuanto a la causa), para que quede claro el derecho de reembolso subsiguiente a favor del cónyuge excluido de la inscripción, que éste podrá reclamar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que será satisfecho con fondos privativos con las diferentes posibilidades que sugiere BERROCAL LANZAROT<sup>6</sup>.

En definitiva, si ambos consortes en ejercicio de su autonomía de la voluntad “pueden convenir” que el bien ingrese en el patrimonio de uno de ellos como privativo en el momento de su adquisición “a pesar de no haberse acreditado la privatividad”, la conclusión es que, en aplicación de esta doctrina, bastaría el acuerdo entre los cónyuges y una declaración en tal sentido para que el bien adquirido constante matrimonio puede calificarse e inscribirse como privativo, y ni siquiera como privativo confesado sino como privativo puro. Y por tanto, tal declaración parece equiparable a la prueba documental pública a este efecto.

### 4.3. La disposición de los bienes privativos

---

6 BERROCAL LANZAROT, A. I. *La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso*. RCDI. Madrid N.º 781. P.p. 3045 a 3099. 2020.

Cuando decimos que un bien es legalmente privativo, es obvio que el poder de disposición pertenece a su titular registral exclusivamente. Así resulta del artículo 95.3 del Reglamento Hipotecario, que dispone que *todos los actos inscribibles relativos a esos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta*, e incluso del artículo 95.4 con referencia a los bienes privativos por confesión del consorte.

No obstante, cuando hablamos de los bienes inscritos como privativos confesados (cfr. artículos 95.4 R.H. y 1324 C.c.), durante la vida del confesante el titular registral puede disponer por sí sólo válidamente, por efecto de la confesión. Para los casos en los que el titular registral ejercite su poder de disposición en vida del confesante, deberemos atenernos a una exigencia formal patente en la Resolución de 19 de abril de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica, y es que en el momento de disponer de un bien confesado privativo, el titular registral ha de hacer expresa manifestación de que no ha fallecido el cónyuge confesante.

Como gran excepción a la libertad de disposición del cónyuge titular privativo., encontramos la vivienda familiar. Nos limitaremos a constatarla. El artículo 1320.1 C.c. exige el consentimiento de ambos cónyuges *para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual ..., aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges*, y en el mismo sentido lo regula el art. 231 CCCat. La naturaleza de esta norma es de Derecho matrimonial primario y por tanto su aplicación procede, por utilizar las palabras del Código civil catalán, *con independencia del régimen económico matrimonial aplicable*.

## **II. LAS PARTICULARIDADES PROPIAS DE LOS REGÍMENES DE SEPARACIÓN DE BIENES Y DE PARTICIPACIÓN**

Como es sabido, el régimen de separación de bienes puede ser legal, así ocurre en Cataluña y Baleares, o bien convencional, pactado en capitulaciones matrimoniales.

Como veremos, en ambos casos las reglas son las mismas, pero no puede desconocerse la constante Doctrina de la DG de que, al invocar las partes la separación de bienes, si ésta tiene origen legal, por establecerlo el Derecho foral, es preciso hacerlo constar, y, si se debe a un pacto en capitulaciones, debe acreditarse su existencia e inscripción en el Registro Civil.

Lógicamente, mediando separación de bienes o pactado el régimen de participación por el matrimonio, si uno sólo de los cónyuges consta en el título a calificar como único adquirente de una finca, la inscripción se practicará exclusivamente a su favor, y sólo conveniencias de mayor claridad aconsejan en estos casos llevar a la inscripción la referencia al régimen económico matrimonial de separación o participación del titular registral, que en todo caso no influye sobre su

titularidad exclusiva del bien, puesto que la adquisición verificada no afecta a derechos presentes o futuros de sociedad conyugal alguna (cfr. art. 51.9 R.H.).

Cuando se trata de bienes adquiridos por ambos cónyuges en cualquier régimen de separación o participación, la regla del artículo 90.2 R.H. es que sean inscritos a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al artículo 54 R.H. Este precepto, que constituye una manifestación del principio registral de especialidad, exige *en esenci*, que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisen la porción ideal de cada condueño “con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente”.

En cuanto a los actos de administración y disposición de los bienes así inscritos, nos remitimos a la separación de bienes que, como dice el artículo 1437 del Código civil, *pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y, los que después adquiera por cualquier título y corresponde a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*. Por tanto, será el cónyuge propietario el que disponga libremente de la finca inscrita a su favor, con contadas excepciones como la debida a la norma de protección de la vivienda familiar, de conformidad con el criterio legal adoptado por los artículos 1320 C.c. y 91.1 R.H., así como el artículo 231-9 del Código civil catalán y el artículo 190 del Código foral de Aragón.

Lo mismo cabe decir en cuanto al régimen de participación, puesto que mientras esté vigente, sus efectos son similares a los del régimen de separación (cfr. artículo 1412 C.c.). Sólo habría que añadir la especialidad del artículo 90.3 R.H., si el régimen económico-matrimonial vigente fuera el de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito.

### **III. LAS MÁS DESTACADAS ESPECIALIDADES DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS RÉGIMENES TERRITORIALES ESPECIALES**

El artículo 90 R.H. es el marco de la inscripción de los bienes adquiridos constante matrimonio en los regímenes forales o especiales diferentes del Código civil. Este precepto establece separadamente las reglas para los regímenes forales de comunidad, en el apartado 1, y las aplicables a los regímenes forales de separación de bienes, en su apartado 2.

Así, el artículo 90.1 dispone que “*los bienes que con arreglo al Derecho foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga. Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad podrá hacerse constar esta circunstancia por nota*

*marginal.”*

El ámbito de aplicación de este precepto, por tanto, corresponde a los regímenes de comunidad de los Derechos forales o especiales distintos del de gananciales del Código Civil. La Comunidad Autónoma de Galicia tiene su propia legislación civil especial, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, pero su artículo 171 establece el régimen de la sociedad de gananciales como supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales y por consiguiente no vemos en ella ninguna novedad respecto a lo expuesto en el capítulo anterior respecto al régimen común del Código Civil sino que lo que procede es remitirse a éste.

En cambio, sí hallamos otros regímenes de comunidad de bienes diferentes a la sociedad de gananciales en otros territorios forales o autonómicos. Al tiempo que se ofrece una breve idea acerca de ellos expondremos las reglas de aplicación a las adquisiciones y actos de disposición.

## **1 EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FORAL DE VIZCAYA Y LA LLANADA ALAVESA**

De conformidad con el artículo 127.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, el régimen económico matrimonial legal supletorio en el País Vasco en general es el de la sociedad de gananciales (lo que conllevará la operativa civil y registral expuesta en el primer capítulo); pero existe una notoria especialidad y es que según dispone su artículo 127.2, cuando ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, el matrimonio se registrará, a falta de pacto, por el régimen de comunicación foral de bienes.

Según el art. 129, en virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen; y según el art. 132.2, se entenderán comunicados todos los bienes, derechos y acciones que cualquiera de los cónyuges obtenga hasta el momento de la disolución del matrimonio.

Es importante tener en cuenta que la comunidad foral funciona en cierto modo como una comunidad diferida de bienes, pues, aunque nace con el matrimonio, sólo se consolida en el momento de su disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos o descendientes comunes; es entonces cuando opera la comunicación de los bienes y sólo entonces los bienes pasan a ser comunes, según el art. 132.1

Los bienes adquiridos en régimen de comunicación foral se inscribirán, por tanto, conforme al artículo 90.1 del Reglamento Hipotecario, a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose cuando proceda su carácter común y la denominación de este régimen

foral. En su caso, podrá hacerse uso de la posibilidad del artículo 90.1 párrafo 2º y, cuando se dé el caso de que un bien haya de incorporarse a esta comunidad matrimonial, podrá hacerse constar por nota marginal, y parece que así podrá hacerse cuando lo requiera la aportación de un bien a la comunidad (artículo 127 de la ley vasca) o cuando proceda hacer constar la distinción entre bienes “ganados” y bienes procedentes de uno de los cónyuges (artículo 133).

De acuerdo con el artículo 135.1, en la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. Por consiguiente, nos hallamos ante reglas análogas a las de los artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario (y del artículo 1377 C.c.) y la calificación registral conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria exigirá el consentimiento de ambos cónyuges para los actos dispositivos otorgados en la escritura pública pertinente.

## 2 EL RÉGIMEN DE CONQUISTAS EN NAVARRA

El régimen económico matrimonial legal supletorio en Navarra, a falta de capitulaciones, es el de la sociedad de conquistas, que se regirá por las disposiciones de su Compilación en lo que no especialmente estipulado por los cónyuges, según la Ley 87 de la Compilación navarra (últimamente reformada por Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo).

La sociedad de conquistas de Navarra es, como ya explicaron LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA<sup>7</sup> un sistema de comunidad de ganancias sustancialmente, pero que incluye, como es propio del Derecho navarro<sup>8</sup>, importantes concesiones a la autonomía de la voluntad (cfr. ley 88.1), pues basta el pacto para convertir en bienes de conquista adquisiciones hechas con dinero privativo de uno de los cónyuges; y, viceversa.

Así pues, en aplicación del artículo 90.1 R.H., en todos los casos previstos en que proceda conforme a la Ley 88 de la Compilación navarra, se hará constar el carácter común del bien, como de conquista (y también cuando sea presuntivamente de conquista, es decir, cuando su pertenencia privativa no conste), identificando de paso la comunidad de bienes con su nombre típico y tradicional y, por consiguiente, dejando claro frente a terceros cuál es el régimen aplicable a los actos de disposición.

Respecto a éstos, la regla de la Ley 94 es que la administración y disposición de

---

7 LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de familia*. Madrid. Librería Bosch. P.p. 543-560. 1992

8 PUIG FERRIOL, L. *De la asociación a compras y mejoras. Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid. T. XXVII, Vol. 2. Edersa. P.p. 120-132. 1978



bienes de conquista se rige por lo pactado en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública, por lo que el registrador habrá de estar a estos documentos en el ejercicio de la función calificadora que le atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y parece lógico que pueda solicitar su presentación para poder examinarlos y comprobar si la disposición se ajusta a lo pactado. En defecto de pacto la gestión o disposición de los bienes comunes corresponderán a ambos cónyuges conjuntamente, por lo que sus requisitos pueden considerarse análogos a los previstos para los actos de disposición de bienes gananciales. Por tanto, si un bien consta inscrito a favor de la sociedad de conquistas, no habrá cuestión cuando el acto dispositivo sea otorgado por ambos cónyuges.

### **3 EL CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS**

De conformidad con el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, el régimen económico matrimonial aragonés es el llamado “consorcio conyugal” (art. 193). Los bienes comunes del matrimonio se denominan "consorciales".

El consorcio conyugal aragonés es, como el de gananciales o de conquistas, una comunidad restringida de bienes; básicamente de adquisiciones a título oneroso, y se caracteriza (como el navarro) por la libertad de los cónyuges para atribuir en todo momento carácter consorcial o privativo a los bienes que deseen, libertad que podrán ejercitar en el momento de su adquisición conforme al art. 215. Por tanto, las adquisiciones a título oneroso de bienes inmuebles tendrán carácter consorcial, salvo estipulación en contrario, como hemos visto, y se inscribirán como tales de conformidad con el artículo 90.1 R.H., expresándose la denominación de esta típica comunidad aragonesa, el consorcio conyugal.

Es de destacar que en la compra celebrada antes del matrimonio por precio aplazado, cualquiera que sea la clase y destino del bien, éste será siempre privativo, salvo que la totalidad del precio se pague durante el matrimonio con fondos comunes, supuesto este último en el que se inscribirán no como privativos sino como consorciales y para el consorcio conyugal conforme al artículo 90.1 R.H.

En cuanto al poder de disposición, también dentro del principio *standum est chartae*, cuyos únicos límites son la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés, los cónyuges pueden apartarse de la regla general, la gestión conjunta, y acordar la gestión indistinta de uno de ellos, otorgando los capítulos pertinentes, que requieren escritura pública (artículo 195), que a efectos de la calificación registral, deberá ser acreditada. En cualquier caso, y como en los de conquista navarros, cuando la finca figure inscrita a favor del consorcio, si la disposición es hecha por ambos cónyuges, no habrá más cuestión.

Admite la ley aragonesa ciertos casos la legitimación individual o actuación unilateral de uno de los cónyuges para los actos de administración (artículo 230.a) y para algunos actos de gestión de bienes consorciales (artículo 230.b), pues cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar por sí solo sobre los bienes que integran el patrimonio común los “*actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas expresamente para el consorcio conyugal, como agrupaciones, segregaciones, divisiones, declaraciones de obra nueva o constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal*” precisando que “*si estuvieran inscritas con carácter presuntivamente consorcial, para su inscripción dichos actos deberán ser otorgados por el cónyuge que las hubiera adquirido*”. En un sentido parecido al del art. 94 R.H.

#### **4 LA COMUNIDAD UNIVERSAL DEL FUERO DEL BAYLÍO**

El Fuero del Baylío establece una comunidad universal de bienes entre los cónyuges. Es una institución consuetudinaria que se aplica en diecinueve localidades de Badajoz en las que se constata la existencia de estas costumbres jurídicas como indica VILLALBA LAVA<sup>9</sup>. Se trata un régimen económico matrimonial que produce efectos desde la celebración del matrimonio convirtiendo en comunes los bienes aportados y adquiridos con posterioridad, tal como sucede en cualquier otro régimen de comunidad universal y a diferencia de las comunidades restringidas de bienes (gananciales, conquistas, consorcio conyugal).

#### **5 LA ASOCIACIÓN DE COMPRAS Y MEJORAS DEL CAMP DE TARRAGONA**

La asociación a compras y mejoras es una institución regulada por el Código Civil catalán (art. 232.25-27) que se aleja del régimen legal de separación propio de Cataluña y cuya naturaleza se aproxima al de la sociedad de gananciales. Su ámbito territorial se reduce al Camp de Tarragona y algunas otras comarcas, si bien, sugiere IZQUIERDO GRAU<sup>12</sup>, nada impediría que los catalanes, independientemente de cual fuere su vecindad local, pacten este régimen en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges reconocida por el art. 231-10.1 CCCat.

Esta institución consiste en que cada cónyuge puede asociar al otro a las compras y mejoras que haga durante el matrimonio. En lo que interesa al ámbito registral, se entiende por compras “*los bienes que, constando la asociación, cualquiera de las personas asociadas adquiera a título oneroso u obtenga por su actividad profesional o trabajo*”. En cualquier caso, la asociación a compras y mejoras debe pactarse expresamente en capítulos matrimoniales (como apunta IZQUIERDO GRAU<sup>10</sup>, siempre ha habido que pactarlo, nunca ha sido un régimen

9 VILLALBA LAVA, M. *El Fuero del Baylío como Derecho foral de Extremadura*. Asamblea de Extremadura. P.p. 48-66. 2007.

10 IZQUIERDO GRAU, G. *La asociación de compras y mejoras*. Revista Catalana de Dret Privat Societat Catalana

supletorio) donde los cónyuges podrán con gran libertad estipular los pactos del régimen, pero, en opinión de PUIG FERRIOL siempre que no lleguen a desnaturalizarlo.

A efecto de calificación registral deberá acreditarse la existencia y vigencia de la asociación por medio del documento notarial de capítulos en el que se haya estipulado para, entonces, inscribirse los bienes adquiridos con indicación de su carácter común junto a la denominación de esta asociación, conforme al artículo 90.1 R.H., lo que ya nos remitirá a sus normas de administración y disposición propias. Cabría plantearse qué ocurriría si el pacto capitular “desnaturaliza” el régimen según la advertencia de PUIG FERRIOL<sup>11</sup> y si la calificación registral podría rechazar los actos basados en él.

El Código civil catalán atribuye la administración de la asociación a compras y mejoras al asociado designado en los capítulos y en su defecto a todos los asociados; aunque también autoriza que se designe un “administrador único de la asociación” para disponer a título oneroso de los bienes que la constituyen, sin que intervenga nadie más, lo que requerirá específicamente acreditar la realidad y vigencia de su nombramiento a efectos de calificación registral (cfr. 18 L.H.).

Debemos diferenciar la asociación a compras y mejoras de otros pactos de régimen económico matrimonial catalán: el *agermanament* y la *convinença* o *mitja guardanyeria*.

El *agermanament*, o pacto de mitad por mitad, es otro pacto matrimonial amparado por el Código civil catalán (en su artículo 232-28) y es propio del Derecho de Tortosa. Al igual que la asociación a compras y mejoras, tiene carácter consuetudinario y exige un pacto expreso en capítulos matrimoniales, pero da lugar a una comunidad de diferente naturaleza a ésta, pues en ella claramente se distinguen entre los cónyuges partes iguales en los bienes adquiridos, así como una ampliación objetiva respecto de la asociación a compras y mejoras -y en general de las comunidades restringidas de bienes-, puesto que la comunidad del *agermanament* incluye todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse o en el momento de convenir el pacto de *agermanament* y los que adquieran por cualquier título y por tanto no sólo las adquisiciones por título oneroso celebradas constante matrimonio. Aunque el artículo 90.1 del Reglamento Hipotecario parece susceptible de aplicarse al *agermanament*, la inscripción del bien en común debería reflejar las correspondientes porciones indivisas, pues se trata de una comunidad por mitades. En cuanto a los actos de administración y disposición de los bienes inscritos para la comunidad bajo *agermanament*, la regla será la gestión conjunta, pues esto es lo propio a la comunidad de bienes o comunidad romana, pero al otorgarse los pactos constitutivos del régimen puede estipularse otra

---

d'Estudis Jurídics. Barcelona. Vol. 20. P.p. 75-100. 2019.

11 PUIG FERRIOL, L. *De la asociación a compras y mejoras. Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid. Edersa. T. XXVII, vol. 3. P.p. 10-45. 1978.

cosa.

Parece también aplicable el artículo 91 R.H. a la *convinença*, o *mitja guadanyeria*, propia del Valle de Arán, regulada por el artículo 232-29 del Código civil catalán, que ha de pactarse asimismo en capítulos matrimoniales; siendo de destacar que la *convinença* también puede establecerse entre los progenitores y los hijos, e incluso entre extraños, pactando que los bienes ganados y los que se ganarán queden en comunidad mientras subsista la asociación.

#### **IV. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES EXTRANJEROS Y EN LAS UNIONES NO MATRIMONIALES**

La inscripción de las adquisiciones de inmuebles hechas por cónyuges sujetos a un régimen económico matrimonial extranjero se rigen por el artículo 92 del Reglamento Hipotecario, que establece que *“cuando el régimen económico- matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare.”* El resultado de la aplicación de este precepto parece hacerse en dos tiempos. Bien en el momento de la adquisición, en que ésta se inscribirá “con sujeción a su régimen matrimonial”, haya sido éste expresado o no por el cónyuge o cónyuges adquirentes: si alegan el régimen económico matrimonial en que se encuentran, se hará constar este, se supone que en virtud de la mera declaración o manifestación hecha según lo previsto en el artículo 159 del Reglamento notarial; y si no lo especifican, de todas maneras se hará inscripción a su favor genéricamente “con sujeción a su régimen matrimonial”. O bien, en el momento de la disposición: si la adquisición se ha inscrito con sujeción a su régimen matrimonial ello da lugar a una especie de presunción de que se trata de un bien matrimonial, de modo que si son ambos cónyuges quienes otorgan conjuntamente la enajenación o gravamen a favor de un tercero, el acto se inscribirá y el Registro de la Propiedad no se cuestionará nada más, ni siquiera para establecer previamente cuál es el régimen aplicable, pues prevalece la idea de que en todo caso los cónyuges reúnen juntos todo el poder de disposición del bien.

Reiterada doctrina de la DGRN ha explicado el sentido del artículo 92 R.H., que sacrifica el principio hipotecario de especialidad y determinación a consideraciones de funcionalidad. Ahora bien, al mismo tiempo, la DGRN advierte que, de consignarse que el régimen económico matrimonial según la ley aplicable es un régimen legal de separación, *“el artículo 54 R.H. impone que debe fijarse la cuota indivisa correspondiente a cada uno de los adquirentes”* (cfr. R. 10 de enero de 2004).

Actualmente, la cuestión a plantear es cómo conectar estas directrices del Reglamento Hipotecario con una aplicación adecuada del Reglamento (UE) 2016/1103, del régimen económico matrimonial, que establece unos criterios para fijar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Vemos que, por una parte, hay una iniciativa europea para avanzar en la determinación de la ley rectora del régimen económico matrimonial, y por otra parte mantenemos un precepto en el Reglamento Hipotecario para las adquisiciones, el artículo 92, donde no es imprescindible que el régimen económico matrimonial, y mucho menos la ley aplicable a la adquisición, consten en la inscripción. Se diría que el Reglamento europeo pretende ganar en seguridad jurídica mientras que el texto hipotecario actual la escatima. En cualquier caso, no podemos obviar que esta regulación europea excluye de su ámbito de aplicación la materia registral<sup>12</sup>, es decir, la “inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro” (artículo 1.2.h). Por tanto, parece incorrecto decir que el Reglamento europeo invalida u obliga a la modificación del Reglamento Hipotecario para que favorezca su finalidad de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Ahora bien, se constata en la doctrina de la DGRN cierta tendencia a aumentar la seguridad jurídica exigiendo que el notario realice un juicio instrumental de cuál es la ley aplicable a las sucesiones o regímenes matrimoniales con elemento de extranjería. En nuestro caso, parece que los elementos relevantes a tenor del Reglamento europeo son, en primer lugar, si los cónyuges han otorgado o no capitulaciones matrimoniales escogiendo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial; y en el caso de que no haya capitulaciones, las principales reglas del artículo 26 de este Reglamento (“Ley aplicable en defecto de elección por las partes”), que opta, sucesivamente por a) la ley aplicable del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; b) en su defecto la de la nacionalidad común; c) la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio.

A la vista de las manifestaciones de los interesados, el notario bien podría formarse un juicio de cuál es la ley aplicable al régimen económico matrimonial con elemento de extranjería de que se trate, y hacerlo constar en la escritura de adquisición. Con ello se ganaría claridad en la fijación del régimen. Ésta sería una interpretación *actualizada* del art. 92 R.H.

El registrador podría no conformarse con la conclusión del notario y rebatirla en su nota. La DG de Seguridad Jurídica, y antes la DGRN, mantienen el criterio de que “la aplicación del

---

12 CASTELLANOS RUIZ, E. *Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: su inscripción en el registro de la propiedad*. Derecho Privado y Constitución, 33. Madrid. Edersa. P.p. 11-46. 2018.

artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera". Parece innegable que esta actuación notarial y registral con toda probabilidad incrementaría el grado de determinación del régimen económico matrimonial en las inscripciones de adquisición, y consiguientemente el nivel de aplicación del Reglamento europeo.

Y a menudo así lo ha entendido la DGRN, que ha sostenido que cuando se da un “elemento de extranjería” (vgr. un cónyuge de otra nacionalidad) es exigible que el notario haga un juicio acerca de cuál es la ley aplicable al negocio que se escritura —sin perjuicio de que pueda ser contradicho por el registrador— (cfr. Resoluciones como las de 5 y 7 de marzo de 2007, 4 de diciembre de 2015, 28 de julio de 2016, 29 de octubre de 2020 ó 30 de junio de 2021). Esta doctrina parece lógica. Pero no puede considerarse definitiva, pues a veces el centro directivo ha entendido que basta con la manifestación del cónyuge adquirente de conformidad con el artículo 159 del Reglamento Notarial, apartándose del criterio (de más rigor) de que el notario deba hacer un juicio de ley aplicable según precisamente esas manifestaciones. Así ocurre en un curioso caso de adquisición por matrimonio de español y alemana en la que la DGRN admitió la manifestación de que su régimen económico matrimonial se rige por la ley británica, sin mayores razones que lo explicaran y ninguna sobre el punto de conexión (Resolución de 19 de octubre de 2018).

La reciente Resolución de 21 de junio de 2021 refuerza la autonomía privada de la voluntad de los miembros de las parejas o uniones no matrimoniales reconociendo que los convivientes pueden celebrar pactos para regular los efectos patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarios a los límites generales del Derecho (la Ley, la moral y el orden público), y que en este sentido pueden optar por los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BERROCAL LANZAROT, A. I. *La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso*. RCDI. Madrid N.º 781. 2020

CASTELLANOS RUIZ, E. *Adquisición y transmisión de bienes inmuebles por matrimonios entre extranjeros: su inscripción en el registro de la propiedad*. Derecho Privado y Constitución, 33. Madrid. Edersa. 2018.

GASPAR LERA, S. *Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid. N.º 753. 2016.

IZQUIERDO GRAU, G. *La asociación de compras y mejoras*. Revista Catalana de Dret Privat Societat Catalana d'Estudis Jurídics. Barcelona. Vol. 20. 2019.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de familia*. Barcelona. Librería Bosch, 1992.

PAU PEDRÓN, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J. *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*. Madrid. Fundación Registral. 2011.

PÉREZ PÉREZ, E. *Régimen jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria*. Barcelona. Editorial Bosch. 2009.

PUIG FERRIOL, L. *De la asociación a compras y mejoras. Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid. Edersa. T. XXVII, Vol. 2. 1978

PUIG FERRIOL, L. *De la asociación a compras y mejoras. Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid. Edersa. T. XXVII, Vol. 3. 1978.

RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Madrid. Editorial Tecnos, 1992.

VILLALBA LAVA, M. *El Fuero del Baylío como Derecho foral de Extremadura*. Publicado por la Asamblea de Extremadura en 2007.

# TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NO AMBIENTE DAS MICROEMPRESAS COMO MECANISMOS PARA O DESENVOLVIMENTO, A PARTIR DO PENSAMENTO DE CELSO FURTADO

Daniela Ramos Marinho GOMES<sup>1</sup>  
Luiz Otávio BENEDITO<sup>2</sup>

## RESUMO

Tratar de desenvolvimento econômico sobretudo no Brasil é uma tarefa árdua e deve ser composta da percepção de que só há desenvolvimento em um país que proporcione a máxima qualidade de vida para todos. E esta foi a vertical utilizada por Celso Furtado em seus estudos. Desta forma, este trabalho busca apontar a necessidade de implementar mecanismos de incentivo à inovação e tecnologias no ambiente das microempresas, para que possam permanecer no mercado e contribuir com o desenvolvimento brasileiro, dada a função social que exercem na sociedade. Para tanto, num primeiro momento o trabalho focou no estudo do desenvolvimento, analisando-o a partir do crescimento que permita satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano. No segundo momento, o trabalho voltou-se para o estudo das microempresas no cenário econômico brasileiro a fim de esclarecer a relevância desse segmento empresarial no que diz respeito ao desenvolvimento. Na sequência, se faz um breve estudo sobre a inovação e a inserção de novas tecnologias para os pequenos negócios, apontando tal cenário como mola propulsora para desenvolvimento. A pesquisa exploratória e o raciocínio dedutivo foi utilizado como procedimento metodológico para o desenvolvimento deste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento. Tecnologia. Inovação. Microempresas.

## ABSTRACT

Talking about economic development, especially in Brazil, is an arduous task and must be based on the perception that there is only development in a country that provides the highest quality of life for everyone. And this was the vertical used by Celso Furtado in his studies. In this way, this work seeks to point out the need to implement mechanisms to encourage innovation and technologies in the environment of micro-enterprises, so that they can remain in the market and contribute to Brazilian development, given the social role they play in society. Therefore, at first, the work focused on the study of development, analyzing it from the point of view of growth that allows satisfying the most diverse needs of human beings. In the second moment, the work turned to the study of microenterprises in the Brazilian economic scenario in order to clarify the relevance of this business segment with regard to development. Next, a brief study is made on innovation and the insertion of new technologies for small businesses, pointing to this scenario as a driving force for development. Exploratory research and deductive reasoning were used as a methodological procedure for the development of this work.

**KEYWORDS:** Development. Technology. Innovation. Microenterprises.

- 
- 1 Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Pós-graduada em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2008). Graduada em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - UNIVEM (2005). Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.
  - 2 Advogado. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (2020). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (2017). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (2015).



## INTRODUÇÃO

Falar em desenvolvimento econômico sobretudo no Brasil é uma tarefa árdua e deve ser composta da percepção de que só há desenvolvimento em um país que proporcione a máxima qualidade de vida para todos. E esta foi a vertical utilizada por Celso Furtado em seus estudos.

Destarte, Celso Furtado tem sido considerado um dos principais intelectuais brasileiros do século XX, sendo notório que suas contribuições para economia, política, sociologia e história brasileira foram substanciais para compreensão do estágio de desenvolvimento do nosso país. Como o eixo orientador deste artigo perpassa pelo desenvolvimento, reputou-se imprescindível resgatar pensamento de Celso Furtado para nortear a compreensão.

Neste sentido, este trabalho busca apontar a necessidade de implementar mecanismos de incentivo à inovação e tecnologias no ambiente das microempresas para que possam permanecer no mercado e contribuir com o desenvolvimento brasileiro, dada a função social que exercem na sociedade.

Com este propósito, no primeiro capítulo o trabalho se voltará à compreensão do desenvolvimento, analisando-o dentro de um processo complexo de mudanças e transformações de ordem econômica, política e, principalmente, humana e social, de maneira a atrelá-lo ao acréscimo de produto e na renda aptos a satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como saúde, educação, habitação, transporte, alimentação e lazer.

Após tal delineamento, o segundo capítulo tratará da apresentação do conceito de microempresa à luz da legislação e outros órgãos que a definem para fins de concessão de incentivos. Neste mesmo capítulo destacar-se-á a função exercida pelas microempresas no cenário econômico brasileiro a fim de esclarecer a relevância desse segmento empresarial no que diz respeito ao papel de inclusão econômica e social e, portanto, ao desenvolvimento.

Ao ingressar no terceiro capítulo sob a percepção de que as pequenas empresas desempenham em sua gênese um papel fundamental para o desenvolvimento econômico do Brasil, o trabalho se desenvolverá com enfoque no estudo da inovação e inserção de novas tecnologias para este segmento, como molas propulsoras e indispensáveis para o desenvolvimento.

A pesquisa se dará de forma exploratória, com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado. O método adotado é o raciocínio dedutivo, que se caracteriza como sendo descritivo explicativo, objetivando registrar fatos, analisá-los, interpretá-los e identificar suas causas, conforme as lições de Lakatos e Marconi (2011, p. 25).

A importância deste trabalho reside na necessidade de estudos e proposições consistentes que identifiquem mecanismos como a utilização de tecnologias e inovação por parte de pequenos

negócios a fim de subsidiar as políticas públicas na criação de instrumentos fomentadores para o desenvolvimento tal como compreendido e ambicionado por Furtado e almejado pela sociedade brasileira.

## **1. DESENVOLVIMENTO E O PENSAMENTO DE CELSO FURTADO.**

O presente trabalho tem o propósito de promover uma reflexão no sentido de que os pequenos negócios são relevantes para o desenvolvimento de um país, sobretudo quando a estes negócios estão aliados tecnologia e inovação.

Todavia, reputa-se imprescindível iniciar este estudo demonstrando o que se compreende por desenvolvimento, o que o faz ancorado no pensamento de Celso Furtado.

Destarte, Celso Furtado tem sido considerado um dos principais intelectuais brasileiros do século XX, sendo notório que suas contribuições para economia, política, sociologia e história brasileira foram substanciais para compreensão do estágio de desenvolvimento do nosso país. O seu empenho intelectual tem como centro de interesse o debate em torno dos problemas do desenvolvimento, da dependência econômica, da especificidade do subdesenvolvimento, sempre com o propósito de compreender os desafios brasileiros.

Os debates sobre o desenvolvimento econômico foram intensificados a partir da segunda grande guerra. Finalizado o conflito bélico, o tema em torno do desenvolvimento passou a ser objeto de análise e preocupação de todos os países, como obstruir os problemas que os perseguiram (e ainda perseguem) como guerra, desemprego, miséria, discriminação racial, desigualdades políticas, econômicas e sociais. Essa preocupação revelou os anseios para o progresso e para a melhoria das condições de vida das nações e regiões; ou seja, do desenvolvimento.

Desta forma, o desenvolvimento é entendido como um processo complexo de mudanças e transformações de ordem econômica, política e, principalmente, humana e social. Desenvolvimento está, portanto, atrelado ao acréscimo de produto e na renda – transformado para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como saúde, educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras.

Para Celso Furtado (2004) o desenvolvimento é entendido como a acumulação de capital a partir de combinações mais efetivas dos fatores de produção. A acumulação, contudo, tem de estar subordinada à lógica de um sistema de incentivos materiais com melhora da qualidade de vida da coletividade, englobando não somente a ideia de crescimento econômico (expansão da produção real no quadro de um subconjunto econômico), mas, também, a de desenvolvimento.

Nas palavras de Celso Furtado (2004, p.78) “(...) o crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de

modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo seu projeto social subjacente”.

Celso Furtado ainda ressalta:

Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. **Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento** (FURTADO, 1983, p. 484, g.n.).

Lado outro, importante enfatizar que, além de apontar para o projeto social subjacente do desenvolvimento econômico, o autor caracteriza o desenvolvimento econômico como um processo capaz de proporcionar a expansão das potencialidades humanas, de tal como que a “capacidade criativa do homem se volta para a descoberta de suas potencialidades, e ele se empenha em enriquecer o universo que o gerou, produz-se o que chamamos de desenvolvimento” (FURTADO, 1999, p. 47).

Nota-se que o desenvolvimento não se vincula estritamente com a riqueza material, pois não é acompanhada necessariamente da melhora nos padrões de vida cultural, apenas reproduz a estratificação social existente no passado.

Oportuno trazer para este trabalho que Celso Furtado, ao trabalhar com o tema do desenvolvimento, também propôs o contraponto do subdesenvolvimento, e o fez observando a estrutura brasileira.

Destarte, Furtado apresenta um estudo na obra “A Economia Brasileira de 1954”, com base no método histórico estruturalista, partindo do pressuposto que o desenvolvimento econômico brasileiro se manteve dependente em todos os seus ciclos produtivos, desde o ciclo açucareiro até o cafeeiro. A exploração e o subdesenvolvimento produziram, dessa forma, uma estrutura econômica e social pouco diversificada e pouco dinâmica. No Brasil, não houve a formação de um mercado interno que produzisse a base de acumulação de capital dos empresários locais, fazendo com que o desenvolvimento técnico não fosse internalizado. Apesar de avançar na industrialização e de promover ganhos de produtividade, o Brasil manteve-se na condição de uma nação subdesenvolvida.

Furtado realiza a historicização desse processo para verificar na formação histórica do sistema capitalista com seus diferentes seguimentos para os países desenvolvidos e para os subdesenvolvidos. Suas conclusões apontavam para o fato de que o subdesenvolvimento das economias periféricas é consequência de uma trajetória histórica do capitalismo, que fez com que houvesse países desenvolvidos e países subdesenvolvidos. A condição de subdesenvolvimento é atribuída por Celso Furtado, então, a uma configuração específica dos países periféricos à economia capitalista que se reproduz em diferentes níveis de crescimento não como etapa histórica comum a

todos os países, mas como resultado autossustentado da evolução da economia industrial moderna.

A bem da verdade, para Furtado “(...) o subdesenvolvimento é um desequilíbrio na assimilação dos avanços tecnológicos produzidos pelo capitalismo industrial a favor das inovações que incidem diretamente sobre o estilo de vida” (1999, 79).

A fim de comprovar sua interpretação e análise, Celso Furtado (1961) comparou e distinguiu as características das economias comerciais das economias industriais. Inclusive, em seus apontamentos, o autor averigua o processo histórico, social e político da formação econômica dos Estados Unidos da América (EUA) e do Brasil. A economia brasileira, segundo Furtado, foi estruturada por grandes propriedades de terras e um pequeno grupo social dominante que estava ligado a grupos financeiros e comerciais europeus. Esse pequeno grupo dominante exportava produtos primários.

A composição agrária precária, que se propagava devido à presença do latifúndio, ao baixo nível de produtividade e ao elevado desperdício de mão-de-obra na agricultura, se configurava como outro fator de entrave ao desenvolvimento.

Fica evidente no pensamento de Furtado que o processo de desenvolvimento se realiza, além de outros fatores, por meio de introdução de inovações técnicas. O crescimento de uma economia desenvolvida é, principalmente, um problema de acumulação de novos conhecimentos científicos e de progressos na aplicação tecnológica desses conhecimentos, de forma que “o crescimento das economias subdesenvolvidas é, sobretudo, um processo de assimilação da técnica prevaiente na época” (FURTADO, 1954).

Isto sedimentado, importa, a esta altura do trabalho, lembrar que para Celso Furtado, as deliberações primordiais do sistema capitalista centram-se no Estado, e assinala “a ideia de que a economia capitalista não poderia operar sem um certo grau de centralização de decisões”, em outras palavras, “sem uma estrutura superior de poder (todo capitalismo é em certo grau de estado), derivei-a da leitura de Keynes” (FURTADO, 1997, p.21).

Conforme a observação de Celso Furtado, o desenvolvimento dentro de uma sociedade periférica e dependente estaria atrelado ao Estado: único agente social capaz de proporcionar, dentro do capitalismo, um ambiente de mudança social em favor de uma ordem mais produtiva, igual, democrática e progressista. Em outros termos: sem Estado, não há desenvolvimento.

O êxito da industrialização brasileira, na visão de Furtado, residia na influência que os atores nacionais exercessem nas deliberações sobre a economia do país. Compreendia que era essencial a atuação estatal para captar e aplicar capitais, utilizando um complexo de regras e normas de planejamento de amplo alcance e por meio de sólidos investimentos da parte do Estado, que deveria regular ainda os recursos externos realizando uma “política disciplinadora da entrada desses

capitais” (BIELSCHOWSKY, 1996, p.151).

Nota-se, portanto, que a teoria furtadiana ampara-se na interferência do Estado, para realizar o objetivo de ordenar a economia e promover condições favoráveis ao desenvolvimento.

Todo o substrato resgatado do pensamento de Celso Furtado neste tópico revela, de maneira hialina, que o desenvolvimento não está unicamente atrelado ao crescimento material, à medida que seu conteúdo engloba um sistema de incentivos materiais com melhora da qualidade de vida da coletividade. Do mesmo modo, ficou evidente que o desenvolvimento envolve a aplicação de técnicas e inovações (cuja ausência tornou os países em periferias), e que o Estado é único agente social capaz de proporcionar, dentro do capitalismo, um ambiente de mudança social em favor de uma ordem mais produtiva.

Tudo isto revela-se importante para o deslinde do debate deste trabalho, porquanto os próximos capítulos revelarão a importância dos pequenos negócios para o desenvolvimento do país, sendo vital o incentivo à inovação e empregos de novas tecnologias para o crescimento deste seguimento, sendo esta responsabilidade de diversos agentes, mas sobretudo do Estado.

## **2. SOBRE A RELEVÂNCIA DAS MICROEMPRESAS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO.**

Como este trabalho propõe-se abordar a importância dos pequenos negócios para a promoção do desenvolvimento do Brasil, reputa-se necessário apresentar o que se concebe quando se está a tratar de microempresa, analisando a evolução deste segmento empresarial no ordenamento jurídico brasileiro. Impõe, também, destacar o relevante papel que exerce na sociedade brasileira.

Destarte, embora não aponte um conceito hermético sobre o termo, Carlos Montaña (1999, p. 13), explica que a definição de microempresa envolve três aspectos fundamentais, a saber: a dimensão, a complexidade e a formalização:

A dimensão de uma empresa é definida a partir dos custos de produção, do volume de produção e de comercialização, do seu capital fixo e capital de giro, do mercado que atende, do valor do seu lucro, entre outras características. Na pequena empresa, todos os elementos citados acima têm uma dimensão reduzida. A ME e a EPP empregam poucos funcionários, e os níveis de produção e comercialização são baixos. A complexidade de uma empresa envolve sua centralização, estratificação e divisão técnica do trabalho. A centralização é o grau de concentração da autoridade dentro da empresa. Nas pequenas empresas, devido à pequena quantidade de membros, geralmente observa-se uma elevada concentração do poder em seus proprietários. Conseqüentemente, conclui-se que nas pequenas empresas há baixa estratificação, ou seja, a divisão política do trabalho é pouco complexa. Prevalece nas microempresas basicamente dois estratos: os proprietários na direção empresarial e seus empregados na área produtiva. A divisão técnica do trabalho também é muito simplificada. Há pouca divisão de tarefas, e o trabalhador acompanha o produto desde sua fase inicial de produção até a etapa final.

No Brasil identificam-se pelo menos três critérios para classificação das empresas,

adotados por instituições oficiais e/ou bancos de investimento e fomento:

I - Segundo o número de empregados. É o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), empregado de acordo com a quantidade de pessoas que trabalham nessas empresas. Assim, é considerada microempresa aquela que emprega até nove pessoas no ramo de atividade de comércio e serviços e até dezenove pessoas na indústria.

II - Segundo a Receita Operacional Bruta Anual: é utilizado pelas Instituições de apoio creditício como o BNDS Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -, sendo assim considerada microempresa a que tiver receita bruta anual de até R\$ 3.800.000,00 (três milhões e oitocentos mil reais).

III- Segundo o Faturamento Bruto Anual: é o que fixa como parâmetro o volume monetário ou econômico da empresa. Esta classificação é utilizada pelas leis federais e estaduais para fins de tributação, considerando os limites de faturamento e seu enquadramento como micro e pequena empresa. É, inclusive, o critério aplicado pela Lei Complementar n. 123/2003.

Marcelo Rugeri Grazziotin (2004, p. 24), concebe a pequena empresa como aquela cujo proprietário empenha direta e decisivamente a sua força de trabalho com reduzido quadro de pessoal. Possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e não faz parte de grupo econômico ou esteja interligado com outro empregador.

Superadas as questões conceituais, importa volver para a importância da microempresa no Brasil. Com efeito, escrevendo sobre a importância da empresa, Fabio Konder Comparato (1990, p. 3) afirmou que se trata uma “instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.

Toda empresa, seja ela considerada grande ou pequena para os padrões de seu mercado, pode e deve exercer função social. Entretanto, considerando que para este trabalho a função social é entendida como o dever dos meios de produção de serem empregados de forma a dar a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais, como a dignificação do homem, o desenvolvimento nacional, a proteção do Estado e a erradicação da pobreza e das desigualdades, tem-se que esta função é melhor dimensionada quando se trata das microempresas.

Parte-se da premissa de que, apesar de organizar os meios de produção para a finalidade de lucro, é possível que o segmento empresarial desenvolva uma função social.

É neste contexto que se insere as pequenas empresas, porquanto desenvolvem papel de primazia na economia nacional na medida em que absorvem boa parte da mão-de-obra do país. Não obstante, representam uma das formas de resistência da população à crescente concentração de riquezas que acaba por aumentar o distanciamento entre as diferentes classes sociais.

Ao apresentar um panorama sobre a microempresa, a sociedade desconhece o potencial escondido por trás do mundo das micro e pequenas empresas e a força que este segmento possui para a economia brasileira, pois prevalece a imagem do pequeno e frágil negócio, de faturamento quase inexpressivo e que emprega geralmente membros da família.

Para se ter uma ideia da relevância da participação das pequenas empresas para a promoção do desenvolvimento, colaciona-se dados recentes quanto à absorção de emprego por parte das pequenas empresas:

ACED Associação Comercial e Empresarial de Dourados/MS BoaVista SCPC

A ACED ASSOCIE-SE SERVIÇOS IMPRENSA EVENTOS COVID-19 ACESSO RÁPIDO BOA VISTA SCPC

Notícias HOME / NOTÍCIAS / Pequenos negócios geraram 76% das vagas de emprego em 2022

Jun 15 2022

### Pequenos negócios geraram 76% das vagas de emprego em 2022

As micro e pequenas empresas (MPE) estão puxando a criação de empregos formais em 2022. Dos 700,59 mil postos de trabalho formais criados no Brasil de janeiro a abril, 585,56 mil, o equivalente a 76% do total, originaram-se de pequenos negócios.

A conclusão consta de levantamento do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), com base em dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) do Ministério da Economia. As MPE abriram 470,52 mil vagas a mais que as médias e grande empresas nos quatro primeiros meses de 2022.

Figura I – Dados referente à empregabilidade das pequenas empresas. Fonte: ACED e BOA VISTA SCPC, 2022.

O segmento das pequenas empresas, de fato, desempenha em sua gênese um papel fundamental para o desenvolvimento econômico do Brasil: daí que se revela imprescindível uma política de inovação e inserção de novas tecnologias para este segmento.

### 3. INCENTIVO À INOVAÇÃO PARA AS PEQUENAS EMPRESAS

No tópico inicial deste trabalho, ficou evidente que Celso Furtado exalta, em seus escritos, a relevância do cenário inovador para o desenvolvimento econômico de um país, pois, segundo ele, “passa a ser o caminho mais curto para surpreender os concorrentes e, portanto, um instrumento de poder” (1978, p. 39).

A inovação tecnológica é fundamental para o desenvolvimento social e econômico e para o aumento do bem-estar da população, uma vez que é capaz de criar mecanismos que produzam impactos em termos como renda, empregos, conforto, atividades, técnicas, comunicação, dentre outros elementos que podem induzir condições melhores de vida (FREITAS; SEGATTO, 2014).

O acompanhamento do processo de gênese de novas tecnologias contribui decisivamente para identificar as possibilidades de desenvolvimento e aumento do bem-estar, assim como “as

ações necessárias para viabilizá-lo” (ARAKAKI, et. al. 2012, p. 62). Por conta disso, nos interessa situar como a tecnologia é concebida e interpretada no que toca à sua elaboração, aplicação e replicação e de que forma a mesma é percebida como indutora de mudanças na realidade social por aqueles que a utilizam.

Para Eros Grau:

A tarefa de viabilizar o rompimento do processo de dependência tecnológica no qual estão embrenhadas as sociedades subdesenvolvidas é missão do Estado, ainda que a evolução tecnológica haja de ser empreendida pela empresa – não mais pelo indivíduo (GRAU, 2007, p. 264-265).

Gilberto Bercovici e José Francisco Siqueira Neto anotam sobre o prisma constitucional da Ciência e Tecnologia:

A Constituição de 1988 inovou em relação às constituições anteriores por reconhecer de maneira mais enfática a importância da ciência e tecnologia. Essa previsão constitucional está inserida no contexto das relações dialéticas entre Estado e ciência no século XX, que, segundo Peter Michael Huber, se tornaram simbióticas. A necessidade, expressa constitucionalmente, de uma política científica visa também garantir a expansão das forças produtivas e o acesso ao conhecimento para as futuras gerações (BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, 2005, p. 24).

Neste viés, a Constituição Federal do Brasil, sobretudo no capítulo IV (Da Ciência, Tecnologia e inovação) do título VIII (Ordem Social), a fim de se apontar o desenvolvimento pretendido, estipulou mecanismos de promoção e incentivo à inovação, implementados ao longo do tempo, consolidando o que se chama de ordenamento jurídico da inovação tecnológica e o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI).

Na verdade, desde a consagração do texto constitucional a inovação tecnológica assumiu papel de protagonismo na agenda do desenvolvimento nacional, mormente a partir da Lei n. 10.973/04 (Lei de Inovação).

O texto legal considera inovação tecnológica como a “concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade” que reverta em maior competitividade.

Vale ressaltar que os países da América Latina também vêm implementando um amplo conjunto de instrumentos (subsídios, financiamento, incentivos à cooperação, entre outros) de política de inovação para as microempresas:

Segundo Ferraro (2011, p. 464):

En los últimos años, los gobiernos han puesto especial interés en incentivar a las empresas de menor tamaño para que introduzcan innovación en sus procesos y productos. La incorporación de este tipo de políticas se sustenta en que ha comenzado a emerger, aunque muy incipientemente, una concepción de las pymes cada vez más como una pieza de la estructura productiva y cada vez menos como un “medio de subsistencia”. Todos los países, sin excepción, cuentan con iniciativas para impulsar las innovaciones. Las agencias buscan



también transmitir a las pequeñas y medianas empresas la importancia del conocimiento como herramienta para mejorar la competitividad. Nas subseções seguintes apresentam-se as linhas gerais desses instrumentos e alguns resultados analisados na literatura especializada.

Assim como os demais Estados modernos, o Estado Brasileiro incentiva a ciência, tecnologia, inovação em sua Constituição Federal, eis que dispõe, por exemplo, em seu artigo 218, que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Inclusive, a pesquisa científica e tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado Brasileiro, tendo em vista o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Além de incentivar a pesquisa científica, de acordo com o artigo 219, parágrafo único, do texto constitucional, o Estado tem o dever de fortalecer a inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos e privados, promovendo a inovação, buscando a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologias.

Todavia, há de se fazer um alerta neste trabalho: segundo estudo que culminou no “Índice Global de Inovação 2020”, elaborado por Cornell SC Johnson College of Business, há um dado relevante a ser considerado quanto ao espaço da inovação no Brasil: é que a despeito do consenso fático e legal quanto à necessidade de incentivo à inovação, o Brasil ocupa a 62ª posição em fronteira tecnológica. Neste sentido:

| Pais/economia             | Pontuação (0-100) | Classificação | Renda |
|---------------------------|-------------------|---------------|-------|
| Suíça                     | 66,08             | 1             | HI    |
| Suécia                    | 62,47             | 2             | HI    |
| Estados Unidos da América | 60,56             | 3             | HI    |
| Reino Unido               | 59,78             | 4             | HI    |
| Holanda                   | 58,76             | 5             | HI    |
| Dinamarca                 | 57,53             | 6             | HI    |
| Finlândia                 | 57,02             | 7             | HI    |
| Cingapura                 | 56,61             | 8             | HI    |
| Alemanha                  | 56,55             | 9             | HI    |
| República da Coreia       | 56,11             | 10            | HI    |
| Hong Kong, China          | 54,24             | 11            | HI    |
| França                    | 53,66             | 12            | HI    |
| Israel                    | 53,55             | 13            | HI    |
| China                     | 53,28             | 14            | UM    |
| Irlanda                   | 53,05             | 15            | HI    |
| Japão                     | 52,70             | 16            | HI    |
| Canadá                    | 52,26             | 17            | HI    |
| Luxemburgo                | 50,84             | 18            | HI    |
| Áustria                   | 50,13             | 19            | HI    |
| Noruega                   | 49,29             | 20            | HI    |
| Islândia                  | 49,23             | 21            | HI    |
| Bélgica                   | 49,13             | 22            | HI    |
| Austrália                 | 48,35             | 23            | HI    |
| República Tcheca          | 48,34             | 24            | HI    |
| Estônia                   | 48,28             | 25            | HI    |
| Nova Zelândia             | 47,01             | 26            | HI    |
| Malta                     | 46,39             | 27            | HI    |

|                        |       |    |    |
|------------------------|-------|----|----|
| Malta                  | 46,39 | 27 | HI |
| Itália                 | 45,74 | 28 | HI |
| Chipre                 | 45,67 | 29 | HI |
| Espanha                | 45,60 | 30 | HI |
| Portugal               | 43,51 | 31 | HI |
| Eslovênia              | 42,91 | 32 | HI |
| Malásia                | 42,42 | 33 | UM |
| Emirados Árabes Unidos | 41,79 | 34 | HI |
| Hungria                | 41,53 | 35 | HI |
| Letônia                | 41,11 | 36 | HI |
| Bulgária               | 39,98 | 37 | UM |
| Polônia                | 39,95 | 38 | HI |
| Eslováquia             | 39,70 | 39 | HI |
| Lituânia               | 39,18 | 40 | HI |
| Croácia                | 37,27 | 41 | HI |
| Vietnã                 | 37,12 | 42 | LM |
| Grécia                 | 36,79 | 43 | HI |
| Tailândia              | 36,68 | 44 | UM |
| Ucrânia                | 36,32 | 45 | LM |
| Romênia                | 35,95 | 46 | UM |
| Federação Russa        | 35,63 | 47 | UM |
| Índia                  | 35,59 | 48 | LM |
| Montenegro             | 35,39 | 49 | UM |
| Filipinas              | 35,19 | 50 | LM |
| Turquia                | 34,90 | 51 | UM |
| Ilhas Maurício         | 34,35 | 52 | UM |
| Sérbia                 | 34,33 | 53 | UM |
| Chile                  | 33,86 | 54 | HI |
| México                 | 33,60 | 55 | UM |
| Costa Rica             | 33,51 | 56 | UM |

|                       |              |           |           |
|-----------------------|--------------|-----------|-----------|
| Costa Rica            | 33,51        | 56        | UM        |
| Macedônia do Norte    | 33,43        | 57        | UM        |
| Mongólia              | 33,41        | 58        | LM        |
| República da Moldávia | 32,98        | 59        | LM        |
| África do Sul         | 32,67        | 60        | UM        |
| Armênia               | 32,64        | 61        | UM        |
| <b>Brasil</b>         | <b>31,94</b> | <b>62</b> | <b>UM</b> |
| Geórgia               | 31,78        | 63        | UM        |
| Bielorrússia          | 31,27        | 64        | UM        |
| Tunísia               | 31,21        | 65        | LM        |
| Arábia Saudita        | 30,94        | 66        | HI        |

Tabela I - Índice Global de Inovação 2020. Fonte: Cornell SC Johnson College of Business

Certo é que a tecnologia e a inovação representam dois dos principais motores do crescimento e desenvolvimento econômico de uma nação, sendo indispensável impulsionar o desenvolvimento de países distantes da fronteira tecnológica, como o Brasil. E é exatamente aqui reside o ponto nodal deste trabalho: o Estado, como determinado em seu bojo constitucional, deve engendrar mecanismos próprios de incentivo à inovação para os pequenos negócios, para que tenham condições de inovar e reestruturarem-se tecnologicamente e assim contribuir com o desenvolvimento do Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao olhar para as linhas pretéritas deste trabalho, extraiu-se que, a partir da referência “furtadiana” aqui adotada, o desenvolvimento deve resultar do crescimento econômico acompanhado da melhoria na qualidade de vida, ou seja, deve incluir as alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia).

Além desta conclusão, constatou-se que Celso Furtado conseguiu demonstrar uma dissimilitude entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos cujo ponto nodal se dava a partir do uso de novas tecnologias. Isto porque o autor afirmava que o crescimento dos países desenvolvidos resultava da acumulação e emprego e da utilização de novos conhecimentos e tecnologias, enquanto que o dos subdesenvolvidos eram oriundos de técnicas primárias ou incorporação de técnicas predominantes, de modo que as diferença entre economias desenvolvidas e subdesenvolvidas resultavam da maneira pela qual o progresso técnico foi introduzido.

Ficou, portanto, evidente que o crescimento de uma economia desenvolvida é resultado de um processo de assimilação da técnica prevalecente na época.

Isto sedimentado, a microempresa ocupou o eixo do trabalho e isto justificou-se à medida que a realidade brasileira revela que este segmento exerce uma função social quando, além de outras razões tratadas, apresentam um grande potencial de assimilação da massa desempregada, o que contribui com o desenvolvimento econômico: daí que imprescindível uma política de fomento à inovação e ao emprego de novas tecnologias neste segmento.

Com efeito, observou-se que a inovação tecnológica é fundamental para o desenvolvimento social e econômico e para o aumento do bem-estar da população, uma vez que é capaz de criar mecanismos que produzam impactos em termos como renda, empregos, conforto, atividades, técnicas, comunicação, dentre outros elementos que podem induzir condições melhores de vida. Ficou, deste modo, assentado que a tecnologia é concebida como indutora de mudanças na realidade social por aqueles que a utilizam.

Diante do impacto que tem na sociedade, o Estado Brasileiro incentiva a ciência, tecnologia, inovação em sua Constituição Federal, eis que dispõe, por exemplo, em seu artigo 218, que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Inclusive, a pesquisa científica e tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado Brasileiro, tendo em vista o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Cotejando as lições em torno do desenvolvimento, o qual se viu que está atrelado a uma cultura de inovação, com o papel que as microempresas exercem na sociedade brasileira, sobretudo no que toca à geração de empregos e absorção ágil de mudanças econômicas, outra conclusão não se extrai se não a de que o Brasil, como determinado em seu bojo constitucional, deve engendrar mecanismos próprios de incentivo à inovação para os pequenos negócios, a fim de que tenham condições de inovar e reestruturarem-se tecnologicamente e assim contribuir com o desenvolvimento do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Andréa Haruko et al. **Sistema integrado de inovação tecnológica social: programa de incubação de empreendimentos econômicos solidários EIT-UFMT**. Interações, Campo Grande, v. 13, n. 1, p. 59-68, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/inter/v13n1/a05v13n1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento Econômico Brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 3ª ed., 1996.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm#:~:text=Fica%20institu%C3%ADdo%20o%20Regime%20Especial,de%20Pequeno%20Porte%20%2D%20Simples%20Nacional](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm#:~:text=Fica%20institu%C3%ADdo%20o%20Regime%20Especial,de%20Pequeno%20Porte%20%2D%20Simples%20Nacional). Acesso em 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2004/lei/110.973.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.973%2C%20DE%20%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202004&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20incentivos%20%C3%A0%20inova%C3%A7%C3%A3o,produtivo%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/lei/110.973.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.973%2C%20DE%20%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202004&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20incentivos%20%C3%A0%20inova%C3%A7%C3%A3o,produtivo%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em 10 jan. 2023.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007

FERRARO, C, (Org.). **Apoyando a las pymes: políticas de fomento en América Latina y el Caribe**. Chile: Nações Unidas, 2011.

FREITAS, Carlos Cesar Garcia; SEGATTO, Andrea Paula. **Ciência, tecnologia e sociedade pelo olhar da Tecnologia Social: um estudo a partir da Teoria Crítica da Tecnologia**. Cadernos EBAPE, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 302-320, jun., 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-39512014000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512014000200009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 dez. 2022.

- FURTADO, C. **A Economia Brasileira (Contribuição à análise de seu desenvolvimento)**. Rio de Janeiro: Editora A Noite, 1954.
- FURTADO, C. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. São Paulo: Paz  
REVISTA ECONOMIA POLÍTICA DO DESENVOLVIMENTO Maceió – AL V.10 N.24.  
DEZEMBRO/2019 P.4 8–6 9 Página- 69
- FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 14<sup>a</sup> ed., 1976.
- FURTADO, Celso. **Os desafios da nova geração**. **Economia Política**. v.24, n. 4 outubro/dezembro, p. 483-486, 2004. Disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/celsofurtado/pdfs/os\\_desafios\\_da\\_nova\\_geracao.pdf](http://www.ie.ufrj.br/celsofurtado/pdfs/os_desafios_da_nova_geracao.pdf). Acesso em 21 de jan. 2023.
- FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 6 ed. São Paulo: Companhia.
- FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Abril cultura, 1983.
- GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12<sup>a</sup> Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.
- GRAZZIOTIN, Marcelo Rugeri. **Tratamento jurídico diferenciado à pequena empresa no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- OCDE. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação**. 3. ed. OCDE: Eurostat: Financiadora de Estudos e Projetos, 1997.
- WIPO. World Intellectual Property Organization. **Índice Global de Inovação 2020**. Cornell SC Johnson College of Business, 2020. Disponível em: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo\\_pub\\_gii\\_2020](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_gii_2020). Acesso em 10 jan. 2023.
- Fonte: ACED & BOA VISTA SCPC. Publicado em: 15/06/2022 Disponível em: [encurtador.com.br/abdkZ](http://encurtador.com.br/abdkZ).
- MEMÓRIAS DO DESENVOLVIMENTO. Ano 1, n.1, jun. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2007. 251 p. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/>. Acesso em 20 jan. 2023.

# IMPACTOS DA ECONOMIA DE PLATAFORMA NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E AS IMPLICAÇÕES DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Isabella Gimenez MENIN<sup>1</sup>  
Giovana Aparecida de OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

Em um ritmo cada vez mais acelerado, as empresas disruptivas vêm ganhando espaço no mercado mundial, o que tem gerado grande inquietação. Isso porque, em que pese o avanço tecnológico e digital experienciado com a implementação desse mercado, alguns ramos do direito não conseguiram acompanhar esses avanços, como é o caso do direito tributário. Nesse cenário, a problemática que se pretende discutir neste trabalho se consubstancia na inevitável reformulação da dinâmica hodiernamente experienciada pelo Sistema Tributário Nacional, perseguindo-se identificar ponderar os cenários mais adequados para que não haja um esvaziamento da arrecadação e, tampouco, o afastamento da instalação dessas empresas no país, a partir dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça fiscal, e em atenção às medidas perpetradas pelos agentes internacionais. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se do método indutivo, haja vista que a pesquisa teve por escopo a revisitação das evoluções tecnológicas e digitais, as quais têm gerado elevadas discussões entre os modelos disruptivos e convencionais de mercado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Economia de plataforma. Sistema Tributário Nacional. Isonomia tributária.

## ABSTRACT

At a fast pace, the disruptive companies have been gaining space in the world market, which has generated great concern. This is because, despite the technological and digital advances experienced with the implementation of this market, some branches of law have not been able to keep up with the advances, as is the case of tax law. In this scenario, the issue that is intended to be discussed in this work is embodied in the inevitable reformulation of the dynamics currently experienced by the National Tax System of the Brasil, seeking to identify and consider the most appropriate scenarios so that there is no emptying of the collection and, neither, the removal of the installation of these companies in the country, based on the principles of isonomy, ability to pay and tax justice, and in view of the measures perpetrated by international agents. For the development of the research, the inductive method was used, given that the research scope was to revisit technological and digital evolutions, which have generated intense discussions between disruptive and conventional market models.

**KEYWORDS:** Platform economy. National Tax System; Tax equality.

## INTRODUÇÃO

O mundo globalizado traz consigo necessidades que antes não se observava, advindas, principalmente, da tecnologia, a qual apresenta características significativas que impactam

1 Mestranda em Ciências Sociais na FFC Unesp – Marília/SP. Pós-graduanda em Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica – Minas Gerais. Graduada no curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Advogada trabalhista.

2 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Bolsista CAPES. Pós-graduanda em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada no curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Técnica em Serviços Jurídicos pela Etec de Marília (2015). Advogada.

diretamente na qualidade dos bens e serviços colocados à disposição da sociedade. Apesar dos benefícios trazidos com a evolução tecnológica, a qual vem ganhando espaço e alterando os padrões de consumo enraizados, essa nova fase mundial demanda intensos debates e transformações acerca do desenvolvimento econômico.

Deveras, insofismável que o mercado econômico tem sofrido diversas mudanças nesse cenário, as quais afetam de forma direta os relacionamentos humanos e a consciência coletiva sobre o consumo, tornando-se essencial que o Poder Público saia da inércia e ampare as novas relações e pretensões coletivas que surgirem mediante a adequação da legislação e/ou adoção de práticas efetivas das hodiernamente existente.

No entanto, ocorre que o Brasil não tem se mostrado preparado do ponto de vista econômico, financeiro e regulatório para essas novas diretrizes, o que tem gerado inúmeros conflitos perante os Poderes Legislativo e Judiciário. Verdade seja dita, do que se verifica da civilização moderna, não há adequação da norma ao fato da vida, resultando em ineficiência e inaplicabilidade das normativas existentes.

Para o presente trabalho, tão somente se abordará essa dinâmica sob a perspectiva do direito tributário, sob pena de alargamento em demasia da temática. Optou-se por esse nicho na medida que, consubstanciando-se o tributo em mecanismo de promoção de políticas públicas, eventual esvaziamento da arrecadação possui o potencial de causar severos prejuízos a incontáveis sujeitos. No entanto certo é que esse cenário deve ser analisado com ponderações, uma vez que a restrição em demasia poderá afastar investidores e empresas do país, gerando, de igual modo, prejuízos econômicos e fiscais.

Outrossim, nesse diapasão, manifesto que não se pode perder de vista a essencialidade dos direitos fundamentais preconizados na Carta Magna, notadamente ao que concerne ao princípio da igualdade formal e material, premissa básica de convivência em toda e qualquer sociedade, bem como o ideal de justiça.

Para a discussão do presente estudo, assim, utilizou-se da máxima Aristotélica sobre a igualdade, segundo a qual, consubstancia-se em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, sem, contudo, perder de vista a necessária estipulação de premissas objetivas concretizáveis. Não obstante, adotou-se as premissas fundantes da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da justiça fiscal para a consecução do objetivo almejado.

Outrossim, para a consecução da temática suscitada, perpassou-se pela análise de algumas empresas disruptivas que têm gerado substanciais discussões em solo nacional, notadamente ao que concerne ao tratamento tributário destinado a esse novo mercado, atribuindo-se criticidade na dinâmica hodiernamente existente, a qual não tem se atentado pela arrecadação e, tampouco, ao

estímulo da implementação de novas tecnologias.

E, diante desse necessário, considerando a inexistência de políticas públicas suficientes para a regularização efetiva desse novo setor, algumas indagações foram necessárias para o desenvolvimento deste estudo, como: será que o Poder Público está realmente interessado em organizar as políticas regulatórias?

Assim sendo, o presente estudo se dividiu em três capítulos, sendo certo que, no primeiro, limitou-se a descrever a economia disruptiva; no segundo, analisou-se as características do princípio da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e, por fim, preocupou-se em demonstrar os impactos no desenvolvimento econômico decorrentes da ausência de atenção e cuidado diante da nova economia.

Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se do método indutivo, uma vez que o presente estudo perseguiu a revisitação das evoluções econômica, tecnológica e digital, as quais têm gerado elevadas discussões entre os modelos disruptivos e convencionais de mercado, mediante a análise detida da doutrina atinente à matéria, bem como a alguns fatos da vida.

## **1. ECONOMIA DE PLATAFORMA E SUAS CARACTERÍSTICAS**

Com a rápida disseminação da evolução tecnológica, as plataformas digitais surgem como principal instrumento capaz de representar as formas de consumo originadas pelo mundo globalizado. Se antes tínhamos o acúmulo de bens e o capital como princípio norteador, hoje a sociedade tem priorizado o acesso em detrimento à propriedade.

O alcance mundial das transformações do consumo e do capitalismo se deve ao processo de globalização, um dos fenômenos mais citados dos últimos tempos, sendo algo difícil de fugir, como as palavras do sociólogo Zygmunt Bauman (In BONENTE; FILHO, 2008):

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presente e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino remediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Considerando que a escassez, característica precípua do mercado econômico, encontra-se em decadência, com dificuldades para satisfazer os interesses humanos, percebe-se a necessidade de criar maneiras de alocação dos recursos existentes. Vislumbra-se, então, a ascensão de novos modelos de negócio, os quais têm como objetivo recriar o padrão de consumo com a disposição de bens e serviços por meio de plataformas, enfraquecendo, de certo modo, o sentimento de propriedade.



Essas novas formas do indivíduo se dispor de seus bens e serviços por meio de instrumentos telemáticos trazem benefícios à sociedade, além de reduzir os custos de transação, o que será melhor abordado adiante. No entanto, traz consigo também diversos desafios regulatórios e tributários, principalmente pelo fato de ter surgido diante de crises financeiras e sociais.

Nesse ínterim, surgem algumas nomenclaturas em que a sociedade acadêmica tem apresentado dificuldade em conceituá-las e distingui-las. Uma das formas que tem sido mais estudada e comentada é a “economia compartilhada”. O termo foi observado e conceituado pela primeira vez em 2008, durante a crise econômica, por Lawrence Lessig da Universidade de Harvard como “consumo colaborativo, realizado nas atividades de compartilhamento, troca ou aluguel de bens, sem que haja, necessariamente, a aquisição destes” (LESSIG apud FERREIRA; MÉXAS; ABREU et al, 2016).

Não obstante a troca de bens entre indivíduos esteja entre os costumes desde os primórdios das relações humanas, como, por exemplo, o escambo ou as transações econômicas realizadas no Feudalismo, esse novo modelo de negócio aliado à tecnologia tem o condão de transformar essas trocas comerciais em formas mais simples e flexíveis, alcançando um maior número de pessoas.

Deveras, essa nova forma de acessar os bens se restringe a três princípios basilares: a valorização dos bens privados, a organização do trabalho e a mutualização de confiança entre a coletividade. Atualmente, esse modelo de consumo tem se intensificado com a ascensão das plataformas digitais, nas quais facilitam o acesso dos usuários que desejam se utilizar de algum bem ou serviços àquele que é proprietário ou prestador de serviço. Dessa forma, a economia compartilhada trabalha com o modelo de negócio peer-to-peer (P2P), proporcionando uma redução dos custos dos bens e democratização de acesso a eles como principais características (MELLER-HANICH apud SALMAN, FUJITA, 2018).

Contudo, há controvérsias no tocante aos principais negócios emergentes e que acabam por gerar polêmicas no meio do mercado econômico, como é o caso da empresa Uber, que teve suas características deturpadas e não há como se encaixar no conceito de compartilhamento de bens e serviços.

Destarte, entende-se que empresas como Uber ou Ifood compõem hoje a chamada “economia de plataformas”, uma vez que se autodenominam meras intermediárias entre aqueles que desejam consumir e aqueles que desejam compartilhar, sendo que, inclusive, a Uber, por exemplo, lucra sobre o trabalho dos motoristas, possuindo nítido intuito lucrativo e indo contra os ideais de compartilhamento ou colaboração (TEODORO, D’FONSECA, ANTONIETA, 2017).

Apesar dos conceitos dessas novas formas de consumo apresentarem certas confusões perante a sociedade, o presente artigo não tem como objetivo demonstrar as distinções entre as

nomenclaturas e conceituações. No entanto, para a problemática que se objetiva trazer, faz-se necessária a compreensão da distinção entre a economia compartilhada e a economia de plataforma. Assim, diante do distanciamento do verdadeiro significado de compartilhamento, o que se encontra hoje em predominância, na realidade, é a chamada “Economia de Plataforma”.

Cohen (2016), entendendo que dentro da Economia Compartilhada havia diversas subcategorias, dividiu os novos modelos de negócio em seis classificações, dando o nome ao seu estudo de Bússola do Modelo de Negócio Compartilhado, caracterizado por um círculo, em que os modelos mais próximos do exterior seriam os voltados ao mercado econômico e os mais próximos do centro, aqueles em que são compartilhados entre membros de uma mesma sociedade. Assim, as subcategorias são representadas pela: Tecnologia, Transação, Técnica de Negócio, Recursos Compartilhados, Modelo de Governança e Tipo de Plataforma.

Este estudo, embora não seja o foco do presente artigo, trouxe um melhor entendimento a todas as novas formas de consumo emergentes perante à sociedade aliadas à tecnologia disruptiva, uma vez que, conforme já abordado, a prática de compartilhamento não é algo novo.

Assim, enquanto espécie da economia de compartilhamento, a Economia de Plataforma se utiliza tão somente da tecnologia para aproximar a oferta e a demanda, tratando-se de uma nova organização do mercado econômico e não uma nova forma de alocação de recursos (TRINDADE, 2020). As plataformas são conhecidas como meras “intermediárias”, até mesmo consideradas pelos próprios empresários, apenas havendo troca entre os dois lados porque existe a empresa intermediadora.

Essas transformações impactam em diversos setores da seara econômica, pois criam e adaptam processos de produção e relações de trabalho (VALENTE, 2020). Não se cogita trazer à presente discussão juízo de valor acerca dessas criações, mas, indubitavelmente, esses novos modelos de negócio são responsáveis por desestabilizar os agentes econômicos atuais e provocar necessidade de atuação do Estado e de seus interlocutores políticos.

Entre tais modelos evidenciados acima, observa-se uma semelhança: a tecnologia disruptiva, a qual tem como objetivo revolucionar os modelos econômicos e trazer inovações ao mercado (OLIVEIRA, 2018). Por disrupção, entende-se como as inovações que rompem com o modelo tradicional econômico, causando uma certa fratura nos modelos econômicos. Entretanto, isso não quer dizer que qualquer inovação tecnológica tratar-se-á de uma economia disruptiva, sendo que o contrário também é verdadeiro (TEODORO, D’FONSECA, ANTONIETA, 2017).

As inovações disruptivas, segundo Christensen (1997), se baseiam em três máximas: acessibilidade, conveniência e simplicidade. Acessibilidade, pois as plataformas são fornecidas para serem utilizadas e adquiridas com maior facilidade do que os bens já existentes, a fim de dar maior

sentido à concorrência e impacto econômico. No tocante a conveniência, fica evidenciado quando a inovação consegue solucionar algum problema do usuário. E, por fim, a simplicidade diz respeito à maneira com que o acesso é descomplicado, fazendo com que a inovação chegue a mais pessoas.

Assim, não se pode atribuir a responsabilidade da ascensão da economia de plataforma inteiramente à tecnologia, vez que aparatos como a sustentabilidade, consumismo perdulário e austeridade econômico também estão presentes, como bem expôs Arun Sundararajan (2018), acerca do nível de diversidade da economia compartilhada ao afirmar que:

A economia compartilhada, portanto, é diversa não só em seus segmentos, serviços e modelos de negócios, mas também no espectro mercado-dom. não é domínio exclusivo dos doadores altruístas, tampouco praia privativa de capitalistas em tempo integral (...) é claro que tal diversidade também pode explicar a popularidade da economia compartilhada e seu potencial futuro. Embora não seja politicamente neutra, ela está criando um novo modelo econômico, um interessante meio-termo entre capitalismo e socialismo que também parece atender as necessidades e os desejos das pessoas que se identificam com ambos os extremos dos espectros político e econômico. Ainda mais importante é o fato de ser um modelo econômico que parece atender os desejos e as necessidades das pessoas que não se identificam com nenhum desses dois extremos (SUNDARARAJAN, 2018 p. 78).

Diante do todo exposto acima, é possível compreender que os novos modelos de negócio atrelados à economia de plataforma possuem potencial para impactar fortemente o mercado econômico, reinventando a economia tradicional, de modo que o debate acerca da atuação do mercado financeiro e a observância de princípios basilares se faz de extrema importância, conforme abordado a seguir.

## **2. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

A tributação se consubstancia em instrumento primevo para a consecução dos objetivos dos Estados democráticos e sociais, sendo imprescindível para a obtenção de suas finalidades, em atenção a dimensão vertical dos direitos fundamentais, o financiamento da atuação estatal por meio dos indivíduos. Transmutou-se o ideal de “mal necessário” para um “dever fundamental inerente à vida em sociedade” (PAULSEN, 2022, p. 20).

No entanto, em que pese a inafastável imprescindibilidade da tributação para a consecução dos Direitos Fundamentais, certo é que esta deve ser exercida de modo justo, respeitando os direitos e as garantias individuais, servindo assim como “instrumento para que se alcancem os objetivos relacionados à solidariedade sem atentar contra a segurança e a liberdade.” (PAULSEN, 2019, p. 26).

Nessa tessitura, certo é que as relações humanas são regidas por fundamento Constitucional irremediável para a consecução das finalidades insculpidas no texto legal: o princípio da igualdade. Essa máxima, segundo a clássica forma Aristotélica, consubstancia-se em

tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Todavia, trata-se de definição que comporta inúmeras controvérsias.

Isso porque, esse preceito é hipotético e não satisfaz a realidade material com a sua mera definição, notadamente pela inexistência de critérios objetivos para a sua concretização. Deveras, com a sua mera leitura, não é possível elucidar uma forma para diferenciar os iguais dos desiguais e, tampouco, em quais situações devem ser observadas essa desigualação. Em linhas gerais, não há um modelo a ser observado para concretização dessa definição.

Não obstante isso, certo é que se consubstancia em preceito comumente defendido pelos teóricos, na medida que a Constituição Federal autoriza tratamentos diferenciados entre os sujeitos, como uma forma de efetivação do princípio da justiça, haja vista que, se todos os indivíduos fossem tratados de igual forma, sem qualquer critério de diferenciação, inúmeras seriam as injustiças cometidas.

Leandro Paulsen (2019, p. 96), todavia, ressalta ponto de substancial relevância “como regra, a igualdade perante a lei (1: submissão de todos à lei) e na lei (2: tratamento legal igualitário) não precisa ser justificada; a desigualdade, sim”. Da leitura do doutrinador, a desigualdade deve ser a exceção e, por essa razão, somente pode ser aplicada quando sua natureza for validada, sob pena de arbitrariedades.

E, não só. Conforme ponderado pelo mesmo autor (2019, p. 98), a máxima aristotélica “impõe não apenas que a diferenciação arbitrária é vedada, mas também que as diferenciações, ainda quando fundadas, devem guardar razoabilidade e proporcionalidade, justificando-se tanto a sua existência como a sua medida”, isso quer dizer que a desigualação deve guardar requisitos restritivos, de modo a não se tornar instrumento de legitimação de abusos.

Certo é que a regra da igualdade é um princípio constitucional fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. O caput do artigo 5º da Constituição Federal é peremptório ao prever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988), de modo a atribuir a esse princípio uma vinculação obrigatória.

Para o Sistema Tributário Nacional não é diferente: deve-se guardar estrita observância ao princípio da isonomia em todas as espécies tributárias, de modo a afastar todo e qualquer tributo discriminatório. Tanto o é que o constituinte originário atribuiu normas específicas para a sua concretização, as quais vinculam observância à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, consoante se extrai dos artigos 150, II, e 151, I e §1º (BRASIL, 1988). Colaciona-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou

direitos;

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

Com efeito, o princípio da isonomia no direito tributário foi erigido com o objetivo de limitar o poder do Estado de tributar os sujeitos de maneira arbitrária e privilegiada, preservando-se, assim, as classes sociais mais baixas dos excessos e abusos perpetrados em favor das classes mais altas.

O seu surgimento se deu com o Estado Fiscal, o qual “destrói os fundamentos da antiga ordem e estabelece que todos os homens nascem iguais em direitos e obrigações, inclusive as fiscais, e que não podem existir privilégios de nenhuma ordem” (CALIENDO, 2019, p. 299), consubstanciando-se em máxima a ser observada pelo legislador, pelos administradores e pelo poder judiciário.

Nesse ínterim, os legisladores possuem o dever de garantir a igualdade dos contribuintes na criação da lei, enquanto os administradores devem assegurar a igualdade entre os contribuintes na aplicação da lei. Tão somente em casos de inobservância por esses primeiros é que o poder judiciário deve intervir na relação de modo a garantir a retomada de seu equilíbrio.

E, nesse cenário, considerando que o princípio da igualdade deve caminhar com o princípio da justiça, na seara tributária, tem-se o princípio da capacidade contributiva. Em que pese este princípio deriva do princípio da isonomia tributária, certo é que ambos não são idênticos. Paulo Caliendo explicita essa diferenciação em sua doutrina (2019, p. 320):

O princípio da capacidade contributiva deriva do princípio da isonomia tributária, porém não são idênticos. Esse princípio recebe da igualdade o seu núcleo essencial de sentido de que partes iguais devem ser tributadas igualmente e partes distintas devem possuir tributação distinta. Ambos os princípios possuem um sentido relacional (entre partes) e material (efetiva igualdade), a diferença entre outros está no fato de que a capacidade contributiva é a modalidade específica de realização da igualdade de tributação a ser aplicada nos impostos pessoais, tendo por base a capacidade econômica dos contribuintes.

Com efeito, esse princípio tem previsão expressa no parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição Federal, e possui por desiderato primeiro a proteção do mínimo existencial do contribuinte, de modo a garantir a manutenção de uma vida digna. Consubstancia-se no preceito de que o contribuinte possui uma proteção à sua esfera patrimonial a partir de determinado limite, de maneira a proteger os que mais precisam.

Segundo Fernando Aurélio Zilveti, citado por Luis Eduardo Schoueri (2019, p. 655) a capacidade contributiva “é o princípio segundo o qual cada cidadão deve contribuir para as despesas públicas na exata proporção de sua capacidade econômica”, sendo certo que também pode ser

entendido como “a divisão equitativa das despesas na medida da capacidade individual de suportar o encargo fiscal”.

Deveras, trata-se de mecanismo adequado para a consecução da justiça fiscal, sob a perspectiva de que a observância desse princípio promove a isonomia tributária na medida que suscita a igualdade material do contribuinte (PAULSEN, 2019, p. 99). E não só, essa finalidade se consubstancia na regra.

Diz-se isso porque a instituição de desigualação por razões extrafiscais somente pode decorrer de norma constitucional, em situações esparsas. Citam-se como exemplos: artigo 151, I, que institui a concessão de benefícios fiscais de incentivo regional e artigo 146, III, d, do qual preleciona a concessão de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte e microempresas.

Segundo a doutrina, esse princípio pode ser encarado por duas dimensões distintas, a saber: a relativa e a absoluta. Quando a capacidade contributiva é entendida do ponto de vista subjetivo, o único critério a ser ponderado para a configuração de um tributo é o mínimo existencial do contribuinte.

Esse critério define que, se o contribuinte não possui o mínimo para a sua própria sobrevivência, não há que se falar em sua contribuição para a despesa pública, ainda que tenha se utilizado do serviço. Nesse sentido, Schoueri (2019, p. 658) alerta para o fato de que não basta que sejam analisados os rendimentos do sujeito, pois esse somente é mecanismo de identificação de sua capacidade econômica.

O autor, para justificar a sua afirmação, dá o exemplo clássico da pessoa que auferir renda razoável, mas, por possuir uma saúde demasiadamente precária, possui elevados gastos com medicamentos e acompanhamento de enfermeiros diariamente. Nesse cenário, o contribuinte certamente possui capacidade econômica, mas não há que se falar em capacidade contributiva.

De outro turno, a majoritária doutrina defende a capacidade contributiva sob a perspectiva objetiva, a qual se consubstancia na máxima de que se o contribuinte está praticando determinado fato gerador, há o reconhecimento automático de sua capacidade contributiva. Isso se dá em virtude de o próprio fato representar a existência do signo presuntivo de riqueza, isto é, capacidade do sujeito.

Com efeito, a bem da verdade, não é requisito que o sujeito efetivamente possua a capacidade, basta que demonstre possuir. Exemplificativamente, cita-se o caso do contribuinte que adquiriu um imóvel: não interessa para o Estado Fiscal se o sujeito materialmente possua capacidade contributiva para esse fim, basta que demonstre possuir e o tributo incidirá ordinariamente.

Deveras, reveladas as particularidades e a importância dos princípios da isonomia e da

capacidade contributiva, considerando-se as evoluções experienciadas ao longo do desenvolvimento econômico e tecnológico, consoante demonstrado em tópico anterior, imperioso que as relações surgidas sejam avaliadas com ponderação e cautela, sob pena de afetação dos fundamentos supra trabalhados.

### **3. OS IMPACTOS DA ECONOMIA DE PLATAFORMA NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO PAÍS**

Conforme demonstrado nas linhas alhures, a dinamicidade com que as empresas de tecnologia surgem e impactam no aumento do poderio econômico (MELO, 2021) demandam medidas enérgicas pelos agentes estatais, haja vista que a ausência do Estado na regulamentação das diretrizes sociais básicas, promove a vulneração econômica dos indivíduos.

Segundo Rampazzo (2017), a dificuldade do Estado em qualificar as novas tecnologias reflete na atual ausência de respostas legais para uma série de problemas, como é o caso das obrigações e responsabilidades dos usuários das plataformas digitais. Por outro lado, porém, há quem relacione o crescimento dessa nova economia à deficiência de regulamentação por parte do governo (LAZZARI, PETRINI, SOUZA, 2021), haja vista a desburocratização e desoneração dos mecanismos.

Verdade seja dita, há grande divergência entre os estudiosos do assunto relativamente à tributação dessas tecnologias. Isso porque, enquanto alguns defendem a manutenção da tributação sobre a economia de plataforma como mecanismo para a consecução das políticas públicas, outros sustentam o afastamento ou redução dessas incidências tributárias como forma de atrair investidores estrangeiros e, por conseguinte, tecnologias disruptivas ao país.

Tadeu Puretz Iglesias (2020), por seu turno, foi além: identificou uma grande dificuldade do ente tributante em relação a essas novas tecnologias, a saber, a complexidade da fiscalização. Leciona o autor que, no mercado digital, “as transações passaram a ser realizadas primordialmente por meio de dispositivos eletrônicos, colocando o suporte físico em desuso e dificultando sobremaneira o controle das autoridades fiscais e a lógica da tributação prevista na legislação em vigor”.

Deveras, certo é que os novos modelos de negócio causam impactos econômicos, sociais e ambientais em todo território nacional, que podem ser de cunho positivo ou negativo, a depender da perspectiva que for analisada. Nesse cenário, certo é que o Brasil apresenta grande divergência entre os que se utilizam do modelo tradicional da economia e os que se valem da economia de plataforma, como é o caso do Uber e os taxistas e a rede de hoteleira e o Airbnb.

A Uber é uma plataforma digital que intermedia as ofertas de carona. Hodiernamente está

inscrita na Receita Federal como atividade de intermediação de serviços e negócios, afastando o seu enquadramento como empresa do ramo de transporte de passageiros, viabilizando qualidade e menor custo para o transporte público, em virtude da estrutura de negócio adotada e do planejamento tributário implementado.

No entanto, ocorre que a empresa especializada em intermediação de transportes causou grande agitação entre os taxistas, que há muito detinham o monopólio de transporte individual de passageiros, sob o fundamento de concorrência desleal, haja vista a distinta incidência tributária entre as categorias: enquanto a Uber sofre a incidência do Imposto sobre Serviços (ISS), sem contar os demais tributos decorrentes da atividade empresarial, os taxistas sofrem maior carga com o Imposto de Renda (IR).

Outro exemplo a ser citado se consubstancia no Ifood, o qual é tributado pelo Município mediante o ISS, em detrimento aos estabelecimentos físicos de comercialização de alimentos, os quais são tributados pelo Estado mediante o ICMS, na medida que, enquanto o primeiro promove a prestação de serviços propriamente dito, o segundo realiza a transferência de mercadorias.

O Airbnb, por sua vez, comporta um problema ainda maior relativamente à sua tributação, haja vista a necessidade de diferenciação entre a locação por temporada e a prestação de serviços por hospedagem. Isso porque, são disciplinadas por legislações distintas, sendo que aquela é disciplinada pelo artigo 48 da Lei 8.245/1991, enquanto essa última é preconizada na Lei 11.771/2008.

De forma singela, cumpre descrever as disposições legislativas para melhor entendimento. A Lei do Inquilinato, em seu artigo 48, considera a locação de temporada aquela destinada à residência temporária do inquilinato para atividades que possuem um tempo determinado, não podendo ser superior a noventa dias. Já a Lei relativa aos meios de hospedagem, os caracteriza como empreendimentos ou estabelecimentos destinados a prestar serviços temporários, com uso exclusivo de hóspedes, mediante cobrança de diária.

Nesse cenário, é perceptível, portanto, a dificuldade na definição dos serviços prestados pelo Airbnb, bem como a sua tributação, sendo que a locação imobiliária não é tributada pelo ISS, tributo de competência municipal, e, por outro lado, caso se considerasse como serviços de hospedagem, situação em que se tributaria pelo Imposto sobre Serviços, haveria além de tudo a taxa de fiscalização do estabelecimento.

É nesse diapasão que se verifica o grande impacto que as plataformas digitais causam no mercado econômico, não apenas em relação à arrecadação do Estado por meio dos tributos, mas também nas relações sociais existentes entre as categorias, tendo em conta a potencial eclosão de inúmeras disputas.



Amartya Sen (apud CREDER; ARAUJO, 2013) entende que a economia moderna tem causado grandes injustiças sociais justamente pelo fato de ter ocorrido um trágico divórcio entre a ética e a economia. Nessa perspectiva, Klaus Tipke (2012, p. 13) reafirma a máxima de que, sem tributos, “não há como construir um Estado, nem o Estado de Direito, nem muito menos algum Estado Social”, e sustenta a imprescindível adoção da justiça fiscal como mecanismo de justificação e incentivo aos contribuintes, de modo a reaproximar esses dois institutos.

Nessa seara, cumpre consignar que o distanciamento entre a ética e a economia tem potencial de gerar agitações sociais, na medida que as imposições tributárias deixam de deter sentido aos indivíduos. Na perspectiva de Marcus Viniccius Parente Rebouças (2019, p. 210), “a justiça fiscal se afirma como princípio fundamental da tributação, de maneira que a estruturação e o funcionamento das matrizes tributárias devem se dar de modo socialmente justo”.

Nessa esfera, cumpre apontar que o princípio da justiça fiscal é encarado como verdadeiro mecanismo de justificação aos contribuintes, na medida que afasta a coação oriunda do Estado Soberano e aproxima o sujeito dos objetivos perseguidos pela arrecadação dos tributos, gerando, assim, a motivação dos contribuintes na consecução do sistema jurídico tributário.

Deveras, não há uma definição absoluta para o postulado da “justiça”, notadamente pelo fato de assumir diferentes versões a depender do tempo, do espaço e da cultura em que inserida. Inclusive, a própria justiça fiscal pode encontrar distinções a depender do contexto, do tempo e da localidade em que submetida à análise, razão pela qual, neste estudo, não se perseguirá o aprofundamento da temática.

Outrossim, o ideal de justiça fiscal possui em seu núcleo o princípio da isonomia tributária, na medida que a igualdade somente pode ser alcançada se orientada pelo juízo daquilo que se pode entender como justo. Rebouças, em seu estudo, foi assertivo ao estabelecer que a isonomia tão somente se contrapõe se a desigualdade não compreender fundamentos razoáveis na justiça. Colaciona-se (2019, p. 231):

A despeito das controvérsias conceituais a respeito da matéria, a equidade figura, em geral, no cerne das preocupações humanas relativamente ao ideal do justo, no “coração da justiça” (“heart of justice”), de sorte que o predicado da equidade tem sido frequentemente reconhecido como um dos princípios fundamentais de justiça (BROWN, 1985, p. 18-21), sobretudo, no que tange às questões de justiça distributiva. [...] Veicula, nessa perspectiva, o conceito de “tratamento imparcial e equilibrado” à luz de uma ideia referencial de justiça (BROWN, 1985, p. 18-21 e 291). Esse significado corresponde ao que Aristóteles enunciara ao aduzir que “o justo é, pois, uma espécie de termo proporcional. [...] Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção” (1991, p. 103). Sob esse prisma, a equidade não se contrapõe a qualquer desigualdade, mas à desigualdade que não encontra fundamento razoável na justiça.

Nessa perspectiva, a isonomia atrelada ao sentido de justiça propõe que haja a distribuição equilibrada dos encargos fiscais aos contribuintes, de modo que o ônus a ser suportado não

represente oneração ilimitada e desproporcional. “Os tributos não são arrecadados para serem lançados ao mar; são cobrados em vista de um objetivo e todo critério adequado de justiça tributária deve levá-lo em conta (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 36).

Nessa seara, em que pese a obrigação social de contribuir para o pagamento das despesas públicas, certo é que a isonomia tributária não representa a máxima de que todos devam ser tributados em iguais proporções e maneiras, tampouco que cada sujeito seja tributado de maneira exclusiva.

Segundo André Ramos Tavares (2019, p. 284), “Kelsen assinala que seria inconcebível e absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações, ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos”, na medida que “o ser humano é único em sua individualidade”. No entanto, ressalva que “isso não pode ser levado ao exagero de pretender um tratamento próprio para cada pessoa, tendo em vista suas peculiaridades. A ser assim, e demandar-se-ia uma lei específica para cada ser humano.

Para o autor (2019, p. 284), “as únicas discriminações legítimas são aquelas derivadas de formas de incentivo a determinados grupos sociais e ao combate de desigualdades sociais e econômicas”, isto é, na visão do autor, a extrafiscalidade é o único modo que pode ser compreendido como uma estrutura de efetivação da justiça, tendo em conta que viabiliza uma melhor regulação ou intervenção no mercado pelo Estado Soberano, para a consecução das políticas sociais.

Nessa perspectiva, resgata-se a discussão do presente estudo relativamente a distinção da tributação entre as plataformas digitais e os estabelecimentos convencionais, em atenção aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça distributiva. Tratando-se de questionamento complexo em solo mundial, cumpre elucidar que a União Europeia, preocupada com a dificuldade com que os agentes políticos e legislativos têm para garantir uma política tributária equitativa e eficaz, tem promovido diversos debates e proposto alterações legislativas com novas regras de tributação voltadas à economia digital.

Com efeito, a Comissão Europeia tem reforçado a ideia de que as normas criadas para as empresas tradicionais não servem para os modelos de negócios advindos da Era Digital, fundamento que justifica a sua reformulação e aplicação para o fomento ao desenvolvimento tecnológico.

Nessa tessitura, é o que se extrai de trecho da proposta de Diretiva do Conselho da Comissão Europeia, enviada no ano de 2018, relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais, aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais:

As regras de tributação das sociedades em vigor foram concebidas para empresas

tradicionais. As regras fiscais em vigor assentam no princípio de tributação dos lucros no local onde o valor é criado. No entanto, aquelas foram principalmente concebidas no início do século XX para empresas «físicas» tradicionais e definem o que implica um direito de tributação num país («onde tributar») e o imposto sobre o rendimento das sociedades que é imputado a um país («quanto tributar») com base, em larga medida, numa presença física no país em causa. Tal significa que os residentes não tributáveis estão obrigados a tributação num país apenas no caso de uma presença que constitua um estabelecimento estável no mesmo. Tais regras não conseguem, contudo, captar o alcance mundial das atividades digitais em que a presença física já não é um requisito para a prestação de serviços digitais. Além disso, as empresas digitais têm características diferentes das empresas tradicionais em termos da forma como o valor é criado devido à sua capacidade de realizar atividades à distância, ao contributo dos utilizadores finais para a respetiva criação de valor, à importância dos ativos incorpóreos e a uma tendência para estruturas de mercado «o vencedor leva a maioria» enraizadas na forte presença de efeitos de rede e no valor dos megadados.

É importante observar que a União Europeia passou a perseguir a alteração do sistema tributário em relação ao avanço da tecnologia, com o objetivo primevo de evitar a evasão fiscal perpetrada pelos agentes, na medida que, existindo igualdade plena entre os modelos de negócios, a injustiça estava sendo perpetrada. Não obstante isso, as discussões serviram como forma de viabilizar a perpetuação da arrecadação a ser destinada para as políticas públicas, uma vez que as plataformas passaram a ser tributadas de maneira a se aproximar dos estabelecimentos convencionais.

Com efeito, certo é que não pairam dúvidas de que os princípios da isonomia e da capacidade contributiva precisam ser observados quando da instalação dessas empresas disruptivas no país, no entanto, essas não podem se distanciar do ideal de justiça distributiva, na medida que as diferenças devem ser observadas, mas de maneira a respeitar a arrecadação, certamente com vistas a afastar o esvaziamento dos recursos para a consecução de políticas públicas.

Com efeito, faz-se essas ponderações na medida que muitas empresas digitais se furtam da incidência dos tributos hodiernamente existentes pela ausência de norma que preveja o fato gerador da obrigação. Cita-se como exemplo o caso da computação em nuvem: a empresa pode estar sediada em qualquer lugar do mundo (normalmente em países com menor carga tributária) e os seus serviços serem utilizados em solo nacional. Isso quer dizer, o país perde a arrecadação.

Nas palavras de Celso de Barros Correia Neto, José Roberto Rodrigues Afonso e Luciano Felício Fuck (2019, p. 152):

Calcadas nessa premissa – de que as empresas devem ser tributadas apenas onde têm estabelecimento permanente – há forte estímulo para que as multinacionais de tecnologia simplesmente desloquem seus ativos e estabelecimentos para onde possam maximizar seus lucros à custa de pouca ou nenhuma tributação. Situadas na jurisdição mais confortável, do ponto de vista fiscal, podem fazer negócios via internet com clientes – B2B, B2C ou C2C1 – residentes em qualquer parte do mundo, sem a necessidade de firmar estabelecimento permanente no país de destino. [...] Assistimos ao esvaziamento da noção de “estabelecimento permanente”. Firmada ao tempo em que as empresas não prescindiam de estabelecimento físico para sediar suas operações, o conceito não parece adequado para lidar com os modelos empresariais digitais, que possuem características diversas da

economia tradicional. Em seu lugar, avançam debates em torno da criação de parâmetros para estabelecer o que seria a “presença digital” de uma empresa (significant digital presence – SDP) em certa jurisdição em que possua usuários ou clientes, independentemente da existência de estabelecimento físico permanente. A “presença digital” serviria de elemento de conexão para reconhecimento de vínculo tributário que permita imputação de receitas e o reconhecimento de competência tributária em relação a empresas de tecnologia digital multinacionais (PALMA, 2018, p. 53)

Tem-se também os casos em que as empresas reduzem drasticamente os seus custos operacionais mediante a utilização de modelos disruptivos que dispensam, por exemplo, os empregados (adotando a dinâmica de prestadores de serviços) e os locais físicos (instituindo mecanismos de entrega do fornecedor diretamente ao consumidor). Neste último caso, inclusive, há empresa bastante reconhecida no mercado: a operação da Amazon.

No entanto, lado outro, não se deve perder de vista a importância da implementação de mecanismos que facilitem a instalação e manutenção de empresas disruptivas em solo nacional, certamente com a instituição de políticas tributárias adequadas para essa finalidade, em atenção à isonomia tributária, seja sob o manto de nova tributação, seja mediante os institutos hodiernamente previstos, sob pena de se tornar uma país atrasado, sem avanços tecnológicos e, por conseguinte, econômicos.

Verifica-se o grande dilema que paira sobre a matéria colocada sob discussão. Tanto o é que se consubstancia em inquietação enfrentada por todo o mundo, o qual deve guardar maior observância e cuidado pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, sob pena de sofrer drásticos cenários econômicos e tecnológicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo perseguiu demonstrar, sem a pretensão de esgotamento do tema, haja vista a amplitude e a complexidade das diretrizes abalizadas, a ausência de regramentos tributários a resguardarem a arrecadação tributária diante dos avanços tecnológicos experienciados ao longo dos anos pela implementação de modelos de negócios disruptivos surgidos na economia moderna, substancialmente ao que concerne às plataformas digitais, tendo em vista que se consubstanciam em estruturas de negócio que se furtam das incidências hodiernamente existentes em solo nacional.

Para esse fim, pormenorizou-se os principais aspectos que viabilizaram a eclosão e disseminação das evoluções tecnológicas e digitais nas sociedades modernas, perpassando-se pela definição de economia compartilhada e pelo que hodiernamente definimos como economia de plataforma, caracterizada pela aproximação da oferta e da demanda mediante a utilização de empresas intermediárias fundamentadas na tecnologia.

Por conseguinte, analisou-se detidamente o princípio da isonomia tributária, partindo-se do

ideal de que as desigualdades se consubstanciam em exceções e precisam ser justificadas, e o princípio da capacidade contributiva como mecanismo de ponderação para a consecução da justiça fiscal, compreendida pela medida adequada para alcançar a igualdade material entre os contribuintes.

Por fim, partindo-se do percurso supra rememorado, e integrando a conclusão do presente trabalho, analisando-se algumas empresas que se enquadram na dinâmica da economia de plataforma, sob a perspectiva dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da justiça fiscal, compreendeu-se pelo necessário aprimoramento das leis tributárias difundidas em solo nacional, a exemplo de outros países que, entendendo a complexidade da matéria, já estão implementando outros mecanismos de controle, notadamente com vistas à manutenção da arrecadação tributária para fins de manutenção da promoção das políticas públicas, sem, contudo, perder de vista a relevância da manutenção de um cenário que favoreça a instalação de empresas disruptivas no Brasil, fato incitador da economia e da evolução.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Bernardo Leite; CREDER, Fábio dos Santos. *Ética, economia e justiça: a escolha social no pensamento de Sen e Smith*. DoisPontos, v. 10, n. 1, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev. de 2023;
- BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5172Compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm). Acesso em 30 mar. de 2023.
- BONENTE, Bianca Imbiriba. FILHO, Niemeyer Almeida. *Há uma Nova Economia de Desenvolvimento? In Revista de Economia V.34, N.1*. Universidade Federal do Paraná, 2008.
- CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. *Economia e Direito e o Futuro do Direito: Economia Compartilhada e Sua Regulação*. Revista Controle, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 274-315, 2017;
- CHRISTENSEN, C. M. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 1997;
- COHEN, Boyd. *Making Sense Of The Many Business Models In the Sharing Economy*. Fast Company, 2016. Disponível em: <https://www.fastcompany.com/3058203/making-sense-of-the-many-business-models-in-the-sharing-economy>. Acesso em 31 mar 2023;
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de diretiva do conselho relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais: COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS)*. Bruxelas: Comissão Europeia, Direção-Geral da

Fiscalidade e da União Aduaneira, 2018, p. 2. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/ALL/?uri=CELEX:52018PC0148>>. Acesso em: 26 mar 2023

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Mercados de plataformas digitais. Cadernos do Cade. Brasília, 2021.

CUNHA, Carlos Renato; JUNIOR, Antonio Carlos Freitas de Medeiros; TORRES, Dennis José Almanza. *Os desafios da tributação na economia digital e o princípio da territorialidade*. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. V. 15, nº 1, p. 26-49, Brasília, 2021;

FOSSATI, Gustavo; PAULA, Daniel Giotti de. *Tributação da economia digital na esfera internacional*, v. 4, FGV, Rio de Janeiro, 2022;

GONÇALVES, Bárbara Fantazzini Oliveira. *Economia Compartilhada e o Airbnb: um novo contexto no espaço urbano*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021;

JUNIOR, Antônio Augusto Souza Dias. *Tributação da economia digital - proposta doutrinárias, OCDE e o panorama brasileiro*. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 06, p. 13-34, IBDT, São Paulo, 2019;

LAZZARI, Aline D. R; PETRINI, Maira; SOUZA, Ana Clara. *Economia compartilhada e os contextos econômicos e sociais: mercenarismo ou bem comum?* Revista de Administração Mackenzie. Gestão Humana e Social. ISSN 1678-6971. São Paulo, 2021;

LOSINKAS, P.V.B; FIGEUIROA, C.C. *Economia compartilhada e Direito – Uma relação (ainda) tormentosa*. Fórum Liberdade Econômica. Mackenzie, 2017.

MELO, Jonas. *Tributação indireta e economia digital: o tratamento tributário das comissões auferidas pelos aplicativos de delivery de comida*. Revista Direito Tributário Anual, n.47. p.288-306. IBDT, São Paulo, 2021;

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NETO, Celso de Barros Correia; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. *A tributação na era digital e os desafios do sistema tributário no Brasil*. Revista Brasileira, vol. 15, n. 1, p. 145-167, Janeiro-Abril, 2019. Disponível em <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito>. Acesso em 15 mar. de 2023.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *A dependência econômica nas plataformas digitais: novas estratégias de direção e controle do trabalho alheio*. Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.66, n.102, p. 53-71, 2020.

PAULSEN, Leandro. *Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, Marcos; MANHÃES, Aline Martins; LIMA, Angélica Rodrigues. *Indústria 4.0:*

*Desafios e oportunidades para o Brasil*. Anais do Simpósio de Engenharia de Produção de Sergipe, 2018.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PALACIOS, Rosiane Alves et al. *Economia compartilhada e o modo de produção capitalista no contexto dos aplicativos de entrega*. RGD, v. 18, n. 1, p. 03-26, 2020;
- PASSOS, Luis Henrique Santos. *A indústria 4.0: fundamentos e principais impactos na economia brasileira*. Revista de Administração e Negócios da Amazônia, V. 12, n. 2, Amazonas, 2020;
- PISCITELLI, Tathiane. *Tributação da Economia Compartilhada: caso das plataformas digitais de transporte e hospedagem sob a perspectiva do ISS*. *Tributação da Economia Digital*. Revista dos Tribunais. Cap. 10.4, Pág. 416-429. 2018, São Paulo, Brasil.
- RAMPAZZO, Renato Haidamousa. *Desafios Jurídicos da Economia Compartilhada*. SSRN. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3161855](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3161855). Acesso em 14 jan. 2023.
- REBOUÇAS, Marcus Vinicius Parente. *Tributação e desigualdade econômica: elementos para uma teoria da tributação redistributiva para o Brasil contemporâneo*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará, 2019. Fortaleza, Ceará.
- ROCHA, Gustavo Freitas et al. *Uberização e Economia de Plataforma: impactos econômicos, sociais, culturais e novos formatos organizacionais*. XI Congresso Brasileiro de Engenharia de Produção. Paraná, 2021;
- SALMAN, Jamili El Akchar; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Inovações tecnológicas baseadas na economia colaborativa ou economia compartilhada e a legislação brasileira: o caso Uber*. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Salvador, v.4, n.1, p. 91-112, 2018.
- SILVA, Raphael Andrade; DE PAIVA, Matheus Silva; DINIZ, Gustavo Saad. *Desafios jurídico-regulatórios e economia compartilhada: elementos para uma reflexão crítica*. Scientia Iuris, v. 21, n. 2, p. 98-125, 2017.
- SILVA, Eduardo Souza Pacheco Cruz; SILVA, Larissa Souza Pacheco Cruz. *Um diálogo sobre a tributação de transações digitais*. Revista Direito Tributário Anual. N. 47. P. 167-184, IBDT, São Paulo, 2021;
- SUNDARARAJAN, Arun. *Economia compartilhada; o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão*. Trad. André Botelho. Editora Senac São Paulo. São Paulo, 2018;
- TEODORO, Maria Cecília Máximo. D'AFONSECA, Thais Claudia; ANTONIETA, Maria. *Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber*. Revista da Faculdade Mineira de Direito.
- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): Ponderações Conceituais Distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma Abordagem de Análise Econômica do Direito dos Ganhos de Eficiência Econômica por meio da Redução Severa dos Custos de Transação*. Revista Jurídico Luso Brasileira, Ano 6, nº 4, 2020.
- VALENTE, Jonas. *Economia de Plataforma: características, modelos e o surgimento dos monopólios digitais*. Capítulo IV, Pág. 67-90. A desmaterialização da economia nas ciências sociais e humanas. Org. José Maria Carvalho Ferreira. Editora Clássica. 2020.
- XAVIER, Y. M.A.; ALVES, F.G. SANTOS. K. S. O. *Economia compartilhada: compreendendo os*

*principais aspectos desse modelo disruptivo e os seus reflexos na relação de consumo e no mercado econômico.* Revista de Direito do Consumidor. vol. 128. ano 29. p. 163-203. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr./2020.

*A questão tributária nos negócios da economia colaborativa.* Instituto Brasileiro de Estudos Tributário. Revista Consultor Jurídico. 2019.



# ESCÓLIO DO DESENHO UNIVERSAL PARA A APRENDIZAGEM, COMO TÉCNICA PARA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO ESCOLAR DAS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Taís Nader MARTA<sup>1</sup>  
Telma Aparecida ROSTELATO<sup>2</sup>

## RESUMO

O artigo adentra na abordagem da proteção legislativa incidente sobre as pessoas com transtorno do espectro autista, atendo-se ao âmbito educacional, pois a inclusão de pessoas com deficiência ainda é uma barreira a ser enfrentada. Assim estas reflexões são imprescindíveis, já que a aprendizagem oportunizada no âmbito escolar capacita os alunos para muito além do conhecimento pedagógico, exorta para a convivência social, esta a razão pela qual a salvaguarda do direito ao acesso e permanência na escola se faz presente desde a Carta Magna (abordada na seara infraconstitucional, pela Lei nº 12.764/12 que dispõe sobre a inclusão escolar das pessoas com autismo) até as declarações internacionais. Empregando o método dedutivo e analisando reportagens constantes tanto em revistas especializadas, quanto em doutrinas, as autoras demonstram a experiência vivenciada em Massachusetts, nominado desenho universal para aprendizagem (DUA), projeto desenvolvido por um grupo de professores, apoiado pelo Departamento de Educação dos Estados Unidos, que se constitui exemplo de uma abordagem educacional mais ampla e focada na diversidade, pois adota práticas pedagógicas acessíveis para a escolarização de todos em sala de aula do ensino comum, através da parceria colaborativa entre professor de ensino comum e Educação Especial e/ou outros profissionais especializados. Concluem que a sociedade não pode ignorar este problema que persiste imutável, porque afronta os princípios da igualdade e dignidade humana, assim sendo, a conscientização e a informação acerca das formas que podem imiscuir as restrições inclusivas constituem-se dever de todas as pessoas, sendo o DUA, um autêntico modelo a ser seguido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoas com transtorno do espectro autista; Inclusão escolar; Desenho universal para a aprendizagem.

## ABSTRACT

The article addresses the approach of legislative protection incident to people with autism spectrum disorder, focusing on the educational scope, since the inclusion of people with disabilities is still a barrier to be faced. Thus, these reflections are essential, since the learning provided at the school core enables students to go far beyond pedagogical knowledge, encourages social coexistence, this is the reason why safeguarding the right to access and permanence in school has been present since childhood. Magna Carta (addressed in the infraconstitutional area, by Law nº 12.764/12 which provides for the school inclusion of people with autism) to international declarations. Employing the deductive method and analyzing constant reports both in specialized magazines and in doctrines, the authors demonstrate the experience lived in Massachusetts, named universal design for learning (DUA), a project developed by a group of teachers, supported by the Department of Education of

---

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Advogada. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia (ESA) de Bauru/SP. Professora em cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: tais.nader.marta@usp.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0777694220400839>

2 Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Especialista em Direito Constitucional (Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba/SP). Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Procuradora Jurídica Municipal. E-mail: advtelma.rostelato@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3876726116042111>

the United States Unidos, which is an example of a broader educational approach focused on diversity, as it adopts accessible pedagogical practices for the schooling of all in common education classrooms, through the collaborative partnership between ordinary education teachers and Special Education and/or other specialized professionals. They conclude that society cannot ignore this problem, which persists unchanged, because it violates the principles of equality and human dignity. the DUA, an authentic model to be followed.

**KEY WORDS:** People with autism spectrum disorder; School inclusion; Universal design for learning.

## 1. INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência consolida o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade da pessoa humana.

Considerando referida Convenção e as determinações da Constituição Federal o ensino inclusivo em todos os níveis de educação é imperioso. A Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

Segundo o Instituto Nacional de Educação e Pesquisa Anísio Teixeira (INEP, 2021), em 2020 havia 1,3 milhões de matrículas de alunos considerados Público-Alvo da Educação Especial (PAEE). Do total de alunos com deficiência matriculados nas escolas, 246.769 mil alunos apresentavam o diagnóstico de autismo. O percentual de matrículas de alunos incluídos em classes comuns aumentou gradativamente ao longo dos anos. Em 2016, o percentual de alunos incluídos era de 89,5% e, em 2020, passou para 93,3%<sup>3</sup>.

O transtorno do espectro autista (TEA), conhecido como autismo, é um distúrbio do neurodesenvolvimento, iniciando-se nos primeiros anos da infância, persistindo na adolescência e vida adulta, embora seus sintomas possam reduzir de modo considerável mediante tratamento. Trilhando rumo à observância ao princípio da dignidade humana, é de se inferir que a inclusão deve evoluir para acompanhar as novas demandas que surgem e que ela deve ser progressiva e constante, de modo que o Desenho Universal para Aprendizagem (DUA) pode auxiliar os alunos com Transtorno do Espectro Autista (TEA), neste mister.

## 2. TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

---

3 BORGES, Adriana Araújo Pereira; SCHMIDT Carlo. DESENHO UNIVERSAL PARA APRENDIZAGEM: uma abordagem para alunos com autismo em sala de aula. Revista Teias v. 22. n. 66. jul./set. 2021. Seção temática Programas e práticas pedagógicas na educação especial e inclusiva. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/57044/0>. Acesso em: 14/10/2022, p. 28-29.

Pessoa com autismo, que também é nominado Transtorno do Espectro Autista (TEA), definido como sendo um transtorno do desenvolvimento com comprometimentos na comunicação e interação social, englobando comportamentos restritivos e repetitivos<sup>4</sup>.

A pessoa com autismo detém condição de saúde caracterizada por déficit na comunicação social (socialização e comunicação verbal e não verbal) e comportamento (interesse restrito e movimentos repetitivos)<sup>5</sup>.

O autismo é uma condição que impõe às pessoas acometidas uma série de características que podem trazer graus diferentes de dificuldades comportamentais, cognitivas e sociais<sup>6</sup>.

O termo *transtorno do espectro do autismo* passou a ser usado a partir de 2013, na nova versão do Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais, publicação oficial da Associação Americana de Psiquiatria, o DSM-5, ocasião em que foram fundidos quatro diagnósticos, sob o código 299.00 para TEA: autismo, transtorno desintegrativo da infância, transtorno global do desenvolvimento sem outra especificação e síndrome de asperger. Na atual Classificação Internacional de Doenças, a CID-11, o autismo recebe o código a6A02 (antigo F84, na CID-10), atualizada em junho de 2018, também sob o nome de TEA<sup>7</sup>.

O autismo subdivide-se nos níveis 1, 2 e 3, correspondendo respectivamente a leve, médio e grave, sendo que no nível 1 as crianças apresentam dificuldades para iniciar a relação social com outras pessoas e podem ter pouco interesse em interagir com os demais, apresentando respostas atípicas ou insucesso a aberturas sociais, apresentam dificuldades para trocar de atividades e problemas de planejamento e organização.

No nível 2 as crianças podem apresentar um nível um pouco mais grave de deficiência, nas relações sociais e na comunicação verbal e não verbal, apresentando limitações em iniciar interações sociais e prejuízos sociais aparentes mesmo com a presença de apoio; são mais inflexíveis nos seus comportamentos, apresentam dificuldades com mudanças ou com os comportamentos repetitivos, além de sofrerem para modificar o foco das suas ações.

No nível 3 existem déficits bem mais graves em relação a comunicação verbal e não verbal, além de dificuldades notórias para iniciar uma interação social, com graves prejuízos de funcionamento e apresentam dificuldade extrema em lidar com mudanças e com comportamentos repetitivos, interferindo de forma mais acentuada no seu funcionamento, contando com grande sofrimento para mudar o foco das suas ações.

Assim, verifica-se que os autistas se deparam com dificuldades para incluir-se na sociedade

---

4 Disponível em <https://institutoneurosaber.com.br/autismo-o-que-e/>. Acesso 04 nov.2022.

5 Disponível em <https://www.canalautismo.com.br/o-que-e-autismo/>. Acesso 08. nov 2022.

6 MASSUD, Sandra Lucia Garcia. O transtorno de Espectro do Autismo e o Direito à Educação Inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 111.

7 Disponível em <https://www.canalautismo.com.br/o-que-e-autismo/>. Acesso 08 nov.2022.

e desde 1980 o autismo (TEA) tem sido descrito no Manual de Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais (DSM), importa salientar que referido manual direciona os diagnósticos de transtornos neuropsiquiátricos em todo o mundo.

Em sua atualização mais recente, no DSM-5, o autismo vem descrito como sendo um transtorno de desenvolvimento que leva a severos comprometimentos de comunicação social e comportamentos restritivos e repetitivos que tipicamente se inicia nos primeiros anos de vida<sup>8</sup>.

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é uma condição do desenvolvimento neurológico, caracterizado por uma alteração da comunicação social e pela presença de comportamentos repetitivos e estereotipados, tendo as causas desconhecidas.

Os mencionados comportamentos podem ser identificados quando verificado que estas pessoas não mantêm contato visual por mais de 2 segundos, não atendem quando chamadas pelo nome, isolam-se ou não se interessam por outras crianças, alinham objetos, são presas a rotinas a ponto de entrar em crise se estas saem de seu controle, não brincam com brinquedos de forma convencional, fazem movimentos repetitivos sem função aparente, não falam ou não fazem gestos para mostrar algo, repetem frases ou palavras em momentos inadequados, sem a devida função (ecolalia), não compartilham seus interesses e atenção, apontando para algo ou não olham quando lhes é apontado algo, giram objetos sem uma função aparente, interesse restrito ou hiperfocado, não imitam, não brincam de faz-de-conta, têm hipersensibilidade ou hiper-reatividade sensorial<sup>9</sup>.

Devido à complexidade desse transtorno e o fato de que os sintomas e severidade podem variar, nomina-se espectro, resultante da provável combinação de diferentes genes. Alguns problemas genéticos acontecem espontaneamente e outros são herdados: estudos sugerem uma herdabilidade muito alta, mais ainda quando se considera a presença de traços do espectro autista numa mesma família. Em muitas delas parece haver um padrão de autismo ou deficiência relacionados, apoiando ainda mais a tese de que esses transtornos têm uma base genética. Apesar de nenhum gene ter sido identificado como causador de autismo, pesquisadores estão procurando mutações do código genético que as crianças com autismo possam ter herdado. Estudos recentes indicam também que o autismo não é regido apenas por causas genéticas.

Supõe-se que fatores ambientais tenham impacto no desenvolvimento do feto, como stress, infecções, exposição a substâncias químicas tóxicas, complicações durante a gravidez, desequilíbrios metabólicos podem levar ao desenvolvimento do autismo.

De acordo com o artigo publicado no *The Journal of the American Medical Association – JAMA*, uma grande pesquisa feita no *Instituto Karolinska, em Estocolmo – Suécia*, analisou mais de

---

8 Disponível em <https://institutoneurosaber.com.br/autismo-o-que-e/>. Acesso 04 nov.2022.

9 Disponível em <https://www.canalautismo.com.br/o-que-e-autismo/>. Acesso 04 nov.2022.

dois milhões de crianças nascidas nesse país entre 1982 e 2006 e revela agora que a hereditariedade, apesar de muito significativa, só explica metade do risco para se desenvolver autismo. Os restantes dos fatores têm sua origem no ambiente, dentro dos fatores ambientais, a pesquisa detectou uma maior importância para o risco de TEA dos fatores ambientais individuais, que incluem complicações durante o nascimento, infecções maternas ou a medicação que se recebe antes e após o nascimento, face aos fatores ambientais partilhados pelos familiares.

A equipe de pesquisadores descobriu ainda que as causas hereditárias, ou seja, a informação genética que os pais transmitem aos filhos, explicam apenas 50% do risco de se vir a desenvolver TEA. Estudos anteriores tinham calculado que era de 80% a 90%. Segundo este novo estudo, o fator ambiental poderá ser, afinal, muito maior do que era assumido, tendo assim se manifestado:

Ficamos surpreendidos com as nossas descobertas, já que não esperávamos que a importância dos fatores ambientais no autismo fosse tão forte. Os estudos recentes centravam-se tendencialmente nos genes, mas agora tornou-se claro que precisamos de futuras investigações para identificarmos quais são ao certo estes fatores ambientais”, explica Avi Reichenberg, do *Centro Seaver para a Investigação do Autismo, Nova Iorque – EUA*, um dos autores do estudo, citado pelo *King’s College de Londres*. Para este cientista, “da mesma forma que existem múltiplos fatores genéticos a considerar, provavelmente também deverá haver vários fatores ambientais que contribuem para o desenvolvimento do autismo.”<sup>10</sup>

Apesar de extensa pesquisa, não há comprovada ligação entre vacinas e autismo, assim como não há cura conhecida para o autismo. Uma vez identificados sinais de autismo ou mesmo estabelecido o diagnóstico (precoce), que se baseia na presença de determinados padrões de comportamento, a intervenção é fundamental para a aquisição dos repertórios de comunicação, socialização, autonomia e motora, fundamentais para o desenvolvimento da criança. O autismo não tem causa definida, provoca atraso no desenvolvimento infantil, comprometendo principalmente sua socialização, comunicação e imaginação. Manifesta-se até os três anos de idade e ocorre quatro vezes mais em meninos do que em meninas e algumas características são bem gerais e marcantes, como a tendência ao isolamento, a ausência de movimento antecipatório, as dificuldades na comunicação, as alterações na linguagem, com ecolalia e inversão pronominal, os problemas comportamentais com atividades e movimentos repetitivos, a resistência a mudanças e a limitação de atividade espontânea. Bom potencial cognitivo, embora não demonstrassem. Capacidade de memorizar grande quantidade de material sem sentido ou efeito prático. Dificuldade motora global e problemas com a alimentação<sup>11</sup>.

O TEA pode vir acompanhado de outros distúrbios, como depressão, epilepsia e hiperatividade. Apresenta-se em graus variados, desde os mais severos (em que a pessoa não fala,

---

10 Disponível em <https://autismo.institutopensi.org.br/>. Acesso 12. nov. 2022.

11 KANNER. Leo. O autismo: estudos iniciais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1943, p. 37.

não olha, não mostra interesse algum no outro) até os mais leves, chamado de alto funcionamento (falam, são capazes de acompanhar estudo normal, desenvolver-se em uma profissão, criar vínculos com outras pessoas). Com o surgimento do conceito de transtorno global de desenvolvimento (TGD), através de estudos de M. Rutter e D. Cohen, o autismo passou a ser descrito e compreendido como “um conjunto de transtornos qualitativos de funções envolvidas no desenvolvimento humano, diferenciado da psicose infantil.”<sup>12</sup>

### **3. A INCLUSÃO ESCOLAR E A PREVALÊNCIA DO IRRESTRITO DIREITO À EDUCAÇÃO**

Ao pensar em inclusão irrefutavelmente torna-se necessário acenar para a igualdade de oportunidades, respeitando as limitações e/ou diferenças de cada um, concedendo igual teor de possibilidades para o exercício de atividades diversas, como ir à escola, passear, desfrutar de lazer, se deslocar, etc., trata-se da integração, denominada ainda, por Claudia Werneck<sup>13</sup> como a inserção pelo sistema de cascatas, que é conhecido como ‘*mainstream*’, corrente através da qual o objetivo é o de proporcionar ao aluno um ambiente menos restrito possível, que em suma, observadas as necessidades específicas, os alunos têm o direito de entrar na corrente principal e por ela transitar, como se fosse um sistema de cascatas.

Este sistema é criticado porque tende a segregar, como argumentam pais de alunos, profissionais e estudiosos que congregam os movimentos em favor da inclusão; posto que um sistema que admite diversificação de oportunidades não possibilita que os alunos acompanhem a turma.

Inclusão é, para Claudia Werneck<sup>14</sup>, o termo utilizado por quem defende o sistema caleidoscópico de inserção, no qual inexistente diversificação de atendimento, é à escola que cabe buscar as soluções para incluir o aluno, seja ele carecedor de que necessidade for. Assim, *o caleidoscópico significa um pequeno instrumento que só funciona quando tem todos os pedaços e com ele forma figuras complexas que nunca se repetem.*

No âmbito educacional, a significância da inclusão envereda sobre a questão inerente ao ingresso e permanência na escola, sem restrição de idade ou condicionamento à gradação da deficiência, pois o autismo (TEA) como mencionado, pode acometer crianças em nível leve, médio e grave.

Por tais razões é que devem ser desenvolvidos programas destinados especificamente ao

---

12 BELISÁRIO FILHO, José Ferreira; CUNHA, Patrícia. A Educação Especial na perspectiva da inclusão escolar: transtornos globais do desenvolvimento. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial; Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010, p. 12.

13 WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 1997, *passim*.

14 Op. cit, p. 52.

atendimento das necessidades especiais das crianças autistas, podendo com isso, melhorar suas chances de aprendizado, pois crianças com autismo podem ter problemas com tarefas atribuídas, concentração e ansiedade, enquanto os professores que entendem a condição podem trabalhar com as habilidades da criança e os programas citados devem aproveitar os interesses da criança.<sup>15</sup> Alguns têm melhor desempenho em pequenos grupos, outros em salas de aula regulares com apoio especial e a formação profissional pode preparar jovens adultos para um trabalho.

Em material elaborado pelo Ministério da Saúde, que abarca as diretrizes de atenção à reabilitação da pessoa com TEA, são descritos métodos a serem adotados para amenizar o agravamento das condições das pessoas autistas, sendo elas: tratamento estabelecido de modo acolhedor e humanizado, considerando o estado emocional da pessoa com TEA e seus familiares, direcionando suas ações ao desenvolvimento de funcionalidades e à compensação de limitações funcionais, como também à prevenção ou retardo de possível deterioração das capacidades funcionais, por meio de processos de habilitação e reabilitação focados no acompanhamento médico e no de outros profissionais de saúde envolvidos com as dimensões comportamentais, emocionais, cognitivas e de linguagem (oral, escrita e não verbal), pois estas são dimensões básicas à circulação e à pertença social das pessoas com TEA na sociedade.<sup>16</sup>

Proporcionar uma educação para todos, sem distinções, além de assegurar um trabalho educativo organizado e adaptado, constitui-se, sem dúvida alguma, um dos maiores desafios da atualidade. Borges<sup>17</sup> afirma que “um aluno tem necessidades educacionais especiais quando apresenta dificuldades maiores que o restante dos alunos da sua idade para aprender o que está sendo previsto no currículo, precisando, assim, de caminhos alternativos para alcançar este aprendizado”.

Miranda e Filho<sup>18</sup> salientam que, “nesse processo, o educador precisa saber potencializar a autonomia, a criatividade e a comunicação dos estudantes, e, por sua vez, tornar-se produtor de seu próprio saber”. Os profissionais da educação não são preparados para lidar com crianças autistas e a escassez de bibliografias apropriadas dificulta o acesso à informação na área.<sup>19</sup>

---

15 Disponível em <https://www.hospitalinfantilsabara.org.br/sintomas-doencas-tratamentos/autismo/>. Acesso 15 nov. 2022.

16 BRASIL. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Apoio à Gestão Educacional. Caderno de educação especial: a alfabetização de crianças com deficiência: uma proposta inclusiva. Brasília: MEC/SEB, 2012, p. 57.

17 BORGES, Adriana Araújo Pereira; SCHMIDT Carlo. DESENHO UNIVERSAL PARA APRENDIZAGEM: uma abordagem para alunos com autismo em sala de aula. Revista Teias v. 22. n. 66. jul./set. 2021. Seção temática Programas e práticas pedagógicas na educação especial e inclusiva. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/57044/0>. Acesso em: 14/10/2022, p. 03.

18 MIRANDA, Theresinha Guimarães e FILHO, Teófilo Alves Galvão (org.). O professor e a educação inclusiva: formação, práticas e lugares. Salvador: EDUFBA, 2012, p. 17-24. Disponível em Acesso em: 16 set. 2016, p. 12.

19 SANTOS, Ana Maria Tarcitano. Autismo: um desafio na alfabetização e no convívio escolar. São Paulo: CRDA, 2008, p. 09.

Santos<sup>20</sup> afirma que a escola tem papel importante na investigação diagnóstica, uma vez que é o primeiro lugar de interação social da criança separada de seus familiares. É onde a criança vai ter maior dificuldade em se adaptar às regras sociais - o que é muito difícil para um autista. O aluno com o TEA aprende e essa aprendizagem é característica do ser humano: o ensino e a aprendizagem são dois movimentos que se ligam na construção do conhecimento. É uma construção dialógica e não interpretativa; expressão imanente da nossa humanidade, que abarca também o aprendente com autismo.<sup>21</sup>

Uma maneira de melhorar a adaptação e, conseqüentemente, obter a diminuição dessa contingência trazida pela criança e promover sua aprendizagem é adaptar o currículo, de acordo com Valle e Maia<sup>22</sup>, a adaptação curricular se define como “o conjunto de modificações que se realizam nos objetivos, conteúdos, critérios e procedimentos de avaliação, atividades e metodologia para atender as diferenças individuais dos alunos”.

As adequações curriculares servem para flexibilizar e viabilizar o acesso às diretrizes estabelecidas pelo currículo regular e não possuem a intenção de desenvolver uma nova proposta curricular, mas estabelecer um currículo dinâmico, alterável, passível de ampliação, para que atenda realmente a todos os educandos, facilmente realizado quando há disponibilidade do profissional da sala de recurso na escola, que contribui para que sejam planejadas as ações pedagógicas e o conteúdo que o aluno deve aprender.<sup>23</sup>

Todos os distúrbios cognitivos podem ser amenizados com a estimulação precoce. Diante de uma figura com vários detalhes, a pessoa com autismo tende a perceber apenas uma parte do todo ou, ainda, diante de um estímulo composto, por exemplo, visual e auditivo, um dele é aparentemente ignorado. Existe dificuldade em relacionar as partes e o todo. Essa problemática também aparece na integração de uma informação ao todo; por isso, existe a necessidade de reforçadores consistentes entre estímulo, respostas e conseqüências, para que possam estabelecer esses vínculos e adquirir novos comportamentos.

Segundo Gauderer<sup>24</sup>, “as crianças com autismo, em geral, apresentam dificuldade em aprender a utilizar corretamente as palavras, mas quando participam de um programa intenso de aulas parecem ocorrer mudanças positivas nas habilidades de linguagem, motoras, interação social e

---

20 Op. cit, p. 12.

21 CUNHA, Gracielle Rodrigues da; BORDINI, Daniela; CAETANO, Sheila Cavalcante. Autismo, transtornos do espectro do autismo. In: CAETANO, Sheila Cavalcante; LIMA-HERNANDES, Maria Célia; PAULA, Fraulein Vidigal de; RESENDE, Briseida Dôgo de; MÓDOLO, Marcelo (Orgs.). Autismo, linguagem e cognição. Jundiaí: Paco, 2015, p. 15.

22 VALLE, T. G. M.; MAIA, A. C. B. Aprendizagem e comportamento humano. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010, p. 23.

23 Op. cit., p. 39.

24 GAUDERER, E. C.; PRAÇA, E. T. P. O. Uma reflexão acerca da inclusão de aluno autista no ensino regular. 2011, p. 124.



a aprendizagem”. De acordo com Bosa<sup>25</sup>, a ausência de respostas das crianças autistas deve-se, muitas vezes, à falta de compreensão do que está sendo exigido dela, ao invés de uma atitude de isolamento e recusa proposital.

Atividades que auxiliam o processo de ensino-aprendizagem que agucem a sua consciência sensório motor, fino e grosso, como atividades que utilizem pinças, jogos com botões, garrafas pets, estimulando o toque em materiais fofos, como almofadas, entre outros. É provável que o aluno, no início de seu convívio com o professor, demonstre agressividade, desinteresse, porém, cabe ao educador criar estratégias que diminuam essas problemáticas e conduzir os conteúdos pertinentes ao seu desenvolvimento. Trabalhar com crianças com autismo é um desafio diário. O professor terá que perceber as dificuldades, as limitações e as potencialidades, gostos e estímulos que mais o auxiliarão a atingir os objetivos com esses alunos. As atividades lúdicas são importantes para o desenvolvimento social, cognitivo, a capacidade psicomotora e afetiva da criança autista, proporcionando o prazer de aprender e se desenvolver, respeitando suas limitações, assim, “tenho a tendência em definir a atividade lúdica como aquela que propicia a “plenitude da experiência”<sup>.26</sup>

Portanto, o aluno com autismo ou TEA (transtorno do espectro autista), apresenta características variadas que comprometem, desde as suas relações com outras pessoas até a sua linguagem, necessitando, assim, de apoio no seu processo de ensino-aprendizagem, objetivando viabilizar o acesso irrestrito e incondicionado à educação, a clamada educação para todos, segundo o art. 205 da Constituição Federal.

#### **4. ESCORÇO HISTÓRICO – OS PROPÓSITOS ALMEJADOS**

Propugna-se viabilizar a inclusão, da forma mais ampla possível e este é auspício almejado pela humanidade, demarcado a história há longínqua data.

A palavra inclusão refere-se à inserção total e incondicional, enquanto a palavra integração dá ideia de que a inserção é parcial e condicionada às possibilidades de cada pessoa. Neste contexto, Cláudia Werneck esclarece que o modelo de cascatas corresponde ao vocábulo integração e ao modelo caleidoscópico, a inclusão. Nas palavras da autora: “*Incluir é abandonar estereótipos.*”<sup>27</sup>

Há uma linha tênue de diferenciação, entre integração e inclusão, enquanto a palavra integração concerne ao resultado final, vez que para haver a inclusão é imprescindível a modificação do sistema (de ensino), envolvendo capacitação de recursos humanos do ensino regular, redução do número de alunos por sala e implementação de programas complementares de

25 BOSA, Cleonice. Autismo: atuais interpretações para antigas observações. In: BOSA, Cleonice. Autismo e educação: reflexões e propostas de intervenção. Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 54 .

26 LUCKESI, C. C. Ludicidades e atividades lúdicas: uma abordagem a partir das experiências Internas. Nativa - Revista de Ciências Sociais, nº 2, 2005, p. 27.

27 WERNECK, Claudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro: WVA, 1997, p. 51.

apoio. Arremata a autora no sentido de que, o aluno com deficiência que está na escola regular, na classe especial ou até em turma comum, dificilmente é visto como aluno da escola, mas apenas como aluno da educação especial, portanto a inclusão concerne ao desenvolvimento de atividades da escola, em comum, senão não há integração e por óbvio não se atinge a inclusão.

A inclusão, nos últimos tempos, remete às desigualdades sociais, no dizer de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero<sup>28</sup> e que anteriormente a luta era pela integração. Para os movimentos internacionais, integração e inclusão são palavras que representam crenças totalmente distintas, embora encerrem a mesma ideia. Na integração, é permitida a existência de desigualdades sociais, e para reduzi-las permite-se a incorporação de pessoas que consigam adaptar-se, por méritos seus. Já, na inclusão, pressupõe-se que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos; não se espera a inserção, mas o Poder Público garante a adoção de ações para evitar a exclusão.

A inclusão é um processo, assevera Claudia Werneck<sup>29</sup> (2000, p. 51). Não se olvide que os desígnios da inclusão social por si só enquadra-se como autêntica ferramenta destinada à salvaguarda do princípio da dignidade humana, a preservação dos mais íntimos sentimentos individuais. Para Ingo Sarlet<sup>30</sup>:

“[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade própria e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos (o homem tem direito a ter direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de modo degradante e desumano, como venham a lhe garantir uma existência digna – de humanidade – das mínimas condições existenciais para uma vida saudável (saúde, previdência, assistência, moradia, educação, etc.), além de lhe propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (sócios sociais), mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

A este respeito, assevera Lafer<sup>31</sup>:

“[...] o valor da pessoa humana como valor fonte da ordem da vida em comunidade encontra a sua expressão jurídica nos direitos humanos, que foram, a partir do século XVIII, positivados em declarações constitucionais. Estas positivizações buscavam, para usar as categorias arendtianas, a durabilidade do *work* do *homo-faber*, através de normas da hierarquia constitucional. Tinham como objetivo tornar aceitável, *ex parte populi* o estar entre os homens (o *interhominis* esse) em sociedade que se caracterizariam pela variabilidade do Direito Positivo – a sua dimensão de labor – requerida pelas necessidades da gestão do mundo moderno, tal como percebidas pelos governantes”.

Ingo Sarlet<sup>32</sup>, assevera que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento do

---

28 FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 37-8.

29 Op. cit., p. 51.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 73.

31 LAFER, Celso. Hannah Arendt. Pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Editora Paz e Terra, 3ª. edição, 2018, p. 112.

32 Op. cit., *passim*.

Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988).

Referido princípio encontra expressa previsão constitucional em outros capítulos da Lei Fundamental, seja ao estabelecer que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), seja, na esfera da ordem social, ao incluir o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). No art. 230, está consignado que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O autor mencionado anteriormente acrescenta, que: “antes tarde do que nunca – pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio –, a dignidade da pessoa humana merece a devida atenção por parte da nossa ordem jurídica positiva”.<sup>33</sup>

Assim, a noção de dignidade ganhou destaque a partir da Segunda Guerra Mundial (quando o mundo padeceu os horrores do holocausto e foi realizada a Convenção de Genebra) e passou a ser expressamente reconhecida nas Constituições (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), sobretudo, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. É de longa data a preocupação para com a massificação da proteção do exercício da dignidade humana, não sendo diferente para as pessoas com deficiência, englobadas por evidentes razões, aqueles que são diagnosticados com o transtorno do espectro autista.

Portanto, ao se referir à inclusão, necessariamente está-se direcionando a atenção para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De tudo isso, depreende-se que, os princípios de inclusão refletem nada mais, nada menos, que os princípios democráticos, e a implementação destes princípios de inclusão não se restringe à atuação estatal (os entes da federação criando métodos de averiguação das necessidades locais, que se refiram à sua competência federativa, à atuação), mas também às obrigações da coletividade, como um todo. Uma série de dispositivos foram contemplados na Constituição Federal, a fim de estabelecer proteção às pessoas com deficiência e esta proteção por si só, embora demonstre avanço, não é suficiente, porque carece haver a efetividade da integração social.

## 5. A SALVAGUARDA LEGISLATIVA

Os direitos educacionais devem ser estendidos à pessoa com autismo, conforme garantido na Constituição Federal em seu art. 205, em relação à educação como um direito de todos, bem como no art. 206, inciso I, que estabelece igualdade de condições de acesso e permanência na

---

33 Op. cit., p. 73.

escola.

Referidos direitos também são previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), nos arts. 58 e 59, que oferecem respaldo para que o ensino da pessoa com deficiência (e que apresenta necessidades educacionais especiais) seja ministrado no ensino regular, preferencialmente, assim como em decretos e documentos.

Em suma, a Lei nº 9394/96 veio explicar o compromisso do poder público com a educação especial, no momento em que ocorria um aumento crescente das escolas públicas no país.

A década de 90 iniciou-se com a proposta de Educação para Todos, produzida em Jomtien, Tailândia, na Conferência Mundial da UNESCO, ao assumir este compromisso, o Brasil que aderiu àqueles termos, acatou receber profunda transformação em seu sistema educacional, de forma a poder acolher todos, indiscriminadamente, com qualidade e igualdade de condições.

Desde então, o Brasil adotou a proposta da Declaração de Salamanca (1994) especificamente no que se refere à população de alunos com necessidades especiais educacionais, assim a educação especial foi se ampliando lentamente e foram criados mais institutos particulares e os serviços públicos prestados através das escolas regulares, apenas depois de 1990 é que a inclusão foi assumida em nível nacional, estadual e municipal.

Nos dias atuais, encontra-se em processo de estudo, reflexão, experimentação e busca de modelos eficazes e eficientes de educação inclusiva. Nesse processo, tem-se, na rede pública, a provisão do direito ao acesso ao ensino público, criança com necessidades educacionais especiais.

Além disso, a Lei nº 12.764/12 instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, de forma expressa, a legislação mencionada, assegura a inclusão escolar dos indivíduos diagnosticados com autismo (independentemente do grau), nas redes regulares de ensino salvaguarda concomitantemente, os princípios da igualdade e da dignidade humana. Com o advento desta Lei, os autistas passaram a ser considerados oficialmente pessoas com deficiência<sup>34</sup>, tendo direito a todas as políticas de inclusão do país, dentre elas, as de educação.

O texto da lei estabelece que o autista tem direito de estudar em escolas regulares, tanto na Educação Básica quanto no Ensino Profissionalizante, e, se preciso, pode solicitar um acompanhante especializado, prevendo ainda as sanções a serem aplicadas aos gestores que negarem a matrícula a estudantes com deficiência, que corresponde de três a 20 salários mínimos e, em caso de reincidência, resulta a perda do cargo.

Apesar de ter soado estranha a criação de uma lei voltada especificamente ao autismo, em

---

34 Pessoas com deficiência são aquelas que têm 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 – art. 2º. do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146, de 06/07/2015).

já existindo no País, diretrizes gerais para a inclusão, segundo a deputada Mara Gabrielli, relatora do substitutivo do projeto que foi aprovado pela Câmara, a iniciativa justifica-se "por não haver um texto específico que dissesse que os autistas são deficientes, muitos deles não podiam usufruir dos benefícios que já existem na legislação brasileira"<sup>35</sup>.

## 6. O DESENHO UNIVERSAL PARA A APRENDIZAGEM – UM MODELO A SER SEGUIDO

Existe um Desenho universal para aprendizagem (DUA) creditado a um grupo de professores liderado por David Rose, Anne Meyer e outros pesquisadores do *Center for Applied Special Technology* (CAST) e apoiado pelo Departamento de Educação dos Estados Unidos (em 1999) em Massachusetts, que é um exemplo de uma abordagem educacional mais condizente com a convicção de que toda pessoa tem o direito de estudar e buscar o seu melhor como ser humano.<sup>36</sup>

O DUA se trata de um modelo prático que visa ampliar as oportunidades de desenvolvimento de cada estudante por meio de planejamento pedagógico contínuo, somado ao uso de mídias digitais. Seus autores apoiaram-se em extensivas pesquisas sobre o cérebro humano para estruturar o modelo.

Tais investigações revelavam duas importantes constatações. Em primeiro lugar, a noção de que é fantasiosa a ideia do “estudante regular”. Nossas categorizações são, na verdade, uma grossa simplificação que não reflete a realidade e nos cega diante de uma gigantesca variedade de particularidades observadas em cada aluno.

Em segundo lugar, o fato de que a aprendizagem do ser humano ocorre por meio de um complexo processo, sistematizado por esses estudos a partir de três redes cerebrais: uma rede de reconhecimento, especializada em receber e analisar informações, ideias e conceitos; outra rede, chamada de estratégica, responsável por planejar, executar e monitorar ações e uma terceira rede, denominada afetiva, que desempenha o papel de avaliar padrões, designar significância emocional a eles e estabelecer prioridades<sup>37</sup>.

De tal modo que,

O DUA consiste em um conjunto de princípios baseados na pesquisa e constitui um modelo prático que objetiva maximizar as oportunidades de aprendizagem para todos os estudantes PAEE ou não. O DUA tem como objetivo auxiliar os educadores e demais profissionais a adotarem modos de ensino de aprendizagem adequados, escolhendo e desenvolvendo materiais e métodos eficientes, de forma que seja elaborado de forma mais justas e aprimorados para avaliar o progresso de todos os estudantes.

Assim, ao invés de se pensar numa adaptação específica para um aluno particular, em determinada atividade, se pensa em formas diferenciadas de ensinar o currículo para todos os estudantes. Ao elaborar materiais concretos para o aprendizado de conteúdos matemáticos para um aluno cego, por exemplo, tal recurso, normalmente, é pensado e adaptado para os alunos-alvo da turma, porém, na perspectiva do DUA, o mesmo material pode ser utilizado por todos da sala de aula, de modo a beneficiar outros estudantes na compreensão dos conteúdos ensinados.<sup>38</sup>

---

35 Disponível em <https://novaescola.org.br/conteudo/57/legislacao-inclusao-autismo>. Acesso 16. nov 2022.

36 A projeção de edifícios e espaços públicos pela arquitetura, baseada no conceito do *Design Universal*, de modo que todos possam ter acesso, sem qualquer limitação, foi a inspiração para o surgimento do DUA.

37 MENDES, Rodrigo Hübner. O que é Desenho universal para aprendizagem? Disponível em: <https://diversa.org.br/artigos/o-que-e-desenho-universal-para-aprendizagem/>. Acesso em: 13/10/2022, p. 18.

38 ZERBATO, Ana Paula; MENDES, Enicéia Gonçalves. Desenho universal para a aprendizagem como estratégia de inclusão escolar. In: Educação Unisinos, vol. 22, núm. 2, pp. 147-155, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4496/449657611004/html/>. Acesso em: 13/10/2022, p. 37.

O Desenho Universal para Aprendizagem tem como intuito minimizar as barreiras metodológicas de aprendizagem, disponibilizando um currículo acessível para todos os alunos, vez que possibilita a utilização de diversos meios de representação do conteúdo, de execução e de engajamento na tarefa.

O conceito retromencionado surgiu entre profissionais de arquitetura da Universidade da Carolina do Norte (EUA) e tinha como objetivo a produção e desenvolvimento de produtos que pudessem ser usufruídos por todos, com isso, não seria necessária a adaptação de estruturas nem sequer a realização de projeto direcionado especificamente às pessoas com deficiência, de maneira que os ambientes, produtos e serviços sejam facilmente manipulados e usados independentemente das habilidades individuais, logo o desenho universal propõe a utilização segura e autônoma a todos, sejam ou não deficientes, para acesso aos mais diversificados espaços, focando na estrutura corporal, na idade e na mobilidade. O desenho universal parte do princípio de acesso universal, democratizando o espaço e equiparando as pessoas, no que se refere à cidadania.<sup>39</sup>

É certo que o DUA se baseia no modelo biopsicossocial da deficiência ao invés do modelo médico adotado pela maioria dos sistemas de ensino, inclusive no Brasil.

Existem três princípios fundamentais baseados na investigação neurocientífica que orientam o DUA e fundamentam suas diretrizes:

Princípio I: Proporcionar Modos Múltiplos De Apresentação (*o o que* da Aprendizagem).

Os estudantes diferem nos modos como percebem e compreendem a informação que lhes é apresentada. Por exemplo, aqueles com deficiências sensoriais (cegos e surdos), com dificuldades de aprendizagem (dislexia), com outras línguas ou culturas, podem requerer maneiras distintas de aceder aos conteúdos. Outros, simplesmente, poderão captar a informação de forma mais rápida ou mais eficiente por meio de recursos visuais ou auditivos em vez de um texto impresso. Além disso, a aprendizagem e a transferência do aprendizado ocorrem quando múltiplas apresentações são usadas, pois isso permite aos estudantes fazer conexões interiores, assim como entre os conceitos. Em resumo, não há um meio de representação ideal para todos os estudantes, por isso oportunizar modos múltiplos de apresentação dos conteúdos é essencial.

Princípio II: Proporcionar Modos Múltiplos de Ação e Expressão (*o como* da Aprendizagem).

Os estudantes diferem nas formas como procuram o conhecimento e expressam o que sabem. Por exemplo, as pessoas com alterações significativas de movimento (paralisia cerebral), aqueles com dificuldades nas habilidades estratégicas e organizativas (transtorno da função executiva), os que apresentam barreiras com a comunicação etc., fazem a ação e a expressão da aprendizagem de forma muito diferente. Alguns podem ser capazes de expressar-se bem com um texto escrito, mas não de forma oral, e vice-versa. Também há de se reconhecer que a ação e a expressão requerem uma grande quantidade de estratégias, práticas e organização; este é outro aspecto em que os estudantes se diferenciam. Na realidade, não há um modo de ação e expressão ideal para todos os alunos; assim, há de se promover opções variadas para que a ação e a expressão se manifestem, pois são imprescindíveis.

Princípio III: Proporcionar Modos Múltiplos de Implicação, Engajamento e Envolvimento (*o porquê* da Aprendizagem).

As emoções das pessoas e a afetividade são elementos cruciais para a aprendizagem, e os

---

39 Disponível em <https://blog.freedom.ind.br/desenho-universal-o-que-e-e-como-pode-ajudar-na-acessibilidade/>. Acesso 13 out.2022.

estudantes diferem notoriamente nos modos os quais podem ser provocados e motivados para aprender. Existe uma diversidade de fontes que influenciam na hora de explicar a variabilidade individual afetiva e de envolvimento, como os fatores neurológicos e os culturais, os interesses pessoais, a subjetividade e os conhecimentos prévios, junto com outra gama de fatores presentes nestas Diretrizes. Alguns estudantes se interessam de forma muito espontânea perante as novidades, enquanto outros não se interessam em participar e se assustam com esses fatos, preferindo as atividades rotineiras. Uns optam por trabalhar sozinhos, outros preferem trabalhar com os companheiros. Logo, não há um único meio que seja ideal para todos os alunos em todos os contextos. Portanto, é relevante proporcionar modos múltiplos de implicação e envolvimento.<sup>40</sup>

Essa proposta do Desenho Universal para a Aprendizagem, “além de uma uniformização da educação, traz um efeito psicológico bastante importante na concretização do tratamento igualitário ao retirar o sentimento de diferença que os alunos com deficiência experimentam quando estão ao lado de seus colegas da escola regular.”<sup>41</sup>

O desenho universal surge como uma alternativa de transformação e acessibilidade, criando espaços mais inclusivos e diversos. Este conceito tem como principal objetivo estabelecer produtos e ambientes que sejam acessíveis para todos, independentemente de suas habilidades ou características individuais.

Neste sentido, o DUA pode ser um aliado em potencial do trabalho colaborativo para o favorecimento da inclusão escolar, pois converge em um objetivo comum: a construção de práticas pedagógicas acessíveis para a escolarização de todos em sala de aula do ensino comum por meio da parceria colaborativa entre professor de ensino comum e Educação Especial e/ou outros profissionais especializados.<sup>42</sup>

O referido desenho universal, por demonstrar-se como autêntica forma de inclusão educacional, justapondo a atuação pedagógica ao todo (a diversidade de discentes no mesmo ambiente escolar) constitui-se um modelo a ser seguido.

## **7. A REALIDADE HODIERNA NAS ESCOLAS DO BRASIL**

As escolas no Brasil atualmente possuem e demonstram dificuldades para o ensino de pessoas com transtorno do espectro autista. No Estado de São Paulo foi proposta no ano de 2000 uma Ação Civil Pública (processo n. 0027139-65.2000.8.26.0053) pelo Grupo de Atuação Especial em Saúde Pública do Ministério Público.

De acordo com Sandra Massud, “na época, os promotores de justiça que compunham o Grupo Especial, receberam inúmeras representações das famílias de pessoas com autismo e que não

---

40 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbee/a/F5g6rWB3wTZwyBN4LpLgv5C/?lang=pt#>. Acesso em 13/10/2022.

41 MASSUD, Sandra Lucia Garcia. O transtorno de Espectro do Autismo e o Direito à Educação Inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 189.

42 ZERBATO, Ana Paula; MENDES, Enicéia Gonçalves. Desenho universal para a aprendizagem como estratégia de inclusão escolar. In: Educação Unisinos, vol. 22, núm. 2, pp. 147-155, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4496/449657611004/html/>. Acesso em: 13/10/2022, p. 34.

tinham nenhum atendimento especializado oferecido pelo Estado”<sup>43</sup> e essa ação foi julgada inteiramente procedente sendo que para cumprir a decisão o Estado de São Paulo firmou convênios com entidades e posteriormente criou-se um protocolo que passou a ser cumprido pela Secretaria Estadual de Educação mas a segregação ainda é uma realidade nas escolas especializadas.

Após a publicação do decreto que instituiu a “Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida” (decreto Lei n. 10.502/2020) estabelecendo a implementação de classes especializadas em escolas regulares e de escolas especializadas para pessoas com deficiência o Partido Socialista Brasileiro (PSB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590, visando a declaração de inconstitucionalidade do decreto. A Rede Sustentabilidade também propôs uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 751 com o mesmo objetivo.

Em flagrante desrespeito aos marcos regulatórios nacionais, inclusive contrariando a própria Constituição Federal, o Decreto 10.502, de 30 de setembro de 2020, instituiu a “Política Nacional de Educação Especial”, que, inobstante ter na sua denominação a palavra “inclusiva”, é um documento absolutamente discriminatório, que tem por mote a hierarquização do ser humano em razão de suas aptidões ou habilidades. Referido decreto não só viola direitos humanos das crianças e adolescentes com deficiência, que estão tendo afastados os seus direitos à igualdade de oportunidades - notadamente de frequentar a escola regular - mas, igualmente, viola o direito de todos nós, como nação brasileira, de vivermos em uma sociedade plural e diversa, sem discriminações de quaisquer naturezas.<sup>44</sup>

De tal modo o Estado brasileiro além de não cumprir o que é a sua obrigação ainda criou uma norma inconstitucional e superada (Decreto n. 10.502/2020).

## 8. CONCLUSÃO

O autismo, transtorno do espectro autista, comprometedor do desenvolvimento cognitivo, por constituir-se fator que repercute infundáveis dificuldades de convivência, face o impedimento da prática regular comunicacional e de interação social, marcado por hábitos repetitivos, conduz o enquadramento das pessoas com referido diagnóstico à categoria de pessoas com deficiência.

Isto porque, as pessoas com deficiência são aquelas que se deparam com dificuldades para praticar seus intentos diários, para incluir-se à sociedade, e uma vez delineado que o substrato do

---

43 MASSUD, Sandra Lucia Garcia. O transtorno de Espectro do Autismo e o Direito à Educação Inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 146.

44 LOPES, Laís de Figueirêdo; REICHER, Stella Camlot. A inconstitucionalidade do decreto n. 10.502/2020 sobre a política de educação especial. Disponível em: [https://prioridadeabsoluta.org.br/wpcontent/uploads/2020/12/alana\\_parecer\\_educacao\\_inclusiva-4.pdf](https://prioridadeabsoluta.org.br/wpcontent/uploads/2020/12/alana_parecer_educacao_inclusiva-4.pdf). Acesso em 14/10/2022, p. 06.



autismo centra-se no desencadeamento de condições desfavoráveis aos autistas, para o desenvolvimento de seus singelos atos, é possível lançar a ilação de que aludido grupo de pessoas, os autistas, enquadram-se à conceituação das pessoas com deficiência, segundo a hodierna concepção jurídica.

Tanto é assim, que a Lei nº 12.764/12 veio instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com TEA, com o objetivo de salvaguardar as pessoas com este diagnóstico, o direito amplo, irrestrito e incondicionado à sua inclusão social, aqui englobada a escolar, ou seja, o acesso e permanência na rede regular de ensino, com paralela garantia da viabilização de aprendizagem apta e respeitante às suas limitações, para que o período de permanência nas dependências da escola tenha significância e proveito, a retratar e melhorar a condição psicológica do autista, revelado na sua convivência social, de forma geral.

A educação é umas das maiores ferramentas para o desenvolvimento de uma criança autista. Através da educação, essa criança pode aprender tanto matérias acadêmicas quanto atividades do cotidiano. O transtorno do espectro autista (TEA) sendo um distúrbio do neurodesenvolvimento identifica-se por meio de um desenvolvimento atípico, demonstradas manifestações comportamentais, déficits na comunicação e na interação social, destacando-se padrões de comportamentos repetitivos e estereotipados, podendo apresentar um repertório restrito de interesses e atividades, o que por evidentes razões resvala na seara educacional, porque comprometida fica a inclusão destas pessoas, eis a razão pela qual emergiu o Desenho Universal para a Aprendizagem (DUA), como mecanismo de transformação e acessibilidade, porque viabiliza espaços mais inclusivos e diversos.

O DUA contribui para o favorecimento da inclusão escolar, pois converge em um objetivo comum: a construção de práticas pedagógicas acessíveis para a escolarização de todos em sala de aula, do ensino comum, por meio da parceria colaborativa entre professor de ensino comum e Educação Especial e/ou outros profissionais especializados.

Ainda que não seja o bastante, para extirpar a exclusão escolar, inolvidável que o DUA denota avanço nos propósitos inclusivistas, além de se comprovar a fidedigna existência de desmesurados esforços empreendidos pela sociedade de forma geral, rumo à consolidação de instrumentos hábeis ao exercício do direito de acesso amplo, irrestrito e incondicionado à educação, para todos e por todos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Processo, igualdade e justiça. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02:165-198. São Paulo: Método, 2003.

- ANSELMO, José Roberto. A questão da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência. In: **Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada**. Bauru: EDITE, 257-270, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.
- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- AMORIN, Leticia Calmon Drummond. **Psiquiatra O tratamento do autismo**. Disponível: [www.ama.org.br/site/tratamento.html](http://www.ama.org.br/site/tratamento.html). Acesso em: 22/10/2019.
- ANTUNES, C. **O autismo, a afetividade e a educação**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual de diagnóstico e estatística de distúrbios mentais (DSM IV)**. São Paulo: Manole. 3ª ed. 1994. Disponível em: [http://www.ama.org.br/html/info\\_faqu.php](http://www.ama.org.br/html/info_faqu.php). Acesso em 20/10/2019. Acesso em: 13/10/2022.
- BELISÁRIO FILHO, José Ferreira; CUNHA, Patrícia. **A Educação Especial na perspectiva da inclusão escolar: transtornos globais do desenvolvimento**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial; Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12ª ed. Tradução de Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- BOLONHINI JÚNIOR, Roberto. **O Estado – desconhecimento ou descaso? Portadores de necessidades especiais – as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira**. São Paulo: ARX, 2004.
- BORELI, N. **A aprendizagem Social através da Interação Prazerosa com o autista**. Disponível em: [info@inspiradospeloautismo.com.br](mailto:info@inspiradospeloautismo.com.br). Acesso em 17 jul. 2021.
- BORGES, Adriana Araújo Pereira; SCHMIDT Carlo. DESENHO UNIVERSAL PARA APRENDIZAGEM: uma abordagem para alunos com autismo em sala de aula. **Revista Teias v. 22**. n. 66. jul./set. 2021. Seção temática Programas e práticas pedagógicas na educação especial e inclusiva. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/57044/0>. Acesso em: 14/10/2022.
- BORTOLOZZO, Ana Rita Serenato. **Banco de dados para o uso das tecnologias de informação e comunicação na prática pedagógica de professores de alunos com necessidades especiais**. Dissertação (mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: [http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/Pedagogia/anarita.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/Pedagogia/anarita.pdf). Acesso em: 19 jul. 2021.
- BOSA, Cleonice. Autismo: atuais interpretações para antigas observações. In: BOSA, Cleonice. **Autismo e educação: reflexões e propostas de intervenção**. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- \_\_\_\_\_. Autismo: intervenções psicoeducacionais. **Revista Brasileira Psiquiatria**, v. 28, supl. I, p. 47- 53, 2006. Acesso em: 19 jul.2021.

BRASIL. Lei Federal nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 jul. 2021.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação** (Lei nº 9.394/96). Brasília: 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm). Acesso em: 18 jul. 2021.

BRASIL, **Lei de Diretrizes e Bases** (LDBEN, 9394), Brasília: MEC 1996.

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília: MEC. 1988.

BRASIL. **Decreto nº 6.571/2008 e Decreto nº. 7611/11 - Atendimento Educacional Especializado (AEE)**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 6.253, de 13 de novembro de 2007**. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, regulamenta a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Educação, Secretaria de Educação **Especial. Marcos Político-Legais da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: Secretaria de Educação Especial, 2010.

BRASIL. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Apoio à Gestão Educacional. **Caderno de educação especial: a alfabetização de crianças com deficiência: uma proposta inclusiva**. Brasília: MEC/SEB, 2012.

CASSALES, Lisiane Weigert; LOVATO, Miriane Alves; SIQUEIRA, Aline Cardoso. A inclusão de alunos especiais e suas famílias no ensino regular na perspectiva dos professores. *In: IV Jornada de Pesquisa em Psicologia*, Santa Cruz do Sul, 2011. p. 31-39. Acesso em: 20 jul. 2021.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth e ROCHA, Paulina Schmidtbauer. **Considerações sobre o autismo do ponto de vista psicanalítico**. Centro de Pesquisa em Psicanálise e Linguagem, no Recife, especializada em crianças com autismo, 2013.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Fundamentos Filosóficos dos deveres de inclusão. **A Proteção da Pessoa Portadora de Deficiência: um instrumento de cidadania**. Bauru: EDITE, 09-25, 2006.

COLL, Cesar. **Desenvolvimento Psicológico e educação**. São Paulo: Editora Cortez associados, 2000.

COHEN, Helen. **Neurociência e a reabilitação**. São Paulo: USP, 2ª ed., 2001.

CUNHA, Gracielle Rodrigues da; BORDINI, Daniela; CAETANO, Sheila Cavalcante. Autismo, transtornos do espectro do autismo. *In: CAETANO, Sheila Cavalcante; LIMA-HERNANDES, Maria Célia; PAULA, Fraulein Vidigal de; RESENDE, Briseida Dôgo de; MÓDOLO, Marcelo (Orgs.). Autismo, linguagem e cognição*. Jundiaí: Paco, 2015.

CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? *In: Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada*. Bauru: EDITE, 411-439, 2003.

**Declaração de Salamanca: sobre princípios e métodos, políticas e práticas na área das**

necessidades educativas especiais. 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2021. Acesso em: 22 ago. 2014.

**Declaração mundial sobre educação para todos:** satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, 1990. Acesso em: 18 jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. A Igualdade Desigual. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, nº. 2:51-68, 2003.

DUTRA, Claudia Pereira *et al.* **Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília, jan. 2008. Acesso em: 18 jul. 2021.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência:** garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, W. B.. Educar na Diversidade: práticas educacionais inclusivas na sala de aula regular, pp.317-323. *In: Ensaios pedagógicos. Educação inclusiva: direito à diversidade*. Brasília: DF. MEC/SEE, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho – direitos da pessoa portadora de deficiência. *In: Advocacia Pública & Sociedade*, ano I, nº 01:45-76. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FONSECA, Márcio Alves. **Direito e Exclusão: uma reflexão sobre a noção de deficiência**. Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. São Paulo: Max Limonad, nº. 1. 117-127, 1997.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FUMEGALLI, Rita de Cássia de Ávila. **Inclusão escolar:** O desafio de uma educação para todos? Ijuí, 2012 – Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/716/rita%20monografia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 jul. 2021.

GAUDERER, E. C.; PRAÇA, E. T. P. O. **Uma reflexão acerca da inclusão de aluno autista no ensino regular**. 2011.

GIKOVATE, Carla Gruber. **Autismo:** compreendendo para melhor incluir. Rio de Janeiro, 2009. Acesso em: 18 jul. 2021.

GOLDBERG, Karla. **A percepção do professor acerca do seu trabalho com crianças portadoras de autismo e síndrome de Down:** um estudo comparativo. p. 57. Dissertação (Mestrado), Curso de Pós-Graduação em Psicologia do Desenvolvimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

KALUME, Pedro de Alcântara. **Deficientes: ainda um desafio para o governo e para a sociedade:** habilitação, reabilitação profissional e reserva de mercado de trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

- KANNER, Leo. **O autismo: estudos iniciais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1943.
- KELLOUGH, J. Edward. **Understanding Affirmative Action – Politics, Discrimination and the search for justice**. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora LTDA, 2006.
- KOSOVSKI, Ester. **Minorias e discriminação: direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LAFER, Celso. **Hannah Arendt. Pensamento, persuasão e poder**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 3ª. edição, 2018.
- LOPES, Daniele Centeno; PAVELACKI, Luiz Fernandes. **Técnicas utilizadas na educação de autistas**. 2005. Acesso em: 20 jul.2021.
- LOPES, Laís de Figueirêdo; REICHER, Stella Camlot. **A inconstitucionalidade do decreto n. 10.502/2020 sobre a política de educação especial**. Disponível em: [https://prioridadeabsoluta.org.br/wpcontent/uploads/2020/12/alana\\_parecer\\_educacao\\_inclusiva-4.pdf](https://prioridadeabsoluta.org.br/wpcontent/uploads/2020/12/alana_parecer_educacao_inclusiva-4.pdf). Acesso em 14/10/2022.
- LUCKESI, C. C. Ludicidades e atividades lúdicas: uma abordagem a partir das experiências Internas. **Nativa - Revista de Ciências Sociais**, nº 2, 2005.
- MARCHESE, Fátima Murad. **Transtorno do desenvolvimento Global e necessidades educacionais especiais**. 2º ed. Porto Alegre: Artmed, 1976.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MASSUD, Sandra Lucia Garcia. **O transtorno de Espectro do Autismo e o Direito à Educação Inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.**
- MAZZOTA, M.J.S. **Trabalho docente e formação dos professores em educação especial**. São Paulo: EPU, 2003.
- MEC, SEESP. **Método teacch: Saberes e Práticas da Inclusão - dificuldades acentuadas de aprendizagem: Autismo**. Apostila (2004).
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 11ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDES, Rodrigo Hübner. **O que é Desenho universal para aprendizagem?** Disponível em: <https://diversa.org.br/artigos/o-que-e-desenho-universal-para-aprendizagem/>. Acesso em: 13/10/2022.
- MENEZES, A. R. S. **Inclusão escolar de alunos com autismo: quem ensina e quem aprende?** Dissertação (Mestrado), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.
- MIRANDA, Theresinha Guimarães e FILHO, Teófilo Alves Galvão (org.). **O professor e a educação inclusiva: formação, práticas e lugares**. Salvador: EDUFBA, 2012, p. 17-24. Disponível em Acesso em: 16 set. 2016.
- OLIVEIRA, Francisco Lindoval. Autismo e inclusão escolar: os desafios da inclusão do aluno autista. **Revista Educação Pública**, v. 20, nº 34, 8 de setembro de 2020. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/34/joseph-autismo-e-inclusao-escolar-os-desafios-da-inclusao-do-aluno-autista>. Acesso em: 18 jul. 2021.

- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Renovar, 2005
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. *In: MELO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ROSTELATO, Telma Aparecida. MARTA, Taís Nader. A arte de incluir crianças autistas: uma abordagem do filme 'Uma Família Especial', como proposta de eliminação da segregação, o desiderato constitucional. *In: XX CONPEDI - CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISAS EM DIREITO - 16, 17, 18 e 19/11/2011, 2011, VITÓRIA/ES. A ORDEM JURÍDICA JUSTA: UM DIÁLOGO EUROAMERICANO*. FLORIANÓPOLIS: FUNDAÇÃO BOITEUX, 2011. v. 01. p. 6992-7018. Acesso em: 18 jul. 2021.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Cristina Roveri Nagle e Iracema Gomes Soares. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.
- RULLI NETO, Antonio. **Direitos do portador de necessidades especiais**. São Paulo: Fiuza, 2002.
- SANTOS, Ana Maria Tarcitano. **Autismo: um desafio na alfabetização e no convívio escolar**. São Paulo: CRDA, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional**. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEBASTIÁN-HEREDERO, Eladio. Diretrizes para o Desenho Universal para a Aprendizagem (DUA). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbee/a/F5g6rWB3wTZwyBN4LpLgv5C/?lang=pt#>. Acesso em: 13/10/2022.
- SCHWARSTZMAN, J. S.; ASSUMPCÃO Jr., F.B. (Eds.). **Autismo infantil**. São Paulo: Memnon, 1995.
- SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, Ana Maria de Barros. A intervenção precoce em pessoas com múltiplas deficiências – direitos da pessoa portadora de deficiência. *In: Advocacia Pública & Sociedade*, ano I, nº 01:195-202. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VALLE, T. G. M.; MAIA, A. C. B. **Aprendizagem e comportamento humano**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

VELTRONE, Aline Aparecida; MENDES, Enicéia Gonçalves. A formação docente na perspectiva da inclusão. *In: IX Congresso Estadual Paulista sobre Formação de Educadores*, 2007. Acesso em: 18 jul. 2021.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

ZANOTTI, Márcia Junqueira Sallowicz. Assistência judiciária aos portadores de deficiência – direitos da pessoa portadora de deficiência. *In: Advocacia Pública & Sociedade*, ano I, nº 01:111-116. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ZERBATO, Ana Paula; MENDES, Enicéia Gonçalves. Desenho universal para a aprendizagem como estratégia de inclusão escolar. *In: Educação Unisinos*, vol. 22, núm. 2, pp. 147-155, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/4496/449657611004/html/>. Acesso em: 13/10/2022.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESENVOLVIMENTO: O CASO DA ILHA DE SUPERAGÜI

Luiz Eduardo LESTE<sup>1</sup>  
João Victor Nardo ANDREASSA<sup>2</sup>

## RESUMO

O capitalismo e sua influência na sociedade fazem com que se tenha o progresso em detrimento de outros direitos fundamentais, como por exemplo aqueles atinentes aos moradores de uma determinada localidade. É o caso da Ilha de Superagüi, onde se teve o desprezo pelo modo de vida dos moradores originários. Portanto, tem-se a seguinte hipótese de pesquisa: desenvolvimento econômico poderá advir sem o devido respeito e observância aos direitos fundamentais? A elucidação deste questionamento perfaz o objetivo geral deste artigo, tendo como objetivos específicos a análise dos direitos fundamentais e sua aplicação, o estudo da preconização do desenvolvimento sustentável e a apresentação do caso da Ilha de Superagüi. Utiliza-se o método indutivo, para que, a partir de premissas particulares seja possível chegar uma conclusão geral acerca do problema posto. Com relação aos procedimentos metodológicos, estes se perfazem em pesquisas bibliográficas e documentais. Ainda, há de se dizer que a pesquisa é qualitativa, com base nas fontes utilizadas, e não quantitativa. Conclui-se que há de se verificar que políticas públicas com a finalidade de desenvolver o setor pesqueiro e a economia se fazem necessárias. Todavia, não se pode ter como princípio o desenvolvimento a qualquer custo, inclusive com o desrespeito aos modos de vida locais existentes no país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ambiental; Direitos humanos; Objetivos de desenvolvimento sustentável.

## ABSTRACT

Capitalism and its influence on society lead to progress to the detriment of other fundamental rights, such as those pertaining to residents of a given location. This is the case of Superagüi Island, where there was contempt for the way of life of the original residents. Therefore, we have the following research hypothesis: can economic development come about without due respect and observance of fundamental rights? The elucidation of this question makes up the general objective of this article, having as specific objectives the analysis of fundamental rights and their application, the study of the preconization of sustainable development and the presentation of the case of the Island of Superagüi. The inductive method is used, so that, from particular premises, it is possible to arrive at a general conclusion about the posed problem. With regard to methodological procedures, these are made up of bibliographical and documental research. Still, it must be said that the research is qualitative, based on the sources used, and not quantitative. It is concluded that it is necessary to

- 
- 1 Bacharel em direito - Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro/ Universidade Estadual do Norte do Paraná (2008). - Especialização em Gestão Escolar pela Centro Universitário Campos Andrade de Curitiba - Uniandrade (2017) - Especialização em Prática de Direito Administrativo Avançada (Instituto Damásio de Direito) (2021) - Mestrando no CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA - CAMPUS DE JACAREZINHO - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ( 2022-2023)
  - 2 Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado. Autor da obra: "Processo Civil Democrático: Código de Processo Civil de 2015 e o Combate ao Protagonismo Judicial". Professor do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. E-mail: jvictornardo1996@hotmail.com.



verify that public policies with the purpose of developing the fishing sector and the economy are necessary. However, one cannot have development at any cost as a principle, including disrespect for local ways of life existing in the country.

**KEYWORDS:** Environmental law; Human rights; Sustainable development goals.

## 1 INTRODUÇÃO

O capitalismo e sua influência na sociedade fazem com que se tenha o progresso em detrimento de outros direitos fundamentais, como por exemplo aqueles atinentes aos moradores de uma determinada localidade. É o caso da Ilha de Superagüi, onde se teve o desprezo pelo modo de vida dos moradores originários. Faz-se importante, deste modo, o estudo deste caso concreto sob a ótica dos direitos fundamentais e do desenvolvimento sustentável.

Apresenta-se, assim, a seguinte hipótese de pesquisa: o desenvolvimento econômico poderá advir sem o devido respeito e observância aos direitos fundamentais? A elucidação deste questionamento perfaz o objetivo geral deste artigo, tendo como objetivos específicos a análise dos direitos fundamentais e sua aplicação, o estudo da preconização do desenvolvimento sustentável e a apresentação do caso da Ilha de Superagüi.

Utiliza-se o método indutivo, para que, a partir de premissas particulares seja possível chegar a uma conclusão geral acerca do problema posto. Com relação aos procedimentos metodológicos, estes se perfazem em pesquisas bibliográficas e documentais. Ainda, há de se dizer que a pesquisa é qualitativa, com base nas fontes utilizadas, e não quantitativa.

Com relação ao caminho percorrido, inicialmente aborda-se os direitos fundamentais, suas gerações e seu alcance jurídico. Depois se passa a expor sobre o desenvolvimento sustentável, valendo-se, como instrumento, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, a consideração da regulação da pesca atual, culminando numa análise do caso concreto verificado na Ilha de Superagüi. Propõe-se, ao final, considerações sobre o problema de pesquisa apresentado.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ALCANCE JURÍDICO

Os direitos humanos são conquistas advindas de muitas lutas no bojo da história, que se somam, diante dos anseios da sociedade, e, igualmente, se modificam em razão destes anseios. Representam o triunfo do Estado Democrático de Direito sobre a tirania.

Os direitos fundamentais são históricos, dado que surgem e se desenvolvem em meio a determinadas circunstâncias de lutas sociais e políticas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes, como, por exemplo, movimentos liberais, socialistas, feministas, antirracistas,

ecológicos, pacifistas etc. (CAMBI, 2018, p. 40).

Dentro desta historicidade dos direitos fundamentais, expõe-se acerca das gerações (ou dimensões) destes direitos. Os de primeira geração seriam os que asseguram o indivíduo defronte o Estado, conferindo ao indivíduo isolado um perímetro de não interferência, sendo estes direitos de cunho negativo ao Poder Público (SARLET, 2015, p. 46-47).

Os referidos direitos remetem respeito aos direitos políticos, liberdades públicas, direitos civis, políticos, os quais se traduzem ao gozo da liberdade, sendo atributo do indivíduo tendo como titular a própria pessoa.

Já os de segunda geração exigiam uma prestação positiva por parte do Estado, pois relacionavam-se à direitos sociais. Há o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado a uma liberdade objetivada, relacionada a vínculos normativos e institucionais, a valores nitidamente sociais que demandam promoção concreta e cujos pressupostos de sua realização devem ser criados, fazendo, deste modo, do Estado um meio e um agente de grande importância para que se concretizem os direitos fundamentais desta segunda geração (BONAVIDES, 2011, p. 567).

E os direitos fundamentais de terceira geração se reportam à universalidade, ao caráter humano, a visão de direitos da coletividade. Conforme expõe Sarlet (2015, p. 49), trata-se, em verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de animosidade, e, igualmente, pelo processo de descolonização advindo do segundo pós-guerra e suas consequências, acarreando enormes reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

São também denominados de direitos transindividuais, referentes ao cuidado com o gênero humano, com viés da universalidade e humanismo, estão bem à frente das fronteiras dos interesses do indivíduo. Podendo destacar o direito à paz, ao desenvolvimento, propriedade, comunicação e principalmente ao meio ambiente.

Estes direitos humanos, que não se excluem, mas se somam e convivem diante dos casos concretos, se tornam fundamentais pela sua disposição nos textos constitucionais. Na Constituição Federal de 1988 verifica-se no Título II, Capítulo I os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e deveres individuais e coletivos, principalmente os de valorização do direito à vida.

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

Esses princípios e direitos são tão importantes na sua observação que o constituinte deixou explícito no § 1º do mesmo artigo a sua imediata aplicabilidade ao discorrer que as normas que são

definidoras de direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata, destacando assim a sua importância e magnitude diante de vários mandamentos constitucionais previstos no ordenamento jurídico.

Importante destacar que a Suprema Corte brasileira já pacificou o entendimento de que esses direitos e deveres não se esgotam no artigo 5º da CF/88, podendo ser localizadas ao longo do corpo do texto da Carta Magna, sendo expressos, derivados dos princípios, regime jurídico adotado, convenções e até mesmo tratados internacionais que o país faça parte.

Grosso modo, no capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos (onde não se encontram deveres) estão os direitos da primeira geração e as garantias; no seguinte, obviamente, os direitos econômicos e sociais, de segunda geração. Note-se que o rol destes direitos econômicos e sociais, que já era amplo no texto promulgado em 1988, abrangendo educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social e proteção à maternidade e infância, foi ampliado em 2000 (Emenda n. 25) para incluir a moradia, em 2010 (Emenda n. 64) para acrescentar a alimentação e, mais recentemente, em 2015 (Emenda n. 90), inserindo o transporte. Quanto à terceira geração, esta se faz representar pelo solitário direito ao meio ambiente (art. 225). (FERREIRA FILHO, 2016, p. 120)

Por estar diante de uma Constituição dirigente, em que seus dispositivos não se apresentam como um simples estatuto, os dispositivos apresentados trazem consigo um caráter imperativo que impõe ao Estado o dever de atuar por intermédio de políticas públicas e ações que visem promover o bem-estar de toda a população, sem quaisquer distinções, chancelando assim o princípio da isonomia. Acerca da aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais, Moraes disserta:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAES, 2021, p. 2).

Ademais, como assevera Siqueira (2011, p. 33), “teoricamente, ante direitos fundamentais, não existe diferença entre raça, cor, sexo, religião, e demais características que possam ser consideradas como fator de algum tipo de discriminação, deste modo, todos são iguais[...]”. Todavia, há que se discordar, tendo em vista que ao tratar as desigualdades não basta apenas referendar-se no argumento de que existem apenas desníveis econômicos, sociais, patrimonial.

A compreensão da realidade social demanda uma diversificada visão acerca dos aspectos de cada povo e seu modo de vida. Ainda, “o reconhecimento da pluralidade epistemológica do mundo permite compreender melhor as diversidades, ao obrigar análises e avaliações de diferentes tipos de interpretação e de intervenção produzidos por variadas formas de conhecimento da realidade social” (FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 616).

Para se compreender como o Estado poderá promover os direitos fundamentais, há de se ter uma oitiva dos grupos que compõem a sociedade, de forma que se possibilite uma verdadeira

realização da dignidade da pessoa humana e não somente se fixe em medidas pública formalistas, mas sem nenhum resultado efetivo. Nas palavras de Fachin, Cambi e Porto:

O diálogo é uma estação forte do Direito Constitucional contemporâneo. Os sentidos dos diálogos e de quem dialoga já esboçam metodologia que tem o desafio de dar conta dessa multiplicidade, em que os direitos humanos, a soberania popular e a segurança do cidadão – marcos essenciais no âmbito interno e internacional – são revisitados. Tais diálogos abrem espaços em um ambiente multinível, caracterizado pela constitucionalização, internacionalização e humanização, voltados à efetivação de uma perspectiva constitucional radicalmente centrada nos direitos humanos e na prevenção do sofrimento humano. Com isso, agregam-se os sistemas protetivos nacional e internacional, que se retroalimentam para a máxima proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como método hermenêutico unificador o princípio *pro persona*. (FACHIN; CAMBI; PORTO, 2022, p. 619).

Os direitos humanos se construíram a base de muita luta, sendo que o seu reconhecimento já posto, ainda não está a salvo, tendo-se sempre de manter a luta para sua manutenção e ampliação de acordo com os aspectos da sociedade atual.

“[...] a igualdade não é um dado da natureza, mas uma construção conjunta de pessoas em uma comunidade política organizada, tão importante quanto o exercício individual da cidadania, é o direito da própria comunidade se autodeterminar.” (FACHIN; CAMBI; PORTO, p. 563)

Diante de tais constatações é importante não olvidar o fato de que os direitos fundamentais por muitos anos se transformaram num signo de suma importância para o estudo do direito, principalmente sobre o aspecto e a ótica do direito público.

O valor, a proteção e ampliação desses direitos pelo Estado é fruto de séculos de lutas e batalhas em face do detrimento de situações que diversas sociedades vivenciaram. Esse Estado atual, moderno, também denominado de contemporâneo, dispõe de múltiplas atividades com o escopo de buscar salvaguardar o bem-estar de seus cidadãos, como explicita Fonte, sobre a concepção de Estado contemporâneo e seu papel em face dos direitos fundamentais.

O Estado contemporâneo possui múltiplas tarefas relativas à concretização de metas públicas, tantas que se tornou impossível imaginar a vida sem ele. Chamado a ser responsável pelo adimplemento dos direitos fundamentais, reconhecidos em extensão generosa em diversos países do mundo, o Estado se tornou prestador de saúde, educação, cultura, lazer, trabalho etc., além de promover os clássicos direitos fundamentais ditos “de defesa”, tais como proteção da propriedade e da liberdade individual. (FONTE, 2021, p. 29)

E ainda nesse sentido externou que mesmo em áreas ou campos que o Estado não possui uma marca fundamental, ele está presente, seja normatizando, regularizando, agindo como uma vigilante com objetivo de sempre garantir a efetividade de garantias e direitos fundamentais.

Mesmo nos campos onde não vigora a marca da fundamentalidade, ou onde ela apenas incide indiretamente, o Estado também está presente: regulação financeira, construção de estradas, portos e aeroportos, classificação indicativa de programas de televisão, proteção de consumidores, criação de postos de trabalho, enfim, a lista é extensa. (FONTE, 2021, p. 29)

Nesse sentido, em que pese o Estado salvaguardar o convívio regrado e consciente da

sociedade pelo qual se almeja, não se deve interpretar os direitos fundamentais apenas como poderes individuais que podem ser utilizados contra o próprio Estado, pois da relação existente entre o poder público e o cidadão existe a premissa de que há direitos e deveres para todos e isso deve ser observado e respeitado.

Com essa reciprocidade entre o cidadão e o Estado, no início do século XIX surge a teoria do Status de Jellinek, criada por Georg Jellinek que procurou esmiuçar o desempenho dos direitos fundamentais diante do indivíduo. Essa teoria estabeleceu a base da atual teoria dos Direitos Fundamentais.

Para Jellinek o indivíduo possui 4 status perante o Estado, sendo status passivo ou *subjections*, status negativo, status positivo ou *civitatis* e o status ativo, este último exercido por intermédio dos direitos políticos.

Para o Jellinek (p. 86-87), no status passivo o indivíduo é subordinado ao poder público, possui deveres para com o Estado, já o status negativo, esse mesmo ser, por ter a prerrogativa de possuir personalidade, desfruta de um espaço de liberdade diante do poder público, no status positivo o cidadão tem o direito de exigir a atuação positiva do Estado que deverá executar um ato ao seu favor. Por fim, no status ativo, o indivíduo é competente para direcionar a formação volitiva do Estado, por intermédio de seus direitos políticos, cita-se como exemplo o direito ao voto (JELLINEK, p. 86-87).

Diante de toda essa abordagem os direitos fundamentais e sobre olhar da sua aplicabilidade imediata, demonstra-se que seu papel é fundamental no ordenamento jurídico, tendo uma força executiva peculiar. Ademais, preserva-se a ideia de uma eficácia direta, porém que não seja totalmente indiscriminada, mas que busque sanar as discrepâncias sociais, por intermédio do sopesamento de interesses e direitos que venha a se confrontar no caso concreto. Os direitos fundamentais, pois, precisam do Estado para sua efetivação e, esta, pode se apresentar de várias formas, sendo uma delas a busca pelo desenvolvimento sustentável.

### **3 O OBJETIVO 14, PONTO 14.b DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Dentro desta finalidade de se ter o desenvolvimento da sociedade, não apenas em sentido econômico, mas, também, humano, faz-se necessária a cooperação internacional para tanto e a criação de fins comuns para a realização universal dos direitos humanos. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas vêm com este diapasão.

Segundo Santos e Pozzoli (2019, p. 57-58), os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são uma agenda formulada pela Cúpula do Desenvolvimento Sustentável no mês de setembro de

2015, oriunda de uma proposição de um grupo de trabalho da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em que, por meio de um relatório do comitê intergovernamental de especialistas em financiamento para o desenvolvimento sustentável, de diálogos da Assembleia geral sobre a simplificação tecnológica e outros temas estratégicos, com a finalidade de se ter a efetivação da dignidade da pessoa humana em uma escala global, até o ano de 2030. Ademais, segundo o próprio portal oficial da Corte Constitucional brasileira:

Com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas universais construídos após intensa consulta pública mundial, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas possui propósitos ambiciosos e transformadores, com grande foco nas pessoas mais vulneráveis.

Um compromisso internacional de tal porte exige a atuação de todos os Poderes da República Federativa do Brasil e a participação do Supremo Tribunal Federal (STF) é fundamental para a efetivação de medidas para este desafio mundial tendo em vista a possibilidade de se empreender no âmbito da Corte políticas e ações concretas.

Como primeiras iniciativas, todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral reconhecida indicados pelo Presidente para a pauta de julgamento estão classificados com o respectivo objetivo de desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, o periódico de informativo de jurisprudência do STF já conta com essa marcação, permitindo a correlação clara e direta sobre o julgamento e os ODS. Avançou também neste momento para os processos julgados, com acórdãos publicados no ano de 2020. Neste amplo projeto de aproximação do STF com a Agenda 2030, estão programadas para as próximas etapas a identificação de processos de controle concentrado e com repercussão geral reconhecida ainda em tramitação, mesmo sem indicação de julgamento próximo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Diante destes objetivos, destacar-se-á um específico que tem relação direta com o direito fundamental ao meio ambiente. Silva (1995, p.2) discorre sobre sua percepção do que é o meio ambiente ao mencionar que se trata de uma interação do conjunto de elementos sejam eles naturais, culturais e artificiais que venham a proporcionar o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as formas. Para ele esse desenvolvimento equilibrado traz uma interação que busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos sejam eles culturais ou naturais (SILVA, 1995, p. 2).

Direito fundamental este ligado à toda a coletividade, à universalidade de pessoas, para o presente e para o futuro. Nas palavras de Antunes:

O direito ambiental é um direito cuja finalidade é regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda. Ele se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo: (1) direito ao meio ambiente, (2) direito sobre o meio ambiente e (3) direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o direito ao meio ambiente é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um ramo autônomo do direito, o direito ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do direito. O direito ambiental tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que devem ser compreendidas harmonicamente. Evidentemente que, a cada nova intervenção humana sobre o ambiente, o aplicador do direito ambiental deve ter a capacidade de captar os

diferentes pontos de tensão entre as três dimensões e verificar, no caso concreto, qual delas é a que se destaca e que está mais precisada de tutela em um dado momento (ANTUNES, 2023, p. 6).

Deste modo, destes ODSs da ONU, destaca-se o 14 – Vida na Água, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, que tem como finalidade a “Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável” e, dentro deste objetivo, está posto no item 14.b que haverá de se “proporcionar o acesso dos pescadores artesanais de pequena escala aos recursos marinhos e mercados” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o IPEA, os indicadores a serem utilizados para se verificar esta meta são os que demonstrarem o “progresso dos países relativamente ao grau de aplicação de uma estrutura (enquadramento) legal/regulamentar/político e institucional que reconheça e proteja os direitos de acesso dos pescadores de pequena escala” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2019). Perpassa-se, deste modo, pela verificação da pesca e proteção dos pequenos pescadores.

Atualmente a pesca é regulamentada pela Lei n.º 11.959/09, que disciplina a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, bem como regula as atividades pesqueiras (BRASIL, 2009)

Com a nova política pesqueira advinda destas legislações, os pescadores passaram a ser considerados produtores rurais, o que lhes possibilitou o acesso ao crédito a juros menores (SIRVINSKAS, 2022). Ademais, estabeleceu-se as normas de cessão de áreas voltadas ao cultivo e pescado em águas da União, agilizando o processo de permissões de pesca sem prejuízo da análise dos impactos ambientais (SIRVINSKAS, 2022).

Segundo Sirvinskass (2022), “[...] a lei trouxe uma série de benefícios à indústria pesqueira como um todo, permitindo uma melhor fiscalização e controle da pesca”. Tais políticas, deste modo, possibilitaram o desenvolvimento do ramo pesqueiro, sem, contudo, descuidar-se das cautelas necessárias a impedir o impacto ao meio-ambiente.

O conceito de pesca é verificado no texto do artigo 36 da Lei n.º 9.605/98, que dispõe:

Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora (BRASIL, 1988).

De igual forma que, no artigo 2º, inciso III, da Lei 11.959/09, considera-se pesca como “toda operação, ação ou ato tendente a extrair, colher, apanhar, apreender ou capturar recursos pesqueiros;” (BRASIL, 2009).

Dos conceitos advindos da Lei 11.959/09, convém destacar também a natureza da pesca para esta lei, por meio de seu artigo 8º, que disciplina:

Art. 8º Pesca, para os efeitos desta Lei, classifica-se como: I – comercial: a) artesanal: quando praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte; b) industrial: quando praticada por pessoa física ou jurídica e envolver pescadores profissionais, empregados ou em regime de parceria por cotas-partes, utilizando embarcações de pequeno, médio ou grande porte, com finalidade comercial; II – não comercial: a) científica: quando praticada por pessoa física ou jurídica, com a finalidade de pesquisa científica; b) amadora: quando praticada por brasileiro ou estrangeiro, com equipamentos ou petrechos previstos em legislação específica, tendo por finalidade o lazer ou o desporto; c) de subsistência: quando praticada com fins de consumo doméstico ou escambo sem fins de lucro e utilizando petrechos previstos em legislação específica. (BRASIL, 2009).

E o artigo 5º, desta mesma Lei, que expõe:

Art. 5º O exercício da atividade pesqueira somente poderá ser realizado mediante prévio ato autorizativo emitido pela autoridade competente, asseguradas: I – a proteção dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, observados os princípios de preservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos naturais; II – a busca de mecanismos para a garantia da proteção e da seguridade do trabalhador e das populações com saberes tradicionais; III – a busca da segurança alimentar e a sanidade dos alimentos produzidos.

Entre a regulamentação da pesca, fiscalização, vedação à danos ao meio-ambiente e incentivo ao setor pesqueiro, verificou-se um desenvolvimento neste setor. Contudo, nem sempre o progresso é sinônimo de melhoria da qualidade de vida, podendo significar, em alguns casos, a completa destruição de uma cultura pesqueira local.

Nesse sentido se extrai dos referidos excertos uma grande preocupação com o meio ambiente, pois o não cuidado pode acarretar situações que geram problemas de várias montas como crescimento desordenado e caótico das atividades da indústria, consumismo descontrolado, uma filosofia que remete ao imediatismo pelo desenvolvimento econômico, atividades predominantemente predatórias

#### **4 O CASO DA VILA SUPERAGÜI – PROGRESSO E DESTRUIÇÃO**

O caso da Vila de Superagüi é um exemplo de como as políticas de desenvolvimento de um setor econômico e do meio-ambiente podem ocasionar, ao mesmo tempo, a derrocada de uma forma de viver de uma comunidade. Estando em total dissonância da ideia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio correlacionado direito ao desenvolvimento.

Superagüi é uma vila contida em uma ilha localizada no litoral norte do Estado do Paraná, próxima ao Estado de São Paulo, povoada por comunidades que sempre viveram da agricultura, da coleta e da pesca (PÉREZ; GÓMES, 2014). A ilha faz parte do município de Guaraqueçaba/PR.

A transformação da Ilha de Superagüi em Patrimônio Natural e Histórico pela Divisão do



Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural do Paraná, bem como pela criação do Parque Nacional do Superagüi, mudou a vida dos habitantes locais, que passaram a se ver expulsos de seus territórios e com drástica alteração de seu modo de vida, que outrora era baseado na conexão com a natureza e na pesca artesanal de subsistência básica (PÉREZ; GÓMES, 2014).

Viu-se que as políticas públicas de desenvolvimento da pesca e agricultura implementadas entraram em conflito com a atividade artesanal dos pescadores desta Vila. “A vida dos pescadores e pescadoras artesanais da Vila do Superagüi, seguindo o ideal de desenvolvimento capitalista que rege nossa sociedade é desprezado e considerado como atrasado” (PÉREZ; GÓMES, 2014, p. 44).

É que, com as políticas de desenvolvimento da pesca na região, os grandes navios pesqueiros passaram a se valer do local para a pesca, fazendo com que os habitantes locais fossem obrigados a se modernizarem e alterarem radicalmente o seu estilo de vida para competir, na medida do possível, neste cenário de disputa pela pesca.

Perez e Gómez (2016, p. 44) tecem críticas acerca da privatização forçada do modo de vida desses pescadores nativos, que se viram obrigados a se endividarem ou mesmo se utilizar de outras atividades econômicas para sobreviver. Expressam os citados autores que: “Privatiza-se a vida e as decisões políticas passam pelo crivo ou, inclusive, são executadas por agentes externos à escala local que não procuram a reprodução da vida senão a reprodução do capitalismo e o enriquecimento individual” (PÉREZ; GÓMES, 2014, p. 44).

A melhoria do setor pesqueiro nesta região, pois, representou um real “desenvolvimento” da pesca e o aumento da produção. Entretanto, tal conquista se dá com o desprezo para com a cultura local, sendo esta atropelada pelos governantes em primazia ao capital. Novamente nas palavras de Pérez e Gomes:

[...] as áreas aquícolas são fonte de segurança alimentar mundial, mas o que de fato estão promovendo é o uso de pacotes tecnológicos, de agrotóxicos e espécies exóticas; a expropriação dos recursos e territórios dos pescadores artesanais e a falta de soberania e segurança alimentar para as comunidades que vivem próximas às áreas. Isso significa dizer que se mercantilizam e privatizam a terra e o mar pela restrição de usos, pelos incentivos ao uso de tecnologias cujo acesso é através de créditos e endividamentos permanentes e se negam formas produtivas diferenciadas, negando assim a própria vida dos sujeitos das comunidades de pescadores artesanais (PÉREZ; GÓMES, 2014, 45).

Esta forma de desenvolvimento, pois, não está de acordo com a sua forma sustentável, sendo frontalmente contra o que preconiza os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, o artigo 4º, I da Lei n. 6938/81 que dispõe que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a própria Constituição Federal de 1988 preconiza que o direito ao desenvolvimento econômico deverá o respeitar e observar o meio ambiente. É o que preceitua o artigo 170, caput e IV:

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:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...] (BRASIL, 1988).

Outrossim, importante destacar que há também em outros pontos da Constituição essa preocupação de equilíbrio entre o meio ambiente sustentável e desenvolvimento o artigo 225, caput, do mandamento constitucional menciona que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reforçando, portanto, o desenvolvimento sustentável.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Conforme elenca Moraes (2021, p. 25) há de se proteger, constitucionalmente, os direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que juntam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no que expõe de José Marcelo Vigliar (apud MORAES, 2021, p. 25), os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Deve-se, portanto, nos termos dos incisos seguintes do artigo 225, da CF, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; prover o manejo ecológicos das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, entre outros.

Em palavras finais, há de se verificar que políticas públicas com a finalidade de desenvolver o setor pesqueiro, a economia e a criação de empregos se fazem necessárias. Todavia, o Brasil é multicultural, devendo ser os costumes locais e seus modos de vida preservados. Não se pode ter como princípio o desenvolvimento a qualquer custo, inclusive com o desrespeito aos modos de vida locais verificados no país.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, têm todas as suas gerações ou dimensões, preconizam ações positivas ou omissivas do Estado. Este é o garantidor da efetivação máxima dos direitos humanos e, portanto, deve zelar por um desenvolvimento econômico atrelado ao bem-estar social. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas perfazem um importante norte nesta finalidade.

O caso da Vila de Superagüi é um exemplo de como as políticas de desenvolvimento de um setor econômico podem ocasionar a derrocada de uma forma de viver de uma comunidade. A

transformação da Ilha de Superagüi em Patrimônio Natural e Histórico pela Divisão do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural do Paraná, bem como pela criação do Parque Nacional do Superagüi, mudou a vida dos habitantes locais, que passaram a se verem expulsos de seus territórios e com drástica alteração de seu modo de vida, que outrora era baseado na conexão com a natureza e na pesca artesanal.

Viu-se que as políticas públicas de desenvolvimento da pesca e agricultura implementadas entraram em conflito com a atividade artesanal dos pescadores desta Vila. É que, com as políticas de desenvolvimento da pesca na região, os grandes navios pesqueiros passaram a se valer do local para a pesca.

A melhoria do setor pesqueiro nesta região, pois, representou um real “desenvolvimento” da pesca e o aumento da produção. Entretanto, tal conquista se dá com o desprezo para com a cultura local, sendo esta atropelada pelos governantes em primazia ao capital e total discrepância entre o equilíbrio ecológico sustentável com o desenvolvimento econômico da região, o ecodesenvolvimento que visa o equilíbrio entre o desenvolvimento, a preservação ecológica, a qualidade de vida e a ordem econômica.

Por fim, reafirma-se que há de se verificar que políticas públicas com a finalidade de desenvolver o setor pesqueiro e a economia se fazem necessárias. Entretanto, não se pode ter como princípio o desenvolvimento a qualquer custo, inclusive com o desrespeito aos modos de vida locais existentes no país.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 23. ed. – Barueri: Atlas, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773787/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 26. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009**. Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei no 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei no 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11959.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2018.

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis** – São Paulo: Almedina, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. – 3. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**.14. Vida na Água, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods14.html>. Acesso em: 01 jun. 2022.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Recht**. 2.ed. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12 ed. – São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**.14. Vida na Água. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/14>. Acesso em: 01 abr. 2023.

PÉREZ, Mercedes Solá; GÓMEZ, Jorge Ramón Montenegro. Políticas de desenvolvimento da pesca e aquicultura: Conflitos e resistências nos territórios dos pescadores e pescadoras artesanais da vila do Superagüi, Paraná, Brasil. **Sociedade & Natureza [online]**. 2014, v. 26, n. 1, p. 35-47. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sn/a/LBbyh6CGknRYdxkPMXPzYWr/?format=pdf&lang=pt>. DOI: <<https://doi.org/10.1590/1982-451320140103>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SANTOS, Ivaldo; POZZOLI, Lafayette. Humanismo integral e fraternidade: uma possibilidade de efetivação da Agenda 2030. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; MACHADO, Clara; POZZOLI, Lafayette (organizadores). **Direitos humanos, agenda 2030 e desenvolvimento humano sustentável** – Rio de Janeiro: Bonecker, 2019. p. 55-70.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed. rev. São Paulo; Malheiros, 1995.

SIRVINSKAS, Luís P. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível

em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620438/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agenda 2030**. Disponível em:  
<https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

# POVOS INDÍGENAS E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Guilherme Rocha KAWAUTI<sup>1</sup>  
Mateus Freiria FUIN<sup>2</sup>

## RESUMO

Já no início do ano de 2023, no Brasil, veio à tona uma das maiores crises humanitárias já ocorridas após 1888. Que ainda está a pleno vapor, com as notícias de que o povo indígena Yanomami, em Roraima, estava sofrendo seríssimas violações aos seus direitos constitucionais fundamentais, como o direito à vida e à proteção de suas terras, ocorrendo assassinatos diários pelos garimpeiros ilegais que adentram a Amazônia, sendo que, tais atos, poderiam causar, inclusive, a extinção desse povo indígena. Esse recorte do povo Yanomami reflete todo o cenário caótico envolvendo o Brasil e o mundo capitalista globalizado, mas, principalmente deixa evidente o retrocesso das políticas públicas brasileiras com relação à proteção dos povos indígenas, mesmo havendo diversos dispositivos constitucionais protetivos com relação aos indígenas. Portanto, a partir do método dedutivo, partindo de análises gerais conceituais sobre as garantias dos direitos fundamentais indígenas, bem como acerca das crises, com base na Teoria da Regulação, o presente trabalho buscará evidenciar como a crise faz parte do nosso sistema social. Procurará ainda versar sobre como as garantias constitucionais, bem como todo o arcabouço jurídico, são insuficientes para que haja uma plena proteção dos povos indígenas brasileiros, considerando a imperatividade da sociedade produtora de mercadorias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crises; Direitos Constitucionais; Violações; Yanomami; Teoria da Regulação.

## ABSTRACT

At the beginning of 2023, in Brazil, one of the biggest humanitarian crises ever occurred after 1888. Which is still in full swing, came to light, with the news that the Yanomami indigenous people, in Roraima, were suffering very serious violations of their fundamental constitutional rights, such as the right to life and the protection of their lands, daily murders by illegal miners who enter the Amazon, and such acts could even cause the extinction of this indigenous tribe. This cut of the Yanomami people reflects the entire chaotic scenario involving Brazil and the globalized capitalist world, but, above all, it makes evident the setback of Brazilian public policies regarding the protection of indigenous peoples, even though there are several constitutional provisions that protect the tribe. Therefore, from the deductive method, starting from general conceptual analyzes about the guarantees of fundamental indigenous rights, as well as about the crises, based on the Theory of Regulation, the present work will seek to show how the crisis is part of our social system. It will still try to talk about so the Constitutional guarantees, as well as the entire legal framework, are insufficient for full protection of Brazilian indigenous peoples, considering the imperative of the commodity producing society.

**KEY-WORDS:** Crisis; Constitutional Rights; Violations; Yanomami; Regulation Theory.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história brasileira, desde a república até os dias atuais, ocorreram inúmeras

---

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

reformas no ordenamento jurídico pátrio, o que demonstra a instabilidade vivida em um país cuja reforma é sempre uma garantia de resolução de questões que, ao fim, continuam problemáticas. A partir disso, insta frisar que a própria Constituição vangloria os povos indígenas, colocando-os em posição privilegiada de proteção no âmbito formal. Até mesmo no tocante infraconstitucional, como por exemplo, a Lei nº 10.639/03, traz em seu bojo uma relevância desses povos não somente para a cultura brasileira, mas também para que o conhecimento chegue até as pessoas, para que não haja mais violações aos direitos fundamentais dos indígenas.

Mas, ao contrário do idealismo supracitado, como expõe Pachukanis em sua mais célebre obra “Teoria Geral do Direito e Marxismo”, Boyer em sua Teoria da Regulação, e Mascaro em sua obra “Estado e Forma Política”, a realidade vivida é totalmente distinta da descrita nos ordenamentos jurídicos. Eivada em crises, a sociedade brasileira capitalista está em constantes abalos, e um deles foi a notícia da crise do povo indígena Yanomami, que corre risco de se desintegrar por conta de um genocídio em massa que vem sendo causado não apenas pelos garimpeiros, mas pelo próprio governo, que faz parte desse conglomerado sistêmico chamado capitalismo.

A situação é ainda mais extrema levando em consideração o número de pessoas indígenas que habitam o território Yanomami, o qual possui 28 mil indígenas e foi tomado por mais de 20 mil garimpeiros, em que a maioria são armados (G1, 2023). Dentre tais povos, não há apenas os maiores de idade, pelo contrário, existe um número significativo de crianças, as quais sofrem com o descaso e desumanidade como a desnutrição.

Diante do exposto, com os espeques nas teorias críticas do direito de vieses marxistas, a partir da conceituação das ideias centrais dos direitos fundamentais dos povos indígenas previstos na Constituição, o presente estudo tem como objetivo analisar brevemente, por meio do método dedutivo, utilizando informações já existentes, como matérias textuais, acadêmicas, e documentos oriundos de órgãos públicos, a crise humanitária existente no povo indígena Yanomami e como o direito não dá conta de acabar com tamanha atrocidade, demonstrando que o interesse político e econômico se sobrepõem sobre os direitos fundamentais do povo Yanomami, sendo, portanto, os principais causadores de tal crise. A pesquisa se caracteriza como pesquisa descritiva e exploratória, uma vez que foi investigado como o cenário caótico da crise humanitária aconteceu.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais, em síntese lógico-formal, são aqueles previstos no rol do título II da Constituição Federal, englobando direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade e direitos políticos. Sendo que possuem extrema importância no sistema jurídico

pátrio, pois são observados como aqueles protetivos, que garantiriam o mínimo necessário para que um indivíduo existisse de forma digna.

Alguns desses direitos fundamentais, por assim dizer, possuem ainda mais relevância na Constituição, sendo chamados de direitos-matriz. Quais sejam, eles estão, em nosso ordenamento jurídico, dentre aqueles previstos no *caput* do art. 5º da CF, ou seja, a isonomia, direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (SARLET, 2022).

Principalmente por conta do princípio da isonomia, um dos principais direitos fundamentais previstos na Constituição, que é definido como sendo aquele que não observa distinção de qualquer natureza, seja raça, cor, sexo ou etnia, é que os povos indígenas são dotados dos mais amplos direitos previstos na Carta Magna e em leis infraconstitucionais. Por conta desse motivo, é que se tem a ideia de que essas pessoas humanas também deveriam ter seus direitos efetivados de maneira concreta, não apenas se limitando ao campo da norma positivada.

Ainda no âmbito constitucional, o rol dos direitos fundamentais é exemplificativo, estando contidos nos mais variados dispositivos legais constitucionais. Um exemplo recente, que, inclusive, foi pauta de discussão no STF, é a questão da demarcação das terras indígenas, muito por conta do disposto no artigo 231 da CF.

A relevância da proteção dos índios com relação à proteção dos seus direitos fundamentais é tamanha, que o capítulo VIII do título VIII da Constituição supostamente cidadã, dispõe especificamente sobre os índios. Dispõe o artigo 231 da CF o seguinte:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Portanto, são inúmeros os direitos fundamentais dos povos indígenas previstos na Constituição Federal, sendo que, em tese, deveriam ser respeitados de maneira significativa, até mesmo pelo Ministério Público (art. 232, CF), que tem o dever de intervir em todos os processos envolvendo os índios, as comunidades e as organizações.

Entretanto, conforme restará exposto abaixo, a efetivação dos direitos fundamentais independe de qualquer ação estatal ou positivação dos direitos em lei, haja vista que o direito é revestido de uma forma jurídica, que garante, principalmente no Brasil, a sobreposição dos interesses econômicos dos agentes capitalistas sobre os direitos fundamentais indígenas, especificamente, no tocante ao trabalho, do povo Yanomami.



Ou seja, o direito é perpassado por interesses mercadológicos e o contexto histórico brasileiro perpetua tal cenário, sendo que a crise humanitária da população yanomami expôs cristalinamente a contradição existente entre o contido dentro do texto legal constitucional e a realidade vivida.

## **2.1. Efetivação dos direitos fundamentais**

Sem dúvidas, um dos principais problemas do direito atual é a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas humanas, principalmente das camadas vulneráveis da sociedade, haja vista que constantemente ocorrem sérias violações, que contrastam severamente a leitura do texto constitucional diante da realidade percebida. A questão da crise humanitária yanomami, por exemplo, não foge a essa questão.

As condições são discutidas sempre com forte pressão ideológica e, conseqüentemente, sob um ponto de vista econômico, justamente pela ideologia capitalista vivida, que causam justamente às ineficiências das “inúmeras” soluções estatais para que haja uma efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, estratégias estatais possuem um grande potencial de fracasso, diante da real estrutura envolvendo a sociedade brasileira capitalista e o racismo estrutural amplamente presente nas ideias de Silvio Luiz de Almeida.

Como exemplos das fracassadas ações supracitadas, estão as ações judiciais mencionadas pelo Ministério Público Federal, que em reportagem ao G1, citou 03 (três) principais medidas que estão em trâmite em defesa dos povos Yanomami, Yakuana e outros em situações semelhantes de isolamento e descaso. Sendo elas: A de 2019, no primeiro ano do governo Bolsonaro, em que o órgão ajuizou uma ação para que a ordem judicial de instalação de três bases de proteção etnoambiental da Fundação Nacional dos Povos Indígenas em pontos estratégicos da Terra Indígena Yanomami fosse cumprida pelo governo federal, sendo que a natureza jurídica da medida foi determinada em ação civil pública ajuizada dois anos antes, com o objetivo de reprimir ação de garimpeiros na região.

A segunda, ocorreu durante a pandemia de Covid-19 e diante do que foi denominada de "inércia do governo federal", em que o Ministério Público Federal acionou a Justiça para que a União, Fundação Nacional dos Povos Indígenas, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e ICMBio fossem condenados a apresentar plano emergencial de ações e respectivo cronograma para monitoramento territorial efetivo da Terra Indígena Yanomami, sendo que, mencionada ação também cobrou medidas para o combate a ilícitos ambientais e a expulsão de garimpeiros da região. Houve decisão favorável do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) nesse tocante.

E, por fim, ocorreu ainda o ingresso de ação judicial no Supremo Tribunal Federal (STF)

cobrando a retirada de garimpeiros e a proteção territorial da Terra Yanomami, por meio da ADPF 709. Como já mencionado, resta evidente que as medidas foram falhas, haja vista que até a presente data a situação caótica envolvendo os indígenas está longe de ser solucionada.

Desta maneira, adentrando ao cerne crítico da ineficácia das medidas jurídico-estatais, mais especificamente com relação à estrutura social e sua relação com a ineficácia das ações estatais jurídicas para o combate às atrocidades cometidas contra os indígenas, como a população Yanomami, insta frisar as chamadas formas sociais.

Todas, segundo Mascaro, derivam da forma mercadoria e se relacionam dentro do sistema capitalista, mais especificamente as formas jurídica e política, conformando-se, sendo conceitos elaborados e trazidos por Mascaro de forma inédita em sua obra *Estado e Forma Política*.

Importante destacar que isso ocorreu com a influência de autores como Marx, que escancarou toda a estrutura contraditória capitalista e deu suporte inicial para toda a forma crítica do pensamento marxista atual e Pachukanis, jurista soviético que desvendou a forma jurídica e rompeu com o pensamento tradicional do direito jus positivista (MASCARO, 2013).

Mais importante para o trabalho são as formas jurídica e estatal, que, em síntese, garantem toda a produção capitalista exploratória e a sobreposição dos interesses econômicos, em detrimento de todos os direitos dos povos indígenas Yanomami. Dessa forma, resta evidente que as formas sociais possuem papel crucial diante do contraste contraditório da descrição formal constitucional dos direitos expressos dos índios com a realidade vivida, levando em consideração os assassinatos em massa que estão ocorrendo.

Portanto, sabendo da lógica das formas sociais capitalistas, e diante da comprovação de que as medidas estatais e judiciais são ineficazes ao combate de toda a crise humanitária envolvendo os Yanomamis, vê-se que as ideias reformistas e imediatistas vigentes não garantem dignidade e segurança.

Desta maneira, deve-se o debate se expandir para além do que a mídia noticia diariamente, tendo em vista que o real problema é estrutural, e que a mídia também tem papel fundamental também na propagação das formas sociais, tendo amplo interesse econômico nas relações sociais.

### **3. OS INDÍGENAS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Os indígenas são povos que habitavam no continente americano antes da colonização, no ano de 1986, a Organização das Nações Unidas adotou uma definição técnica:

As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras

seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos (online).

Segundo a Fundação Nacional dos Povos Indígenas, antes do início da colonização viviam no Brasil mais de três milhões de índios de variados grupos. Atualmente, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano de 2010, viviam no Brasil aproximadamente novecentos mil índios, sendo os Yanomami os maiores em população.

No mês de agosto do ano de 2022, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística iniciou a coleta de um novo censo demográfico, sendo que tal coleta terminou em 28 de fevereiro de 2023.

Em primeiro de março de 2023 foi iniciada a etapa de apuração dos dados coletados, entretanto, devido a magnitude da pesquisa a apuração ainda não se encerrou. Por meio desse novo censo demográfico, será possível acompanhar a população indígena.

Os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística como também pela Fundação Nacional dos Povos Indígenas, demonstram que a população indígena está em uma crescente extinção.

A crescente extinção pela qual passa a população indígena ocorre devido à histórica não efetivação dos direitos básicos, que são garantidos constitucionalmente.

Os direitos indígenas acabam ficando em segundo plano de acordo com os interesses políticos e econômicos. Em retrospecto histórico, a Carta Régia de 1609 garantia liberdade, remuneração por serviços prestados e a proibição de trabalho obrigado, discorrendo o seguinte texto:

[...] E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito captiveiro em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquellas (sic) partes do Brazil (sic) por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram baptizados (sic), e reduzidos a nossa Santa Fé Catholica, com os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias (sic); os quaes todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constringidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que delles (sic) se servirem nas suas fazendas, lhes agarão (sic) seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem.

Posteriormente em 1611, foi garantido aos indígenas o direito à terra.

E os Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, sem sobre ellas se lhes fazer moléstia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitánias e logares (sic), que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer.

Já em 1680, por meio do Alvará Régio a Coroa Portuguesa declarou que os indígenas eram senhores de seu domínio.

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem (sic), e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o

Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam (sic) dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.

A Carta Régia de 16 de março de 1819 e as provisões de Julho do mesmo ano, garantiu aos indígenas o domínio das terras, declarando-as inalienáveis e nulas de concessões. Percebe-se que no período Colonial, a Coroa Portuguesa se preocupou em garantir autonomia aos povos indígenas.

Entretanto, os índios eram considerados selvagens, e a “boa conduta” portuguesa em garantir autonomia aos povos indígenas, também tinha interesse em domesticar os nativos, por meio da catequização.

A norma portuguesa, era algo no plano abstrato, jamais foi cumprida efetivamente, e os índios que não se submetessem a catequização eram punidos severamente.

Com a independência do Brasil e a Promulgação da Constituição de 1824, os direitos e garantias indígenas foram deixados de lado, ou seja não foram reconhecidos constitucionalmente.

Igual à Constituição de 1824, a primeira Constituição da República também não fez referência aos povos indígenas. Foi somente na Constituição de 1934 que houve menção aos indígenas, onde foi garantido a posse de terras e a incorporação dos indígenas na comunhão nacional.

A Constituição de 1937, somente mencionou o respeito à posse de terras indígenas. A Constituição de 1946, afirmou o disposto na Constituição de 1934. Já com a promulgação da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, garantiram aos povos indígenas o usufruto de suas terras.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, tratou dos índios de forma detalhada, discorrendo o artigo 231 e 232:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Além das garantias expostas, o artigo 215 da Constituição Federal de 1988 previu a obrigação de proteção às manifestações culturais indígenas. Ainda, o artigo 210 do mesmo código, assegurou o acesso ao ensino fundamental.

Como abordado, a Constituição Federal de 1988 é clarividente a respeito dos direitos e garantias dos povos indígenas. Em que pese haver garantias diretas aos povos indígenas, as garantias constitucionais são entendidas de forma extensiva.

Dessa forma, todo texto previsto na Constituição abarca os povos indígenas, como o direito à educação, trabalho, vida, meio ambiente, liberdade religiosa, entre outros.

Entretanto, devidos aos interesses políticos e principalmente econômicos, tais direitos são vistos como entraves ao desenvolvimento do país, fazendo com que inexista efetivação.

Historicamente, os povos indígenas sempre tiveram seus direitos violados, tendo passado por um genocídio histórico, visto a diminuição de indígenas. Segundo o Relatório de Violência do Conselho Indigenista Missionário de 2018, 767 terras indígenas aguardam regularização, o que aumenta a violência para com os índios.

No mesmo relatório, foi destacado que entre 2003 a 2017, 1.119 indígenas foram assassinados, sendo que no ano de 2017 houve 68 assassinatos. Dados como os apresentados demonstram o descaso do poder público.

A não demarcação de terras, é o principal causador do cenário caótico em que vivem os povos indígenas, o que leva a crise humanitária que vige com com os povos Yanomami.

O Estado brasileiro atua descentralizadamente, sendo que a União é a junção do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, os quais atuam de forma harmônica e independente entre si.

Visto que o Estado brasileiro é descentralizado, o Ministério da Justiça delegou a demarcação das terras indígenas à Fundação Nacional dos Povos Indígenas, e após a demarcação, é a responsável pela Declaração dos Limites da Terra, como também enviar ao Presidente da

República para homologação por meio de decreto. Dessa forma, percebe-se que a demarcação de terras é competência do Poder Executivo.

No ano de 2019 o ex-presidente Jair Bolsonaro, retirou a competência de demarcação de terras da Fundação Nacional dos Povos Indígenas, transferindo para o Ministério da Agricultura, entretanto, o Congresso Nacional rejeitou tal iniciativa, como também a Suprema Corte.

O Poder Legislativo é dotado de “bancadas” que possuem um poder financeiro muito alto, entre elas, estão as bancadas do ruralistas, bancada da mineração, bancada das empreiteiras e construtoras, que atacam sistematicamente os direitos indígenas, com a intenção de se beneficiarem.

Tais bancadas, visam constantemente a mudança da legislação indigenista, com o intuito de extinguir ou modificar a demarcação de terras.

Já o Poder Judiciário é o responsável por resolver possíveis imbrólios judiciais que envolvam os direitos indígenas.

Analisando o exposto, percebe-se que o Poder Legislativo, por meio da bancadas “anti-indígenas”, atua de forma a não garantir os direitos constitucionais, como por exemplo, a implantação da portaria 303/2012, que fragilizou a defesa do direito dos povos às suas terras tradicionais e restringiu a atuação dos advogados da União em muitos processos, uma vez que eles serão obrigados a observar as ditas condicionantes indiscriminadamente

O Parecer 001/2017 e a MP 870/2019 reeditada pela MP 886/2019, que, na prática, analisando a finalidade das propostas, dificultaram qualquer possibilidade de avanço em relação à efetivação de direitos indígenas a partir da demarcação de seus territórios, cabendo ao Poder Judiciário intervir na situação e garantir tais direitos.

Portanto, percebe-se que o interesse econômico se faz presente, influenciando na não efetivação dos direitos indígenas.

#### **4. CRISE HUMANITÁRIA DOS POVOS YANOMAMI**

No início do ano de 2023, foi dado publicidade a grande crise humanitária que a população indígena Yanomami enfrenta.

Por meio de portaria publicada em 20 de janeiro de 2023, o Ministério da Saúde brasileiro decretou emergência de saúde pública no território indígena Yanomami, devido a desassistência sanitária que enfrentam.

A crise humanitária enfrentada pelos indígenas Yanomami passou por um descaso do governo federal entre os anos de 2019 a 2022, levando à morte de aproximadamente 570 crianças de 1 a 4 anos de idade, fato que restou evidente com os noticiários do início do ano de 2023, escancarando a gravidade da situação.

É importante salientar que a maioria das vidas ceifadas se deu por doenças simples que quando tratadas com medicamentos não provocam a morte, como pneumonia e diarreia. Ainda, grande parte das mortes ocorreram por desnutrição, que é gerada devido a falta de alimentação.

Existem diversos problemas que vulnerabilizam as condições dos povos Yanomami, desde a localização a questões hodiernas. Por exemplo, o difícil acesso ao território indígena dificulta o acesso à saúde básica, que o governo federal deixou de prestar.

Dentre as questões hodiernas, este trabalho considera o garimpo ilegal a mais significativa expressão da predominância do interesse econômico em relação aos direitos previstos aos povos indígenas.

Segundo a Hutukara Associação Yanomami, no ano de 2022 houve um crescimento de 309% no desmatamento devido ao garimpo ilegal quando comparado com o ano de 2018.

O garimpo ilegal é o maior responsável pela crise humanitária, visto que a exploração do território indígena levaram a contaminação de seus campos, como prejudicou a caça, a pesca e destruiu as árvores frutíferas de tais povos.

Devidos a essa situação causada pelo garimpo ilegal, os povos indígenas sofreram grandes impactos sanitários, ambientais, socioculturais e econômicos.

Ainda, o garimpo é responsável pela propagação de malária devido às crateras com água parada, gerada pelas atividades típicas do garimpo. Segundo o Ministério da Saúde entre 2020 e 2021 foram registrados mais de 40 mil casos da doença.

Aliado a essa situação, o descaso do governo federal ao não prestar assistência ao povo Yanomami, fez com que os garimpeiros tomassem posse da infraestrutura que já era precária, como por exemplo a tomada de postos de saúde

Devido o emprego de extrema violência por parte dos garimpeiros, a distribuição de medicamentos e até mesmo de alimentos restou prejudicada, agravando cada vez mais a crise humanitária.

O território indígena sempre foi causa de preocupação quando se trata de direitos garantidos constitucionalmente, entretanto, nos últimos 4 anos a situação se agravou devido a total falta de atenção por parte governo federal.

O poder executivo que deveria tomar os cuidados necessários para garantir tais direitos não o fez. Segundo a Hutukara Associação Yanomami, os postos de saúde foram completamente abandonados, o que facilitou a tomada pelo garimpo, o não envio de medicamentos, ou o envio de medicamentos com prazo de validade próximo do vencimento, os indicadores de saúde não foram atualizados.

Importante salientar que no ano de 2020, o Ministério da Saúde deixou de enviar

cloroquina para o tratamento de malária. Medicamento esse, utilizado para o tratamento de tal enfermidade.

Causa estranheza que o mesmo Ministério da Saúde distribuiu cloroquina para o tratamento de covid-19, mesmo tendo a Organização Mundial de Saúde rejeitado o uso desse medicamento para covid-19. Destaca-se que o então presidente Jair Bolsonaro, incitou por diversas vezes o uso de cloroquina para o tratamento de covid-19, contrariando médicos e a ciência.

Outro fato que causa indignação é que no ano de 2019, 90% das crianças indígenas eram monitoradas, em 2022 o número caiu para 75%, entretanto a desnutrição também caiu, mascarando a verdadeira situação.

Os discursos do ex-presidente Jair Bolsonaro nada ambientalista, como também a ausência de fiscalização e a não demarcação do território indígena, são fatores essenciais para a atual situação, sendo que o Ministério Público Federal atribui a situação caótica ao descaso do Governo Federal em não atender as necessidades do povo Yanomami. O Ministério Público Federal também destacou o descumprimento de ordens judiciais por parte do executivo.

Importante salientar que o Ministério Público Federal em ação conjunta com a Polícia Federal, deflagrou uma operação que resultou na descoberta de fraude na compra de medicamentos destinados à etnia Yanomami, o que deixou aproximadamente 10 mil crianças sem medicamentos.

As atitudes do Governo Federal podem ser enquadradas nos crimes previstos na Lei 2.889 de 1956, que discorre em seus artigos 1º e 3º:

Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: (Vide Lei nº 7.960, de 1989)

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Art. 3º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º:

O atual cenário em que se encontra a etnia Yanomami se confunde com o previsto na Lei supracitada.

#### **4.1. Existe perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas**

Até a presente perspectiva do trabalho, foram evidenciados alguns problemas envolvendo a crise humanitária Yanomami e como os direitos fundamentais são amplamente violados, mesmo com uma mobilização do atual governo, por meio dos envios das forças armadas e decretação de emergência de saúde pública.



Portanto, para explicar detidamente a causa de tudo isso, a abordagem da perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas passará por uma análise crítica, a partir de uma teoria que tem a CRISE como tema central da análise, que é a chamada Teoria da Regulação de Robert Boyer e outros.

Como já mencionado no primeiro capítulo, a teoria da regulação possui forte influência dos conceitos mais gerais e abstratos acerca do marxismo e de suas teorias derivadas, além dos temas fundamentais acerca da sociabilidade capitalista, quais sejam, as suas formas sociais, ou seja, de modo geral, qual é o papel do próprio Estado.

Além disso, a supracitada teoria leva em consideração como funciona a reprodução capitalista por meio das formas sociais, o porquê é caracterizada como uma sociedade contraditória, exploratória e envolta em acúmulo e regulação, bem como diante da compreensão da lógica da relação da conformação entre formas política estatal e jurídica, trazidas por Pachukanis.

Portanto, resta evidente que, para a teoria da regulação, a crise está sempre presente na sociedade capitalista instável e contraditória, variando apenas em momentos de efetiva crise ou de falsa estabilidade, o que comprova detidamente o porque a crise Yanomami não se finda, haja vista que tal crise é derivada do insaciável impulso do mercado, que toca toda a sociabilidade capitalista moderna (BOYER, 2009).

Detidamente, como já expressado ao longo do trabalho acadêmico, os interesses envolvendo o território Yanomami são inúmeros, desde os gananciosos garimpeiros até os membros da própria política estatal, principalmente pelo governo anterior, que negligenciou de forma grotesca a causa dos povos indígenas, em que os interesses têm por produto final a exploração e a troca das mercadorias envolvendo a população.

Desta maneira, diante desse cenário caótico, e partindo das ideias da Teoria da Regulação, principalmente dos seus termos médios, resta evidente que o modo de regulação (que é um conceito concreto que menciona quais são as ações estatais que permitem que o Estado regule as relações sociais) deste período de crise yanomami é marcado pela negligência do governo e a edição de decretos e leis que levam à equivocada idéia de que o Estado se importa com a população.

Por outro lado, o modo de regulação supracitado é garantido por um regime de acúmulo viável aos garimpeiros e governantes, restando evidente que a crise Yanomami não terá fim, e conseqüentemente, as garantias fundamentais constitucionais não serão efetivadas.

Por outro lado, não é papel deste trabalho acadêmico trazer soluções imediatistas para o problema da crise Yanomami, mas sim, evidenciar de uma maneira crítica como o sistema está envolto e garante totalmente esse cenário caótico em favor do Estado e dos interesses dos envolvidos.

Desta maneira, a partir dessas constatações, ao menos, poderão ser tomadas outras medidas realmente efetivas a partir de uma análise mais detalhada da crise que perpetua o povo Yanomami, principalmente sob o prisma da Teoria Regulação e Marxista.

Em continuidade, com a queda da tendência a um Estado intervencionista, o neoliberalismo tornou a esfera penal a grande vitrine. Como a mera criação de novos tipos penais não exige gasto algum na implementação de novas políticas públicas, houve um inchaço de leis nesse sentido, sem a mínima efetividade.

Como exemplo, para Salo de Carvalho, da forma como existe atualmente, é fortemente marcado por uma “esquizofrenia legislativa na abundante produção de leis, sendo tal sistema acometido por uma 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).

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)

Tais perspectivas dos autores supracitados deixa ainda mais evidente que a própria forma jurídica desvendada por Pachukanis faz parte de todo esse conglomerado de dominação do sistema capitalista, sendo que as próprias edições de leis e reformas servem para mascarar um problema muito mais amplo, que é a crise do capital. Tal fato ocorre quando há influência de outras áreas da população, como as indígenas, que não mais vêm na Constituição a esperança de um mundo melhor.

Por conta disso, resta evidente que a perspectiva futura de uma verdadeira efetivação das garantias fundamentais do povo Yanomami, e das demais etnias indígenas de um modo geral, é mínima tendo em vista que a crise faz parte do mundo capitalista em que vivemos. Especificamente com relação ao Brasil, como a população indígena yanomami adentra a camada mais vulnerável da sociedade, tais pessoas sofrem insistentemente com toda essa dominação estrutural.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como explanado ao longo de toda análise crítica do trabalho em comento, a crise Yanomami não se resume apenas às violações aos direitos fundamentais desse povo, sendo um problema além de toda análise da legislação. Desta forma, apenas partindo de uma análise crítica política, social e jurídica do porquê as crises ocorrem, é que se poderá compreender a dimensão de

toda a desumanidade que vem ocorrendo. Por exemplo, o próprio direito penal atual passa por uma ótica punitivista seletiva, sofrendo as punições por conta das contradições quem se encontra nas mazelas da sociedade.

Portanto, a Constituição, as normas infraconstitucionais, o envio das forças armadas para mobilizar a área Yanomami afetada, são insuficientes levando em consideração a força que o Estado possui na dominação das pessoas, principalmente as consideradas vulneráveis, estando a sociedade perpetuada por esse modo de regulação e regime de acúmulo fortíssimos, haja vista que o Estado assume uma reconfiguração que é compatível com a nova forma de acúmulo, sendo, desta maneira, determinado pelo valor. A economia, desta feita, é apartada da realidade, pautada na valorização do valor, que é o princípio mercadológico que submete tudo ao seu eixo, sendo que apenas a verdadeira luta e uma análise ampla sob a ótica crítica poderá realizar uma verdadeira mudança e uma retomada aos direitos fundamentais garantidos dos povos indígenas.

Enquanto tudo for submetido à lógica capitalista, sempre os indivíduos que não forem harmoniosos com a valorização do valor estarão sujeitos ao esquecimento e ao infortúnio. A teoria da regulação serve para mostrar diferentes variações de crises de cada capitalismo específico, a partir das adoções dos seus termos médios de modo de regulação e regime de acúmulo, que no caso brasileiro, são primordialmente focados nos vulneráveis, se encaixando perfeitamente o povo yanomami, desarmoniosos com a valorização do valor.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo estrutural / Sílvio Luiz de Almeida**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

**Alvará Régio de 01 de abril de 1680**. Disponível em: <<http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>>. Acesso em: 14 de Março de 2023.

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;

BOYER, Robert. **Teoria da regulação: os fundamentos**. Tradução de Paulo Cohen. 1ª ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2009;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988;

BRASIL. **Decreto n. 736, de 6 de abril de 1936**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-736-6-abril-1936-472619-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 de Março de 2023.

BRASIL, **Histórico de Carta Régia.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/carta-regia>. Acesso em: 10 de Março de 2023.

BRASIL. **Lei de 10 de setembro de 1.066.** Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-10-desetembro-de-1611.html>. Acesso em: 10 de Março de 2023.

BRASIL. **Lei de 30 de julho de 1609.** Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>. Acesso em: 10 de Março de 2023.

BRASIL. Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o **Estatuto do Índio**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 15 de março de 2023.

BRASIL. Lei Federal n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm). Acesso em: 09 de Março de 2023.

BRASIL. Lei nº 2.889/56. **Define e pune o crime de genocídio.** Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional: Planalto Central, 1956;

BRASIL, Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019. **Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, 1º de janeiro de 2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm). Acesso em: 08 de Março de 2023.

BRASIL, **Medida Provisória nº 886, de 18 de junho de 2019.** Altera a Lei nº 13.844, de 18 junho de 2019, a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, a Lei nº 12.897, de 18 de dezembro de 2013, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, para dispor sobre a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Brasília, DF, 18 de junho de 2019 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/mpv/mpv886.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/mpv/mpv886.htm). Acesso em: 08 de Março de 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Nota pública: MPF destaca medidas adotadas para proteção de povos que habitam a TI Yanomami. Brasília, DF, 23 de janeiro de 2023.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/nota-publica-6ccr-terra-yanomami>. Acesso em: 08 de Março de 2023.

BRASIL, Portaria GM/MS nº 28, de 20 de janeiro de 2023. **Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência de desassistência à população Yanomami.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svsa/resposta-a-emergencias/coes/coe-yanomami/publicacoes-tecnicas/decretos-e-portarias/portaria-gm-ms-no-28-de-20-de-janeiro-de-2023/view#:~:text=Declara%20Emerg%C3%Aancia%20em%20Sa%C3%BAde%20P%C3%BAblica,de%20desassist%C3%Aancia%20%C3%A0%20popula%C3%A7%C3%A3o%20Yanomami>. Acesso em: 09 de Março de 2023.

BRASIL, **Portaria 303/2012.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>. Acesso em: 09 de Março de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania.** São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/quem/historia/spi.htm>>. Acesso em: 15 de Março de 2023.

GARIMPO ilegal na Terra Yanomami cresceu 54% em 2022. **Portal G1.** Boa Vista, RR, 01 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2023/02/01/garimpo-ilegal-na-terra-yanomami-cresceu-54percent-em-2022-aponta-levantamento-de-associacao.ghtml>. Acesso em: 12 de Março de 2023.

IBGE, **Censo 2010.** Disponível: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticiascensobusca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>>. Acesso em: 15 de Março de 2023.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política.** Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017;

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas.** 2. ed. Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: Unesco, 2009. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 15 de Março de 2023.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 15 de Março de 2023.

PALOSCHI, Dom Roque et al., **Relatório da Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2018.** Conselho Indigenista Missionário – Cimi. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf> . Acesso em: 12 de Março de 2023.

QUASE 100 crianças morreram na Terra Indígena Yanomami em 2022, diz Ministério dos Povos Indígenas. **Portal G1.** Boa Vista, RR, 21 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2023/01/21/mais-de-500-criancas-morrem-na-ti-yanomami-e-lula-deve-decretar-estado-de-calamidade-publica.ghtml>. Acesso em: 12 de Março de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: **Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988.** 1ª ed. Londrina/PR. Editora Troth, 2022;

SAÚDE, **Ministério da. Portaria GM/MS nº 28/2023.** DOU; Data da publicação: 20 de janeiro de 2023.

# OS DESAFIOS À INCLUSÃO DIGITAL E A RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dirceu Pereira SIQUEIRA<sup>1</sup>  
Mayume Caires MOREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo relacionar o tema inclusão digital, os seus desafios e os direitos da personalidade, a fim de responder as seguintes problemáticas: quais os principais desafios enfrentados no processo de inclusão digital? Quais as repercussões aos direitos da personalidade? Para isso, utiliza do método dedutivo e da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica não sistemática realizada por meio da pesquisa de artigos e livros acerca da temática, coletados nas bases dados: EBSCOhost, Google Acadêmico, SSRN, SciELO e o Portal de Periódicos da CAPES. Ao final, constata-se que os principais desafios à inclusão digital estão relacionados à falta de letramento digital e de acesso e infraestrutura à rede, e que esse contexto ocasiona na ofensa aos direitos da personalidade.

**PALAVRAS – CHAVE:** Inclusão digital; Exclusão digital; Capitalismo de vigilância; Direitos da Personalidade.

## ABSTRACT

This research aims to relate the theme of digital inclusion, its challenges and the rights of personality, in order to answer the following questions: what are the main challenges faced in the process of digital inclusion? What are the repercussions on the rights of personality? To do so, the deductive method is used, essentially bibliographical, by researching articles and books on the subject, collected from the following databases: EBSCOhost, Google Scholar, SSRN, USP's theses and dissertations database, SciELO, and the CAPES Periodical Portal. In the end, it finds that the main challenges to digital inclusion are related to the lack of digital literacy and access and infrastructure to the network, and that this context leads to offenses against the rights of personality.

**KEYWORDS:** Digital inclusion; Digital exclusion; Surveillance capitalism; Personality rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos principais desafios na sociedade dos tempos atuais é a inclusão digital. O contexto

- 
- 1 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 no curso de graduação em direito 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.
  - 2 Doutoranda em Direito e Mestre em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós- Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da UniCesumar, na linha de pesquisa com enfoque nos instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Graduada em Direito pela Universidade Cesumar de Maringá - UNICESUMAR, com bolsa PROUNI (Programa Universidade para Todos- Governo Federal). Assistente Editorial da "Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) - Qualis/Capes B1". Integrante do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas e Instrumentos Sociais de Efetivação dos Direitos da Personalidade". Professora Universitária. Advogada.

digital é uma realidade, pois que cada vez mais a relação homem e sociedade está sendo intermediada pelas tecnologias da informação e comunicação (TICs).

Entretanto, resultado desse processo de inserção das pessoas no ambiente digital surgem inúmeras repercussões, positivas e negativas. Isso porque o avanço tecnológico tem trazido diversos benefícios para a sociedade em geral, porém, essa evolução tem gerado excluídos e desiguais, ou seja, uma separação entre aqueles que têm acesso às TICs e os que não têm, ou quando tem de forma precária. Ainda, as tecnologias fizeram emergir uma nova lógica de vigilância, operacionalizada pelos capitalistas de vigilância, em que os usuários sequer sabem que estão sendo vigiados.

A inclusão digital está relacionada à capacidade de todas as pessoas acessarem e utilizarem as tecnologias de forma isonômica e efetiva. Sendo assim, tem-se por objetivo geral identificar os desafios à inclusão digital no contexto das tecnologias da informação e comunicação e a relação com os direitos da personalidade.

Os Direitos da Personalidade são aqueles direitos que visam a proteção dos atributos de exteriorização da personalidade, seja do indivíduo em si mesmo e/ou em suas projeções sociais. Advêm das transformações sociais, econômicas, políticas, jurídicas e culturais ocorridas após o período pós-guerra, e foram positivados no Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 11 a 21.

Diante do exposto, propõe-se a responder às seguintes problemáticas: quais os principais desafios enfrentados no processo de inclusão digital? Quais as repercussões aos Direitos da Personalidade?

Para tanto, a pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo, pois parte-se de conclusões gerais para então chegar às premissas particulares. Como técnica de investigação, emprega a revisão bibliográfica não sistemática nacional e estrangeira não sistematizada, por meio de artigos, livros, físicos e eletrônicos, dissertações e teses aplicáveis a temática, disponíveis em bases de dados de plataformas nacionais e estrangeiras, como EBSCOhost, *Google Acadêmico*, SSRN, banco de teses e dissertações da USP, SciELO e o Portal de Periódicos da CAPES.

Por fim, a pesquisa se divide em três seções. Na primeira aborda-se as três dimensões da inclusão digital, com objetivo de investigar a inclusão digital em suas vertentes e necessidades. Na segunda seção investiga-se os desafios à inclusão digital, tendo como delimitação, as técnicas de vigilância empregadas pelos capitalistas de vigilância e a exclusão e desigualdade ocasionada pelo ambiente digital. Por fim, na última seção analisa-se a relação da inclusão digital com os direitos da personalidade, abordando a noção de personalidade, direitos da personalidade, direito à autodeterminação informativa e à integridade psíquica.

## 2 AS TRÊS DIMENSÕES DA INCLUSÃO DIGITAL

Constitui um dos principais desafios dos tempos atuais a inclusão de grupos vulneráveis e minorias no ambiente digital. O paradigma das tecnologias de informação modificou a forma com que as pessoas se relacionam em sociedade, uma vez que transportou o indivíduo para o ambiente digital, o que por sua vez, ocasionou na imprescindibilidade dessas ferramentas para o exercício de atividades diárias.

De forma sucinta, com objetivo de situar o leitor, entende-se por tecnologias da informação e comunicação (TICs) toda e qualquer ferramenta aplicada no processo de gerenciamento e disseminação da informação e intermediação da comunicação. Nas palavras Sanchez (2003, p. 4) as TICs são:

[..] um conjunto de recursos tecnológicos usado para produzir e disseminar informações; são ferramentas que permitem arquivar e manipular textos, sons e imagens e que permitem que nos comuniquemos. Exemplos de recursos de TIC são o telefone (fixo e celular), o fax, televisão, as redes (de cabo ou fibra ótica) e, principalmente, o computador.

Desta forma, são tecnologias que facilitam a promoção e o exercício de direitos e garantias, possibilitando por exemplo o acesso célere à informação, à serviços públicos (e-Gov), à educação, ao trabalho, ao lazer e outros mais.

Todavia, é necessária a ressalva de que nem todos as pessoas estão inseridas nessa organização social, diga-se digital, pois diversos fatores sociais, histórico, cultural e mercadológico envolvem a inserção de pessoas ou grupos no ambiente digital.

A distribuição desigual, seja de capital, oportunidades e objetos é uma realidade que permeia a história da sociedade, uma vez que, em especial em uma economia capitalista, aquele que possui o poder de capital possui melhores condições de saúde, educação, moradia e outros mais. Sendo assim, não seria diferente com a distribuição das tecnologias da informação e comunicação, uma vez que os grupos vulneráveis e minorias sociais sofrem com mais uma fonte de exclusão: a digital.

Dito isso, tendo em vista as problemáticas da pesquisa (quais os principais desafios enfrentados no processo de inclusão digital? Quais as repercussões aos Direitos da Personalidade?) é importante mencionar que a inclusão digital se realiza em três dimensões, quais sejam: 1) inclusão digital como acesso à *Internet* e as ferramentas; 2) inclusão digital como alfabetização digital; e 3) inclusão digital como apropriação de tecnologias.

A primeira vertente tem como enfoque a garantia ao acesso às TICs, ou seja, tem como característica abordagens de inclusão por meio da disseminação de bens e serviços relacionados à informática e às telecomunicações, como por exemplo: computadores, celulares e outras formas de transmissão de dados, de acesso à *internet* e de conexão entre dispositivos. Assim, esta primeira



vertente resume-se como: inclusão = acesso às TICs. Já a segunda vertente, considera primordial o acesso aos meios físicos, porém evidencia a importância da alfabetização digital como elemento central de abordagem, pois considera que habilidades de uso das TICs são tão mais importantes que o acesso, logo pode ser resumida em: inclusão digital = alfabetização digital. Por fim, a terceira vertente tem como objetivo a apropriação das TICs, ou seja, além do acesso à infraestrutura e à alfabetização digital, julga ser necessário que as pessoas compreendam os significados técnicos das ferramentas, a fim de poder reinventar o uso deixando de ser apenas meros consumidores. Esta última vertente se resume em: inclusão digital = apropriação das TICs (MORI, 2011, p. 40).

Esse caminhar de inclusão, condiz com as formas de exclusão digital, uma vez que, nas palavras de Castells:

Um excluído digital tem três grandes formas de ser excluído. Primeiro, não tem acesso à rede de computadores. Segundo, tem acesso ao sistema de comunicação, mas com uma capacidade técnica muito baixa. Terceiro, (para mim é a mais importante forma de ser excluído e da que menos se fala) é estar conectado à rede e não saber qual o acesso usar, qual a informação buscar, como combinar uma informação com outra e como a utilizar para a vida. Esta é a mais grave porque amplia, aprofunda a exclusão mais séria de toda a História; é a exclusão da educação e da cultura porque o mundo digital se incrementa extraordinariamente (CASTELLS, 2005).

Desta forma, diante do avanço tecnológico e a maciça incorporação das tecnologias na sociedade, as políticas de inclusão devem priorizar para além do acesso à *Internet*, a infraestrutura que compreende também dispositivos para acesso e a questão do letramento digital, considerado pelo autor como o mais grave.

A inclusão digital como um meio de inclusão social nos tempos atuais deve contemplar a educação para o ambiente digital, tanto para questões técnicas de acesso a plataformas, redes sociais e solicitação de serviços *online*, mas também uma educação voltada à conscientização acerca do uso dos serviços/plataformas disponibilizados no ambiente digital.

A educação de conscientização engloba a ideia de trazer ao olhar do usuário/consumidor a lógica da rede, ou seja, toda a engrenagem mercadológica em torno do ambiente digital e o papel da pessoa nesse contexto.

Dito isso, é possível perceber que a inclusão digital, enfrenta desafios contemporâneos com relação ao capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2021) e o imperativo da transparência (HAN, 2019), assim como desafios históricos/sociais relacionados a desigualdade de distribuição de bens e serviços.

### **3 OS DESAFIOS À INCLUSÃO DIGITAL**

Diversos fatores interferem no processo de inclusão digital, isso porque as tecnologias permeiam grande parte das interações entre o homem e a sociedade. Alguns desses fatores são

consequências de um processo social e histórico de desigualdades que atingem grupos e pessoas específicas, independente do espaço e tempo. Todavia, há também desafios frutos dos tempos atuais, especialmente, relacionado ao imperativo da transparência e ao capitalismo de vigilância.

Diante do apresentado, tem-se como principais desafios a falta de letramento - para utilização consciente das plataformas e serviços disponibilizados na rede - e de acesso e infraestrutura à rede. Em razão disso, é objeto de estudo nesta pesquisa os seguintes desafios à inclusão digital: as técnicas de vigilância empregadas no ambiente digital, a exclusão e desigualdade digital.

O ciberespaço tem papel fundamental na atual organização, pois sendo a informação/dados pessoais a principal matéria prima, o ciberespaço passa a ser o meio *default* para a comunicação, assim como para o armazenamento da memória da humanidade (ALVES; SOUZA, 2016). Porém, ao mesmo tempo que possibilita diversas facilidades ao exercício de atividades diárias do usuário, em razão da cultura de auto-exposição, a vida hiperconectada se apresenta como um fenômeno preocupante a inclusão digital, uma vez que usuários ficam vulneráveis às práticas de mercado, bem como de controle e vigilância realizado pelo Estado e pelas multinacionais.

A transparência, resultado da auto-exposição da imagem, de dados e informações pessoais em massa, está infiltrada na lógica da rede, ao passo que grande parte dos usuários sequer tem dimensão da fragilidade da privacidade no ambiente digital e das consequências da auto-exposição de todos os aspectos da sua vida. Nas palavras de Byung-Chul Han (2017, p. 35):

O problemático não é o aumento das imagens em si, mas a coação icônica para tornar-se imagem. Tudo deve tornar-se visível; o imperativo da transparência coloca em suspeita tudo o que não se submete à visibilidade. E é nisso que está seu poder e violência.

O autor ensina que a exposição em massa e o desconhecimento da vigilância possibilita que o vento digital das tecnologias penetre tudo e torne transparente. O autor alerta que há um impositivo da transferência na rede em que “tudo que repousa em si mesmo, que se demora em si mesmo passou a não ter mais valor, só adquirindo algum valor se for visto” (HAN, 2017, p. 28).

Nesse contexto de transparência em massa, a experiência humana é monetizada, sendo transformada em dados, cujo processamento e gerenciamento tem tornado as informações pessoais no principal insumo da economia, bem como a vigilância, discretamente, faz com que as pessoas que estão sendo vigiadas sequer saibam que são manipuladas (FACHINI; FERRER, 2019).

Nos tempos atuais a vigilância ocorre por meio da coleta, mediante a utilização, o compartilhamento de dados e pelo monitoramento remoto, sob a justificativa de maior segurança da rede, melhoria na qualidade dos serviços, bem como tentativas de conter epidemias e crises sanitárias (TOBBIN; CARDIN, 2021).

Os dados e informações pessoais disponibilizados pelos usuários nas plataformas de empresas de saúde são alvos, também, de *hackers*, impulsionados pelas práticas de *ransomware*, que consiste em extorquir companhias por meio do sequestro de dados. Segundo pesquisas realizadas em 2022, as empresas do setor de saúde estão no radar dos cibercriminosos, sendo o principal alvo ao nível global, com uma alta de 90% no segundo trimestre de 2022, em comparação com o primeiro trimestre do mesmo ano. Os ataques por *ransomware* foi o que impulsionou a alta, uma vez que os dados foram coletados destacando monitoramento em tempo real, realizado pela Kroll, consultoria global de riscos, investigação empresarial e cibersegurança (INFOMONEY, 2022).

Nesse contexto estão os capitalistas de vigilância. A norte-americana Shoshana Zuboff (2019), em seu livro “A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder” estudou o capitalismo de vigilância, termo que se tornou popular atualmente devido aos seus estudos. A expressão simboliza uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais.

Nas palavras de Zuboff (2019, p. 420):

Quanto a essa espécie de poder, eu lhe dou o nome de *instrumentarianismo* e a defino como a *instrumentação e instrumentalização do comportamento para propósitos de modificação, predição, monetização e controle*. Nessa formulação, ‘instrumentação’ refere-se ao fantoche: a ubíqua arquitetura material conectada que participa da computação sensível, a qual, por sua vez, compila, interpreta e aciona a experiência humana. ‘Instrumentalização’ denota as relações sociais que orientam os titeriteiros para a experiência humana como capital de vigilância a nos transformar em meios para alcançar os objetivos alheios de mercado. O capitalismo de vigilância nos forçou a lidar com uma forma de capitalismo sem precedentes. Agora o poder instrumentário que sustém e amplia o projeto capitalista de vigilância obriga a uma segunda confrontação com o sem precedentes.

Os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebatar comportamento em busca de resultados lucrativos. Assim, por meio da transformação do conhecimento em poder, não basta mais automatizar o fluxo de informação sobre os indivíduos; a meta agora é automatizá-los; é a nova espécie de poder que a autora denomina de “instrumentarismo” (ZUBOFF, 2019).

Vê-se que cada vez mais os dados são processados e economicamente valorados, ao se converterem em informação, facilitando o intercâmbio e maximizando a qualidade nas empresas, já que cotidianamente os indivíduos vivenciam um processo de produção de dados e de informações passíveis de serem interpretados e comunicados (SOUSA; SILVA, 2020).

Diante disso, percebe-se que as novas técnicas de controle e vigilância tanto do corpo, quanto da mente são desafios à inclusão digital efetiva, pois se faz necessário conscientizar os usuários acerca dos riscos da auto-exposição no ambiente digital, a fim de que aquele que está

inserido consiga utilizar as ferramentas tecnológicas consciente das ferramentas de poder ali empregadas. Trata-se, nesses casos, da vertente da inclusão digital relacionada ao letramento digital, que vai além da educação para utilizar as ferramentas, abrangendo também a educação acerca da lógica da rede.

Dito isso, há dentre os critérios desta pesquisa, a análise de outros dois desafios à inclusão digital, a exclusão (aqueles que estão fora do ambiente digital) e a desigualdade (aqueles que estão dentro, porém em condição desigual).

Compreender o fenômeno da exclusão e da desigualdade digital simboliza olhar para os indivíduos e questionar a forma que o avanço das tecnologias da informação e comunicação ocorre pois, simultaneamente ao desenvolvimento das novas tecnologias, emerge o fenômeno da segregação digital, que simboliza a ausência ou obstáculos presentes no acesso às ferramentas tecnológicas (VELOSO, 2011).

A sociedade passa por um processo de mudança, ao passo que os termos pós-modernidade, alta-modernidade, modernidade líquida, modernidade tardia e sociedade de risco são utilizadas por diferentes autores para definir o momento de mudanças estruturais e institucionais que está se vivendo em grande parte do mundo desde o fim do século XX, com a intensificação da globalização (JUNIOR; SERRA; MESQUITA, 2020).

Sendo assim, há dois grandes momentos: o que antecede a globalização e o que sucedeu a globalização (pós-modernidade). Com a globalização, há um rompimento das fronteiras territoriais, comunidades e organização foram integradas e conectadas em uma nova organização de espaço-tempo, tornando o mundo mais interconectado. A influência desse processo de integração e conexão está além dos processos de ordem econômica, mas também é político, tecnológico e cultural e decorre em especial pelo desenvolvimento dos sistemas de comunicação (JUNIOR; SERRA; MESQUITA, 2020).

No ciberespaço é o novo espaço-tempo da comunicação e da informação, tornado possível pela revolução tecnológica, que criou um espaço-tempo virtual de âmbito global e duração instantânea. Todavia, o espaço eletrônico passa a ser considerado um novo ambiente para determinar quem está fora e quem está dentro.

A respeito da pertença no espaço eletrônico, tem-se que:

Em primeiro lugar, no que respeita ao acesso ao espaço electrónico, é já claro que as auto-estradas da informação não vão servir por igual todos os países, todas as cidades, todas as regiões, todos os grupos sociais que constituem a sociedade global. Também aqui, e tal como sucedeu na sociedade civil nacional, começa a desenhar-se uma distinção entre a sociedade civil íntima, que será abundantemente servida pela auto-estradas da informação, e uma sociedade civil incivil, que ficará fora delas. [...] A emergência do ciberespaço fará com que, para algumas das dimensões de sua reprodução social, esses grupos sociais subordinados transitem do sistema de desigualdade para o sistema de exclusão (SANTOS, 2010, p. 307).

Há uma nova marginalização com as transformações tecnológicas: a digital. A conectividade, as facilidades da *Internet*, as novas formas de exercer a cidadania, em especial por intermédio do e-Gov, não atingem a todos. Em seu significado usual, “a divisão digital” diz respeito à desigualdade de acesso à *Internet* (CASTELLS, 2003). Mas, conforme abordado, envolve também aqueles que estão inseridos no ambiente digital, mas possuem apenas uma ferramenta de acesso, assim como não sabem como utilizar as tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Segundo a pesquisa TICs Domicílios – indivíduos, referente ao ano de 2021 evidencia que as classes C e D/E, aqueles que possuem baixo grau de escolaridade e residem na área rural e nas regiões Norte e Nordeste do País são os grupos mais afetados pela exclusão e desigualdade digital, o que evidencia que há um somatório de desigualdades, uma vez que esses grupos que já enfrentam a desigualdade social, econômica e educacional, nos tempos atuais tem enfrentado a questão digital (CETIC, 2021).

Ademais, é importante salientar que a questão da exclusão e da desigualdade digital vai além da capacidade do cidadão/consumidor e sim do quanto de lucro as grandes empresas multinacionais de infraestrutura de telecomunicação podem lucrar em determinada localidade. A exclusão digital é reforçada, mantida e aumentada por ser considerada econômica tanto nas empresas multinacionais quanto na realização de políticas públicas, logo é o mercado que define quem será incluído ou excluído (GONÇALVES, 2011).

Sendo assim, o uso das TICs se caracteriza, ao mesmo tempo, como uma oportunidade e um risco à sociedade, pois ao passo que pode conduzir à redução da desigualdade de renda entre classes e promover melhorias na qualidade de vida, devido à equidade de oportunidades, se apresenta na contramão do esperado, pois o contexto atual tem revelado que as TICs podem perpetuar a desigualdade, em decorrência do surgimento de uma nova classe de excluídos.

#### **4 A PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE POR MEIO DA INCLUSÃO DIGITAL**

Tendo em vista a problemática central da pesquisa – quais os principais desafios enfrentados no processo de inclusão digital? Quais as repercussões aos Direitos da Personalidade?

– entende-se que a inclusão constitui um meio de promoção dos direitos da personalidade. Isso porque a falta de letramento digital e a exclusão ou desigualdade digital ocasionada pela falta de acesso ou a infraestrutura causa prejuízos ao desenvolvimento da personalidade e ofende os direitos da personalidade, em especial, a autodeterminação informativa e a integridade psíquica.

Diante disso, faz-se necessário apresentar algumas acepções importantes relacionadas à personalidade, aos direitos da personalidade, em especial a autodeterminação informativa e à integridade psíquica e à sua tutela.

A personalidade é formada pelo “[...] conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma, e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular.” (GONÇALVES, 2008, p. 68).

Para Farias e Rosenvald (2010, p. 136) a A personalidade é “[...] um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição de pessoa”.

Desta feita, vê-se que a personalidade é constituída de atributos, características próprias de cada pessoa e formas singulares de exteriorização, sendo que a proteção e efetivação da liberdade da pessoa em desenvolver de forma livre a sua personalidade é o objetivo dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são resultados da máxima positivada na Constituição Federal, referente à proteção da dignidade humana, a fim de que seja assegurado a todos uma existência digna.

Em razão disso a tutela dos direitos da personalidade está intimamente ligada à busca pelo reconhecimento da dignidade humana, uma vez que aquele que tem os seus direitos personalíssimos ofendidos, também tem a sua dignidade violada.

Com efeito, os direitos da personalidade estão dispostos no Direito Brasileiro no Código Civil de 2002, em um capítulo exclusivo postulados nos artigos 11 a 21, de forma exemplificativa, bem como no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, tutelados como direitos fundamentais (SANTOS; JACYNTHO; SILVA, 2013).

Consideram-se direitos personalíssimos todos os direitos que se destinam a dar conteúdo à personalidade e sem os quais a mesma restaria irrealizada (CUPIS, 2008, p. 24). São aqueles direitos que protegem a pessoa em suas projeções em si mesmo e social, vindo a assegurar a liberdade de ser e pertencer.

Sendo assim, diante de um contexto em que os usuários têm seus dados coletados, processados e armazenados sem que tenha conhecimento, bem como que há pessoas e grupos que estão em condição de exclusão ou desigualdade digital, verifica-se que há um cenário de ofensa aos

direitos da personalidade.

Isso porque, “o direito à autodeterminação informativa prevê que seja possível ao dono dos dados conhecer quais as informações que se têm a seu respeito, retificar dados equivocados, atualizar e cancelar os inadequados”, ao passado que no processo de reconhecimento da autodeterminação informativa “Não está em jogo apenas, a intimidade do indivíduo, mas a sua própria identidade como pessoa humana” (SIQUEIRA, MORAIS, TENA, 2021, p. 4).

Ademais, tendo em vista que a tutela dos direitos da personalidade vai além da proteção física, mas o indivíduo concreto em suas relações sociais, em especial quanto a tutela do seu arcabouço psíquico, entende-se que o conceito de liberdade intrínseco ao desenvolvimento da personalidade deve compreender todas as manifestações da personalidade humana, ainda que não pareça estar diretamente ligada ao seu desenvolvimento (MIRANDA, 2013).

Deste modo, aquele que está em exclusão ou desigualdade digital tem a sua integridade ofendida, uma vez que não tem as mesmas possibilidades de uso e de interação na organização social que os demais grupos.

Nesse contexto, os direitos da personalidade conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos direitos essenciais a sua personalidade, que compreendem os aspectos de ordem física (o direito à vida e ao próprio corpo), intelectual (o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor) e moral (o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos) (AMARAL, 2000; FERMENTÃO, 2006).

Tendo em vista o objeto de proteção dos direitos da personalidade são os atributos que compõem a personalidade, e que a personalidade é formada por meio da interação da pessoa com a sociedade, compreende-se que as tecnologias da informação e comunicação são ferramentas importantes nos tempos atuais para o desenvolvimento da personalidade e conseqüente promoção dos direitos da personalidade.

Desta forma, a tutela dos direitos da personalidade deve compreender a promoção da inclusão digital, uma vez que uma série de direitos personalíssimos são atingidos em cenários de exclusão e desigualdade digital, bem como que a inclusão digital no contexto das tecnologias da informação e comunicação constitui, também, uma forma de inclusão social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A distribuição desigual de recursos é uma realidade que permeia a história da sociedade, uma vez que, em especial em uma economia capitalista, aquele que possui o poder de capital possui melhores condições de saúde, educação, moradia e outros mais. Sendo assim, não seria diferente

com a distribuição das tecnologias da informação e comunicação, uma vez que os grupos vulneráveis e minorias sociais sofrem com mais uma fonte de exclusão: a digital.

A inclusão digital, em face desse contexto, se apresenta como um dos principais desafios do Estado e da sociedade. A inclusão digital se realiza em três dimensões, a primeira a inclusão digital como acesso à internet e as ferramentas; a segunda a inclusão digital como alfabetização digital e a terceira a inclusão digital como apropriação de tecnologias.

Com efeito, verifica-se tem-se como principais desafios a falta de letramento - para utilização consciente das plataformas e serviços disponibilizados na rede - e de acesso e infraestrutura à rede. Em razão disso, é objeto de estudo nesta pesquisa os seguintes desafios à inclusão digital: as técnicas de vigilância empregadas no ambiente digital, a exclusão e desigualdade digital.

A relação da inclusão digital com os direitos da personalidade está relacionada aos direitos promovidos quando há inclusão, bem como são violados quando não há. Os direitos da personalidade são aqueles direitos que protegem a pessoa em suas projeções em si mesmo e social, vindo a assegurar a liberdade de ser e pertencer.

Sendo assim, diante de um contexto em que os usuários têm seus dados coletados, processados e armazenados sem que tenha conhecimento, bem como que há pessoas e grupos que estão em condição de exclusão ou desigualdade digital, verifica-se que há um cenário de ofensa aos direitos da personalidade, em especial à autodeterminação informativa e à integridade psíquica.

Desta feita, a promoção da inclusão em suas três vertentes tutela, também os direitos da personalidade, uma vez que uma série de direitos personalíssimos são atingidos em cenários de exclusão e desigualdade digital, bem como que a inclusão digital no contexto das tecnologias da informação e comunicação constitui, também, uma forma de inclusão social.

Os desafios atuais da inclusão digital estão relacionados a questões como a falta de acesso à internet em algumas áreas, a falta de habilidades digitais em grande parte da população e a desigualdade na distribuição dos recursos tecnológicos. Neste contexto, é fundamental discutir soluções e políticas públicas para promover a inclusão digital e garantir que todos possam usufruir dos benefícios da tecnologia de forma equitativa.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, João Éder Furlan Ferreira de. Comentários sobre a universalização do acesso à internet à luz da Lei n. 12.965/2014 e da Emenda Constitucional n. 85/2015. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 618-633, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/21207>. Acesso em: 01 abr. 2023.



- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 23 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.
- CASTELLS, MANUEL. **O Caos e o Progresso. Jornal Extra Classe**. Rio Grande do Sul, Brasil. 7 mar. 2005. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/geral/2005/03/o-caos-e-o-progresso/>. Acesso em: 01 abr. 2023.
- CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Zahar, 2003.
- CETIC. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. **TIC domicílios 2021: Lançamento dos Resultados**. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021. Disponível em: [https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2021\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2021_coletiva_imprensa.pdf). Acesso em: 01 abr. 2023.
- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008. p. 364.
- EMPRESAS DE SAÚDE SÃO PRINCIPAL ALVO DE HACKERS NO SEGUNDO TRIMESTRE. **InfoMoney – Estadão Conteúdo**, 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/empresas-de-saude-sao-principal-alvo-de-hackers-no-segundo-trimestre/>. Acesso em 01 abr. 2023.
- FACHINI, Elaine Cristina Sotelo; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. Biopolítica e biopoder como forma de intervenção na ordem econômica e de controle social: a Lei Geral de Proteção de Dados como inibitória da manipulação social. **Revista Direito UFMS**, v. 5, n. 2, p. 226-246, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9153>. Acesso em: 01 abr. 2023.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, p. 241-266, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 01 abr. 2023.
- GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.
- JUNIOR, João Batista Bottentuit; SERRA, Larize Kelly Garcia Ribeiro; MESQUITA, Mizraim Nunes. A crise da identidade na pós-modernidade: reflexos na formação da identidade docente. **Cadernos de Educação Tecnologia e Sociedade**, v. 13, n. 4, p. 450-462, 2020.
- MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. N. 10. Ano 2. Lisboa, 2013. Disponível em:

[https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013\\_10\\_11175\\_11211.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf). Acesso em: 01 abr. 2023.

MORI, Cristina Kiomi. **Políticas públicas para inclusão digital no Brasil: aspectos institucionais e efetividade em iniciativas federais de disseminação de telecentros no período 2000-2010**. 2011. Tese (Doutorado em Política Social). Universidade de Brasília, Brasília, 2011. 351 p. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10560>. Acesso em: 01 abr. 2023.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. **Governo Eletrônico no Estado de São Paulo**. São Paulo: Série didática n. 7, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Luciana Pereira dos; JACYNTHO, Patrícia Helena de Avila; SILVA, Reginaldo da. Imprescritibilidade dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 13, n. 1, p. 379-393, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2764/1908>. Acesso em: 01 abr. 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira et al. Do reconhecimento da autodeterminação informativa como direito da personalidade e do princípio da segurança. **Revista Direito em Debate**, v. 31, n. 57, p. e12476-e12476, 2022.

SOUSA, Rosilene Paiva Marinho de; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Proteção de dados pessoais e os contornos da autodeterminação informativa. **Informação & Sociedade: Estudos**, João Pessoa, v. 30, n. 2, p. 1-19, abr./jun. 2020.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Covid-19 e biopoder: capitalismo de vigilância, estratégias de e-government e proteção de dados. **Revista Direito em Debate**, v. 30, n. 56, p. 194-207, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/12053>. Acesso em: 01 abr. 2023.

VELOSO, Renato. **Tecnologias da informação e da comunicação: desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Editora Intrínseca, 2019.

# CENTENÁRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: HÁ MOTIVOS PARA COMEMORAR?

Juliana de Almeida SALVADOR<sup>1</sup>  
Danieli Cristina LEITE<sup>2</sup>

## RESUMO

O ano de 2023 é marcado pela comemoração dos cem anos da previdência social no Brasil, através da Lei Eloy Chaves. Ocorre que as alterações constitucionais, através da emenda constitucional 103/2019 trouxeram aspectos críticos aptos para o debate, devido a diversos prejuízos aos segurados, com novas regras de concessão de benefícios. A fim de contribuir com a pesquisa, foi abordado sobre a flexibilização dos direitos sociais como reflexo das reformas, abarcando a reforma trabalhista e seus prejuízos ao povo. Para a execução do presente artigo, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental, tendo como método o hipotético-dedutivo. Desse modo, a problemática incide nos problemas sociais causados pela reforma da previdência, em um país de modernidade tardia, em que se busca a concretização de direitos sociais, e o governo, sem qualquer parâmetro devidamente comprovado, permite a restrição ao acesso aos direitos sociais, na criação de regras mais rígidas para a concessão de benefícios. Conclui-se, portanto, que não há motivos para a comemoração do centenário da previdência social no Brasil diante das inovações legislativas desfavoráveis aos cidadãos brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** lei Eloy Chaves; previdência social; flexibilização; retrocesso social.

## ABSTRACT

The year 2023 is marked by the celebration of 100 years of Social Security in Brazil, through the Eloy Chaves Law. It turns out that the constitutional amendments, through constitutional amendment 103/2019, brought critical aspects subject to debate, due to the various losses to policyholders, with new rules for granting benefits. In order to contribute to the research, the flexibilization of social rights was discussed as a reflection of the reforms, including the labor reform and its damage to the people. For the execution of this article, bibliographical and documentary research were used, using the hypothetical-deductive method. In this way, the problem focuses on the social problems caused by the pension reform, in a country of late modernity, in which the realization of social rights is sought, and the government, without any duly proven parameter, allows the restriction of access to social rights. , in the creation of stricter rules for granting benefits. It is concluded, therefore, that there is no reason to celebrate the centenary of social security in Brazil in the face of legislative innovations that are unfavorable to Brazilian citizens.

**KEYWORDS:** Eloy Chaves law; social security; flexibilization; setback.

- 
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Direitos e Vulnerabilidades, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Especialista em Direito Previdenciário. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Intervenção do Estado na vida das pessoas – INTERVEPES e GPCERTOS. Advogada. Ourinhos, São Paulo, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6483585009038557>. E-mail: [j.almeida.salvador@hotmail.com](mailto:j.almeida.salvador@hotmail.com).
  - 2 Doutoranda em Ciência Jurídica, na linha de pesquisa Direitos e Vulnerabilidades, na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Mestra em Ciência Jurídica e Mestra em Ensino, ambas na mesma instituição. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na vida das pessoas – INTERVEPES. Advogada. Jacarezinho, Paraná, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5542581088833194>. E-mail: [adv.danielileite@gmail.com](mailto:adv.danielileite@gmail.com).

## **1 INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa não almeja esgotar a legislação que tratou da previdência social no Brasil, mas enfatizar três períodos significativos: a edição da Lei Eloy Chaves, com o início da proteção social, a Constituição da República e a Reforma da Previdência.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em que, pela primeira vez a palavra seguridade foi inserida no texto constitucional, inclusive com capítulo próprio, e, em última análise serão tecidas críticas à Emenda Constitucional 103/2019 que se revela como o declínio da previdência social no Brasil, que trouxe uma situação de expresse retrocesso social com a diminuição de direitos e acompanhada dos reflexos da reforma trabalhista na previdência social.

Ressalte-se, que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi inserido no rol dos direitos fundamentais sociais do artigo 6º, o direito à previdência, saúde e assistência social, com capítulo próprio a partir do artigo 194. Leis ordinárias foram editadas para regulamentar a concessão dos benefícios, a exemplo da Lei nº 8.213/91 e a Lei nº 8.742/93, que versam sobre previdência e assistência social, respectivamente.

A proposta da pesquisa é a harmonização entre os interesses sociais, os interesses de desenvolvimento econômico da nação e as necessidades profissionais dos trabalhadores, garantindo-se a fonte de emprego e renda, a saúde das empresas e a manutenção da proteção conferida pela previdência social por meio de seus benefícios previdenciários aos segurados.

Nesse sentido, a pergunta que se busca responder com a pesquisa é a seguinte: Existem motivos para se comemorar o centenário da previdência social?

Em um cenário de intensa desigualdades sociais, fortalecer a efetividade dos direitos sociais é essencial para que de fato ocorra justiça social. No entanto, o Brasil vive um retrocesso social quando o assunto é previdência social e direitos trabalhistas. Assim, inicia-se a pesquisa versando sobre um marco histórico relevante para o contexto previdenciário: a Lei Eloy Chaves.

## **2 LEI ELOY CHAVES: INÍCIO DA PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL**

A Lei Eloy Chaves, instituída através do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de Janeiro de 1923, é um importante marco na legislação brasileira com relação aos direitos sociais referentes à previdência. Referida norma foi inspirada na lei previdenciária da Argentina da época, que criou a Caixa dos Ferroviários da Argentina, que tratava das aposentadorias e pensões dos trabalhadores ferroviários.

Os riscos sociais com o decorrer do tempo demandaram maior intervenção estatal, pois até então os movimentos sociais, caracterizados como assistenciais, como as santas casas, igreja e a família eram os responsáveis pela cobertura de eventos, como incapacidade ou morte. Silva e Costa

(2016, p.160), afirmam que:

O surgimento da Previdência Social no Brasil data de 1923, ano em que foi promulgada a Lei Eloy Chaves, considerada a primeira lei a regular o sistema previdenciário brasileiro. Até então, as primeiras iniciativas de caráter assistencial e beneficente de proteção social eram realizadas por instituições ligadas à religião, como as Santas Casas de Misericórdias, que não contavam com a participação de entidades públicas.

O contexto social da época era de insatisfação social dos trabalhadores em estradas de ferro, que através de greve impulsionaram Eloy Chaves, político da época, na criação da lei.

Martins (2020, p.41) afirma que:

A Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4602, de 44-1.1923) foi a primeira norma a instituir no Brasil a Previdência Social, com a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, no âmbito nacional. Tal fato ocorreu em razão das manifestações dos trabalhadores da época e da necessidade de apaziguar um setor estratégico e importante da mão de obra daquele tempo. Previa os benefícios de aposentadoria por invalidez, ordinária (equivalente à aposentadoria por tempo de contribuição), pensão por morte e assistência médica.

Muito embora a Constituição de 1891 tenha sido a primeira a dispor sobre a palavra “aposentadoria”, como forma de compensação aos funcionários públicos a serviço da nação (artigo 75), esse benefício era considerado uma espécie de compensação, pois não exigia do funcionário nenhuma contraprestação, era uma benesse do Estado.

A Lei Eloy Chaves instituiu direitos previdenciários, tais como a aposentadoria por invalidez e a ordinária, sendo que essa última pode ser confundida com a atual aposentadoria por tempo de contribuição, por exigir os seguintes requisitos para sua concessão, de acordo com Ibrahim (2022, p.56):

- a) Integral, ao empregado ou operário que tenha prestado, pelo menos 30 (trinta) anos de serviço e tenha 50 (cinquenta) anos de idade;
- b) Com 25% de redução, ao empregado ou operário que, tendo prestado 30 (trinta) anos de serviço, tenha menos de 50 (cinquenta) anos de idade;
- c) Com tantos trinta avos quanto forem os anos de serviço, até o máximo de 30 (trinta), ao empregado ou operário que, tendo 60 (sessenta) ou mais anos de idade, tenha prestado 25 (vinte e cinco) ou mais, até 30 (trinta) anos de serviço.

O benefício da aposentadoria ordinária, pelo que se observa, observava o requisito idade e tempo de serviço, ou seja, a aposentadoria se revela como um prêmio pelo período de trabalho em razão da idade. Martins (2020, p.494), explica que a Lei Eloy Chaves tratou da aposentadoria por tempo de contribuição, como aposentadoria ordinária, e que essa também, posteriormente era intitulada como aposentadoria por tempo de serviço, conforme segue:

Na Lei Eloy Chaves, a aposentadoria por tempo de contribuição era denominada aposentadoria ordinária. Antes da emenda constitucional n. 20/98, a denominação era aposentadoria por tempo de serviço. Após a referida emenda a denominação passou a ser aposentadoria por tempo de contribuição.

Em um sentido mais amplo, a palavra aposentadoria quer dizer retirar-se dos seus aposentos, deixar de trabalhar, ficar em casa. Indica dar pouso, repousar.

Ao concluir seu pensamento, o autor explica que a palavra aposentadoria significa o afastamento do trabalho, o direito ao repouso, ou seja, é a retribuição ao trabalhador pelos longos períodos de labor.

Importante mencionar que Horvath Junior (2022) considera o período da edição da Lei Eloy Chaves, de 1923 até a edição do Decreto 20.465/31, como “período da implantação ou da formação”.

Muito embora a Lei Eloy Chaves não tenha sido a pioneira a tratar sobre a proteção previdenciária, pois já existia o Decreto Legislativo nº 3.724/19, que versava sobre seguros obrigatórios de acidente de trabalho, ainda assim a Lei Eloy Chaves é considerada como o marco da previdência social no Brasil.

Além da Lei Eloy Chaves, é imperioso destacar a Constituição da República como importante instrumento de fortificação da ideia de seguridade social enquanto direito social e proteção ao trabalhador, como se expõe a seguir.

## **2. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: ÁPICE DA SEGURIDADE SOCIAL**

A seguridade social é considerada como o grau máximo de proteção social. No Brasil, a primeira fonte a inserir a palavra seguridade social foi a Constituição da República de 1988, inclusive com capítulo próprio: artigos 194 a 204.

Na esfera internacional, a palavra seguridade já era comum, a exemplo de países como Nova Zelândia, França, Itália e Espanha. A respeito do assunto, Martins (2020, p.57), ao explicar o tema, menciona a crítica que alguns autores tecem sobre o termo seguridade social:

Para certos autores, seria incorreto falar-se em seguridade social, pois trata-se de um estrangeirismo, advindo do espanhol *seguridade*, que significa, nessa língua, segurança. Daí se dizer que o termo correto deveria ser *segurança social*, tanto que em Portugal utiliza-se essa expressão. Mesmo na língua inglesa, a palavra *security*, não quer dizer “seguridade”, mas “segurança”. Basta lembrar a expressão *national security*, que quer dizer “segurança nacional.”

O autor vem trazer à baila o que se observa: o fato de que as experiências de outros países podem beneficiar a legislação pátria. A denominação pouco importa, o sentido real da palavra sim. No entanto no decorrer de sua explanação, o autor Martins (2020, p.57), aduz que “a palavra seguridade tem origem no latim e tem o sentido de provisão, ou seja, algo que se projeta para o futuro”. Dessa forma a seguridade social se manifesta no sentido de assegurar riscos sociais, a exemplo de invalidez, morte, idade avançada.

Sobre a importância da seguridade social na Constituição da República de 1988, Horvath Júnior (2022, p.30), categorizou essa fase como período da seguridade social:

Período da seguridade social- Com a promulgação da Constituição Federal em 5-10-1988, o sistema de proteção social no Brasil passou por uma significativa alteração. A mudança promovida pela Constituição não é meramente semântica, mas implicou a alteração dos valores e do alcance da proteção social no Brasil. O sistema de proteção passou a ser universal, sendo regido, entre outros, pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. A proteção foi estendida a todos os integrantes da sociedade, inclusive na subárea previdenciária. Assim, os direitos à previdência social não eram mais exclusividade dos trabalhadores, mas de todos os integrantes da sociedade brasileira. Fruto da universalização, surge o conceito de segurado facultativo (toda e qualquer pessoa mais de 16 anos, que, independentemente do exercício de atividade remunerada, voluntariamente se vincule à previdência social).

Pelo que pode ser observado, com o advento da Constituição da República de 1988, não teve apenas a inserção da palavra seguridade social no texto constitucional, muito além disso, os direitos sociais foram regulamentados no rol de direitos fundamentais previstos no artigo 6º, bem como a seguridade social passou a ter previsão no artigo 194, com previsão expressa a previdência, saúde e assistência. Ou seja, a proteção social no Brasil, como prevê os objetivos da seguridade social, abrange direitos que asseguram o bem estar da pessoa do nascimento até o evento morte. Outrossim, o objetivo da Constituição da República foi abarcar todas as pessoas no sentido de que elas pudessem usufruir do sistema de proteção, atendidos os requisitos legais.

Posto que a previdência é um direito social, listado no artigo 6º da Constituição da República de 1988, se trata de um direito fundamental, que segundo Schwarz (2014, p.73) “em um plano axiológico, o que caracteriza um direito como fundamental é, sobretudo, a sua pretensão de tutela de interesses ou necessidades básicas, ligadas ao princípio da igualdade real. [...] converte em inalienável e indisponível um direito [...]”

Deve ser ressaltado que muito embora a Constituição da República de 1988 tenha inovado ao inserir a seguridade social em seu texto e dispôs amplamente sobre a proteção aos direitos sociais, não se pode perder de vista que o Brasil é considerado um país de modernidade tardia, e que tais conquistas somente foram incorporadas ao sistema pátrio no final da década de 80. Ibrahim (2022, p.45), assim dispõe sobre os períodos de evolução da previdência social no mundo:

- Fase inicial (até 1918): criação dos primeiros regimes previdenciários, com proteção limitada a alguns tipos de eventos, como acidentes do trabalho e invalidez;
- Fase intermediária (de 1919 a 1945): expansão da previdência social pelo mundo, com a intervenção do Estado cada vez maior na área securitária;
- Fase contemporânea, (a partir de 1946): aumento da clientela atendida e dos benefícios. É o grau máximo do Welfare State, com a proteção de todos contra qualquer tipo de risco social.

Vislumbra-se que a partir da década de 40 alguns países já experimentavam do grau máximo do Welfare State, ou fase do bem estar social, em que a pessoa era protegida em face dos infortúnios da vida. É claro que nem todos os países adotaram o mesmo modelo de proteção social, sendo alguns modelos com proteção menos ou mais ampla que outros, a exemplo dos modelos bismarckiano, cuja preocupação se restringia aos segurados que efetivamente contribuíam para com

o sistema, diferente do plano Beverigiano que se preocupava em atender a todas as pessoas, reflexo dos princípios da solidariedade e da cobertura do atendimento (Ibrahim, 2022, p. 51).

Lima (2011, p.18) menciona que os anos de 1945 a 1975 ficaram conhecidos como os “30 anos gloriosos”, devido a ampla proteção advinda do estado do bem estar social, oriundas principalmente das Constituição do México e Constituição de Weimar. A característica desses sistemas era a maior intervenção do Estado com maior inclusão social, com maior efetividade do Estado Providência, sendo essa uma característica dos países mais desenvolvidos.

Pois bem, a Constituição da República de 1988 apresenta um rol de direitos sociais em seu artigo 6º, em que são contemplados o trabalho e a previdência social, logo o objetivo de se instituir esses direitos sociais é obter uma conduta positiva do Estado imediatamente aplicável, aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos. Sua eficácia decorre do texto constitucional como proteção das necessidades básicas de justiça social.

Esse é o entendimento de Sarlet (2009), em que, direitos sociais são direitos de segunda dimensão, compreendendo os direitos fundamentais a prestações. O objetivo é dispor de uma conduta positiva por parte do Estado, ou seja, os direitos sociais são direitos fundamentais a prestações, imediatamente aplicáveis e sempre aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos. Sua eficácia decorre do texto constitucional.

Para Pisarello (*apud* Nunes Júnior, 2009, p.64), “esta dimensão prestacional ressalta o caráter econômico dos direitos sociais, cuja satisfação exige uma transferência de recursos dos setores mais ricos aos mais pobres e, portanto, gera fortes reticências naqueles quando se pretende garanti-los juridicamente.

Logo, os denominamos de direitos fundamentais sociais, pautados na dignidade da pessoa humana, na preservação material do ser humano e no dever do Estado de garantir um *standard* social mínimo incondicional (SARLET, 2009).

A luta pelos direitos sociais configura uma luta pelos direitos humanos, a fim de fortalecer a participação social e promover a emancipação social e melhores condições de vida aos cidadãos.

A conquista e garantia dos direitos sociais como direitos humanos, além de prover a subsistência digna, importa para o desenvolvimento de uma cultura de paz e o fortalecimento das instituições democráticas, com o fim preventivo de coibir futuras violações aos direitos humanos e resultando no empoderamento dos cidadãos.

Mas, como em um país capitalista quem dita as regras é a economia, ela também está presente no texto constitucional, no título destinado à ordem econômica e financeira, em que o artigo 170 apresenta que a economia será fundada na valorização do trabalho humano, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e vai além,



arrolando como seus princípios a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego, entre outros (BRASIL, 1988). Ou seja, estamos diante de um país que deve desenvolver-se envolvido pela proteção social garantida aos seus cidadãos.

Nesse sentido, Schwarz (2014) faz referência ao direito como um possível instrumento opressor à sociedade quando está apartado dos valores de uma democracia participativa, embora, quando eivado desses valores e da força da cidadania se revela uma instituição de libertação. Assim, reitera:

É necessário, portanto, reconstruir algumas premissas do campo jurídico para um direito posto não apenas como um instrumento de defesa social frente às arbitrariedades, mas também como um instrumento de tutela da própria cidadania real em um contexto inclusivo e de construção permanente de um modelo de desenvolvimento mais humano, mais justo e mais democrático, pondo em marcha atos concretos e orientados à plena efetividade dos direitos sociais, por todos os meios possíveis, empregando o máximo de recursos disponíveis (SCHWARZ, 2014, p.84).

A questão é que essa proteção ao trabalho e emprego e o foco na justiça social reverberam diretamente na previdência social, pois desempregados, trabalhadores informais e paupérrimos dificilmente contribuem com a previdência social, e esta, com o caráter de seguro social, não protege quem não faz parte do sistema contributivo como segurado. Portanto, ainda que a previdência social ampare uma gama de pessoas empregadas ou seguradas, fica em um limbo jurídico aqueles cidadãos marginalizados, os personagens principais da desigualdade social, que ocupam um grande quantitativo do trabalho informal e desqualificado.

Como aduz Paula (2012, p.98) “uma das soluções para a redução da desigualdade social evidentemente seria o exercício do trabalho formal e qualificado”, alternativas essas para quem não tem renda, mas por razões óbvias necessita de dinheiro para o sustento.

No entanto, aquelas pessoas que não têm saúde para o trabalho, ou aquelas que passam pela morte da pessoa que mantinha o sustento da família, essas, se seguradas da previdência social ou dependentes de quem era, terão o benefício previdenciário concedido, apesar dos obstáculos impostos e dos prejuízos proporcionados pela previdência social. Já, quem está às margens do emprego formal e da previdência, também está às margens do sistema, logo, não gozará de proteção alguma.

Então, é perceptível que a previdência social deixou algumas situações descobertas da sua proteção, o que dá azo para compreender-se a ocorrência de um declínio da previdência social, como se expõe na sequência.

### **3. A REFORMA DA PREVIDENCIA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019- O DECLÍNIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.**

O texto constitucional de 1988 preza por uma sociedade fundada na harmonia social. Esta, se relaciona com a ideia de justiça social, igualdade e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana. No entanto, não foram esses ideais que permearam a Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, a tão conhecida Reforma da Previdência.

Tais alegações são fundamentadas no fato da EC 103/2019 contrariar aspectos constitucionais relevantes para a ordem jurídico-constitucional, vez que, a Constituição da República de 1988, em seu preâmbulo “assegura o exercício dos direitos sociais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça, todos como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a partir da mencionada reforma, verifica-se o declínio da previdência social no Brasil, que ao invés de assegurar de fato a dignidade da pessoa humana, pregada como fundamento da República Federativa do Brasil, segundo o texto constitucional (BRASIL, 1988), ela apresenta à sociedade injustiças consideráveis, visto que os mais atingidos são os que dependem da previdência social, os mais pobres, vulneráveis, e normalmente invisíveis.

Como a previdência social é um direito social, prevalece o coletivo ao individual e tem o Estado como referência. Ela também tem por finalidade a realização da igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (redução da desigualdade social). Assim, Costa (2022, p.369) afirma que:

E essa eficácia dos direitos sociais possui íntima relação com a polêmica do estudo do princípio da proibição do retrocesso social, pois deve ser previamente definido os limites que o Estado, aqui referenciado em sentido amplo, pode ou não intervir negativamente nos direitos sociais conquistados. É de se perguntar se o legislador reformador ou infraconstitucional pode editar textos legais a fim de suprimir direitos sociais já devidamente concretizados e anteriormente reconhecidos, ou até mesmo se o órgão julgador pode interpretar a lei ou proferir decisões contrárias a entendimento pacífico, em nítida afronta a proibição do retrocesso social.

Nesse sentido, Ibrahim (2022, p.53) sustenta:

Por isso, a análise de um sistema protetivo qualquer deve ser feita dentro do aspecto histórico que propiciou sua criação e, também, tendo em conta que as alterações sempre são feitas de modo extremamente lento, em razão da grande estima destes sistemas diante dos cidadãos. Daí inadequadas e simplórias as meras análises de gastos do sistema diante do PIB, já que isso não leva em consideração as origens históricas dos diferentes regimes. Não obstante, são frequentes as análises da questão previdenciária sobre quesitos eminentemente financeiros, em especial a proporção de gasto previdenciário diante do produto interno bruto do país, como se a questão econômica fosse a única envolvida.

Considerando que tal reforma previdenciária anuncia um retrocesso social, e a proibição do retrocesso social é um instrumento de garantia dos direitos sociais, compondo um projeto de justiça social delineado pela Constituição, Brega Filho (2013, p. 119-120), apresenta a seguinte reflexão acerca da proibição ao retrocesso:

Assim, falando em perspectivas para a proibição do retrocesso, a primeira é no sentido de

que sempre haverá tensão entre a economia e os direitos fundamentais sociais, pois as crises e os governos dispostos a suprimir direitos sempre existirão. Nessa luta para a preservação dos direitos sociais, as cortes constitucionais certamente serão chamadas a analisar a constitucionalidade de diplomas que venham reduzir os direitos sociais. A tarefa das cortes será deduzir o que constitui o núcleo essencial de cada um dos direitos. Esse núcleo essencial, mesmo em situações emergenciais, deve ser preservado, vez que tem relação com garantias mínimas de sobrevivência digna.

A emenda Constitucional 103/2019 inaugurou uma nova época para a previdência social no Brasil, distinto do que pretendia a Constituição da República de 1988. Com a definição de novos ideais de proteção, inclusive no que tange à responsabilidade do Estado na efetivação dos direitos fundamentais sociais. “As reformas são justificadas em razão de necessidade de regularização da dívida pública, o que gera instabilidade para aqueles que por longos anos planejaram suas aposentadorias, frustrando a expectativa desses segurados quanto ao futuro” (HORVATH JUNIOR, 2022, p. 31).

Não se pode perder de vista que o envelhecimento da população é uma contingência social a ser protegida, e o que se percebe que o Estado se abstém cada dia mais de seu papel protetivo. Costenaro (2022, p.186), na obra “A proteção Social, Previdenciária, Trabalhista Civil do Idoso”, discorre sobre o processo de envelhecimento sob a perspectiva das vulnerabilidades da pessoa, nos seguintes termos:

O processo de envelhecimento das populações é um processo natural que passou a exigir novas compreensões por parte da sociedade civil e do poder público, no sentido de repensar as velhices, sob o olhar das classes sociais.

O termo vulnerabilidade foi adotado, para nortear ações no campo das políticas sociais, no qual receberam e vêm auferindo enfoques variados, como territorial, relacional, econômico, dentre outros.

Ressalte-se que as velhices das populações se consolidam como fenômeno na realidade social, e em uma sociedade capitalista, e, principalmente de capitalismo periférico e dependente, como o Brasil, o processo de envelhecimento carece de precariedades.

Vulnerabilidade, portanto, em linhas gerais, seria o produto, o resultado social da cicatriz da desigualdade, do desamparo público, da ausência do Estado, que acabam por criar riscos e desarmar defesas.

O envelhecimento populacional, embora seja uma das razões de embasamento das reformas previdenciárias, deve ser visto com a máxima cautela, pelo que esse fator deve ser objeto de preocupação do poder público com a implementação de políticas públicas, e não o contrário, a extinção ou restrição de direitos conquistados através da constituinte.

A vulnerabilidade é verificada quando as pessoas, e, principalmente pessoas com idade avançada são desamparadas pelo Estado, e por isso excluídas pelo sistema. Esse desamparo é potencializado pelas persistentes flexibilizações nos direitos trabalhistas, conforme segue.

#### **4. FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO REFLEXO DAS REFORMAS**

É evidente que a crise no direito do trabalho e no direito previdenciário está diretamente

relacionada à globalização e sua organização formada pelo neoliberalismo, ao desemprego, à marginalização social e à informalidade no trabalho e suas consequências. Todos estes configuram desafios para a implementação de um Direito do Trabalho coerente com um Estado Democrático de Direito, além de se direcionarem na contramão da socialização dos direitos.

Se trata de uma onda traduzida por uma nova cultura que modificou o mercado de trabalho, fortalecendo ainda mais a estrutura hierarquizada de poder e riqueza representada pelas grandes potências. A consequência lógica dessa transformação é a desigualdade em suas diversas esferas, entre elas, o crescimento do desemprego (CASSAR, 2018).

Todavia, o sujeito desempregado dificilmente contribui com a previdência, ele está à margem da globalização, distante da proteção e caminhando para a pauperização. Esse ciclo também abrange o bem-estar social do trabalhador, pois, doente não trabalha, e se trabalhar, não trabalha bem, não produz bem, não atende aos disparates do capitalismo.

Paula (2012, p.113) afirma que é “inadmissível a tese da imposição do capitalismo arbitrário, no sentido de que os direitos sociais geram despesas, informalidade e desemprego, criando a necessidade de flexibilização da legislação trabalhista”.

O clamor pela minimização do Estado atende “os patrões que tiram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados e subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis” (CASSAR, 2018, p.23).

Um Estado mínimo produz cidadãos que dependem do sistema, mas a ele não têm acesso, provocando um aumento exponencial da desigualdade social e promovendo o desemprego estrutural. Nesse sentido, Ianni (1996, p.162) aduz:

O desemprego estrutural pode implicar a formação da subclasse, uma manifestação particularmente aguda da questão social, e explica que o termo subclasse expressa “a cristalização de um segmento identificável da população na parte inferior, ou sob a parte inferior da subclasse, cujas características são percebidas por aqueles que sentem o desemprego prolongado, seja porque não têm especialização, cultura, seja pela raça, cor, idade etc. As discriminações fazem parte deste novo sistema econômico.

O desemprego estrutural vem acompanhado da superexploração, esta, símbolo da precarização do trabalho e da flexibilização das normas laborais. Esse caos dá existência à desregulamentação, aliás, para o ser vulnerabilizado, antes ser explorado que não ter trabalho para garantir a subsistência.

A flexibilização dos direitos sociais que levará ao fenômeno da desregulamentação, um reflexo das reformas que “influencia não só a flexibilidade das leis, a redução de direitos trabalhistas, mas também o comportamento político” (CASSAR, 2018, p.23), “isto é, a ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre e a mercê

das regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare* não existe mais [...]” (CASSAR, 2018, p.27).

Subsequente ao desemprego, um efeito nocivo que gera impactos em toda a sociedade, a informalidade rompe com o sistema de proteção social garantida pelo direito previdenciário, colocando em risco os trabalhadores, as empresas envolvidas com esta mão de obra, a sociedade, e o próprio retorno financeiro que o Estado arrecada com as contribuições previdenciárias oriundas das relações de emprego.

Dada essa realidade, na sequência há que se considerar o reflexo da reforma trabalhista na previdência social.

#### **4.1 O reflexo da reforma trabalhista na previdência social**

Hodiernamente, as reformas chegam na sociedade com uma nuance de prejuízo ao povo, benefício à elite e contrariedade aos direitos sociais. Realidade presenciada tanto diante da Reforma da Previdência, como pela reforma que a antecedeu, a Reforma Trabalhista, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que sinalizam o caminho para a desregulamentação.

A desregulamentação é marcada pelo confronto entre Estado social de direito e a crise econômica, dando ensejo à flexibilização. Esta, gera insegurança jurídica e dá placo para um cenário em que cada vez mais se expande os casos de judicialização das relações sociais. “A desregulamentação é fenômeno abarcado pelo neoliberalismo, fundado na subsistência de um Estado mínimo, que exige que o Estado deixe de regular questões sociais, inclusive as de cunho trabalhista, em prol da regulação autônoma privada, individual ou coletiva (DELGADO, 2015, p.173).

O objetivo em trazer a reforma trabalhista atrelada à reforma previdenciária, é por considerar que os reflexos de ambas atingem os mesmos sujeitos, os hipossuficientes, visto que o desemprego proporciona um grande contingente de pessoas não resguardadas pela previdência.

Referida dinâmica das reformas é reflexo de uma crise do Estado Social imposta pelo capitalismo. “Enfim, o capitalismo, em um processo inerente à sua própria dinâmica e à sua necessidade cíclica de sobrevivência, ratificou a criação de novas relações sociais e de um novo modelo empresarial mais adequado às premências conjunturais (DELGADO, 2015, P.150).

Considerando que o direito deve servir o homem, e não o homem servir ao direito, manter a proteção ao trabalhador é garantir os ditames constitucionais de justiça social. No entanto, diante do fenômeno da globalização, que repercute na crise do Direito do Trabalho, é premente a necessidade de rompimento com um direito individualista, pronto, com soluções rápidas, para um direito com visão sistêmica, que contemple o todo e suas particularidades.

Há que se considerar, que com a Reforma da Previdência alguns sujeitos de direito ficaram às margens da proteção do Estado, configurando um risco social. Tal marginalização também foi anteriormente proporcionada pela reforma trabalhista no ano de 2017, acarretando uma série de flexibilizações nas relações trabalhistas, que impactaram diretamente na relação dos segurados com a previdência.

Essas novas relações sociais compõem nitidamente uma política de exclusão social, que em época de tanta “superficialidade e ´afasia cultural´, os trabalhadores são facilmente manipulados pelo sistema, o que lhes impede de formar consciência crítica para contestá-lo” (DELGADO, 2015, p.153).

Essa perspectiva de redução de direitos sociais é concebida por um ideário liberal de estado mínimo, como se em uma sociedade como a brasileira isso fosse possível. Renegar os invisíveis do mundo do trabalho e os vulneráveis da esfera previdenciária culmina em dividir o fardo com uma sociedade que já está eivada de desemprego, e a partir das reformas, conviverá ainda mais com injustiças sociais no âmbito previdenciário, seja pela lentidão do Estado em atender as demandas, seja pela miserabilidade aumentada dia a dia, que certamente repercute na economia e na segurança da sociedade também, desarmonizando o propósito de pleno desenvolvimento humano.

No tocante ao direito do trabalho, há o princípio constitucional da condição mais favorável como limite à flexibilização dos direitos fundamentais do trabalho, que, em que pese a Reforma Trabalhista, tenha criado diversas exceções a esse princípio, ele é acolhido pelo Direito do Trabalho, assim como a hierarquia dinâmica das normas, em que prevalece as normas mais favoráveis ao trabalhador, de forma que demarca a prevalência dos direitos mínimos no âmbito laboral como irrenunciáveis e preservadores da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, há que considerar que relação de trabalho é diferente de relação de emprego – o trabalho pode existir inclusive informalmente, gerando renda, mas muitas vezes não gera segurança jurídica ao trabalhador e à sociedade, dada à informalidade. Emprego prevê a segurança, a carteira de trabalho assinada, direitos trabalhistas resguardados, assim como os direitos previdenciários e suas devidas proteções.

A negação da relação de emprego provê “a força de trabalho negociada à luz de interesses empresariais. Não se pensa na pessoa que trabalha, mas no resultado de sua produção” (DELGADO, 2015, p.177). Nessa linha, há a desestabilização do trabalho digno, impedindo o trabalhador de fortalecer sua identidade social e sua emancipação, por conseguinte, de exercer suas prerrogativas de resistência (DELGADO, 2015).

Um discurso que se remete ao trabalho informal direcionando-o ao empreendedorismo, não possui respaldo teórico algum. Pois, uma situação é propor a prática de empreender como

alternativa ao desemprego àqueles que já tem suas fontes de sustento e investimentos como garantia, o que não condiz com a realidade da maioria de brasileiros, que trabalham para manter seu sustento relacionando-o aos direitos mais básicos de sobrevivência. Não se trata de uma crítica ao empreender, mas, de apresentá-la a fim de não servir como justificativa para as flexibilizações e informalidades no trabalho.

Sendo assim, seguem as considerações finais.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A lógica da pesquisa não desconsidera as imposições do sistema capitalista, mas, à luz das reformas previdenciária e trabalhista, indaga se há motivos para comemorar o centenário da previdência social, ou se esta sobrevive a constantes retrocessos ao longo de sua história.

No que tange aos direitos sociais, a proibição do retrocesso social proporciona segurança aos direitos conquistados e garantidos. Se trata de um instrumento de garantia dos direitos sociais, logo, reformas que geram prejuízos aos cidadãos são proibidas.

Essa segurança deve delinear o projeto de justiça social do Estado, pois, quando se fere os direitos sociais, compromete um mínimo de existência condigna.

É verdade que a flexibilização dos direitos trabalhistas, quando necessária à sobrevivência da empresa ou manutenção de sua saúde, deve ser considerada a fim de manter os empregos, considerando que os maiores interessados por eles são os empregados. Sendo assim, há a possibilidade de considerá-las como uma solução para a crise econômica, mas não na forma como está sendo posta, gerando constantes e indiscriminadas flexibilizações e relativizações que geraram reduções nos direitos sociais que guarnecem trabalhadores, segurados e dependentes, colocando-os às margens da sociedade, pois, dessa forma, configuram um risco social, que marginaliza as pessoas com direitos negados, e ao mesmo tempo a sociedade é onerada direta e indiretamente pelas consequências.

Se as reformas fossem elaboradas para o povo, se valeriam da democracia participativa, garantindo a voz a quem de fato é penalizado com elas, amenizando os efeitos do desemprego estrutural e coibindo a superexploração do ser humano.

Para tanto, a existência de um Estado eficiente, garantidor da base jurídica, é essencial para combater a exploração do homem pelo homem, a fim de coibir a flexibilização abusiva e buscar alternativas para que haja ganhos tanto para empregadores, como para empregados, sem prejudicar um deles, o que não é percebido atualmente diante das inúmeras flexibilizações em prejuízo ao trabalhador empregado.

Nesse íterim, a resposta à pergunta da inscrição inicial do texto é não, não há motivos

para comemorar, pois o centenário da previdência social foi construído à base de exclusão social e marginalização do povo, que cominados às relativizações trabalhistas, simplesmente abandona os principais titulares dos direitos sociais, aqueles que de fato necessitam da contraprestação do Estado para manterem a sobrevivência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm) Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: obra coletiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. Revista Argumenta, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2013, v. 19, p. 103-123. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em 10.04.2023.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 15.ed. São Paulo: Método, 20118.

COSTA, Ilton Garcia da; MERHEB, Marcos P. S. B. A proibição do retrocesso social nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho no Incidente de Assunção de Competência nº2 e no Recurso de Revista nº 1001345-83.2017.5.02.0041. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 8, p. 363-388, 2022. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/5/2022\\_05\\_0363\\_0388.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/5/2022_05_0363_0388.pdf). Acesso em 03.04.2023.

COSTENARO, Veruska. A vulnerabilidade financeira do idoso aposentado e/ou pensionista do INSS. In: **A proteção Social, Previdenciária, Trabalhista Civil do Idoso**. Coord. MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira, XAVIER, Juliana de Oliveira; HORVATH Junior, Miguel. Campo Grande: Contemplar, 2022.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2015.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

IANNI, Octavio. A era do globalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2022.

LIMA, Jairo Neia. Direito Fundamental à inclusão social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares sob a premissa neoconstitucional. 2011 Dissertação ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Atlas, 2020.

NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO. A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 62-71.



PAULA, Paulo Mazzante de. Trabalho informal e exclusão social: perspectivas para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Bauru: Canal 6, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 280-284.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Terra de trabalho, terra de negócio: o trabalho escravo contemporâneo na perspectiva (da violação) dos direitos sociais. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, L. L.; COSTA, T. M. T. A Formação do Sistema Previdenciário Brasileiro: 90 anos de História. Administração Pública e Gestão Social, v. 8, n. 3, p. 159-173, 2016. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/4896/pdf>. Acesso em 10.04.2023.

# RECOMEÇO OU PERPETUAÇÃO? O TRABALHO INFANTIL DE CRIANÇAS REFUGIADAS NO BRASIL

Heloisa Helena PASSAGNOLO<sup>1</sup>  
Júlia Helena Martins de OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo relata como funciona no Brasil o processo de acolhimento de refugiados, em especial os venezuelanos e como as leis já criadas estão trabalhando para que eles sejam cada vez mais respeitados e amparados. Tem como foco principal o trabalho infantil de crianças refugiadas. Ele parte da premissa de que muitas vezes, mesmo com o esforço de tornar suas leis efetivas, muitas pessoas, principalmente as crianças refugiadas, permanecem desprotegidas. O objetivo desse trabalho é o de conscientizar e tornar conhecida essa causa e analisarmos as leis e suas efetividades, sempre em busca de algo melhor, e isso será feito através do estudo da história da Venezuela e seu atual cenário de crise e como isso culminou em um grande fluxo imigratório no Brasil pelos venezuelanos e suas consequências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brasil. Imigração. Refugiados. Trabalho. Venezuela.

## ABSTRACT

This article tells how the process of welcoming refugees works in Brazil, especially Venezuelans, and how the laws already created are working so that all of them are increasingly respected and protected. It has as its main focus the child labor of refugee children. It starts from the premise that many times, even with the effort to make their laws effective, many people, especially refugee children, remain unprotected. The objective of this work is to raise awareness and make this cause known, and to analyze all the laws and their effectiveness, always in search of something better, and this will be done through the study of the history of Venezuela and its current crisis scenario and how this culminated in a large immigration flow in Brazil by Venezuelans.

**KEYWORDS:** Brazil. Immigration. Labor. Refugee. Venezuela

## 1. INTRODUÇÃO

O ser humano sempre teve afinidade e tendência à mudança. Mudou-se o método de obtenção de alimentos, a organização social, as condutas interpessoais e as formas de transitar no mundo. Porém, a essência do conceito de migração continua na mesma linha de raciocínio.

A migração é um fenômeno antropológico antigo, sendo instaurado com o início das rotas dos povos nômades. Os nômades iam de um ambiente para outro em busca de recursos, alimentos e condições adequadas para sobreviverem. Foi com a Revolução Neolítica que o homem passou a constituir uma sociedade, estabelecer sua moradia e a se deslocar por outros motivos que não a busca de alimentos.

Com o passar do tempo, os fluxos migratórios se tornaram mais intensos e frequentes.

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

Transitar no globo tornou-se indispensável para garantir a alimentação, cumprir os horários de trabalho e até mesmo para salvar-se de condições desumanas.

A situação de vulnerabilidade que os refugiados chegam no Brasil é preocupante, e ao envolver crianças e adolescentes torna-se ainda mais agravante. Nesse sentido, a iniciativa de estudar mais a fundo e expor o objeto deste artigo surgiu. Ao analisar artigos e materiais bibliográficos, através do método de pesquisa bibliográfica, pôde-se descobrir as raízes dos direitos dos refugiados, a influência que situações econômicas têm no ato de refugiar-se e como o Brasil lida com essa situação.

## **2. MIGRAÇÃO**

O conceito de migração caracteriza o deslocamento geográfico de um indivíduo ocorrido desde a pré história, tendo como principal exemplo os povos nômades. De acordo com Resstel (2015):

“O conceito de migração não é simples e tampouco existe consenso em torno dele. De maneira geral, refere-se a deslocamentos de um lugar a outro, a movimentações que possuem uma origem e um destino imbuídas de um propósito, de se fixar ou residir em outro território. Tais movimentações tendem a formar fluxos de trânsito de uma região a outra, dentro de um mesmo país, como no caso das chamadas “migrações internas”, ou fluxos de movimentações entre diferentes países ou continentes, como ocorre com os chamados “migrantes internacionais”, comumente designados “imigrantes”.

É bastante comum a confusão entre os termos migrante e refugiado, e na maioria das vezes eles acabam sendo usados como sinônimos, mesmo carregando diferenças cruciais em sua essência, sendo a maior delas a opção do indivíduo de escolher a mudança de território ou não. Em geral, os migrantes se mudam voluntariamente, em busca de melhores condições de vida, educação ou para estarem mais perto da família, podendo retornar de onde vieram quando quiserem e continuarem a ser protegidos por seu Estado anterior. Já os refugiados se veem obrigados a saírem de sua terra em razão de condições desumanas, que colocam em risco suas liberdades e seus direitos, como guerras, fome, violência e perseguições dos mais variados tipos. Nesse tipo de situação, retornar para seus antigos lares não é uma opção conveniente e a proteção de outros países se torna vital para todos, independente de idade ou sexo.

Um outro motivo que torna essa separação de termos tão importante, é o entendimento e as obrigações que o Estado tem para cada tipo de situação. No caso dos refugiados, existe todo um arcabouço jurídico que vai de leis regionais até leis internacionais, que serão expostas especificamente adiante. O Brasil, por exemplo, possui a Lei 13.445/2017 que é responsável por

disciplinar a respeito da migração. Já em âmbito internacional, temos a famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, que expressa em seu artigo 14: “1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.” Essas legislações só nos revelam algo indiscutível, que ambos os grupos enfrentam dificuldades no processo de mudança, e devem ser protegidos e ter sua dignidade garantida.

Dentro dessa rota de migração, o Brasil chegou a receber mais de 1 milhão de migrantes mistos nos últimos 10 anos, dentre os quais só foram considerados os que estão aqui de forma totalmente legal, aumentando assim a ocupação dentro de escolas e a procura por trabalhos. Um relatório feito pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) analisou dados referentes aos anos de 2011 a 2020 para apresentar tal resultado, e atribuiu observações relevantes que explicam as razões do Brasil apresentar um crescimento tão elevado no recebimento de migrantes mistos. Os acordos e as normas que foram criadas para o acolhimento dessas pessoas, o crescimento da economia, a baixa nas taxas de desemprego e uma moeda valorizada são algumas das razões de o Brasil ser tão escolhido pelos migrantes. A maior procura se dá por cidadãos da Venezuela, Haiti, Bolívia, Colômbia, países que enfrentam alguma crise política ou econômica. Os outros países, que comumente eram escolhidos para esse tipo de movimento, enfrentam crises econômicas ou tornaram suas legislações rígidas, dificultando o processo de mudança de país para os migrantes e refugiados.

### **3. VENEZUELA: CONTEXTO HISTÓRICO E CRISE ECONÔMICA**

A Venezuela é um país localizado na América do Sul que faz fronteira com o Brasil, e tem aproximadamente 29 milhões de habitantes. Devido a essa proximidade de nosso país, o desenrolar da crise humanitária enfrentada e o altíssimo número de refugiados, o escolhemos para compor esse artigo.

O país teve sua independência declarada pelo Congresso Nacional no dia 5 de julho de 1811, com uma história marcada por lutas e regimes autoritários. Outro tema que também colabora para o conhecimento desse país é a grande crise econômica que tem vivido desde o início da década passada. Para entendermos o que gerou tudo isso abordaremos de maneira resumida todo o contexto histórico que resultou na situação que acompanhamos hoje.

Hugo Chávez tornou-se uma figura política durante a década de 1990, quando era membro do grupo revolucionário de esquerda Movimento Bolivariano Revolucionário 200 (MBR-200), que tinha por objetivo a tomada de poder na Venezuela. Houve uma tentativa de golpe de estado em 1992 quando Carlos Pérez era presidente, que terminou com a anistia de Chávez em 1994. Em 1998, ele lançou-se como candidato à presidência com a pauta de promover mais justiça social em

seu país através de recursos advindos do petróleo, a menina dos olhos da economia venezuelana. Após vencer as eleições de 1998, realizou um grande processo de distribuição de renda, incentivou o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) e reduziu o nível de mortalidade infantil no país. Porém, o governo chavista contribuiu para o enfraquecimento da democracia no país ao realizar o aparelhamento do Supremo Tribunal, nomeando mais 12 defensores que eram apoiadores de seu governo, e perpetuando-se no poder por 14 anos através de reformas constitucionais de reeleição ilimitada.

“La Constitución eleva el período presidencial a seis años debido a la modificación del sistema de controles politicosociales sobre el Ejecutivo Nacional. Y, como una innovación estructuralmente importante, desde el punto de vista de la legitimidad y responsabilidad del Presidente en el ejercicio del Ejecutivo Nacional, se permite su reelección inmediata por una sola vez para un nuevo período.

Esta nueva regulación constitucional evita la irresponsabilidad política de los Presidentes que caracterizó el período republicano que culmina con la aprobación de la nueva Constitución. De esta manera, quien sea titular de la Presidencia puede ser evaluado políticamente por su gestión en dos oportunidades: la primera, cumplida más de la mitad del período presidencial de seis años, por la solicitud del veinte por ciento o más de los electores para efectuar un referendo revocatorio del mandato; y la segunda, por la postulación del Presidente a la reelección popular para un segundo mandato. En ambos casos, el pueblo determina la suerte del Presidente, confirmando su confianza para que se mantenga en el cargo, o retirándole su apoyo, con la consecuencia de su retiro forzado. En realidad, es un medio de profundización de la democracia mediante dos mecanismos de control social sobre la gestión del Estado que se particularizan en la sujeción del Presidente a la voluntad popular.” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA; TÍTULO V - DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL; CAPÍTULO II - DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL; 1999)

O petróleo, que desde o governo do presidente Juan Vicente Gómez era o principal produto de exportação venezuelano, tinha uma forte dependência econômica com os Estados Unidos. Quando Hugo Chávez foi eleito, apesar da forma diferente de governar em relação ao presidente anterior, manteve o petróleo como fonte primordial na economia. A popularidade de Chávez crescia junto com sua impopularidade, o presidente se aproveitou dos anos em que a Venezuela era membro da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) e que o petróleo rendeu muito dinheiro para investir em programas de cunho social, mas não se atentou ao desenvolvimento de indústrias e da agricultura, importando tudo o que não era produzido por sua própria economia.

O começo da crise deu-se em 2014, com a desvalorização do petróleo, onde barris que

valiam U\$111,87 em junho de 2014 passaram para U\$ 48,07 em janeiro de 2015. Devido a drástica redução de receitas houve a redução de importações, que acarretou numa crise de abastecimento no mercado venezuelano, o que afetou diretamente na falta de itens básicos para a sobrevivência de seus indivíduos. Podem ainda ser apontadas como razões para a crise o sucateamento da Petróleos de Venezuela (PDVSA), a estatização em massa, a política de manipulação da taxa de câmbio para controle de preços e o início de sanções impostas pelos Estados Unidos.

Com o falecimento de Hugo Chávez em 05 de março de 2013, Nicolás Maduro, seu sucessor, venceu as eleições. Porém, os problemas continuaram e a população organizou protestos contra o governo para demonstrar sua insatisfação. Quando Maduro assumiu o poder, a crise estava apenas no começo, mas a atuação da oposição contra seus ideais fizeram que ele adotasse posições autoritárias para combater quem fosse contrário ao seu modo de governar. Desse contexto nasceram as dívidas públicas, hiperinflação, pobreza e a diminuição do poder de compra, fortalecendo a crise política da Venezuela.

Como já citado, no governo de Nicolás Maduro a resistência da população era forte, os protestos costumavam causar destruições, deixar feridos e até mesmo mortos. O país se polarizou, tendo de um lado os chavistas representados principalmente pelo Partido Socialista Unido da Venezuela, que apoiavam o governo de Chávez, uma forte intervenção do Estado e também o anti-imperialismo. Do outro lado temos os opositores, que acusam que a reeleição de Maduro foi injusta já que vários candidatos da oposição estavam presos ou inaptos a se elegerem, eles alegaram também que houve compra de votos dos mais pobres. O país até chegou a ser suspenso da OEA (Organização dos Estados Americanos), organização internacional que tem como objetivo garantir uma ordem de paz e de justiça, promover a solidariedade e defender a soberania, a integridade territorial e a independência dos Estados do Continente Americano, com a aceitação de vários países incluindo o Brasil.

De acordo com a Agência de Refugiados das Nações Unidas, existem cerca de 6,8 milhões de venezuelanos espalhados pelo mundo, alguns sendo refugiados e outros migrantes. Esse número tão alto, se equipara à quantidade de refugiados deixados pela Guerra da Ucrânia contra a Rússia, e diferente da situação na Ucrânia, a migração venezuelana ocorre por uma busca de condições mínimas para a sobrevivência sem conflito armado.

#### **4. A BUSCA POR REFÚGIO BRASILEIRO**

Como já foi citado no capítulo acima, grandes movimentos em busca de refúgio em outros países são sempre causados por condições que atacam os direitos relacionados à vida e a liberdade dos cidadãos, fazendo com que eles arrisquem tudo o que tem pela incerteza de começar uma vida

nova num território desconhecido.

O Brasil, mesmo sendo um país com uma porcentagem pequena de estrangeiros, com cerca de 0,4% de toda população nacional por ser fronteira com a Venezuela, nos últimos anos tem se tornado um grande alvo para o recebimento de refugiados, principalmente pela fronteira do norte, que se localiza no estado de Roraima. Os motivos que fazem com que esse grande número de pessoas saiam de seus países de origem são vários e complexos, abrangendo desde crises econômicas até perseguições religiosas.

A crise migratória venezuelana teve início, aproximadamente, entre os anos de 2013 e 2015, onde toda a economia do país entrou em colapso. O Brasil, assim como outros países da América Latina, passou a receber todos esses refugiados que entraram em nosso território sem trabalho, cansados, sujos, famintos, totalmente desamparados e muitos deles sem nem sequer portarem seus documentos oficiais para determinada identificação. Para os refugiados, receber asilo é essencial, mas também é extremamente necessário que o país que irá recebê-los tenha uma estrutura bem organizada para que proporcione uma efetiva segurança e o auxílio necessário.

Isso tem sido um desafio para o Brasil, já que é difícil para o Estado oferecer à toda essa massa de refugiados empregos formais e de qualidade; sistemas de saúde dignos e que não apresentem problemas de superlotação; a concessão de abrigos à todos, evitando que muitos acabem residindo nas ruas e praças das cidades; e uma educação de qualidade às crianças e adolescentes que muitas vezes são excluídos dessa parte.

O número de crianças venezuelanas que entraram no Brasil nos últimos anos é elevado, muitas delas vêm desacompanhadas de seus responsáveis, enfrentando diversas tribulações, como o sofrimento de perseguições de seu Estado, falta de itens básicos e o risco de serem coagidas ao trabalho infantil. Atender as necessidades das crianças refugiadas e oferecer um tratamento feito direto para elas, ainda é algo que o Brasil precisa melhorar, tanto no desenvolvimento de suas leis quanto em políticas públicas. Como já foi muito bem colocado pela diretora-geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Audrey-Azoulay: “Todos perdem quando a educação de migrantes e refugiados é ignorada. A educação é a chave para a inclusão e a coesão. É o melhor caminho para tornar as comunidades mais fortes e mais resilientes”.

É preciso ressaltar também que mesmo ainda sendo um desafio para nosso país amparar todas as crianças, tanto em criação de leis, quanto financeiramente, o Brasil não recuou e aceitou o desafio de ser a segunda chance para milhares de crianças refugiadas.

## **5. ARCABOUÇO JURÍDICO DE AMPARO AOS REFUGIADOS**

Antes do fim da Segunda Guerra Mundial já haviam leis que protegiam e amparavam

migrantes e refugiados, porém eram isoladas e feitas de acordo com a legislação específica de cada país. Com o fim da Guerra e a divulgação dos horrores vividos no holocausto, houve a necessidade de se criar leis que cuidassem internacionalmente de quem estivesse desprotegido pelo seu próprio Estado.

### **5.1. Leis internacionais**

O ponto pé em relação à garantia dos direitos aos refugiados se deu com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em 1950, visando promover auxílio e encontrar soluções para os refugiados da Segunda Guerra Mundial. É fato que após o término do Holocausto diversas pessoas, principalmente os judeus, foram deixadas sem lar e sem perspectiva de futuro. Então, logo em 1951, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi formalmente adotada, consolidando e codificando dispositivos legais já existentes e criando outros que tratavam da situação dos refugiados europeus. Ela estabelece o conceito de refugiado como sendo uma pessoa que, “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e devido a um fundado temor de perseguição... se encontre fora do seu país de nacionalidade...”.

A Convenção de 1951 apresenta, ainda, 6 princípios fundamentais para a proteção internacional aos refugiados: a não devolução da pessoa refugiada ao seu país de origem; a não penalização por entrada irregular em outro país; a não discriminação, por conta de raça, religião, nacionalidade, do grupo social pertencente ou opinião política; a não expulsão da pessoa para os territórios em que sua vida ou sua liberdade seja ameaçada; e o provimento de documentação necessária e o auxílio administrativo do Estado acolhedor.

Apesar de inovar nessa matéria de Direito Internacional, a Convenção de 1951 só abrangia os acontecimentos ocorridos na Europa e antes de 1951. Portanto, com o passar dos anos e o aparecimento de novas situações que exigiam refúgio e apoio dos Estados dispostos a acolher, foi elaborado o Protocolo de 1967 que, após a apreciação da Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no dia 4 de outubro de 1967. O Protocolo de 1967 implantou, principalmente, a ampliação da abrangência temporal e territorial de tais direitos, tornando o Estatuto do Refugiado um documento com validade global.

Partindo para uma análise regional, a partir de encontros de representantes de governos de dez países diferentes, todos latino-americanos, nasceu em 1984 a Declaração de Cartagena sobre Refugiados. Ela, apesar de não ter força vinculativa de Convenção, ampliou a definição de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951, incluindo as graves violações aos direitos humanos no rol de razões para buscar refúgio. A partir dela, os países começaram a olhar com outros olhos



para os direitos dos refugiados, os tratando da maneira mais humanitária possível.

## **5.2. Leis nacionais**

Em âmbito nacional, o Brasil adotou a Convenção de 1951 em seu ordenamento jurídico em 1960, através do Decreto n.º 50.215/1961 que reconheceu e ratificou os direitos dos migrantes e refugiados no Brasil, e em 1972 ratificou o Protocolo de 1967 através do Decreto n.º 70.946. Em 1991, foi editada a Portaria Interministerial n.º 394 do Ministério da Justiça, que visava regulamentar a condição jurídica do refugiado e a dinâmica de solicitação e concessão de refúgio.

Mais tarde, em 1997, foi criada a Lei n.º 9.474 feita em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) que definiu os procedimentos necessários para a implementação do Estatuto do Refugiado no ordenamento jurídico. Essa lei ampliou o conceito de refugiado, definindo-o como todo indivíduo que não possa ou não queira voltar para seu país de origem em razão de perseguição por motivos de nacionalidade, religião, raça, grupo social, opiniões políticas ou ainda em razão de grave e generalizada violação à direitos humanos, sendo necessário buscar refúgio em outro Estado. Criou ainda o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça que possui competência para determinar as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em nosso solo.

A mais recente norma que disciplina tal assunto no ordenamento brasileiro é a Lei de Migração, Lei n.º 13.445 de 2017. Ela substitui o Estatuto do Estrangeiro e trata o refugiado de maneira mais humanitária, equiparando-o à um cidadão brasileiro nato com suporte no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde em seu caput:

“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”.

A lei discorre também sobre os princípios da política migratória, onde se destaca “repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante e inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas.”

## **6. O TRABALHO INFANTIL E A FALTA DE EDUCAÇÃO A CRIANÇAS REFUGIADAS**

Tendo em vista a existência de leis que amparam os refugiados, tanto em âmbito internacional como nacional, e o contexto de abandono Estatal sofrido pelos migrantes no Brasil, passemos para a discussão principal deste artigo: o trabalho infantil de refugiados no Brasil.

Por questão de proximidade territorial e de melhores condições de vida, os venezuelanos escolhem o Brasil para poderem chamar de lar e terem um recomeço. Eles adentram o território pelo estado de Roraima, de forma ilegal, mais especificamente pela cidade de Pacaraima. De acordo com dados fornecidos pelo Fundo Das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), entre 2015 e maio de 2019 foram recebidas mais de 178 mil solicitações de refúgio de cidadãos venezuelanos, o que caracteriza uma crise migratória. Porém, o intenso fluxo migratório de venezuelanos no Brasil afetou diretamente o estado de Roraima, que apresenta tanto uma sobrecarga de pessoas quanto nos serviços públicos do estado, que não conseguem suprir tal demanda. Apesar de apresentar abrigos que são destinados à acolhida e ao cuidado dessas pessoas, nem sempre há vagas para famílias inteiras, por exemplo, o que acaba favorecendo a marginalização deles em nosso país.

Nesse sentido, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) aponta que apenas 9% dos venezuelanos que entram no Brasil conseguem um emprego formal nas primeiras semanas após chegarem, o que representa a prevalência do emprego informal entre os refugiados. A partir desses dados, é observável que há muita dificuldade para os refugiados encontrarem empregos regidos pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), que tenham registro em Carteira de Trabalho e todos os direitos trabalhistas obrigatórios. A única alternativa para quem precisa sobreviver num país desconhecido é aceitar trabalhos com má remuneração e condições degradantes, como as jornadas de mais 10 horas por dia e os ambientes de trabalhos desfavoráveis para tal.

Adentrar um país novo sem a ajuda necessária do Estado novo para seu desenvolvimento próprio, lidando com o preconceito e a xenofobia por conta do país de onde vieram e lutando para sua sobrevivência são fatores que pesam nas escolhas de quem precisa trabalhar. Para garantir tal sobrevivência dessas famílias no Brasil, muitas vezes crianças e adolescentes são convocadas para integrarem o corpo de funcionários nos empregos informais. Normalmente, os trabalhos atribuídos a elas são os de caráter invisível, ou seja, nem notados pela sociedade no cotidiano. Dentre eles podem ser listados os de faxineiros, guardador de carros, comerciante ambulante e entregador de panfletos, que apresentam as mesmas ou até piores condições que os oferecidos para adultos, perpetuando o conhecido ciclo da pobreza.

Esse ciclo é definido pela existência de eventos sociais que auto reforçam a existência da pobreza no meio, a menos que haja uma interferência externa. Quase sempre, crianças que são exploradas pelo trabalho infantil não frequentam escolas e projetos sociais voltados para seu desenvolvimento, e também não conseguem contribuir com muito para sanar as necessidades da família, o que faz com que vivam com o mínimo para sempre por não serem qualificadas para o mercado de trabalho. Para Luiza de Mello (2020), o ciclo da pobreza pode ser entendido como:

“pessoas em estado de pobreza tendem a ter atitudes que as prendem na condição de vida em que se encontram, por mais que almejem superá-las. Vários são os fatores que ocasionam esse feedback loop, como a aversão ao risco. Uma vez que os recursos de famílias mais pobres são escassos, investir parte da quantia que possuem no presente a fim de obter uma renda maior futuramente não é uma opção para a maioria. Observa-se, portanto, uma relação entre a pobreza e o aumento do desconto intertemporal. Isto é, quando os recursos são insuficientes, há uma tendência em desvalorizar resultados propiciados posteriormente em relação aos retornos imediatos.

A lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é o compilado de normas do ordenamento jurídico brasileiro que objetivam a proteção dos direitos das crianças e adolescentes. O trabalho infantil é, antes de tudo, uma grave violação aos direitos humanos, já que impede a criança de ter atividades voltadas ao lazer, aos estudos e ao desenvolvimento de habilidades e capacidades sociais. Ele é expressamente proibido no Brasil, tendo por base os artigos 60 a 69 do ECA, destacando o 60 e 67 que dissertam

“Art. 60: É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

Art. 67: Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e às cinco horas do dia seguinte; perigoso, insalubre ou penoso; realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.”

É possível perceber que a mão de obra infantil, no caso dos refugiados, se dá pela falta de efetivação de políticas públicas prometidas pelo Estado brasileiro, sobretudo as de provimento de abrigo e recursos necessários à sobrevivência, e de educação. No caso da educação, de acordo com a ACNUR, apenas 77% das crianças refugiadas estão matriculadas no ensino fundamental 1, e somente 34% frequentam o ensino fundamental 2 e médio. O direito à educação pública está disposto na Lei 13.445/2017, em seu artigo 4º, inciso X que dispõe: “vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória”, ou seja, mesmo que a criança refugiada não possua documentos requeridos para efetuar a matrícula, ela pode e deve frequentar escolas públicas.

Porém, ao pensar na garantia do direito à educação ao refugiado é necessário pensar também a respeito desse mesmo direito aos cidadãos brasileiros natos. De acordo com a pesquisa feita pelo Ipec para a UNICEF, cerca de 220 mil crianças e adolescentes não frequentam escolas no Brasil, sendo a resposta mais frequente para esse fato a necessidade de trabalhar fora para contribuir com as contas de casa. O Estado brasileiro, ao equiparar o refugiado a um cidadão nato, deveria ter pensado em estratégias de governo e políticas públicas que favorecessem ambos, sem que houvesse a prevalência do acesso de um em relação ao outro.

## 7. CONCLUSÃO

Ao saírem de seus países em busca de um recomeço, a grande maioria dos refugiados nunca imaginaria que encontrariam aqui a falta de acesso a diversos direitos, tal qual em seu país de origem. Após a exposição do histórico dos direitos dos refugiados, pode-se perceber que o Brasil, apesar de conter leis que asseguram diversas garantias aos refugiados, peca ao não promovê-las efetivamente a todos, gerando uma desigualdade social.

Ao destrinchar o objeto do seguinte artigo, buscou-se contextualizar o conceito de migração e refúgio, a condição em que a Venezuela se encontra para haver tão intenso fluxo

migratório saindo de lá, a evolução do Direito Migratório Internacional e dentro do Brasil e por fim, a condição em que crianças e adolescentes, submetidas ao trabalho infantil, se encontram.

O Brasil, apesar de prever muitos direitos aos refugiados na Constituição Federal e em legislações específicas, acaba não os realizando mutuamente. Existem áreas territoriais em que há uma gigantesca concentração de venezuelanos sem abrigo, alimento ou dinheiro, cuja responsabilidade de provimento é do Governo Federal. Em se tratando do trabalho infantil, o ente federativo deveria prover educação às crianças e adolescentes, bem como condições humanas a seus pais, para que aqueles não precisassem se desgastar em jornadas de trabalho desumanas.

Desse modo, conclui-se que há certa necessidade do Estado Brasileiro olhar as necessidades dos cidadãos que escolheram as terras tupiniquins para recomeçar a vida, oportunizando empregos sem insalubridade e salário justo, educação de qualidade, sistema de saúde disponível e condições para adquirir um abrigo. Essa oportunização pode e deve acontecer através da reforma de políticas públicas que já existem com esse propósito, a implementação de novas se necessário e o comprometimento de efetivar essas garantias que foram promulgadas.

## 8. REFERÊNCIAS

Portal de Imigração - Página inicial. Disponível em: <[https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra\\_2020/Relat](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/Relat)>. Acesso em: 25 de mar. 2023

SIMÃO, G. Venezuelanos: Migrantes ou Refugiados? Uma análise do caso brasileiro perante a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). [s.l.: s.n.]. Disponível em: <[https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/Gabrielle\\_completo.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/Gabrielle_completo.pdf)>. Acesso em: 25 de mar. 2023  
13 abr. 2023.

Migrações e fronteiras: as políticas migratórias restritivas e o direito de fuga dos migrantes | SciELO em Perspectiva: Humanas. Disponível em: <<https://humanas.blog.scielo.org/blog/2015/07/15/migracoes-e-fronteiras-as-politicas-migratorias-restritivas-e-o-direito-de-fuga-dos-migrantes/#.ZBxjNsLMLrc>>. Acesso em: 27 de mar. 2023.

Observatório de Crises Internacionais. Disponível em: <<https://sites.ufpe.br/oci/2021/09/13/venezuela-entre-criises-e-crimes-contra-a-humanidade/>>. Acesso em: 25 de mar. 2023

Crise na Venezuela: entenda como tudo começou. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/pelotasmun/2020/11/14/crise-na-venezuela-entenda-como-tudo-comecou/>>. Acesso em: 26 de mar. 2023

Migrações e fronteiras: as políticas migratórias restritivas e o direito de fuga dos migrantes | SciELO em Perspectiva: Humanas. Disponível em: <<https://humanas.blog.scielo.org/blog/2015/07/15/migracoes-e-fronteiras-as-politicas-migratorias-restritivas-e-o-direito-de-fuga-dos-migrantes/#.ZCTnZMLMLrc>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

Brasil registrou 1 milhão de imigrantes em dez anos. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-registrou-1-milhao-de-imigrantes-em-dez-anos/>>.

Acesso em: 25 de mar. 2023

Educação brasileira em 2022 – a voz de adolescentes. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/relatorios/educacao-brasileira-em-2022-a-voz-de-adolescentes>>.

Acesso em 29 de mar. 2023

Dois milhões de crianças e adolescentes de 11 a 19 anos não estão frequentando a escola no Brasil, alerta UNICEF. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/dois-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-de-11-a-19-anos-nao-estao-frequentando-a-escola-no-brasil>>.

Acesso em 29 de mar. 2023

Apenas 34% dos jovens refugiados estão matriculados no ensino secundário. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2021/09/07/apenas-34-dos-jovens-refugiados-estao-matriculados-no-ensino-secundario/>>.

Acesso em: 28 de mar. 2023.

Brasil tem mais de 180 mil imigrantes no mercado de trabalho formal. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/brasil-tem-mais-de-180-mil-imigrantes-no-mercado-de-trabalho-formal>>.

Acesso em 27 de mar. 2023.

Ciclo da pobreza. Disponível em: <<https://maisretorno.com/portal/termos/c/ciclo-da-pobreza>>.

Acesso em 27 de mar. 2023

BRASIL. Lei Nº 8.069. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 27 mar. 2023.

INTERNACIONAL. Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Protocolo\\_de\\_1967.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf) Acesso em 27 de mar.2023.

AMÉRICA LATINA. Declaração de Cartagena de 1984. Cartagena , Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf). Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 9474, 23 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Dos Aspectos Caracterizadores. Brasília, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em 28 de mar. 2023

BRASIL. Lei nº 13445, 25 de Maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União. Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em 29 de mar.2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília : Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 mar. 2023.

# RACISMO AMBIENTAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE OS QUARTOS DE DESPEJO, BIOPOLÍTICA E CATÁSTROFES CLIMÁTICAS

Luma Teodoro da SILVA<sup>1</sup>  
Olívia Fonseca MARASTON<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma revisão bibliográfica do que é o racismo ambiental e trazer o tema para o debate acadêmico por meio de um olhar horizontal, ao resgatar a realidade e os sentimentos da autora Carolina de Jesus em seu livro “Quarto de Despejo”, no qual detalha as insalubridades e precariedades da vida cotidiana dentro da favela do Canindé e o descaso da administração pública com aquele espaço geográfico e social, que podem ser encarados como injustiças que recaem sobre etnias e indivíduos mais vulneráveis ou “vulnerabilizados”. Assim, a pesquisa visa elencar tais condições de uma parcela da população que vive à margem da sociedade e é abandonada pelos poderes públicos, que acaba sofrendo de forma desigual com relação ao meio ambiente e quanto a raça quando integrados em um sistema de relações de poder e controle sobre os corpos, perpassando por temas como biopolítica, biopoder e os efeitos das catástrofes climáticas para as populações mais vulnerabilizadas. De igual forma, necessário se faz pensar em formas de combater esse racismo e trazer maior educação ambiental e consciência de classe ao país, bem como incluir representantes desses grupos vulnerabilizados em espaços de tomada de decisões visando a estruturação de cidades mais justas. Para tanto, a pesquisa parte-se do método dialético e do método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Racismo; Grupos Vulneráveis; Literatura Brasileira; Justiça Ambiental; Serviços Públicos.

## ABSTRACT

This paper aims to make a literature review of what is environmental racism and bring the subject to academic debate through a horizontal look, to rescue the reality and feelings of the author Carolina de Jesus in her book "Quarto de Despejo", which details the insalubrity and precariousness of everyday life in the slums of Canindé and the neglect of public administration with that geographical and social space, which can be seen as injustices that fall on ethnic groups and individuals more vulnerable. Thus, the research aims to list the conditions of a portion of the population that lives on the margins of society and is abandoned by the public authorities, who end up suffering unequally with regard to the environment and race when integrated into a system of power relations and control over bodies, going through themes such as biopolitics, biopower, and

- 
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-graduação em andamento em Direitos da Mulher e Advocacia Feminista, pela Faculdade Legale (2021). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pela Projuris Estudos Jurídicos (2020). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (2018). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES) e do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (IEER), ambos do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Realizou estágio no Fórum da Comarca de Siqueira Campos (2014-2019). Atualmente é advogada pela Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná. Pesquisadora na área de Direito Penitenciário, Criminologia e Direito e Arte. Integrante do Conselho da Comunidade da Comarca de Siqueira Campos/PR (órgão da Execução Penal).
  - 2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES-UENP), coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi. Diretora de Cultura do Diretório Acadêmico Octavio Mazziotti (DAOM) pela gestão Íris (2023). Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiada pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

the effects of climate catastrophes on the most vulnerable populations. Likewise, it is necessary to think of ways to combat this racism and bring more environmental education and class consciousness to the country, as well as to include representatives of these vulnerable groups in decision making spaces aiming at the structuring of fairer cities. To this end, the research is based on the dialectical method and the deductive method.

**KEYWORDS:** Racism; Vulnerable Groups; Brazilian Literature; Environmental Justice; Public Services.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa é centrada na discussão acerca do racismo ambiental e a urgente necessidade de compreensão de como os danos ambientais e o próprio meio imposto às comunidades habitadas, em especial, pelas populações negras são mais afetadas, o que se vislumbra tanto pelo viés técnico-científico quanto pela narrativa dos próprios indivíduos que ali sobrevivem.

O objetivo geral é investigar conceitos relacionados ao racismo ambiental e como esse racismo se manifesta de diversas formas na sociedade atual, cujo modelo econômico vigente funda-se nas desigualdades sociais e injustiças ambientais. Os objetivos específicos são: a) compreender o racismo ambiental e quem são os grupos atingidos por ele, aqui referidos como “quartos de despejo” em razão do emprego do termo na obra literária “Quarto de despejo: o diário de uma favelada”, de Carolina Maria de Jesus; b) relacionar a biopolítica e o biopoder com o racismo ambiental; c) expor as consequências das mudanças climáticas sob o aspecto do racismo ambiental e evidenciar os maiores impactos gerados aos grupos vulnerabilizados que chegam muitas vezes a morte desses indivíduos.

Para tanto, a presente pesquisa utiliza-se da revisão bibliográfica, baseada em artigos acadêmicos, livros, notícias jornalísticas, legislações e levantamentos sobre a temática do racismo ambiental e das injustiças ambientais no Brasil. Os métodos de abordagem são o dialético e o dedutivo, partindo da investigação das desigualdades ambientais para a análise da atuação do poder público e das situações de risco ambiental vivenciadas por determinados grupos.

Com a formação de comunidades dos povos originários, do campo e da floresta, e posteriormente com o processo de colonização e abolição tardia no Brasil, que resultou na formação das comunidades periféricas e forçou a ida de pessoas para esses espaços geográficos, deu-se início a inúmeros problemas que envolvem o meio ambiente e impõe vulnerabilidades e riscos de formas diferentes a grupos sociais do país.

Por isso é preciso questionar e avaliar o impacto causado na posse do solo em determinadas regiões do país e como as legislações e serviços públicos negligenciam o auxílio desses grupos “vulnerabilizados”, que passam por situações ambientais diferentes e mais graves e

inúmeras violações de direitos humanos geradas pela discriminação e que acarretam em mais injustiças e desigualdades.

## **1 RACISMO AMBIENTAL NO BRASIL E OS “QUARTOS DE DESPEJO”**

O Brasil, país marcado pela desigualdade social, muitas vezes invisibilizada no debate societário, mas crescente, ainda é solo incipiente para pautas como justiça ambiental e principalmente para o racismo ambiental que consolida aspectos da injustiça socioambiental nos meios urbanos. Antes de adentrar ao conceito de racismo ambiental, tema do presente artigo, necessário se faz enfrentar termos que a ele estão intrinsecamente ligados como justiça ambiental e injustiça ambiental.

Para Herculano (2002), a justiça ambiental é o conjunto de princípios que garante que nenhum grupo de pessoas, sejam eles étnicos, raciais ou de classe, tenha que suportar consequências ambientais de maneira desproporcional oriundas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas. Um dos casos precursores para a visibilização do debate da justiça ambiental a nível global ocorreu nos Estados Unidos na década de 80, onde a população se rebelou contra o depósito de resíduos tóxicos e a localização de indústrias poluentes em áreas habitadas majoritariamente por grupos compostos por latinos, negros e ciganos (BAPTISTA; SANTOS, 2022, p. 146). Isso porque perceberam que não se tratava de fenômeno aleatório, mas que eram alvos dessa distribuição desigual dos ônus ambientais.

A partir desse caso, na contramão da justiça ambiental, aclare-se o que vem a ser injustiça ambiental, delineada por Herculano (2002) como “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis”. Nesse sentido, entende Baptista e Santos (2022, p. 148) que a injustiça ambiental oriunda de um sistema de desenvolvimento e de estrutura social de cunho racista e colonizador, resulta em cenários de racismo ambiental e de insustentabilidade, uma vez que não há ambiente sustentável com população em situação de vulnerabilidade, marginalizada e sem acesso a uma vida digna.

A injustiça ambiental é produzida através das assimetrias sociais e da falta de isonomia na qualidade ambiental que decorrem do modelo econômico capitalista vigente, o qual reproduz as desigualdades e não proporciona uma distribuição igualitária dos impactos ambientais, que recaem de maneira mais incisiva nas populações menos favorecidas e compostas por minorias sociais. Assim, a questão ambiental se apresenta como uma expressão da questão social de modo que as



desigualdades sociais são reveladas também ao se tratar do meio ambiente e como certos grupos acabam sofrendo mais com as consequências das eventualidades climáticas.

Interligado ao tema da injustiça ambiental encontra-se o racismo ambiental que é uma expressão mais específica e pode ser definido como o tratamento discriminatório baseado na raça por meio do qual os danos e riscos ambientais são dirigidos a determinados grupos sociais e as políticas ambientais são aplicadas desigualmente. Para configuração desse tipo de racismo não é preciso que haja o elemento subjetivo do dolo ou da culpa, mas somente que se verifique que ele produziu resultado racista na ótica ambiental, pois enquanto ato, o racismo ambiental deve ser aferido de maneira objetiva (ALMEIDA, 2015). Ainda, “complementa-se ao conceito de racismo ambiental a não presença da população negra na elaboração das políticas e na liderança de movimentos ecológicos, bem como a discriminação da aplicação das leis em territórios racializados” (INSTITUTO PÓLIS, 2022).

Ao se tratar das injustiças ambientais no Brasil é nos

bairros pobres das periferias urbanas (visivelmente de maioria negra) e nos territórios indígenas, quilombolas e das outras comunidades tradicionais que se instalam as indústrias químicas; o agronegócio dos agrotóxicos, do trabalho escravo e dos desertos verdes; as mineradoras e as siderurgias; as hidro e termelétricas [...]. E são majoritariamente esses contingentes os expropriados, contaminados, despejados, remanejados, enfrentando direta e imediatamente as perdas e danos colaterais do desenvolvimento econômico” (PACHECO; FAUSTINO, 2013, p. 90-91).

As comunidades negras e pobres, segundo Almeida (2015), depararam-se com problemas como o despejo de materiais poluentes ou indesejados, sítios de alocação de lixo tóxico e os aterros sanitários, de maneira desproporcional se comparadas com outras comunidades não pertencentes a minorias étnicas. Ressalta-se que a alocação desses dejetos ambientais não é feita aleatoriamente pelos agentes poluentes, o elemento racial é fator determinante na tomada dessa decisão.

Nas periferias das grandes cidades, como é o caso de São Paulo – SP, Rio de Janeiro – RJ, Belém – PA, entre outras, há diversas comunidades que vivem essa situação de vulnerabilidade extrema e acabam sofrendo com problemas socioambientais urbanos. Muitas enfrentam, assim, além dos problemas socioeconômicos, a condição de viver em meio à degradação ambiental, ou seja, em situação de racismo ambiental em que as injustiças sociais e ambientais recaem de forma rígida sobre grupos étnicos “vulnerabilizados” e sobre outras comunidades, discriminadas pela questão da raça, origem ou cor (PACHECO, 2007).

Nesse sentido, Pacheco afirma ainda que (2007, p. 7-8):

[...] é fundamental assumir que racismo e preconceito não se restringem a negros, afrodescendentes, pardos ou mulatos. Está presente na forma como tratamos nossos povos indígenas. Está presente na maneira como ‘descartamos’ populações tradicionais – ribeirinhos, quebradeiras de coco, geraiszeiros, marisqueiros, extrativistas, caçaras e, em

alguns casos, até mesmo pequenos agricultores familiares. Está presente no tratamento que damos, no Sul/Sudeste, principalmente, aos brancos pobres cearenses, paraibanos, maranhenses... Aos ‘cabeças-chatas’ em geral, no dizer preconceituoso de muitos, que deixam suas terras em busca de trabalho e encontram ainda mais miséria, tratados como mão- -de-obra facilmente substituível que, se cair da construção, corre ainda o risco de ‘morrer na contramão atrapalhando o tráfego’.

A partir disso, verifica-se que o racismo ambiental é um problema que extrapola e se alastra não apenas no convívio social, mas também na vida política. Isso porque essa forma de discriminação está ancorada em injustiças sociais e ambientais e na carência de direitos. Carolina de Jesus, que foi uma mulher preta, mãe solo, catadora de lixo e moradora da favela, classificava: “[...] São Paulo é assim: o Palácio é a visita. A Prefeitura é a sala de jantar e a cidade o jardim. E a favela é o quintal onde jogam os lixos” (1963, p. 32). Ou seja, mantinha o sentimento de que as regiões periféricas eram os “quartos de despejo” daquilo que para o Estado era considerado descartável.

A autora também relata em vários momentos do livro “Quarto de despejo: diário de uma favelada” como é nítida a miséria na favela, a vida injusta dos moradores, o desamparo público, com a inexistência de serviços fornecidos pelo Estado, como a falta de saneamento, além de dificuldades básicas de se manter a limpeza, doenças oriundas da insalubridade das favelas, os obstáculos nos dias de chuva e a fome.

Passei uma noite horrível. Sonhei que eu residia numa casa residível, tinha banheiro, cozinha, copa e até quarto de criada. [...] Sentei na mesa para comer. A toalha era alva ao lírio. Eu comia bife, pão com manteiga, batata frita e salada. Quando fui pegar outro bife despertei. Que realidade amarga! Eu não residia na cidade. Estava na favela. Na lama, as margens do Tietê. (JESUS, 1963, p. 39).

Essa “realidade amarga” é vivenciada por muitos brasileiros, que mesmo embora haja a previsão de igualdade formal na Constituição Federal, não vivem de forma igual ou equiparada com outros grupos social e economicamente favorecidos da sociedade. Inclusive, destaca-se que tanto na Carta Magna quanto em legislações específicas essas peculiaridades em relação ao ambiente geográfico, ao consequente racismo, e outras sociopolíticas não são vistas com atenção.

A proteção do meio ambiente é direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal. Além disso, o art. 225 da CF/88 dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo de responsabilidade do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo (BRASIL, 1988). No entanto, o racismo ambiental inviabiliza que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja assegurado para todas as pessoas, violando o texto constitucional e trazendo como ponto de reflexão a atuação da Administração Pública no combate a esse problema.

## **2 A BIOPOLÍTICA E OS RISCOS IMPOSTOS PARA OS GRUPOS VULNERABILIZADOS**

Após a conceituação do que é racismo ambiental, suas recentes pesquisas e a breve análise de como acabam impactando de forma grave e desigual determinados grupos sociais, chamados aqui de grupos vulnerabilizados – posto que não só se encontram em situação de vulnerabilidade, como foram colocados nessa condição –, é importante analisar nesse capítulo o conceito de biopolítica e sua face excludente frente às questões ambientais.

Referente termo foi inicialmente citado por Michel Foucault, em uma conferência proferida na cidade do Rio de Janeiro, em 1974, intitulada como “O nascimento da medicina social”, momento em que fez abordagens ligadas ao termo biopoder e explicou seu ensejo de compreender como a vida se inseriu em projeções de poder e como essas passaram a determinar na existência ou não de povos e espacialidades (PELBART, 2003).

Para Foucault (2008), assim, biopoder é “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder” e biopolítica:

trata-se de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos [...], constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica. (FOUCAULT, 2005, p. 289).

Ou seja, o termo faz menção à ideia de controle sobre os corpos humanos, controle esse que regula a população sobre a vida e que vai ao encontro de aspectos vistos no racismo ambiental, pois fica nítido que em ambos conceitos e teorias há a carência em direitos sociais destinados a determinados grupos excluídos da sociedade, que no caso do Brasil, ao trazer para a realidade, tem-se os exemplos vividos pelas periferias urbanas, comunidades quilombolas, povos indígenas, populações ribeirinhas e comunidades pesqueiras, onde há um poder maior (Estados ou grupos favorecidos socialmente) que praticam ações cotidianas que atingem diretamente e mais severamente esses “corpos” e espaços.

Nesse viés, vários são os problemas que podem ser elencados como biopolíticos, como a mortalidade, natalidade, doenças, fome, habitação, xenofobia, racismo, privação de direitos sociais, epidemias e um exemplo mais recente, a pandemia da COVID-19. Todos acabam gerando pesos no momento da discussão de pautas, tomada de decisões, criação e efetivação de políticas públicas e são pontos que ligam a vida dos seres humanos, pensados num panorama de biopoder, de quem pode se fazer morrer, quem se pode deixar viver, de determinar como viver e quem poderá sofrer.

A carência de direitos sociais – atrelada à ocupação segregada do espaço ambiental, que dizima populações urbana e rural – é observada como fruto da ação do Estado pela omissão de cidadania aos grupos subalternos. Assim, quando o Estado não atua em benefício isonômico da cidadania ambiental, interpretada aqui como carência de direitos sociais ou de justiça social para todos os grupos étnicos, ele os priva do acesso à vida e promove a morte.

Se o diagnóstico de Bullard, Seguel, Pacheco e Herculano estiver correto, então os grupos eliminados (negros, indígenas e ribeirinhos) da posse cidadã do meio ambiente são vítimas da gestão de um Estado genocida, que atua sob a racionalidade biopolítica. Com isso o que se quer dizer é: o racismo ambiental, visto como privação étnico-espacial de cidadania, é uma extensão da biopolítica. (FILGUEIRA, 2021, p. 193).

Quando o Estado não atua pensando nesses grupos – que pelo próprio Estado, pela sociedade e historicamente foram e são vulnerabilizados –, nem em suas especificidades e territorialidades, acaba agindo em extensão da biopolítica. Embora, outros autores não enquadrem a questão racial dentro do contexto de biopolítica em si, como para Mbembe (2018), o qual afirma que a eliminação sumária de negros, dentro do perímetro africano, ultrapassa a biopolítica e deve ser traduzida para necropolítica, diante as diversas políticas de mortes que sucederam ao longo dos anos. Da mesma forma, Sueli Carneiro (2005), pesquisadora brasileira e precursora do diálogo entre racismo e biopoder na esfera da afro-diáspora, relata que o Estado age pensadamente para deixar morrer e matar corpos pretos.

No caso da presente pesquisa, a análise é de propor como o racismo ambiental é tido como exercício de poder, fundamental na eliminação, aos poucos, das comunidades vulnerabilizadas já citadas no texto, com a evidente restrição a direitos sociais, da cidadania, como o que acontece em torno da demarcação de terras indígenas e quilombolas, ou no processo de gentrificação (segregação socioespacial em áreas urbanas) das grandes cidades.

Nos Estados Unidos, país que deu início aos estudos acerca do racismo ambiental e pioneiro na contestação negra por justiça socioambiental, foram criados grupos de resistência e luta, diante da carência dos direitos sociais, ligada à ocupação segregada do espaço ambiental, que dizimou muitos grupos e espaços determinados, isso porque não havia, até então, ações do Estado para diminuir essas desigualdades e exclusões, configurando completa omissão de cidadania aos grupos subalternos, privando o acesso à vida e promovendo a morte (FILGUEIRA, 2021).

Para a dimensão do Brasil, com tantos “quartos de despejo”, essa segregação vai além, e o racismo, por exemplo, no panorama de biopoder e da biopolítica, segue com novos contornos, deixando de ter apenas um determinado impacto e atingindo outros níveis e esferas, como a questão ambiental, que pode ser bem visualizada na realidade local. Isso porque, problemas climáticos, ou os obstáculos com uma pandemia, são situações trazidas anteriormente como exemplos que vão atingir pessoas de forma diferente.

Se observada as favelas brasileiras, lotadas em morros, espaços insalubres, por vezes sem água encanada, energia elétrica, sem aprovação técnica de profissionais nas construções, barracos sobre barracos, com aglomerados de pessoas, e considerado o fato de que a população das favelas consiste em famílias pobres, pretas, estendendo-se, assim, além dos impactos do racismo em si, os

ambientais, regados à desproteção, preconceitos, injustiças e obstáculos diários que se agravam com problemas climáticos, de saúde e segurança pública, acesso a outros meios, entre outros fatores.

Para a Rede de Justiça Ambiental da Colômbia – RJAC (2013), as comunidades constituídas por grupos de minorias enfrentam uma maior exposição às cargas ambientais e têm difíceis limitações para o acesso de recursos naturais e suas gestões. Inclusive, descreve que a exclusão realizada, social e historicamente, contra esses grupos, adquire novas feições com a formação de grupos ambientalmente segregados.

O racismo ambiental, nessa linha, se constrói de várias formas e com diferentes prejuízos às suas vítimas, que acabam suportando um impacto ambiental negativo muito maior que as outras pessoas, sendo o avanço das fronteiras econômicas, como o capitalismo desenfreado, um gerador de problemas, que recai desproporcionalmente sobre os grupos vulnerabilizados, que resistem defendendo seus direitos e meios de vida.

Nas palavras de Acselrad (2010), as pessoas que vivem à margem da sociedade estão mais expostas aos riscos decorrentes da localização de suas residências, da vulnerabilidade dessas moradias e espaços:

Considerando que a injustiça social e a degradação ambiental têm a mesma raiz, haveria que se alterar o modo de distribuição – desigual – de poder sobre os recursos ambientais e retirar dos poderosos a capacidade de transferir os custos ambientais do desenvolvimento para os mais despossuídos. Seu diagnóstico assinala que a desigual exposição aos riscos deve-se ao diferencial de mobilidade entre os grupos sociais: os mais ricos conseguiriam escapar aos riscos e os mais pobres circulariam no interior de um circuito de risco. (ACSELRAD, 2010, p. 109).

Ao saber quem são esses grupos vulnerabilizados, inseridos em ambientes precários, vítimas, em grandes casos, da migração forçada e da ausência de políticas de inclusão, ou seja, pela análise do processo histórico da formação e origens desses grupos até à sobrevivência nesses espaços que sofrem ambientalmente de forma desproporcional, volta-se à biopolítica em que se constata estarem inseridos em uma política de Estado que propositalmente, ao longo dos anos, trata classes, raças, espaços geográficos e determinadas culturas, religiões e povos de forma desigual.

Gomes (2021), narra essa desigualdade ao citar o conflito durante a pandemia dentro do Complexo da Maré, favela situada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, ao explicar que a cultura da sociabilidade ali vivenciada, que faz funcionar a vida na favela, acabou entrando em tensão com o isolamento social, principal defesa contra o vírus. Isso pois, o Estado não levou em consideração o contexto cultural e social específico e a complexidade da favela para a criação e determinação de medidas preventivas, o que gerou imaginários estereotipados e ainda mais desigualdades e segregação, além de maior precarização ambiental.

Sobre a intencionalidade nesses drásticos resultados e a relação com a vida política,

Agamben (2010) afirma estar o ser humano diante de vidas matáveis e insacrificáveis, especificidades essas que são motivadoras nas tomadas de decisões dos Estados modernos, mesmo que no sentido da exclusão e menosprezo. Em suas palavras, determinados grupos, a exemplo as pessoas pretas, são vistas por quem tem poder como vidas que devem ser excluídas e expostas. Esses corpos matáveis, os quais parecem ser só corpos, sem alma, sem direitos, aos olhos do Estado, daqueles com algum poder, não merecem se quer serem salvos.

No contexto de formação de grupos segregados por motivação ambiental, fica evidente que se instaurou um estado de exceção permanente, que se tornou regra, sem visão de progresso e discussão em prol de grupos vulnerabilizados, o que acaba legitimando a existência e perpetuação dessa condição. A decisão biopolítica de retirar a humanidade de alguém ou de um grupo de indivíduos e de, portanto, torná-lo excluído, é de um poder soberano, por isso se vê a necessidade de maior representatividade de fato e mudanças efetivas com mais inclusão e escuta.

Segundo Santos (2000), o caso brasileiro é bastante peculiar, pois parece haver um lugar destinado à população afro-brasileira. O corpo preto, em si, é tomado como espacialidade na qual é manifestado o racismo no Brasil, impondo-se como uma marca visível e criando uma linha demarcatória, que separa grupos e pessoas. Como visto em Quarto de Despejo, Carolina de Jesus (1963) diz ser predeterminada a viver naquele espaço, a catar lixo, enquanto alguns poucos, que criam as leis e estão no poder, vivem em palácios e determinando que pessoas como ela, uma mulher preta favela, viva jogada à mercê da sociedade.

De igual forma, veja-se que atualmente não é legalmente possível um estado de exceção, porém não é o que acontece de fato, dentre determinados ambientes vulneráveis pelo país e em face de grupos vulnerabilizados. Como referência, segundo dados da ONU (2013), “estima-se que um bilhão de pessoas carece de acesso a um abastecimento de água suficiente, definido como uma fonte que possa fornecer 20 litros por pessoa por dia a uma distância não superior a mil metros”, bem como “a previsão das Nações Unidas é de que até 2030 quase metade da população mundial estará vivendo em áreas com grande escassez de água”.

Para Abreu (2013), grupos vulneráveis arcam com as consequências mais danosas, por vários fatores, seja porque ninguém quer ouvi-los, não têm vez ou ninguém os deixa falar, ou seja, porque, em termos de governabilidade, estes grupos excluídos constituam apenas uma grande massa para manobras políticas. Ainda, quando narrados os resultados desses problemas, pelos meios de comunicação, é sobre as vítimas que recai grande parcela dos ônus ambientais, seja pela falta de recursos, seja da culpa pela degradação do ambiente.

Portanto, verifica-se que o sofrimento gerado pelo racismo ambiental, formatado a partir de medidas estatais e pelas mãos de quem está do poder, acaba resultando em crimes ambientais,

desastres, desigualdades, precarização e falta de infraestrutura, tendo como vítimas pessoas pobres, pretas, periféricas, indígenas e outros grupos marginalizados pelo sistema, que podem ser denominados como minorias dentro de uma vasta rede no âmbito da interseccionalidade.

## **2.1 Os efeitos de catástrofes climáticas**

Como visto, são vários os problemas dentro do racismo ambiental. Recentemente, há diversas notícias erroneamente descritas como desastres, mas que por traz são resultados do racismo ambiental. As calamidades ambientais, como deslizamentos de terra, inundações de rios e enchentes resultam da falta de infraestrutura urbana e se traduzem como uma das facetas do racismo ambiental, uma vez que as áreas com maiores problemas de infraestrutura são aquelas povoadas por maioria negra, parda e de menor renda e, conseqüentemente, em razão do planejamento deficitário e da falta de proteção estatal, são as mais afetadas por essas calamidades.

Segundo estudo realizado pelo Instituto Polis (2022) intitulado “Racismo ambiental e justiça socioambiental nas cidades”, 37% da população da cidade de São Paulo é negra, ao passo que nas áreas com risco de deslizamento, a proporção de pessoas negra é de 55%, o que escancara o que já foi tratado no decorrer do artigo: que os lugares de maior risco ambiental e mais atingidos pelos efeitos das mudanças climáticas – e pelas injustiças ambientais - são habitados por pessoas negras. E não se trata de uma opção feita por essas pessoas de habitar tais regiões, mas de toda uma estrutura racista que relegou a população negra a regiões periféricas e não criou mecanismos de reparação histórica para que pudessem ter melhores condições de vida e de moradia.

Em Recife os riscos ambientais estão relacionados tanto a perigos hidrológicos de inundação dos rios, como a perigos geológicos, de deslizamento de terra em áreas que possuem maior declividade. O Instituto Polis (2022) aponta que o risco de deslizamento está concentrado nas áreas de populações de menor renda de Caxangá, Ibura e dos morros da Zona Norte, nas quais a renda média é de R\$ 1,1 mil por domicílio e a proporção de pessoas negras é de 68%. Mais uma vez demonstrando como o racismo ambiental se faz presente até no próprio planejamento urbano que por conta da “má distribuição de infraestruturas de serviços básicos é definidor das desigualdades estruturantes e vulnerabilidades aos eventos climáticos” (INSTITUTO POLIS, 2022).

A primeira vítima dos deslizamentos ocorridos em Olinda, Pernambuco, no dia 6 de fevereiro de 2023, não coincidentemente, foi uma pessoa negra de 19 anos que trabalhava como motoboy, segundo notícia veiculada pela Folha de São Paulo (BELMONT, 2023). Uma morte que poderia ter sido evitada se houvesse uma maior preocupação estatal com a carência de infraestrutura urbana de certas regiões e com políticas habitacionais visando o combate dos riscos ambientais em locais cujo os efeitos das mudanças climáticas são mais impactantes e devastadores ao ponto de

ocorrerem mortes, soterramentos, perda de moradia e de bens materiais.

No Brasil, as catástrofes impulsionadas pelas mudanças climáticas, como as enchentes, inundações e os deslizamentos de terra ocorridos no início deste ano [2022] especificamente nos estados da Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro (Petrópolis) e Pernambuco, têm se tornado cada vez mais frequentes. E as pessoas mais afetadas têm sempre o mesmo gênero e cor.

Esse fato ocorre, principalmente, porque o processo de desenvolvimento das cidades carrega em si mesmo uma lógica desigual, expulsando as populações minorizadas das zonas mais seguras para as áreas de risco. (BRASIL DE FATO, 2022).

As fortes chuvas ocorridas em 2022 e no começo do ano de 2023 culminaram em diversas mortes em decorrência de inundações e deslizamentos, sendo um infeliz exemplo do despreparo das cidades, da falta de investimento e da escassez de políticas públicas. Como reflete Belmont (2023),

as chuvas de verão não têm culpa: a responsabilidade é do poder público negacionista, dos interesses privados, da especulação imobiliária e do poder de barganha das grandes fortunas, é do descaso para com os mais pobres, do racismo, da desigualdade social e de um "desenvolvimento" que mata. Uma coisa é certa: se trata de uma escolha do poder público.

Logo, dizer que as tragédias acarretadas pelas catástrofes climáticas, principalmente em regiões periféricas, de baixa renda e de maioria negra - tendo em vista que são as que mais sofrem - não passam de consequências naturais, é não enxergar os problemas de infraestrutura, de racismo ambiental e da biopolítica que estruturam o país. Não se pode admitir que as vidas perdidas nessas catástrofes sejam vistas como algo normal e "natural". É preciso responsabilizar o poder público e colocar em evidência a pauta do racismo ambiental e das injustiças ambientais que acontecem diariamente no país.

## CONCLUSÕES

Em princípio, verifica-se que a organização social e econômica do país impôs uma realidade trágica e regada a injustiças sociais que produzem o racismo ambiental e geram o sentimento de "realidade amarga", como descrito por Carolina de Jesus, para quem vive à margem da sociedade brasileira. Sendo certa essa modalidade de racismo no Brasil, mesmo que não seja tão mencionada e tratada de forma específica na Constituição Federal e em outras legislações.

No país, uma vez que se consiga aferir quais são as comunidades que sofrem com esse racismo, é preciso debater e lutar por políticas públicas e serviços públicos de qualidade e com o recorte de raça, classe e gênero, e buscar uma legislação eficiente, eis que as que estão em vigor são descabidas a essa problemática e continuam a gerar discriminação ambiental, sem conferir igual proteção ambiental a grupos pertencentes a minorias étnicas ou raciais. Para isso, é necessária uma mudança na composição dos espaços de poder que atualmente é formada por homens brancos em sua maioria.

Eleger e inserir negros, mulheres, indígenas, quilombolas, isto é, representantes dos grupos



vulnerabilizados, que estejam comprometidos com a transformação do cenário de injustiças socioambientais, do racismo ambiental e com o direito à vida digna, ao saneamento básico e o direito à cidade configura-se medida indispensável para atender as necessidades dos grupos historicamente marginalizados e proporcionar a melhora na qualidade de vida deles.

Isso porque, como ficou evidente, o país funciona sob os ditames da biopolítica, ficando a encargo dos detentores do poder decidir quem é digno de viver e quem deve morrer, achando-se com a última opção os grupos excluídos socialmente e mais afetados pelo racismo ambiental, o qual se manifesta de diversas formas, seja na escolha dos lugares de maior vulnerabilidade para despejo de resíduos tóxicos, na ineficiência de políticas públicas voltadas ao combate do problema, ou seja com o descaso do poder público que não propicia meios de melhoras na infraestrutura urbana de maneira a evitar que os grupos vulnerabilizados sejam mais suscetíveis a sofrerem com os impactos de desastres naturais e de mudanças climáticas.

Certamente, será necessário ir além da reflexão e reforma dos mecanismos de tomada de decisões e de distribuição dos ônus ambientais, pois se faz necessário incluir os recortes mencionados, que por vezes são negligenciados pelo Estado. Garantir o direito à moradia, à vida digna e à cidade, levando em conta as especificidades e os problemas enfrentados pelos grupos ambientalmente desprotegidos, devem ser prioridades para superação do racismo ambiental.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza. **Biopolítica e racismo ambiental no Brasil**: a exclusão ambiental dos cidadãos. Universidad de Medellín: Opinión Jurídica, 2014. Disponível em: <<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/723>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

ALMEIDA, Daniela dos Santos. **Racismo Ambiental e a distribuição racialmente desigual dos danos ambientais no Brasil**. Relatório PIBIC, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <[https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2015/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela\\_Almeida.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela_Almeida.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

ACSELRAD, Henri. **Ambientação das lutas sociais**: o caso do movimento por justiça ambiental. Estudos Avançados.v. 24, (n. 68), p. 103-119, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n68/10.pdf> Acesso em: 01 jun. 2013.

BAPTISTA, Ana Claudia Sanches; SANTOS, Izabela Penha de Oliveira. **O racismo ambiental na metrópole paulistana**: entre becos e vielas de São Paulo. Revista da ABPN, v. 14, n. Ed. Especial, junho 2022, p. 141-159. Disponível em: <https://docplayer.com.br/228840370-O-racismo-ambiental-na-metropole-paulistana-entre-os-becos-e-vielas-de-sao-paulo.html>. Acesso em: 14 abr 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL DE FATO. Racismo ambiental: gênero, etnicidade e mudanças climáticas. Comissão de Gênero e GT Antirracista da Cáritas Brasileira. **Brasil de Fato**, 2022. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/12/04/racismo-ambiental-genero-etnicidade-e-mudancas-climaticas>>. Acesso em: 15 abr 2023.

BELMONT, Mariana. A culpa não é da chuva: é do racismo ambiental. **Folha de São Paulo**, 2023. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/desigualdades/2023/02/a-culpa-nao-e-da-chuva-e-do-racismo-ambiental.shtml?origin>>. Acesso em: 15 abr 2023.

FILGUEIRA, André Luiz de Souza. **Racismo ambiental, cidadania e biopolítica**: considerações gerais em torno de espacialidades racializadas. *Ateliê Geográfico, Goiânia*, v. 15, n. 2, p. 186–201, 2021. DOI: 10.5216/ag.v15i2.69990. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/atelie/article/view/69990>. Acesso em: 14 abr. 2023.

FOUCAULT, Michael. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michael. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Henrique. **A Maré e o vírus**: o dia a dia no complexo de favelas carioca em meio à pandemia. *Carta Capital*, 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-mare-e-o-virus-o-dia-a-dia-no-complexo-de-favelas-carioca-em-meio-a-pandemia/>>. Disponível em: 15 de abr. 2023.

HERCULANO, Selene. **Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil**. In: Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade, 1, Indaiatuba, Anais. Campinas: ANPPAS, 2002.

INSTITUO POLIS. Racismo ambiental e justiça socioambientais nas cidades. **Instituto Pólis**, 2022. São Paulo. Disponível em: <<https://polis.org.br/estudos/racismo-ambiental/>>. Acesso em: 15 abr 2023.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de Despejo**. Edição Popular, 1963.

Organização das Nações Unidas. ONU. **Pior seca dos últimos 50 anos no nordeste brasileiro confirma estatísticas da ONU sobre escassez**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/pior-seca-dos-ultimos-50-anos-no-nordeste-brasileiro-confirma-estatisticas-da-onu-sobre-escassez/>>. Acesso em: 15 de abr. 2023.

PACHECO, Tania. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor**. Ceará, 2007. Disponível em: <<http://www.rebrip.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/17/File/DesInjAmbRac.pdf>>. Acesso em: 20 de nov. 2022.

PACHECO, Tania; FAUSTINO, Cristiane. **A Iniludível e Desumana Prevalência do Racismo Ambiental nos Conflitos do Mapa**. In: PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean Pierre (Org.). *Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o Mapa de Conflitos*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013. p. 73-114. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/468vp/pdf/porto-9788575415764-04.pdf>>. Acesso em: 20 de nov. 2022.

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003.

Red por la justicia ambiental en Colombia. RJAC. **El riesgo en la gestión del agua:** justicia ambiental y conflictos por el agua. Colombia. Disponível em: <<http://justiciaambientalcolombia.org/2013/08/09/el-riesgo-en-la-gestion-del-agua-justicia-ambiental-y-conflictos-por-el-agua/>>. Acesso em 14 jul. 2023.

# A RESPONSABILIDADE OMITIVA DO ESTADO PERANTE OS YANOMAMIS

João Vitor Martin Corrêa SIQUEIRA<sup>1</sup>  
Luiza Andreza Camargo de ALMEIDA<sup>2</sup>

## RESUMO

A colonização deixou lastro na cultura brasileira e no reconhecimento dos direitos dos povos originários. Percebe-se essa consequência na forma indiferente do Estado lidar com os povos indígenas. Sobretudo, entre 2019 até 2022 a crise política e sanitária trouxe agravamentos ao contexto indígena, em especial dos Yanomamis, ganhando inclusive a mídia sobre as mortes em razão da desnutrição e da malária. Neste passo, surge como problema de pesquisa: qual a responsabilidade do Estado perante o caso Yanomami? Que condições oferece para que os povos indígenas possam viver conforme sua cultura? A política indigenista foi se lapidando com as propostas e estratégias por parte da articulação dos portugueses e mais tarde, por parte do Estado Brasileiro, sem a participação por parte deles, tornaram-se refém da negligência e da violência. Para tanto, adota-se o método indutivo e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, histórica e documental sobre o tema. Conclui-se que as políticas públicas adotadas frente aos povos indígenas tem sido percebido como uma política de governo e não de Estado, razão pela qual o Estado restou-se omissão intencional no caso dos Yanomamis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Originários; dignidade; yanomamis

## ABSTRACT

Colonization left a ballast in Brazilian culture and in the recognition of the rights of native peoples. This consequence can be seen in the State's indifferent way of dealing with indigenous peoples. Above all, between 2019 and 2022, the political and health crisis brought aggravations to the indigenous context, especially the Yanomamis, even gaining media coverage of deaths due to malnutrition and malaria. In this step, a research problem arises: what is the State's responsibility in the Yanomami case? What conditions does it offer so that indigenous peoples can live according to their culture? The indigenist policy was honed with proposals and strategies by the Portuguese articulation and later, by the Brazilian State, without their participation, they became hostage to negligence and violence. Therefore, the inductive method is adopted and, as research tools, the bibliographical, historical and documentary review on the subject. It is concluded that the public policies adopted towards indigenous peoples have been perceived as a government policy and not a State policy, which is why the State has remained omission in the case of the Yanomami

**KEYWORDS:** Original Rights; dignity; Yanomami

## INTRODUÇÃO

Com o tempo aprendemos que não é porque o problema não bate a porta, que ele não existe. Esse foi o contexto dos povos yanomamis, que teve no início de 2023, o contexto de grave crise como fome, desnutrição, malária e contaminação por mercúrio que estamparam os jornais do

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pela UENP-PR, Pós-graduada em Direito do trabalho e Previdenciário pelo Projuris.

Brasil e do mundo. Uma tragédia que não é inédita, mas que só gerou comoção em razão da audiência sem precedentes nos veículos de comunicação.

No entanto, mais que a sensibilidade, para enfrentar uma crise humanitária dessa complexidade é preciso análises que partem da raiz e de enfrentamentos. Neste passo, surge como problema de pesquisa: qual a responsabilidade do Estado perante o caso Yanomami? Que condições oferece para que os povos indígenas possam viver conforme sua cultura? Mais que trazer o reconhecimento na Constituição Federal de 1988, para que a legislação seja efetiva, o Estado precisa oferecer condições para que os povos indígenas possam viver independentes, e isso implica desde trazer legislações com esse objetivo, até desenvolver políticas públicas visando essa prática.

Contudo, como foi relacionado acima, esse fato não é inédito, e com isto, no presente trabalho, inicia com uma contextualização da política indigenista ao longo do tempo, no qual, busca-se observar o reflexo dos interesses do Estado, na ação e na legislação brasileira. Será possível observar que diante de um grande organismo que se estrutura, não considera os povos indígenas como parte deste território, a eles só resta o tratamento como remanescentes. Realidades que, o que Estado se pensou foi assimilar ao novo contexto de “sociedade nacional” e aqueles que ofereciam resistência, por diversas ações aniquilavas.

Na sequência, será pautado o contexto de necropolítica e as consequências do crime de omissão Estatal ou uma estrita relação intencional de disseminação desta nação. O paralelo entre, a imprudência ou imperícia e a real falta de sensibilidade com este povo – em específico os Yanomoni – revelam que a negação dos direitos começa a partir da negação do discurso, como pode-se efetivar direitos se estes em sua constituição não buscam a efetividade? A norma pela norma é ineficaz na vida do cidadão necessitado. A partir da análise do discurso, da norma e da negação das mesmas, extraímos o sumo da negligência estatal, que reverbera em descaso, fome e morte.

E por fim, será abordado, a conjuntura dos povos yanomamis, diante da política indigenista do último período e da necropolítica pautada nas ações e no discurso estatal, busca-se compreender quais as respostas que são dadas pelo Estado frente a realidades como esta e quais as consequências diante dos crimes de omissão.

Para tanto, adota-se o método indutivo e, como ferramentas de pesquisa, a revisão bibliográfica, histórica e documental sobre o tema. Conclui-se que as políticas públicas adotadas frente aos povos indígenas têm sido percebidas como uma política de governo e não de Estado, razão pela qual o Estado restou-se omissão no caso dos yanomamis.

## **1 A POLÍTICA INDIGENISTA**

A expressão “política indigenista” por muito tempo foi reconhecida como toda e qualquer

ação política governamental, que tivesse as populações indígenas como foco. Contudo, diante de várias mudanças ocorridas no campo do indigenismo, comporta observar dentro dessa expressão diversos agentes que interagem com os povos indígenas, situados em território nacional, como as ONGs e também organizações religiosas que tem feito articulações em prol da causa indígena. Portanto, é um quadro bastante complexo no qual a política indigenista formulada e executada pelo Estado, tem contado com a participação de setores além do Estado (ISA, 2021).

Culturalmente, por muito tempo a história do Brasil foi contada pela perspectiva dos portugueses. A chegada dos lusitanos em terras brasileiras ficou conhecida como o período do “descobrimento”, como se nada, nem ninguém aqui estivesse, não sendo diferente com a América. Partindo do pressuposto da história, contada pelo viés dos indígenas, a chegada dos portugueses não foi um descobrimento, mas uma invasão de suas terras, com o que de certa forma, concorda-se no presente trabalho.

Sabe-se que o povo indígena já tinha sua cultura complexa, seu modo de se organizar, sua espiritualidade e suas leis, os europeus aproveitaram dessa “suposta falta de lei e de deus” para dominar o território. Não existem estimativas seguras sobre o montante da população indígena do Brasil à época da descoberta. Diferentes autores mencionam números que variam de 800 mil até 10 milhões de indivíduos. (CORDEIRO, 1999)

Assim, antes que houvesse qualquer legislação regulamentando as terras aqui encontradas, os reis portugueses enviavam cartas que traziam regras reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras, mas também como os portugueses deveriam se portar frente a esse contexto, um complexo antagonismo, pois não havia a preocupação da efetividade e da permanência dos índios nas terras desejadas pela Coroa, embora as cartas enviadas traziam o reconhecimento dos povos indígenas aqui existentes como na Carta Regia promulgada por Felipe III em 10 de setembro de 1611:

os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazem moléstia ou injustiça alguma, nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitánias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer. Felipe (apud CUNHA, 1987, p.187)

Segundo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a Coroa Portuguesa ainda no século XVII havia editado diplomas legais que visavam coadunar o processo de colonização com o resguardo de direitos territoriais dos povos indígenas, a exemplo do Alvará Régio de 1680, primeiro reconhecimento, pelo ordenamento jurídico do Estado português, que declarava que as sesmarias, concedidas pela própria Coroa, não podiam afetar os direitos originais dos indígenas sobre suas terras, o que não se demonstrou na prática, com a frequente disputa e conquista pelo território por meio da catequização e dos aldeamentos.

Se essas normas buscavam resguardar os direitos dos povos indígenas sobre a terra, e que também era questionável do ponto de vista de sua exteriorização, pois a quem se dirigia, não conhecia a língua estrangeira, nem era alfabetizado, em contrapartida, todo esse clima pacífico e de liberdade, favoreceu a apropriação de suas terras e a escravidão, nas chamadas “guerras justas” como era prevista na Carta Regia de 09 de abril de 1655. A coroa tinha seus próprios interesses, e para tanto, interessavam-lhe aliados índios nas suas lutas com franceses, holandeses e espanhóis. (CUNHA,1992).

Ao mesmo tempo que precisavam contar com a ajuda dos indígenas, com sua força de trabalho e conhecimento sobre a terra nativa, questionava-se em relação sobre sua própria humanidade. Desde o início da colonização, os indígenas eram considerados seres sem alma e só passaram a ser considerados humanos em 1537 com a declaração “Veritas Ipsa” do Papa Paulo III, onde afirmou-os como verdadeiros seres humanos, descendentes de Adão, possuidores de razão, e capazes de atender ao chamado de Cristo. (CORDEIRO, 1999)

Dessa forma, para tornar possível a escravidão, a Igreja também teve um papel importante. Com a chegada dos jesuítas, estes tinham o papel de catequizar, torná-los evangelizados e fiéis ao catolicismo, além de ensiná-los a língua portuguesa. Nesse processo, os indígenas acabaram se desvinculando de suas crenças e se distanciando de suas próprias culturas. E aqueles que resistissem à dominação, bem como, à catequização, deveriam ser aprisionados, e convencidos pela violência física e psíquica, com consequente prisão e morte (BERGMANN, 1978)

Logo, o processo de colonização do território brasileiro foi marcado por muita violência por parte dos portugueses, e nesse sentido os indígenas tinham muita desvantagem em razão de não possuírem as mesmas armas, e que acabou extinguindo muitas comunidades indígenas, seja pela violência, pelas políticas de assimilação ou também pela contaminação dos índios com as doenças trazidas pelos europeus. Os portugueses sabiam que para ter as terras aqui encontradas, como suas, precisavam traçar uma estratégia para ocupar e lidar com os índios que aqui já habitavam, como enfatiza Enio Cordeiro:

Com o advento do século XIX, a política indigenista assume nova feição: deixa de ser uma questão de mão de obra para tornar-se uma questão de terras, tratava-se agora de ocupar as terras incultas e potencialmente produtivas, mas “infestadas de bugres” (1999, p. 44).

Assim, no primeiro Império portanto, se seguiu a política anterior de ocupação de terras, que reconhecia os índios como os originários senhores das terras que habitavam, no entanto, esse reconhecimento não significava efetivar esses direitos, pois não havia a necessidade de legitimar a posse mas de forma estratégica buscavam ganha-los com presentes, promessas e boas condutas e assim deixá-los mais próximos de serem “civilizados”, dessa forma havia menos resistência em

poder ocupar essas terras e com a ajuda da própria mão de obra indígena (CORDEIRO, 1999).

Evidentemente, que essa postura de “amizade” que tinham em relação aos indígenas era estratégica, pois o mesmo caráter amigável não era traduzido na legislação desse período. Com a chegada de D. João VI ao Brasil inúmeras Cartas Regias foram escritas na perspectiva de intensificar o caráter repressivo da política indigenista. De modo que a proposta de “civilizar” os indígenas, visava vencê-los, seja pela política de assimilamento ou extermínio, para tornar possível a ocupação e distribuição dessas terras entre os colonos (CUNHA, 1992).

O período regencial ficou marcado pelo grande massacre do povo indígena, instigados pelo sentimento expansionista e de dominação, os portugueses buscavam estrategicamente avançar nas ocupações das terras, e assim, explorar as riquezas da terra como os minérios e o pau Brasil, com o apoio da própria mão de obra indígena, tendo em vista que eles conheciam o território. A legislação do período vinha no sentido de garantir e reafirmar a política repressiva pela posse de terras (CORDEIRO, 1999).

No Segundo Império, compreendido entre 1840 e 1889, que fora governado por dois imperadores, Dom Pedro I e Dom Pedro II, a política continuava sendo de ocupar grandes extensões de terra, mas passou a deslocar os índios de seus territórios para ficarem concentrados em aldeamentos nas terras que recebiam como doação e nas terras para serem repartidas entre os colonos. Ficou marcada também como o período de grande descaracterização do povo indígena pela miscigenação, um movimento diferente do que havia sido no Primeiro Império e Regencial, pois aqui já não se tratava tão somente de uma busca por mão de obra dos indígenas, mas por uma disputa por terras propriamente dita (KAYSER, 2010).

Há que se observar que na Lei nº 601, conhecida popularmente como Lei de Terras, de 1850, promulgada por Dom Pedro II, para que as terras devolutas pertencessem aos indígenas, era necessário um título legítimo de propriedade, que os índios não tinham, facilitando com que perdessem suas terras. Vale dizer, que a Lei de Terras veio para regulamentar a propriedade privada, sobretudo, as terras devolutas. Antropólogos como Darcy Ribeiro (1970) atribui inclusive à Lei de Terras, a responsabilidade pela desigual distribuição dessas terras, pois com essa lei, tornou-se custoso adquirir a propriedade de terras.

Com o advento da República portanto, esperavam-se mudanças. No entanto, em termos de legislação indígena, continuavam de fora. Percebe-se que a questão indígena é pautada nas propostas governamentais, como nas primeiras Constituições, mas não foram inseridas de imediato, nem tidas como prioridade.

Nesse contexto marcado por confrontos entre índios e imigrantes, no início da República, e com a formação do Estado Nacional, já desvinculado do poder religioso, que em 1910, foi



articulado pelo Ministro da agricultura Rodolfo Miranda, o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILT, sendo confiado o ofício para Marechal Rondon. Contudo, o SPI manteve a política integracionista, e encerrou suas atividades em razão da decadência administrativa, no qual, o órgão tinha a finalidade completamente desviada, com funcionários acusados de crimes, demitidos e afastados de suas funções. Em 1967, é criada a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), mas com o mesmo propósito de coordenar e executar a política indigenista do governo federal (CORDEIRO, 1999).

Diante de todo esse contexto, e da mobilização indígena que se fortaleceu na década de 70 e 80, os povos indígenas só ganharam reconhecimento na Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo a demarcação de terras e sua identidade (CUNHA, 1992). No entanto, por mais que a Constituição Federal de 1988 trouxe esse reconhecimento inédito e necessário, não significou ainda ações concretas e certezas quanto a possibilidade de se autodeterminarem. Até porque, como se observa, a política indigenista acompanha os interesses do Estado.

Neste sentido, é possível observar períodos que são mais violentos, que se os povos indígenas não se integram ao Estado Nacional, pela assimilação, enfrentam a política repressiva. O que se observou com o governo Bolsonaro, que retomou o discurso da política integracionista, e com o seu discurso, grupos político-econômicos, especialmente conglomerados empresariais, investiram na articulação de partidos e políticas anti- indígenas (CIMI, 2023).

E o então Presidente da República cumpriu com o que havia falado deixando o cargo, sem nenhuma terra indígena demarcada, ao contrário, foram certificados 239 mil hectares de fazendas dentro de áreas indígenas que não haviam sido homologadas. Vale dizer, que a homologação é a última fase do processo de demarcação antes do registro definitivo. E dentro desse contexto, o governo havia travado 17 demarcações praticamente consumadas (FONSECA; PAZ; OLIVEIRA, 2022). Veremos adiante, como essa postura, prejudica os povos originários de viver de forma autônoma.

## **2. ENTRE A NECROPOLÍTICA E O ACESSO A JUSTIÇA**

O poder de constituir cidadania e participação popular decorre da norma. Mas antes que a sede pelo que se entende como justiça ou o justo venha brotar do ser humano, enquanto texto positivado, este decorre intrinsecamente do direito natural. Vê-se que, antes dos colonizadores chegarem ao Brasil com suas caravelas, assim como relata o resgate histórico feito anteriormente, a forma de mobilização social articulada, formada por uma liderança hierárquica visando zelar pelos mais vulneráveis, se sustenta desde a criação das mais antigas civilizações.

O ser humano é um ser gregário, e a sede por justiça e de se fazer cumprir o papel das

lideranças se encontram desde a posituação do Código de Hamurabi, no período antigo, ao menos teoricamente: “assegurava proteção às viúvas e aos órfãos e, ainda, incentivava o homem oprimido a procurar a instância judicial – o soberano – para que este resolvesse a questão” (CARNEIRO, 2000, p. 3) Portanto, como pode o ser, ansioso pela sede de se fazer cumprir uma norma, seja ela, formal ou material não receber a devida atenção de quem lhe é conferido poder?

Examina-se que ninguém procura o judiciário por um simples desejo ou com fulgor na alma, a ânsia pela tutela jurisdicional parte da necessidade, seja ela passiva ou ativa. No caso dos Yanomamis por exemplo, e dos povos indígenas de um modo geral, é uma demanda que se judicializada, mas o Poder Legislativo também tem sua responsabilidade quando da elaboração de leis concretas que visem alcançar a proteção destes povos, de igual modo, o Executivo incumbido do processo de demarcação.

Os princípios conferidos pelo texto maior de 1988, em seu rol de direitos fundamentais positivam uma série de compromissos e pactos que o Estado faz com o cidadão, e a partir desta posituação o cidadão se sente pertencente deste “jogo democrático” podendo pleitear direitos e garantias, mas também firmando obrigações perante a este Estado.

A Necropolítica, conceito fundado pelo autor camaronense Achille Mbembe, se debruça justamente em esmiuçar a característica principal da negação intencional do Estado em decorrência da ausência, proposital, programada e ciente quanto a certas demandas minoritárias do seu jurisdicionado. Se pautando no conceito de Foucault, o Biopoder, visa analisar a forma de selecionar pessoas que estão marcadas para morrer e viver. Mas como poderia o Estado suscitar discussões sobre as temáticas minoritárias, se este nem as conhece? A trindade formada pelo patriarcado, capitalismo e colonialismo segundo Boaventura (2019) são métodos estruturais e estruturantes de dominação e perpetuação de poder que resultam em morte.

Vê-se que a política indigenista é vítima desta omissão ativa do Estado, visto seu caráter de desvalorização em comparação a outras políticas públicas inclusivas. O marco temporal e territorial das aldeias indígenas, a proteção de seus recursos naturais e terras ancestrais não tem o mesmo prestígio do Estado, e de seus órgãos legiferantes pois ao contrário de outros sistemas e organizações articuladas estas vão em contramão do capital. E se estas políticas não se movimentam para o crescimento econômico, as mesmas não gozam dos privilégios governamentais enquanto políticas de Estado.

Mas ao que tange a ligação da necropolítica e o acesso a justiça e as políticas públicas indigenistas é que, não é possível se estruturar um legítimo Estado democrático de direitos sem chamar todos os sujeitos e envolventes nestas demandas ao debate. E sobretudo, ter atenção a suas necessidades, é preciso salientar que o limite principiológico da proporcionalidade é a isonomia.

(SCHELEDER, 2005)

Portanto, como pode-se chamar estes indivíduos ao debate, escutando suas demandas se o mesmo Estado-juiz que deveria acolhê-lo, caminha na mesma lógica da invisibilidade? A ponderação do presente artigo se revela presente na articulação política governamental contemporânea, que é pautada de quatro em quatro anos no sistema presidencialista do Brasil, fazendo que, os ditos – governantes ou chefes do poder – façam o que bem almejam com estas pautas. Inclusive, omitindo.

A intencionalidade na omissão, fazendo com estes povos sejam tratados como um “sub-povo”, ou seja, pessoas que se encontram em uma classe rebaixada, menor e sem importância em comparação a outros sistemas sociais de castas e/ou status, começa a partir da análise do discurso em que estes são pautados. O discurso é o primeiro método para que a crença limitante comece a fazer efeito, levando em questão os debates a cerca da vida destes indivíduos os estereotipando completamente. – Como vivem? Como comem? Como se movimentam? Como procriam? – Cotidianamente, ainda com o avanço tecnológico, os mitos e marcas do colonialismo são muito presentes perante os povos tradicionais.

Ainda que a abertura para o “novo tecnológico” aconteça, a restrição a divulgação de imagens de suas comunidades, ainda é visível em vários lugares. A informação séria, tem sido uma claridade perante as trevas da omissão e incerteza trazidas pelo colonialismo. E ainda que a presença das ONG’s tenha um papel relevante na condução dos trabalhos e protegendo as comunidades e povos tradicionais, de forma nenhuma estas eximem o Estado de protegê-los. Aponta-se que, o papel destas organizações não governamentais, associações religiosas ou não, comunidades e coletivos articulados cumprem o papel deste Estado ausente, mas a questão é porque elas são necessárias?

Estes, ainda que mantida a tradição, estrutura de poder local, não são menores em dignidade e direitos como todo e qualquer cidadão brasileiro. Portanto, ao colocar estes povos em posição de rebaixamento perante a outros povos e sociedades organizadas, revela um total desconhecimento de regionalidade, tradição e fundamento nacional.

O conceito de nação, onde as pessoas são ligadas por vínculos afetivos, emocionais que perpassam a positividade judicial, este é o sentido que se debruça este trabalho. A forma de conhecimento por via oral, os ritos e tradições por si só já revelam uma nova corrente epistemológica que o Estado não se debruça a escutar. O conhecimento ancestral, não somente com a manipulação de recursos naturais que servem de unguento e metodologia de saúde para todo o mundo, não é valorizado dentro do próprio país que o detém.

Por isso a negação dos direitos é visível e assombrosa, pois antes que se negue o direito ao

indígena – que é sujeito deste estudo -, lhe é negado a participação democrática. Por vezes não de uma forma material, mas sim, revestido de uma formalidade em que este não se encontra, reconhecido como participante da vida jurisdicional. Os métodos de solução de conflitos, ainda que se apresentem como unos, não são, sabe-se que todos os brasileiros respondem ao sistema judicial e por isso deve-se observar o seu método de aplicação.

Ao pensar na perspectiva do acesso, é preciso se debruçar a cerca de sua efetivação, e como a sua negativa é deteriorante na vida do jurisdicionado que não encontra neste Estado, a responsabilidade por arcar com as prerrogativas conferidas pelo texto constitucional. Vê-se que a prerrogativa inicial para que a efetivação decorra das letras frias da lei e tomem materialidade, é pela via processual, e para tanto a análise do princípio do devido processo legal se faz de extrema importância.

Com base em Calmon de Passos (1981. p. 86), a realização efetiva da garantia do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições: “a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) [...] as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório”.

E perante a este prisma principal, dilapida-se os subprincípios que alinhados ao pensamento de Scheleder (2005) no tocante ao devido processo legal em sua perspectiva procedimental, é essencial que o juiz assegure às partes a efetividade de outros princípios previstos constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), o julgamento por um juiz natural (art. 5, inc. XXXVII e LIII), o segundo grau de jurisdição, a igualdade processual entre as partes (art. 5, inc. 1º), a publicidade e a motivação das decisões judiciais (art. 5, inc. LX e art. 93, inc. IX), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI), e a inviolabilidade do domicílio e do sigilo das comunicações em geral (art. 5, inc. XI e art. 52, inc. XII), por isso:

O devido processo legal apresenta-se como um instrumento de efetivação da garantia de acesso à justiça, sem o qual não haverá acesso, ou, ainda, não se estabelecerá um acesso qualitativo, ou seja, de modo a cumprir o Estado Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente. É nesse diapasão que tal princípio deve ser entendido. (SCHELEDER, 2005)

E perante esta via processual, ou seja, instrumental do acesso a justiça através do sistema do judicial a necropolítica se instala, pois como poderá o jurisdicionado ter acesso a esta participação ativa a vida jurisdicional se o mesmo não é reconhecido enquanto sujeito de direitos e garantias. Os princípios podem decorrer de uma corrente interpretativa, dependendo das balizas do tempo, da religião, dos costumes sociais, a norma ao contrário, é binária, a sua aplicação decorre da negativa ou permissibilidade de tal direito.

A negação de participação a tutela de direitos como vê-se no decorrer no tempo nas minorias, ela antecede o pleito deste direito ao Estado, por isso, antes de se debater o acesso a justiça, aplicação de normas, formulação de princípios é necessário que se observe como o Estado se movimenta ao olhar a certas demandas com omissão e negligência, por pautas que podem contrariar valores pessoais, não conferidos pelo texto constitucional, mas sim por balizas políticas, pactos de gabinetes e interesses obscuros que decorre de uma sistemática estrutural e estruturante de se fazer política no Brasil.

Verifica-se que ao traçar o paralelo entre a formulação dos princípios e aplicação da norma, é necessário debater a finalidade e efetividade em que esta possa vir a trazer efeitos, e principalmente, efetividade que perpassam, pactos entre pessoas e governantes, mas sim, o pacto feito entre o texto normativo e o jurisdicionado. Volta-se a questão inicial do presente artigo, pode-se então uma política de governo negligenciar pela via processual o jurisdicionado na finalidade da norma, ou seja, a sua aplicação de forma a proteger e conferir direitos a esta minoria indígena?

Observa-se que ao decorrer da norma, não é possível, pois ainda que, o próprio texto o tenha permitido estas políticas públicas discriminativas positivas percorram interesses que possam aparentar temporais, a formulação do direito é evolutiva, e progressiva, ou seja, cabe ao poder governamental adequar de acordo com os costumes, regionalidade, e outros métodos, abranger a necessidades do momento fomentando a isonomia dos necessitados da jurisdição.

Portanto, se o poder conferido ao executivo, legislativo e judiciário falha ao possibilitar o acesso ao devido processo legal, e escuta atenta as demandas, a norma perde o seu valor pois ela se encontra opaca, pois não cumprindo o seu papel, e se a mesma não atende os anseios – conscientes – do seu tempo, o Estado positivado perde o seu sentido de existir. A via do acesso judicial, visando findar a negligência intencional conferida pela necropolítica em que os Yanomamis são vítimas até o presente momento, é que, a formulação do Estado deve estar atenta em sua totalidade ao cidadão e não apenas a demandas temporais, ou políticas momentâneas de governo.

### **3 OS POVOS YANOMAMIS E A AUSÊNCIA DO ESTADO**

Os povos Yanomamis são identificados como uma etnia dentro dos Povos Indígenas, concentrados no extremo Norte da Região Amazônica, habitando o território fronteiro entre Brasil e Venezuela, e são considerados uma das dez maiores etnias no Brasil. Em sua maioria, habitam a Terra Indígena Yanomami, uma reserva ambiental homologada por decreto federal de 1992, sendo uma área de 9 milhões de hectares, dividido entre Amazonas, Roraima e Venezuela, o que seria aproximadamente 192 mil quilômetros quadrados na região de vale entre os rios Orinoco e o Rio Amazonas.

Segundo o Instituto Socioambiental, no Relatório Território e comunidades Yanomamis Brasil - Venezuela, até 2014 existiam cerca de aproximadamente 665 aldeias Yanomamis entre Brasil e Venezuela. E dentro desse grupo, havia pelo menos quatro subgrupos adjacentes que falam línguas da mesma família: a yanomae, yanômami, sanima e ninam.

Só em áreas brasileiras, segundo dados de 2019 da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), são estimados 28 mil indivíduos. Contudo, apesar desse contingente, o contato do Povo Yanomami, se deu forma relativamente recente, pois mantinham contato apenas com outros indígenas vizinhos até o fim do século XIX.

Apesar da riqueza da população étnica, há na história dos povos Yanomami, uma constante violência, protagonizada pelo Estado, e também por invasores. Sobretudo, destaca-se o período entre 1970 até 2023. Por estudos antropológicos, concluem que os povos yanomamis vivem em território brasileiro há mais de mil anos, contudo referido período traz na história acontecimentos marcantes fazendo com que a presença dos povos Yanomamis ganhassem relevância, não pelo reconhecimento do contato interétnico, mas em virtude de enfrentamentos e pela violência inicialmente considerada.

Os projetos geopolíticos durante a ditadura militar, para a ocupação da Amazônia insere os Yanomamis em um contexto muito mais tenso com a fronteira econômica regional. Em 1973 por exemplo, inicia a construção de um trecho de 235 quilômetros da Rodovia Perimetral, conhecida como BR-210, entre a fronteira do Brasil e a Venezuela. Essa construção fazia parte do “Plano de Integração Nacional” lançado pelo governo do general Médici em 1970. Com a abertura das florestas para a construção da BR-210, programas de colonização agrícola foram implantados no início da estrada. Com o contato com os obreiros e os colonos, investindo no projeto da plantação agrícola, causou um choque epidemiológico com graves perdas demográficas (KOPENAWA, 2017). Por conta dessas mortes, e pela pressão internacional, a construção desta estrada na ocasião ficou paralisada.

Assim como foi relatado na seção 1, percebe-se desde a Proclamação da República o avanço da política desenvolvimentista pautada no discurso do Progresso. Também neste período ditatorial, ficou marcado pela construção das primeiras rodovias, a necessidade de mudar o ambiente, a derrubada de grande porcentagem da floresta e o lastro da colonização no qual tratava os povos indígenas ainda pelo aspecto de inferiorização e do não reconhecimento do diálogo interétnico.

Segundo o Instituto Socioambiental (2022), ainda neste período, com o projeto de levantamento dos recursos amazônicos, detectou e divulgou-se a existência de importantes jazidas minerais na região. Com isso, desencadeou um movimento crescente de invasões garimpeiras,

agravada no final da década de 1980, e que partir de 1987 ficou conhecida como a corrida do ouro.

Estima-se que cerca de 30 a 40 mil garimpeiros tentaram entrar na área Yanomami (ISA, 2022). Isso representava cerca de aproximadamente cinco vezes o total da população Yanomami. Em menos de três anos, o alastramento epidêmico da malária e de infecções respiratórias que provocou a morte de 13% da população Yanomami no Brasil (KOPENAWA, 2017). Embora na atual conjuntura, o número de garimpeiros tenha diminuído, percebe-se que o contexto de invasão por eles não é recente, nem novidade, o que demonstra a distância e ausência por parte do Estado no enfrentamento e na proteção do povo Yanomami. Há que se enaltecer que a presença dos garimpeiros dentro do território Yanomamis provocou um crime não só ambiental, como a usurpação dos recursos e minérios que pertencem a União e o crime humanitários diante da morte e da violência em face dos Yanomamis:

A devastação do leito dos formadores do curso superior dos principais rios da região e sua poluição sistemática por resíduos de mercúrio, de óleo diesel e lixo em geral também causaram danos consideráveis ao meio ambiente local, privando os indígenas da maior parte de seus meios de subsistência (KOPENAWA, 2017, p.562).

Kopenawa (2017), aborda que para facilitar a transição do que ficou conhecido como “corrida do ouro”, entre 1987 e 1989, cerca de noventa pistas de pouso clandestinas foram abertas, principalmente na Serra Parima.

No período seguinte, década de 1990, conhecido como a redemocratização do país, embora o Estado Nacional vivesse uma crescente, em termos de esperança de romper com o período ditatorial, os Yanomamis ainda sustentavam com o corpo a história, sua opressão e o descaso. Havia ainda altos índices de mortalidade geral e infantil, por doenças como malária, tuberculose, infecções respiratórias e diarreias (ISA, 2022), marcas deixadas pelo contato com os invasores.

Dentro do referido período, em 1992 houve a homologação da Terra Indígena Yanomami, nos Estados de Roraima e Amazonas. E apesar de concluída, quase 55% da Terra Indígena Yanomami já é objeto de mais de seiscentos pedidos ou concessões de prospecção mineral registrados junto ao Ministério de Minas e Energia, feito por empresas públicas e privadas, nacionais e multinacionais (KOPENAWA, 2017, p.563).

Depois deste fato marcante, os povos Yanomamis passaram por “altos e baixos”. Os “altos” se referem a possibilidades de serem percebidos dentro do território, e de políticas públicas, os baixos referem-se aos altos índices de mortalidade, queimadas, etc. Em 1998 e 2003 por exemplo, a área do território Yanomami foi quase totalmente afetada por incêndios. Já em 2008, a crise econômica mundial fez com que o ouro subisse, e conseqüentemente que se iniciasse uma segunda corrida do ouro. Em 2007 e 2013, foram anos que se destacaram pelos altos índices de mortalidade infantil, no caso, em 2007 chegando a 140 mortes por mil nascimentos e o índice de malária chegou

a 344. Enquanto o índice de mortalidade infantil em 2010 era de 102 por mil nascimentos, subiu para 113 em 2013 (ISA, 2022).

Em 2000 e 2001, houve avanços na saúde com a implantação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, com a parceria de ONGs, estados e municípios, através do Ministério da Saúde e da Fundação Nacional de Saúde, conhecida como FUNASA (ISA, 2022). A grande crítica em torno de projetos como este, gira em torno da continuidade, para que não seja um projeto de governo, mas de Estado, pois uma das questões que levaram tanto Brasil, como Venezuela a reagirem em alguns casos, foi pela pressão internacional. Quando políticas públicas não são adotadas como uma prioridade do Estado, no governo seguinte realiza o corte de verbas, não prioriza o trabalho técnico, transfere a representação de órgãos indigenistas a pessoas que não tem formação para tanto ou tem interesses opostos, colocando em risco a vida dos povos indígenas.

Aqui cabe uma análise importante, pois embora não seja o intuito do trabalho fazer um estudo comparado, como foi já mencionado, a região que habitam os Yanomamis localiza-se entre Venezuela e o Brasil, e a experiência dos Yanomamis dentro da Venezuela, embora não tenha sido fácil para resistir, vale a observância sobre as decisões.

A antropóloga Nelly Arvello Jiménez (1971, apud BARAZAL, 2001, p.46), traz um levantamento histórico sobre os Yanomamis na Venezuela. Segundo ela, com o governo venezuelano, os Yanomamis passaram por três fases. Na primeira, o governo venezuelano também adotou a prática da assimilação do indígena à sociedade venezuelana, de modo bem simplista, por critérios como civilização-selvageria, integração-isolamento. Com isso, as autoridades eram advertidas quanto a falta de uma consciência sobre a necessidade de conhecer o indígena e sua realidade sociocultural antes de transformá-lo, depois a confiança dos indígenas com os missionários e por fim a dificuldade de propor outras alternativas ideológicas distintas da igreja católica.

A segunda fase segundo Nelly (1971, apud BARAZAL, 2001, p.47), deu-se com a aprovação do decreto de criação da Comissão Indigenista Nacional, que tinha dentre as suas atribuições realizar estudos sobre as populações nativas para observar quais eram suas dificuldades e necessidades mais urgentes. Para colocar isso em prática foram contratados antropólogos, historiadores e outros cientistas para promover investigações e propor ações concretas aos problemas. Contudo, ao mesmo tempo que se pretendia soluções com embasamento científico trazido por esses pesquisadores, o Estado manteve contratos com as missões religiosas, criando uma relação conflitiva entre eles, principalmente no que se refere às proposições paradoxais de soluções sugeridas pelas entidades. A referida antropóloga sintetiza que o trabalho da comissão funcionou como um órgão consultivo do Estado e da Igreja Católica. A cientificização da Comissão deu-se



somente com a reforma de 6 de março de 1959, resultante da promulgação da Lei 20, que atribuiu responsabilidade de elaborar novas políticas, sem interferência ideológica da Igreja católica.

Ainda dentro do referido período, por volta de 1959, a OCAI, como ficou conhecida a Oficina Central de Assuntos Indígenas, chegou a criar cinco centros de controle dos territórios indígenas, aumentando o controle. Contudo, por falta de recursos financeiros, não conseguiram viabilizar os programas e manter o grupo técnico especializado. A Comissão também enfrentou a falta de receptividade dos governos estaduais, que tinham suas próprias ideias para encarar a questão indígena, junto à isso, no Primeiro Congresso Venezuelano de Antropologia e Sociologia, a Sociedade Venezuelana de Antropologia Aplicada fez uma série de críticas sobre a ineficiência das atividades da Comissão, ocasião em que o então secretário tomou as críticas como pessoais, e declarou que a questão dos indígenas venezuelanos era interno, e que muitos deles não deveriam se intrometer. Em razão dessa retaliação, teria se encerrado a segunda fase, pois a atitude do secretário deu brecha para que muitas associações privadas surgissem interessadas em desenvolver trabalhos com os indígenas. Com isso, conclui-se que a segunda fase manteve a política de assimilação, o que diferencia da primeira fase é que, buscou-se a igreja católica ainda queria manter o controle sobre os estudos antropológicos que não conseguiu dominar e o insucesso se deu por falta de recursos.

Por fim, a terceira fase teria início em 1969, ficou marcado por três tipos de posicionamento assumidos pela opinião pública frente aos projetos do governo: primeiramente, os que defendiam o desenvolvimentismo (e neste caso, não envolvia o cuidado com os povos indígenas no território), outros defendiam a integridade do território nacional e o terceiro posicionamento, em pequena escala, defendia o direitos dos povos indígenas, pois na Lei da Reforma Agrária de 1960, tinha o artigo que contemplava o direito as terras tradicionalmente ocupadas. No entanto, segundo Nelly Arvelo Jimenez (1971, apud BARAZAL, 2001, p.47), durante este período a Venezuela não conseguiu decidir qual a melhor forma de promover o processo de homogeneização étnica e cultural, sem ser pelas vias do genocídio e do etnocídio.

A referida antropóloga, compreende que a política indigenista venezuelana está caminhando lentamente no sentido de oferecer um tratamento mais adequado para os povos indígenas, por exemplo a decisão do Tribunal Superior da Venezuela, referente a participação dos povos indígenas na decisão territorial do Estado, como uma forma de divisão municipal ancestral, e a adoção de um governo coletivo exercido por coordenadores traz uma nova perspectiva na política indigenista.

Assim sendo, é possível observar que o Estado apesar dos fatos que marcaram a história dos Povos Yanomamis, não serem inéditos, a ausência e negligência são fatores que potencializam e

agravam a crise humanitária vivenciada pelos povos yanomamis, e a raiz de todo esse contexto como vimos vem também do interesse no território como possibilidade de exploração.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vê-se que, durante todo recorte histórico e análise dos dados apresentados no decorrer da pesquisa, examina-se que o principal fator deste descaso Estatal é que, estes povos não são reconhecidos como cidadãos. A crença ainda vigente que o povo indígena não se relaciona e se fecha em meio a matas e se desfoca de todo cenário social é uma falácia. Ainda que, tribos mais restritas, mantenham suas tradições no anonimato, estas são vítimas das ameaças, seja dos garimpeiros, ou empresas multimilionárias visando um corporativismo expansor e dilacerador e acabam necessitando de proteção estatal.

Quando os governantes realmente chamarem os reais afetados para que revelem suas queixas e aflições, revela-se o interesse do Estado de agir e intervir almejando dar a devida prestação jurisdicional ao necessitado. O conceito de cidadania e participação social deve ser revisto, como é possível integrar as aldeias indígenas na cidadania, ou seja, na participação efetiva no Estado por meio de participação democrática, se o Estado não lhes concede o status de plenos participantes do seu poder de proteção? Portanto, ao olhar para as terras indígenas, seus recursos naturais e terras ancestrais, deve-se observar que a relação que estes povos estabelecem com o ambiente em que estão inseridos, perpassa os direitos de propriedade estabelecidos pelo Texto Constitucional e demais normas positivadas.

O direito a dignidade da pessoa humana estabelecida na norma positiva não se limita a direitos como moradia, alimentação, saúde, educação, etc...’as abarca todos estes direitos e as demais garantias que o legislador originário almejou conferir de prerrogativas ao cidadão brasileiro. Por isto, sua completa negação quanto a aplicabilidade de garantias ao povo Yanomami surge como um ponto estratégico e sintomático de um Estado Necropolítico que não se preocupa com os mais pobres e vulneráveis. A não conferência de novos direitos mais sim a aplicação dos existentes por meio de políticas públicas inclusivas que atinjam o seu conceito máximo que é ser o elo de ligação do Estado “todo poderoso” ao jurisdicionado “indefeso” pode-se confirmar que o Estado cumpre o seu papel.

Vê-se que apesar das diversas denúncias que o povo Yanomami tem realizado através dos tempos, com a poio de diversa mídias de alta circulação em âmbito nacional e internacional, nada fora feito anteriormente. Fora preciso que, tal descaso de governo se alastrasse e tomasse proporções de vida e morte para que este se atentasse e se interessasse por esta demanda. A não observância dos políticos, pois estes visam interesses de campanha (governo) e não de políticas de

Estado revelam a mais pura crise democrática, pois só será possível mudar o cenário dos Yanomani, como de todas os povos indígenas se o processo de instalação destas políticas públicas for verificadas e principalmente fiscalizadas por membros competentes do poder.

A fiscalização por indivíduos que almejam uma proteção concreta deste povo deve ser um atenuante quanto as demais participações e medidas a serem adotadas pelo Governo. Não somente a instauração das políticas públicas e medidas sanitárias de proteção, mas a vigilância quanto a sua aplicação é de extrema importância, pois só assim, ponderar-se-a conferir, não apenas direitos, mas cidadania a este povo.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Jerri. **O homem é um ser gregário**. Diálogos Filosóficos. 2010. Disponível em: <http://jerrialmeida.blogspot.com/2010/10/o-homem-e-um-ser-gregario.html>. Acesso em: 01 abr. 2023

BARAZAL, Neusa Romero. **Yanomami: Um povo em Luta pelos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

BERGMANN, Michel. **Nasce um povo**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes. 1978.

CIMI. Conjuntura indigenista de 2022 e as perspectivas com um novo governo. Disponível em: <https://cimi.org.br/2023/01/conjuntura-indigenista-de-2022-e-as-perspectivas-com-um-novo-governo/> Acesso: 22 mar. 2023.

CORDEIRO, Enio. **A política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.

FUNAI. **Entenda o processo de demarcação**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-53>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ISA: **YANOMAMI 30 ANOS. Terra Indígena Yanomami: Uma conquista histórica**. Linha do tempo da luta yanomami, 2022. Disponível em: Acesso em: 27 mar. 2023.

KAYSER, Hartmut- Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus- Peter Rurack. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed,2010.

KOPENAWA, Davi; ALBERT Bruce. **A queda do céu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. O significado constitucional do acesso à Justiça. **Revista**

**Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.** 2005. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/335>. Acesso em: 29 mar. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Boaventura: Descolonizar o saber e o poder.** Outras Palavras. Disponível em: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/descolonizar-o-saber-e-o-poder/> Acesso em: 30 mar. 2023

PASSOS, J.J. Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição.** São Paulo: Saraiva, 1981.

**CAPÍTULO V**  
**DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES**

# A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO COLONIAL, IMPERIAL E DA REPÚBLICA VELHA

Nathan Michel Martins de SOUZA<sup>1</sup>  
Priscila Kutne ARMELIN<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo busca compreender os aspectos intrínsecos à lei penal vigente durante a maior parte do Brasil enquanto Colônia dominada pela Coroa Portuguesa em relação a compleição acerca da homossexualidade, bem como a transição da legislação colonial para aquela imperial. Alicerçada a uma corrente doutrinária católica, sob o domínio de um estado absolutista, a perseguição homofóbica cometida pelo código das Ordenações Filipinas consagrou conceitos que resgatou dos textos das duas ordenações precedentes: Manuelinas e Afonsinas. Denominada como “pecado nefando de sodomia” as práticas homoeróticas, à época, eram punidas com pena capital, equiparando-se à traição a coroa. Posteriormente, ainda que tenha sido “descriminalizada”, a legislação penal vigente à época do império apresentava uma grave lacuna, permitindo o *jus puniendi* aplicar sanção a qualquer prática considerada “imoral”. Todos estes conceitos ainda produzem efeitos na sociedade contemporânea.

**PALAVRAS CHAVE:** Direitos Humanos, Direitos LGBTQIAP+, Direito Penal.

## RIASSUNTO

Il presente studio cerca di comprendere gli aspetti intrinseci del diritto penale in vigore durante la maggior parte del Brasile come colonia dominata dalla Corona portoghese in relazione alla carnagione sull'omosessualità, nonché il passaggio dalla legislazione coloniale a quella imperiale. Sulla base di una corrente dottrinale cattolica, sotto il dominio di uno stato assolutista, la persecuzione omofobica commessa dal codice delle ordinanze filippine ha custodito concetti che ha recuperato dai testi delle due precedenti ordinanze: manuelina e afonsina. Definito il “peccato nefasto della sodomia”, le pratiche omoerotiche, all'epoca, erano punite con la pena capitale, equivalente al tradimento nei confronti della corona. In seguito, pur essendo stata “depenalizzata”, la legislazione penale in vigore al tempo dell'impero presentava una grave lacuna, consentendo allo *jus puniendi* di sanzionare qualsiasi pratica ritenuta “immorale”. Tutti questi concetti producono ancora effetti nella società contemporanea.

---

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniCV). Membro do Núcleo de Pesquisas em Diversidade Sexual da Universidade Estadual de Maringá. Membro do Conselho Maringense de Defesa dos Direitos da População LGBTI+.martinsnathanm@gmail.com

2 Doutorado em Direito pela FADISP (2-2022). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1993) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2007). Especialização pela Escola Superior do Ministério Público (1992). Especialização em Direito Empresarial pela OAB/INBRAPE (2001). Especialização em Tecnologias Aplicada ao Ensino à distância pelo UniCV (2021). Advogada inscrita na OAB/PR sob o n. 20625. Membro Comissão da Educação Jurídica OAB/PR (desde 2015-2021), Conselheira na OAB/Maringá-PR (gestão 2015/2018 e gestão em 2019-2021). Presidente da Comissão da Educação Jurídica na OAB/Maringá-PR (gestão 2022-2024). Professora de pós-graduação e graduação. Coordena o Curso de graduação em direito da UniCV desde 2019. Coordena curso de tecnólogos em Serviços Jurídicos, Serviços Jurídicos e Notariais, Serviços Penais, Gestão Pública, Segurança Pública, Segurança Privada e de Mediação, Conciliação e Arbitragem (UniCV). Coordenou o Curso de Direito Com Ênfase em Políticas Públicas da UNIFAMMA (2009/jan2019), quando em sua gestão alcançou a nota máxima (5) na renovação do curso e foi membro da CPA e Conselho de Pesquisa e Extensão - CONSEPE desta Instituição. Tem experiência em gestão acadêmica, atua na área de Direito, com ênfase em Direito, principalmente nos seguintes temas: projeto pedagógico, direito ambiental, penal e direito do trabalho. Instrutora e facilitadora na Justiça Restaurativa. Mediadora e Conciliadora Judicial pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC/PR. Avaliadora de cursos de graduação em Direito do Ministério da Educação/INEP.

**PAROLE CHIAVE:** Diritti Umani, Diritti LGBTQIAP+, Diritto Penale.

## 1. INTRODUÇÃO

A questão da homossexualidade no âmbito jurídico nunca foi tão debatida como atualmente<sup>3</sup>, e para compreender os aspectos historiográficos por detrás do direcionamento dos conceitos contemporâneos, é necessário também a compreensão das bases utilizadas para a edificação do Estado Brasileiro, principalmente no que tange a tipificação penal, haja vista que culturalmente, são condutas consideradas repulsivas àquelas criminalizadas.

Narrar à história da homossexualidade no Brasil, é narrar uma história de lutas e perseguição, que se iniciam em um Estado exploratório e conquistador vinculado a determinada religião, e, atualmente, direciona toda a sociedade ao reconhecimento da necessidade de proteção jurídica da identidade humana, ainda que sexual ou de gênero, como um aspecto da manifestação do direito essencial à dignidade.

A breve análise histórica contida nas páginas a seguir é essencial para a elucidação dos reflexos que formaram a opinião humana com o decorrer dos tempos, criminalizando de início, práticas sexuais consideradas profanas, e perseguindo toda uma população baseada em um discurso moral, e após, negligenciando civilmente toda uma população, fazendo se esgueirar pelas margens, negando suas identidades.

Em um primeiro momento, encontra-se o ponto de vista teológico acerca das relações humanas. Dominada pelo catolicismo, a Coroa portuguesa adentrou as terras brasileiras disseminando forçadamente a sua fé e seus costumes. Às relações homoafetivas (tidas como nefastas até para quem pronunciasse) restava a condenação: Uma pena tão dura quanto aquela cominada a quem traísse a figura do rei.

Na época do império, a dificuldade de manter o controle das relações íntimas em um território tão vasto como o brasileiro, somada aos ideais iluministas que propuseram uma primeira ideia do que depois ocasionaria o fenômeno da secularização, forçando o Estado, em um primeiro momento, a abdicar, mesmo que na teoria, seu controle sob a vida privada de seus súditos, acarretou em uma legislação pouco mais branda: para o legislador, a ofensa à moral pública dependia da publicidade das ações.

Se outrora considerada pior que a bestialidade para o legislador colonial, e mais adiante, forçados à invisibilização, alguns séculos de luta e repressão propuseram a conjuntura hoje existente: Uma gama de discussões acerca de reconhecimento de direitos de identidade, gênero,

---

<sup>3</sup> O Brasil é o país com maior número de registro de assassinatos da população LGBT no mundo. Em 2021 fora registrada uma morte a cada 29 horas. Em 2022, os números ultrapassaram 256 pessoas assassinadas, vítimas de homofobia.

família e até mesmo a vida.

## 2. A INVASÃO/COLONIZAÇÃO PORTUGUESA E COMPORTAMENTO INDÍGENA

A história muda dependendo de quem a conta. A visão dos mundos e as perspectivas sociais advindas de diferentes culturas implicam em narrativas diversas, inclusive sobre o certo e o errado. Ao invadirem o território brasileiro, os portugueses se depararam com práticas culturais diferentes das que estavam acostumados. O choque entre estas culturas diversas das conhecidas trouxeram as repressões de práticas que o Estado português, oficialmente católico, condenava (FERNANDES, 2015, p.23-24)

Parte-se, a princípio, da compreensão de que a sodomia foi uma prática fortemente combatida pela igreja católica, que se valia das escrituras bíblicas para fundamentar tal repressão, haja vista que “tanto a justiça civil como a eclesiástica tiveram alçada sob os desvios morais” (VAINFAZ, 1997, p.24). A prática sexual humana era sacramentada, idealizada com base única a exclusivamente de procriação, sua função natural, segundo a igreja (VAINFAZ, 1997, p.24). A respeito, destaca-se um texto bíblico do livro de Romanos:

“ Por causa disso Deus os entregou a paixões infames. Até suas mulheres trocaram suas relações sexuais naturais por outras, contrárias à natureza. Semelhantemente, os homens também, deixando o contato natural da mulher, e se inflamaram mutuamente em sua sensualidade, cometendo torpeza, homens com homens, e receberam em si mesmos a merecida punição por seu erro. ” (ROMANOS 1:26-27 – A Bíblia. Revista Atualizada do Brasil. Sociedade Bíblica do Brasil)

Não obstante, o livro de Levítico, deixa claro que a visão eclesiástica da relação sexual entre pessoas do mesmo gênero é tratada como abominação (LEVÍTICO 18:22), característica fundamentalmente tão profana que impede, nos termos da dicção do livro de Coríntios, a salvação dos que cometem a sodomia (I CORÍNTIOS 6:9).

De todas as profanidades cometidas, a luxúria era àquela que assumia o local com maior destaque durante a época de invasão portuguesa, combatida em todas as faces de suas violações: Das bestialidades à sodomia (VAINFAZ, 1997, p.24).

Há de ressaltar ainda o pensamento de Santo Agostinho (2004, p. 73)

“Acaso será em alguma parte e momento injusto amar a Deus de todo o coração, com toda a alma e com todo o entendimento e amar ao próximo como a nós mesmos? Por isso todos os pecados contra a natureza, como o foram os dos sodomitas, hão de ser detestados e castigados sempre e em toda parte, [...]”

A sodomia era, assim, considerada um pecado tão repulsivo, que a normativa do Arcebispado da Bahia (Livro V, título XVI §§ 958-959) considerava indigno tão somente o fato de nomeá-lo, de modo que proferir seu nome era a pior das torpezas, pois poluía os lábios daquele que o pronuncia e os ouvidos daquele que o ouve, sendo capaz de poluir a sociedade através do desejo,



provocando a ira de Deus, e causando pestes, tempestades, terremotos e fomes, etc. (Livro V, título XVI § 958).

Por fim, a ordenação católica de “como agir” diante da sodomia lecionava que “Se houver alguma pessoa tão infeliz e carecida do lume da razão natural [...] que ouse cometer um crime que parece feio até ao mesmo Demônio [...] os remetão ao Santo Offício” (§§ 959).

No que tange às práticas indígenas, o historiador Gabriel Soares de Souza narra o comportamento dos índios tupinambás:

“São os tupinambás tão luxuriosos que não há pecado de luxúria que não cometam; [...] são muito afeiçoados ao pecado nefando, entre os quais se não têm por afronta; e o que se serve de macho, se tem por valente, e contam esta bestialidade por proeza; e nas suas aldeias pelo sertão há alguns que têm tenda pública a quantos os querem como mulheres públicas.” (SOUZA, 1587) – grifo nosso.

A conclusão acerca dos aspectos da prática homossexual entre os tupinambás da época é clara: não existe qualquer alusão a impureza ou sujeição, ressalta-se o oposto: os homens da tribo encontravam no sujeito ativo da relação uma figura de valentia tão genuína, que causava admiração. (SOUZA, 1587).

A prática não era comum somente para os homens, vez que algumas índias também “afeiçoavam-se a sodomia, guerreando como homens, casando-se com mulheres, e ficando injuriadas se as não tomassem por machos” (CORREA, apud VAINFAZ, 1197, p. 34)

Dos textos observa-se uma característica comum: a compreensão acerca da transexualidade ainda não existia. Embora o desejo de ser reconhecido por outro sexo biológico senão aquele atribuído ao nascimento existisse desde de muito antes da criação do termo, de início, não se fazia diferença entre os conceitos de gênero e sexo e tampouco discutia-se como as pessoas se identificavam (MOREIRA, 2019, p.593-609).

Tanto os textos bíblicos acima mencionados quanto os relatos de Gabriel Soares de Souza (SOUZA, 1587) portam uma única natureza descritiva: Aquela do homem que se deita como homem como se mulher fosse (LEVÍTICO 18:22), ou da mulher que troca a relação sexual natural por outra. Neste momento histórico específico, a única diferença era estabelecida sob perspectiva do sexo biológico e a sexualização dos corpos, embasada única e exclusivamente no objetivo da constituição do sacro matrimônio e da procriação.

Não atoa a necessidade jesuítica de elucidar-se acerca da “lógica matrimonial” indígena, buscando uma regra geral das uniões por meio de analogias com preceitos cristãos (VAINFAZ, p. 34). Tal estudo concedeu indícios de que os índios se casavam “in lege naturae”<sup>4</sup>.

---

4 Tomás de Aquino lecionou “*Matrimonium, in quantum est sacramentum, statuitur iure divino; in quantum est officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est officium communitatis, statuitur iure civile*” - **TOMÁS DE AQUINO. Scriptum super Sententiis. Liber IV, Distin. 34, q.1, a.1, ad.4.** – Na concepção de Aquino, o casamento e a procriação são naturais de todos os seres, o desejo de constituir prole é um instinto inato e dado por

Tal concepção, no entanto, não era satisfatória, de modo que, por conta da diferença cultural, existia grande dificuldade de os portugueses aceitarem a validade do casamento natural indígena, vez que a poligamia, a sodomia, e demais pecados da luxúria maculavam o matrimônio, tornando-os falsos. Assim, não restava outra alternativa senão casar e unir a população indígena nos moldes da igreja (VAINFAZ, p.35).

O fato, no entanto, é que, embora já culturalmente homofóbica, a atividade persecutória praticada pela Coroa portuguesa contra a população LGBTQIAP+ foi intensificada a partir do processo de colonização, dada a preocupação das possíveis relações entre os portugueses e os povos conquistados, o que gerou, inclusive, a denominada Lei sobre o pecado de sodomia. (STF, ADI 4277, p.829)

### **3. ANOTAÇÕES ACERCA DO CÓDIGO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS**

De antemão cabe a ressalva de que examinar as Ordenações Filipinas com a ótica contemporânea pode ser considerada uma experiência tenebra, devido sua composição que mescla ferocidade e devoção, inspirada em ideias errôneas acerca da relação entre política e religião, “invadindo fronteiras da jurisdição divina, confundindo crime com pecado”. (SOUZA, 2003, p.15)

A Coroa portuguesa era extremamente rigorosa com crimes que afrontassem a “pureza” da nação (SOUZA, p.15), que por sua vez, possuíam “uma compatibilidade absoluta com o Brasil” (SOUZA, p.15), afinal, muitos dos crimes ali tipificados tinham como pena o exílio para a Colônia.

Revisando a legislação da época, da análise das punições previstas no livro V (*liber terribilis*), é possível constatar a compulsão na objetiva dissipação da pena de morte, utilizada pelas autoridades da Coroa para perseguir e reprimir a população LGBTQIAP+ durante o Brasil Colônia. (STF, ADI 4277, p.829)

Em especial, cita-se a equiparação do crime de sodomia ao de lesa majestade, originalmente implantada pelo código das Ordenações Manuelinas, e recepcionado pelas Ordenações Filipinas, que “confirmaram a pena capital dos sodomitas” (GOMES, 2010, p.60).

#### **3.1. A SODOMIA E O CRIME DE LESA MAJESTADE**

A evolução da dominação portuguesa trouxe consigo a nominada corrida salvacionista. Com o objetivo da catequização dos índios e o domínio da Coroa sobre as terras brasileiras, a inquisição começou a atuar, e a partir daí, a combate a sodomia cresceu, sendo recepcionado de forma equiparada ao crime de Lesa Majestade no livro V, capítulo XIII do código penal de 1823:

---

Deus. Desta forma, quando sacramentado, se institui através da lei Divina, mas quando concebido sem a interferência do clero, se institui como a lei natural.

“Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito por fogo em pó, para que nunca seu corpo e sepultura possa haver moria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes, pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commetem crime de Lesa Majestade. ”

Nota-se, portanto, que na união entre Estado e igreja, sob o discurso do exercício da fé, encontrou-se a justificativa para a proibição das práticas sexuais consideradas não naturais pelas escrituras bíblicas. O vínculo religioso era tão poderoso que a criminalização das relações homoeróticas era permitida sob o manto do combate a profanidade e a promessa de salvação (VAINFAZ, 1997, p.24).

A gravidade exacerbada das punições aplicadas às práticas homoeróticas ilustra quão intensa era a discriminação sofrida pela população LGBTQIAP+ na tradição jurídico nacional (RIOS, 2001, p. 279).

Tamanha a repulsa sobre o denominado “pecado nefando”, que, ao recepcionar a equiparação da sodomia ao crime de lesa majestade, a Coroa portuguesa aplicava, para os casos, as mesmas sanções de quem traísse o Rei, ou seu real Estado (GOMES, 2010, p.59).

Segundo a visão do Estado absolutista da época, ao crime de sodomia, tido como algo tão abominável, não bastava a pena personalíssima da morte, mas seus efeitos ultrapassavam as barreiras do autor da prática criminosa (e pecaminosa) atingindo também a terceiros – seus descendentes –, tornando-os infames, proibindo-os de ocupar cargos públicos, e prejudicando os direitos de sucessão (GOMES, 2010, p.59-60).

Tão grave era a prática do *amor grego*, que o mesmo código aplicava penas mais brandas ao crime de alimárias (prática de zoofilia), uma vez que, embora prevista também a pena capital de morte na fogueira, a prática pecaminosa não atingia a terceiros, e, portanto, os filhos de quem praticasse zoofilia, à época, não ficariam inábeis ou infames, nem sofriam prejuízo na sucessão, diferente do que se aplicava ao sodomita (BOMFIM, 2011, p.80)

Acerca da tortura cominada a quem fosse acusado de práticas de sodomia, elucida Veronica de Jesus Gomes (2010, p.61):

“Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. ”

A hipocrisia acerca da criminalização das relações sexuais se desdobra da seguinte forma: de um lado encontrava-se uma ríspida legislação, pronta a combater e punir radicalmente as anormais *relações socráticas*, de outro, o clima generalizadamente hedonista “corrompia” a

população de modo que nem mesmo o clero escapava, na verdade, “como o convívio social de outrora era muito vigiado [...] namoros e adultérios só podiam iniciar nas igrejas, tornando-as verdadeiras válvulas de escape sentimental (TREVISAN, 2018, p.127).

Rogério Vainfaz (1997, p.151) narra que, mesmo veemente repreendido pelas autoridades à época, o crime de sodomia não deixou de ser praticado “a farta” pelos povoadores, de modo que:

“Homens de todas as classes e raças, padres, autoridades [...], as fontes inquisitoriais revelam-nos ampla variedade de indivíduos e legames ‘nefandos’, como então se dizia, espalhados de norte a sul do Brasil. E longe de ser uma peculiaridade colonial [...] a sodomia grassava em toda a Europa” (VAINFAZ, 1997, p.151)

Outro ponto que expõe a hipocrisia presente na perseguição é trazido por João Silvério Trevisan (2018, p.132) ao mencionar que apesar das severas penalidades, as relações homossexuais eram comumente encontradas no seio da aristocracia, entre reis, generais e artistas de época.

De fato, como mencionado, embora crime veemente combatido, as ordenações encontravam grande dificuldade de alcançar seu objetivo (o de reprimir as práticas delituosas da sodomia) em território colonizado, isto por que uma das penas que poderiam ser incumbidas era justamente a do exílio perpétuo na Colônia (SOUZA, p.15).

Augusto de Castro (1934, p. 220), ao comentar acerca das acusações feitas em face de governantes da época, apresenta uma narrativa acerca da situação:

“Entre nós, a pederastia tem tido grande desenvolvimento. O onanismo anal com as mulheres, o coito antinatural, está se tornando um costume entre os moços que aqui representam [...] a inversão propriamente sexual, do homem pelo homem também tem progredido [...]”

Outrossim, a grandiosidade do território colonizado e a sociedade instável que ainda estava em formação (e em processo de sujeição à Coroa), impunham um ambiente com maior tolerância (TREVISAN, p.139), o que muito provavelmente permitiu a - não efetiva - descriminalização da homossexualidade no Código Penal do Império.

#### **4. OS EFEITOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE: CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO E REPÚBLICA VELHA.**

A descriminalização explícita da homossexualidade chega na fundação do Império, momento em que se promulga um novo código penal (BOMFIM, 2011, p.80).

Ocorre que o novo código não coibiu a perseguição das relações homossexuais, deixando lacunas nas normas penais quase que criteriosamente pensadas justamente para permitir que a perseguição não cessasse, utilizando-se de terminologias diversas das anteriores punir a homossexualidade (TREVISAN, 2018, p.164).

Desta maneira, no lugar do crime de sodomia e lesa majestade, o novo código passou a

punir a “ofensa à moral e os bons costumes”:

**Art. 280.** Praticar qualquer acção, que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar público. Penas - de prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente à metade do tempo. ” (Código Criminal do Império do Brazil, Parte Quarta, Capitulo I - ofensas da religião, da moral, e bons costumes) – grifo nosso.

Uma análise penal acerca da nova tipificação merece atenção em alguns pontos específicos: O primeiro diz respeito à lacuna mencionada anteriormente. O tipo penal permitia a aplicação da pena a qualquer prática que fosse considerada imoral. O que obviamente incluía a prática homossexual (TREVISAN, p. 164), então, embora a pena fosse mais branda, a nova legislação não foi efetiva no âmbito da descriminalização.

No entanto, três outros aspectos importantes não de ser observados: esta ofensa moral deveria, por força, acontecer em local público, e talvez, esta seja a maior diferença entre o disposto no Código das Ordenações Filipinas e o Código Penal do Império: na necessidade do flagrante delito ou confissão (ARAUJO, 2004, p.397) o segundo, é que diferente do crime de sodomia previsto durante a época da Colônia, ferir a moral social conferia uma pena muito mais branda, de prisão e multa. Em terceiro lugar, a pena passou a ser personalíssima, não atingindo direitos de terceiros.

Tal modificação inspirou-se, principalmente, nos conceitos iluministas que ascendiam no Código Napoleónico (TREVISAN, p. 163), trazendo à tona um código penal “inicialmente lembrado por suas qualidades” (VILELA, 2017, p.771), com passagens que iniciaram a valorização da pessoa humana, que momentos após, centralizaria o direito brasileiro (VILELA, p. 776).

Observa-se, porém, que tais avanços corroboraram para a invisibilização da população LGBTQIAP+, pois, uma vez que exercida “dentro do armário”, a homossexualidade não seria punida (TREVISAN, p.163). Agora, a população antes caçada e queimada em praça pública deixa de ser perseguida – ao menos em teoria -, mas não encontra qualquer efetivação de direitos civis (BOMFIM, 2011, p.81), e se retrai as encolhas, evitando a prisão dos mesmos atos, agora criminalizados com novas terminologias (NEUMAN, BELIN, p.7).

#### **4.1. A REPÚBLICA VELHA**

Já no final do séc. XIX, deu-se a passagem do império para a República do Brasil. O processo de proclamação – que não teve participação popular – acarretaram em instabilidade governamental, eivada de incertezas sobre a manutenção do Estado (ARAÚJO, 2009 p.2).

Em virtude do novo Estado, o código penal passou a tutelar os atos que atentavam contra o pudor:

“**Art. 266.** Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:  
Pena - de prisão celllular por um ou tres anos. ”

De início observa-se a semelhança entre a disposição da lei anterior e a nova tutela jurisdicional, de modo que as lacunas deixadas pela norma de outrora tenham sido preenchidas com a nova dicção (ARAÚJO, 1894), não seria mais atentar contra a moral publicamente, mas o pudor de outrem.

João Vieira de Araújo (1894) leciona que o legislador, ao redigir o novo código, não só supriu as brechas do anterior, como preferiu, propositalmente, deixar o termo genérico “pudor”, de forma que abrangesse desde o comércio violento, até todos os tipos de atentados (p.308-309).

Não houve, portanto, efetiva modificação no cenário criminal, ao menos no que tange a criminalização da pratica homossexual, de modo que os efeitos continuaram a ser os mesmos: a população LGBT se esgueirou às margens da sociedade, não protagonizando mais que eventos relacionados a práticas de determinados delitos, ainda que não o “relacionamento ilícito” (CASTRO, p.220).

Na obra “Atentados ao Pudor: Estudos Sobre as aberrações do instinto sexual”, Augusto de Castro (1934, p.222) apresenta narrativas que evidenciam o raciocínio:

“A's vezes o ciúme leva-os a commetter crimes. Eu já accusei no Jury um capoeira que em 1891 na travessa da Barreira tentou assassinar um cocheiro por haver seduzido o seu ephebo. O dr. Souza Gomes que estudou pacientemente o processo de Alberico Delasear, communicou-me que havia entre o assassino e a victima relações illicítas, o que lhe fazia suppôr não ser o roubo o unico movei do crime e talvez também nelle contribuisse o ciúme. Quaes as causas que levam o homem a essa inversão ?” (CASTRO, p.222)

Ferraz de Macedo (1873, p. 118) apresenta um relato que demonstra o esforço empregado pela população gay da época para que pudessem se relacionar sem serem presos. De acordo com o médico e antropólogo, dada a perseguição, a população gay passou a desenvolver vocabulário próprio. Os “profissionais da sodomia” utilizavam suas próprias gírias e gestos – ilustrando assim também uma linguagem de sinais – com grande variedade de significados.

A narrativa de Macedo (1873, p.118) possibilita a conclusão de que não restava espaço para a população LGBT senão às margens da sociedade. A maior parte dos rapazes, encontravam-se em “lastimoso estado de degradação”. Dos que eram localizados facilmente, a maior parte pertencia a família pobre, frequentavam quartéis e internatos (p. 119), e, quando não abandonados pelos pais, vinham de famílias em situação de vulnerabilidade social, sem condições de arcar com a cultura e a educação (p.118).

## CONCLUSÃO

Traçar uma linha histórica para a compreensão do tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro a população LGBTQIAP+ é importante para compreender os conceitos que se

perpetuaram através dos tempos e ainda hoje são capazes de promover a homofobia e a marginalização.

A análise da legislação penal colonial tutelada pelas Ordenações Filipinas demonstra criteriosamente o berço da homofobia nos aspectos modernos: A crueldade religiosa influenciada pelo ódio promovido por condutas consideradas “não naturais” alicerçada a hipocrisia da beatice.

Em um primeiro momento, é possível observar que, durante a era colonial, a pessoa não era indivíduo dotado de direito, mas patrimônio de um estado Absoluto. A coroa decidia desde a desapropriação patrimonial do criminoso como também de toda a sua família.

Os direitos de imagem, liberdade, identidade não possuíam ainda nenhum resquício de existência. A única menção neste momento histórico sobre qualquer tipo de direito decorria daquele patrimonial, em que alguém exercia o direito de posse sobre determinados bens, e a Coroa, sobre este alguém.

A imoralidade era punida com pena capital, e dela, se não escapavam os brancos, quem dirá pretos e índios. Enquanto isso, os membros da aristocracia se deliciavam com o denominado “amor socrático”.

No que tange a cultura indígena, existia nitidamente uma normalização das relações sexuais nos seus mais diversos modos. Há ainda de se ressaltar que, a partir dos relatos de Gabriel de Souza Soares, nota-se um comportamento abundante anuência quanto a diversidade sexual: Pessoas que biologicamente nasciam em determinado sexo, poderiam destinar-se aos afazeres do sexo oposto sem qualquer problema.

Homens índios criavam tendas públicas, e quem os quisesse poderia visita-los. Aquele que os tomava, eram considerados sinônimos de virilidade. Das mulheres, algumas se dedicavam as batalhas e tomavam para si outras mulheres como esposas. A surpresa? Somente dos europeus, por não foram encontradas narrativas de tratamentos diferentes entre as comunidades.

Importante ressaltar que os relatos dispostos no corpo da pesquisa dizem respeito aos tupinambás, no entanto, havia uma grande diversidade de tribos, cada qual com seus costumes, que podem ou não divergir do narrado pelo historiador.

O fato é que a diferença cultural entre os portugueses e os povos indígenas foi um fator de grande impacto para o controle das práticas crime-pecaminosas na época. Ademais, não podem ser esquecidos os próprios europeus exilados justamente pela prática da sodomia.

Em um país tão vasto, com tanta diversidade cultural desde sua origem, somado a instabilidade de uma sociedade ainda em formação, possibilitaram um “afrouxamento” das punições, mas não as cessaram.

Com a proclamação da independência, inspirado nos ideais iluministas que ascendiam na

França napoleónica, promulgou-se o código penal do império. “Descriminalizando” explicitamente a homossexualidade.

Ocorre que a nova legislação, embora mais benéfica, contribuiu diretamente para a invisibilização da população homossexual, afinal, os atos que atentassem contra a moral e os bons costumes, em público continuaram a ser rechaçados.

Desta forma, inegável a conclusão após o parecer histórico de que ainda se colhem resquícios das perseguições de outrora: A homofobia.

De fato, novas palavras, mas sempre o mesmo sentido. Historicamente, ao observar os discursos realizados desde o século XVI para a perseguição da população LGBTQIAP+ encontram-se sempre os mesmos argumentos (diga-se de passagem, eivados de hipocrisia e ódio gratuito): A procriação, a anormalidade, a defesa da família, a ira divina e o pecado nefando.

Já na República Velha, a legislação passou a punir qualquer um que atentasse contra o pudor de outrem. Para a doutrina da época, a nova denominação foi capaz de sanar as lacunas apresentadas pela legislação anterior.

Situando o doutrinador em seu tempo, considerando a moral social da época, é possível constatar que a população, de uma forma mais objetiva, realmente se incomodava com a vida privada de terceiros, ofendendo-se quando diante de demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

Objetivamente, considerando o cenário jurídico-social já ocasionado pelas legislações precedentes, o Código Penal da República velha apenas reforçou o local destinado a minoria LGBTQIAP+: A marginalização.

Quando ricos, as escandalosas e “frescas” relações eram encobertas para que não ofendessem a honra da família. Quando pobres, não bastasse o (quase) certo abandono familiar, os jovens não viam outra alternativa senão a prostituição como forma de subsistência.

Ainda atualmente presenciamos os efeitos das leis passadas que criminalizavam a natureza da população LGBT: O Brasil é o país com maior número de registro de assassinatos da população LGBT no mundo. Em 2021 fora registrada uma morte a cada 29 horas. Em 2022, os números ultrapassaram 256 pessoas assassinadas, vítimas de homofobia.

## REFERENCIAS

**A BÍBLIA.** Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista Atualizada do Brasil. 2.ed. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

**A BÍBLIA.** Livro de **I Coríntios**, 6:9. **Paulo censura o litígio entre irmãos.** Uniões Abomináveis. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista Atualizada do Brasil. 2.ed. Barueri-SP: Sociedade



Bíblica do Brasil, 1993.

**A BÍBLIA**, Livro de **Levítico**. 18:22. **Uniões Abomináveis**. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista Atualizada do Brasil. 2.ed. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993

**A BÍBLIA**, Livro de **Romanos**, **A idolatria e a depravação dos homens**, 1:26-27. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista Atualizada do Brasil. 2.ed. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

**ARCEBISPADO DA BAHIA**, Constituições Primeiras. São Paulo, 1853, Livro V, TÍTULO XVI. §958-959

**AGOSTINHO**, Santo. **Confissões**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 73

**ARAÚJO**, Bernardo Goytacazes. **A instabilidade Política na Primeira República Brasileira**. Núcleo de Estudos Ibéricos e Ibero-Americanos – UFJF – Juiz de fora - MG) – Disponível em << <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art10-rev3.pdf>>> acesso em 06/03/2023

**ARAÚJO**, João Vieira de. **O Código Penal Interpretado**. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça. 8.ed. 2004.

**BOMFIM**, Silvano Andrade do. **Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. Da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa**. Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC nº18. 2011.

**CASTRO**, Viveiros de. **ATTENTADOS AO PUDOR: Estudo sobre as aberrações do instinto sexual**. 3ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1934;

**FERNANDES**, Estevão R., 2015, **Decolonizando Sexualidades: Enquadramentos Coloniais e Homossexualidade Indígena no Brasil e nos Estados Unidos**. Brasília, CEPPAC, Universidade de Brasília, tese de doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas.

**GOMES**, Veronica de Jesus. **Vício dos Clérigos: A sodomia nas malhas do tribunal do Santo Ofício de Lisboa**. Niterói, UFF, 2010

**MACEDO**, Francisco Ferraz de. **Da Prostituição em geral, e em particular em relação a cidade do Rio de Janeiro**. Typographia – Academica – rua Sete de Setembro. 1897.

**MOREIRA**, Euza Aparecida. Marcos, Cristina Moreira. **BREVE PERCURSO HISTÓRICO ACERCA DA TRANSEXUALIDADE**. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 25, n. 2, p. 593-609, ago. 2019

**NEUMAN**, Ricardo. **BELIN**, Matheus de Oliveira. **História da Homossexualidade no Brasil: Abusos, perseguições, repressões e o avanço do movimento LGBTQ+**. UniSUL: Santa Catarina. 2020

**RIOS**, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. Brasília, 2001.

**SOUZA**, Braz Florentino Henrique de. **Lições de Direito Criminal**- Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

**SOUZA**, Gabriel Soares de. **Tratado Descritivo do Brasil em 1587**. Domínio público. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me003015.pdf>> Acesso em 07 de maio de

2022.

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** ADI nº 4277/DF. RELATOR: MIN. AYRES BRITTO, disponível em <<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>> acesso em 06/03/2023

**TREVISAN, João Silvério. Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil. Da Colônia a atualidade.** 4.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

**VILELA, Hugo Otávio Tavares.** Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e Reescrevendo a História. Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB). 2017

**VAINFAZ, Ronaldo. O TRÓPICO DOS PECADOS: Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil.** 3ª impressão. Nova Fronteira, 1997.

# VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E OS DESAFIOS ATUAIS

Maria Clara Brolezzi NAHAS<sup>1</sup>  
Fernanda de Matos Lima MADRID<sup>2</sup>

## RESUMO

Por meio de uma breve análise do sistema jurídico brasileiro, bem como de dados científicos, o presente trabalho tem por objeto as formas como as mulheres são ameaçadas dentro da sociedade, envolvendo situações de violência e feminicídio. Assim, busca explicar a maneira como o sistema penal se mostra perante tais situações, abordar a evolução das mulheres e do feminismo na sociedade, analisando, também, o aspecto vitimológico nos casos de agressão e ameaça às mulheres em relação aos direitos tutelados pela Constituição Federal. Ainda, busca expor consequências irreversíveis às vítimas e a posição do Estado brasileiro frente a condição perigosa a quais as mulheres vivem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência Contra a Mulher. Lei Maria da Penha. Feminismo. Disparidade de gênero. Culpabilização da vítima. Síndrome De Estocolmo.

## RESUME

Through a brief analysis of the Brazilian legal system, as well as scientific data, the present work has as its object the ways in which women are threatened within society, involving situations of violence and femicide. Thus, it seeks to explain how the penal system is shown in such situations, to address the evolution of women and feminism in society, also analyzing the victimological aspect in cases of aggression and threat to women in relation to the rights protected by the Federal Constitution. . Still, it seeks to expose irreversible consequences for the victims and the position of the Brazilian State in the face of the dangerous condition in which women live.

**KEYWORDS:** Violence Against Women. Maria da Penha Law. Femicide. Rape.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como tema principal a violência contra a mulher no Brasil, comportamento perpetuado pela sociedade desde os primórdios da humanidade e se faz presente até os dias de hoje.

O Brasil é um dos países com maiores índices de agressões físicas e psicológicas contra mulheres, o que consolida a desigualdade de gênero e a insegurança para o sexo feminino.

A pesquisa apresentou a relação do movimento feminista com o direito, bem como trouxe um panorama geral acerca das condições de vida das mulheres no país e algumas consequências dos abusos.

---

1 A autora é estudante do Curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: mcb\_nahas@hotmail.com

2 Doutora 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 “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal e Prática Jurídica Penal na Toledo Prudente. Advogada criminalista.

Os números de denúncias sobre violência doméstica ou familiar refletem em números assustadoramente altos de feminicídio, fonte geradora de alarde em relação às condições de vida das mulheres no cotidiano brasileiro.

A violência, seja ela contínua ou isolada, tem capacidade para criar danos, até mesmo irreversíveis, nas vítimas. Em diversas situações, mulheres vivem em ciclos de violência, que acabam por resultar, até mesmo, em sua morte ou sequelas graves.

A maior conquista para a segurança das mulheres no país foi o advento da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – responsável por regular dispositivos que dispõem de maior segurança às mulheres, visto que busca coibir atos atentatórios à vida feminina e garante direitos essenciais para essa parcela da população.

Dessa forma, a presente pesquisa com base em estudos bibliográficos, através do método qualitativo a partir de referências e dados apresentados, teve como objetivo definir a violência e apresentar uma análise dos efeitos dela sobre a sociedade.

O método científico utilizado para a realização deste trabalho foi o dedutivo-indutivo, no qual por meio de pesquisas aprofundadas busca enriquecer o conhecimento sobre o tema, ainda, visou construir uma análise crítica sobre o assunto em questão.

Ademais, a pesquisa possuiu como objetivo aprofundar o conhecimento sobre o assunto, bem como conscientizar a população sobre um grave problema e, ainda, esclarecer dúvidas acerca da violência contra a mulher.

## **2. DISPARIDADE DE GÊNEROS NO DIREITO**

As discriminações de gênero estão enraizadas à nossa cultura, de maneira que o assunto é profundamente insculpido no ser humano e, inconscientemente, aplica-se nas práticas e teorias jurídicas. (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998, p. 203)

Ao longo da história foram proferidos discursos que validavam a violência contra a mulher. A desigualdade de gêneros se faz evidente na sociedade desde o início da humanidade. Para tanto, vale lembrar que a religião foi um dos grandes propulsores dos modeladores da sociedade. Partindo da crença bíblica – livro amplamente difundido desde os primórdios – sobre o surgimento dos seres humanos, pressuposto em que a primeira mulher (Eva) só se fez existir a partir das costelas de um homem (Adão).

O Direito brasileiro, durante grande parte do século XX, pregou princípios discriminatórios e patriarcais dentro de seus Códigos. O Código Civil de 1916 pode ser apontado como um emblemático exemplo, em especial o Título I, sobre o casamento que, de uma visão ampla, colocava a mulher em posição de submissão com relação ao seu cônjuge. Apenas com a

chegada da Carta Magna, assinada no ano de 1988, que a igualdade entre os gêneros foi consagrada como um direito fundamental. (BAPTISTA, S.A, p. 44)

Até o ano de 2005, no Código Penal, eram comuns redações preconceituosas para com as mulheres. Havia, por exemplo, a denominação “mulher honesta” e “mulher virgem”, como nos artigos 215 e 216 da Lei 2.848/1940, bem como era previsto por esse Código que, se o estuprador contraísse matrimônio com a vítima, ocorreria a extinção da punibilidade. Artigo 107, incisos VII e VIII, da Lei 2.848/1940, revogados pela Lei Civil 11.106/2005:

Art. 107 – Extingue-se a punibilidade:

[...]

VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

Redação atual do artigo 107 do Código Penal, após a Lei 11.106/2005:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade

[...]

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII – revogado

VIII – revogado

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Ainda sob o manto da Lei 11.106/2005, o Título denominado “Dos Crimes contra os Costumes”, agora tem a seguinte redação: “Dos crimes Contra a Dignidade Sexual”.

Graças à promulgação da supracitada Lei, em tese, a sociedade feminina, como um todo, ganhou o dispositivo supracitado com a intenção de promover segurança, respeitando seu corpo e sua liberdade.

## 2.1. Feminismo

A palavra “feminismo”, por diversas vezes, é interpretada com certo preconceito por boa parte da sociedade, tendo em vista que se formou um conceito distorcido e errôneo sobre o tema. Isso se deu pela desinformação sobre o movimento, por meio de campanhas que, de modo geral, fizeram com que a população acreditasse se tratar de uma espécie de inimigo a ser combatido.

A ideia do movimento feminista teve início no Século XVII, na cidade italiana de Veneza, por esta possuir um regime rico, culto e competente que buscava o enfrentamento direto com o papado, como elenca Carla Cristina Garcia (2018, p.13).

A discussão iniciou-se com uma análise das capacidades e do papel social das mulheres. É possível apontar três nomes que despontaram com a ideia feminista: Lucrezia Marinelli, Moderata

Fonte e Arcângela Tarabotti, todas autoras de livros que expunham a excelência, a nobreza e os valores atribuídos ao sexo feminino. (GARCIA, 2018, p.15).

A humanidade sempre esteve sob a égide de diversos dogmas, como exemplos, o androcentrismo, que coloca, no centro dela, a figura do humano macho; o patriarcado, que pode ser definido como uma ideia de autoridade e liderança dos homens sobre as mulheres, nos sentidos políticos, religiosos, econômicos e sociais; o sexismo, trazendo o machismo, que consiste na ideia de superioridade do sexo masculino sobre o feminino de maneira biológica; e o gênero, propriamente dito, que trata de uma questão de ciências sociais que abrange normas e condutas, diferentemente determinadas, para homens e mulheres.

Pode ser retratado como um movimento emancipatório, por abordar um discurso impugnado, crítico e desestabilizador, em busca de modificar a relação injusta entre homens e mulheres.

Toda e qualquer ação feita pela mulher – individual ou coletiva – a fim de buscar sua igualdade ou tecendo críticas às diretrizes rígidas e desrespeitosas impostas pelo patriarcado, pode ser denominado feminismo. Portanto, trata-se de uma conscientização do sexo feminino sobre todas as explorações das quais foram objeto. Vale ressaltar que existe diversas espécies de feminismo, pois há muitas correntes de pensamento que o compõe. Definido por Simone de Beauvoir, citada por Cecília Garcia (2015, p. 01): “modo de viver individualmente e de lutar coletivamente”.

Trata-se de um movimento mundial, em virtude disso temos diversas correntes a serem seguidas. Para um melhor entendimento sobre o assunto, um breve panorama sobre algumas vertentes:

O primeiro e mais antigo é o Feminismo Liberal, surgido da Revolução Francesa. Em tese busca a igualdade entre os gêneros, ou seja, se concentra na ideologia dos direitos iguais. As Leis aplicadas aos homens devem ser igualmente aplicadas as mulheres, assim garantindo a igualdade. Porém, essa vertente não enfrenta diretamente os valores patriarcais inseridos na sociedade, coloca a discriminação como mera situação de tratamentos diferenciados. Busca inserir a mulher por vias institucionais, sem causar grandes abalos. (ESPINOZA, 2002, p. 42)

Outra linha de pensamento a ser estudada é a teoria do Feminismo Radical, popularmente conhecido pelos movimentos “radfem” que se destacam em veículos de informação. Porém, não se trata apenas de uma maneira agressiva das mulheres reivindicarem seu lugar na sociedade. Trata-se de uma maneira de buscar o reconhecimento do sexo feminino e suas especialidades, ou seja, vangloriar as mulheres pelo simples fato de ser e, principalmente, acredita que toda a opressão sofrida pela classe se deve aos papéis sociológicos empregados aos gêneros. Basicamente, busca a abolição dos conceitos que diferenciam os homens e as mulheres, trazendo a ideia de que

devêssemos ser considerados todos apenas humanos que desempenham um mesmo papel e possuem as mesmas condições de vida perante a humanidade. (ESPINOZA, 2002, p. 43)

Por fim, vale especificar o Feminismo Socialista, de maneira breve e bastante resumida, nessa vertente é estudado o espaço das mulheres diante o mercado de trabalho. Demonstra que a opressão vivida pela classe ocorre significativamente em função do capitalismo, este seria o responsável por diminuir a participação do sexo feminino no âmbito econômico. Essa corrente se foca na condição econômica da mulher, buscando uma melhor divisão do trabalho doméstico, porém descarta parte da ideia das origens culturais e raciais que montam o cenário de segregação. (ESPINOZA, 2002, p. 44)

Ainda hoje vivemos com a presença de traços significativos do machismo e do patriarcado enraizados no cotidiano brasileiro, mesmo estando prevista na Constituição Federal a igualdade entre os gêneros, encontramos, situações em que pelo simples fator biológico ocorre disparidade no tratamento entre homens e mulheres.

Destarte, a luta feminista começou há muito tempo, já podemos notar e desfrutar das conquistas arguidas até o momento, porém devemos continuar buscando melhorias na qualidade de vida e igualdade mundial dos nossos direitos fundamentais, assim como os dos homens, perante a sociedade.

### **3 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

Ao falar de violência, é imprescindível abordar os direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa dentro da sociedade. O artigo 5º. da Constituição Federal de 1988 elenca em seu caput, incisos e parágrafos, a igualdade e direitos de toda a população brasileira. Os principais direitos tutelados são a vida e o bem-estar do indivíduo.

O artigo 7º da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, elenca os diversos tipos de violência que podem ser sofridos, especificamente, pela mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

O inciso segundo deste artigo apresenta uma grande evolução, elencando a violência psicológica, reconhecida recentemente, mais especificamente no ano de 2021. O inciso II, elenca:

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, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

O inciso terceiro trouxe a definição da violência sexual, assunto bastante em pauta nos veículos de comunicação, bem como previsto pelo Código Penal. O inciso III expõe:

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;

O inciso quarto do artigo supracitado coloca que qualquer meio de proibição a utilização de meios necessários para o desenvolvimento e sobrevivência da mulher são considerados violência à sua integridade. O inciso IV, dispõe:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

Por fim, o inciso quinto elenca que qualquer violência contra a integridade moral das vítimas configura agressão: V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Cabe citar, ainda, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher que ocorreu no ano de 1994, onde especificamente, em seu artigo 3º, elenca o direito das mulheres de viver em segurança longe de toda e qualquer violência, independente do local.

Contraditoriamente aos artigos citados acima, a situação calamitosa vivida por muitas mulheres no nosso país é frequentemente reportada. Não são apenas as situações rotineiras entre agressor e vítima que resultam na violência. Muitas vezes, fatores externos trazem esse quadro, como o caso de uso de álcool e drogas, situação financeira precária, entre outros.

A violência contra a mulher pode ocorrer de diversas maneiras: dentro do seio familiar ou até mesmo de um desconhecido pela rua, podendo ser classificada em diferentes gêneros.

É fácil relacionar a violência contra a mulher com marcas físicas, por exemplo, roxos espalhados pelo corpo e aparência abatida, porém é necessário lembrar que a agressão contra o sexo feminino se encontra em diversas áreas do cotidiano, seja no âmbito político, econômico ou qualquer outro.

A violência é uma das mais graves formas de discriminação em razão de sexo/gênero. Constitui violação dos direitos humanos e das liberdades essenciais, atingindo a cidadania das mulheres, impedindo-as de tomar decisões de maneira autônoma e livre, de ir e vir, de expressar opiniões e desejos, de viver em paz em suas comunidades; direitos inalienáveis do ser humano. É uma forma de tortura que, embora, não seja praticada diretamente por agentes do Estado, é reconhecida como violação dos direitos humanos desde a Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena (Áustria) em 1993, isso porque cabe ao Estado garantir segurança pública, inclusive da população feminina. É um fenômeno que atinge as mulheres de diferentes classes sociais, grupos étnicos, posições econômicas e



A mais ouvida e abordada é a violência doméstica, que pode ser definida pelas palavras de Machado e Gonçalves (2003, p.20):

qualquer ato, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou econômicos, de modo direto ou indireto (por meio de ameaças, enganos, coação ou qualquer outro meio) a qualquer pessoa que habite no mesmo agregado doméstico privado (pessoas – crianças, jovens, mulheres adultas, homens adultos ou idosos – a viver em alojamento comum) ou que, não habitando no mesmo agregado doméstico privado que o agente da violência, seja cônjuge ou companheiro marital ou ex-cônjuge ou ex-companheiro marital.

Recentemente, mais especificamente em 2021, a violência psicológica foi reconhecida pelo Código Penal brasileiro, definida como qualquer situação prejudicial à saúde mental do indivíduo, seja pela ocorrência de ameaças, humilhações, condutas restritivas ou toda e qualquer atitude que cause angústia e sofrimento.

A Lei 14.188/2021, em seu artigo 147-B, tipifica os atos considerados danosos ao emocional da vítima, além de firmar sanções aos agressores e assegurar juridicamente as mulheres acometidas de tortura psicológica.

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.”<sup>3</sup>

Há de se falar, ainda, da agressão mais dolorosa e degradante, o estupro. Definido como o ato de manter relações sexuais ou atos libidinosos sem o consentimento da vítima. Pode estar acompanhado de lesões graves e até mesmo da morte. Não necessariamente ocorre apenas na rua por um desconhecido. Pode ser cometido entre pessoas com relação íntima de afeto. Nesses casos, a mulher dificilmente, entende a gravidade da situação, tornando-se algo rotineiro e torturante. No ano de 1940, o estupro foi reconhecido e tipificado pelo artigo 213 do Código Penal. Em 2009, pela Lei 12.015 houve a reforma desse dispositivo, resultando na atual redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.  
§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.  
§ 2º Se da conduta resulta morte:  
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

O sofrimento não se dá, apenas, no momento do ato ilícito, seja violência física, psicológica ou de qualquer outra espécie. Há, ainda, o momento posterior à agressão, aquele em que a mulher irá expor e lembrar o (s) momento (s) de sofrimento intenso vividos e, ao fazê-lo, ser

desacreditada ou submetida a humilhações.

Dados apresentados pela pesquisadora Stéffany Cuacoski (2020, p.2), em uma pesquisa publicada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apontam que a cada 8 minutos é registrado um caso de estupro, sendo 85% das vítimas mulheres, 70% crianças e, assustadoramente 84% dos casos o abusador é conhecido ou íntimo da vítima.

Segundo pesquisa realizada pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP, 2020), o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres. Nos anos de 2019 e 2020 houve um aumento notório dos casos de homicídios de mulheres e feminicídios, como apresentado em uma análise de dados de seis estados do país. As Secretarias Estaduais de Segurança Pública (2020, p.08) analisaram e apresentaram os seguintes dados:

| UF                  | Homicídio de mulheres |            |              | Feminicídio |            |              |
|---------------------|-----------------------|------------|--------------|-------------|------------|--------------|
|                     | 1º trim/19            | 1º trim/20 | variação (%) | 1º trim/19  | 1º trim/20 | variação (%) |
| Acre                | 9                     | 10         | 11,1         | 3           | 4          | 33,3         |
| Mato Grosso         | ...                   | ...        | -5,3         | 11          | 22         | 100,0        |
| Pará                | 51                    | 57         | 11,8         | 7           | 20         | 185,7        |
| Rio Grande do Norte | 20                    | 19         | -5,0         | 7           | 8          | 14,3         |
| Rio Grande do Sul   | ...                   | ...        | -            | 15          | 26         | 73,3         |
| São Paulo           | 98                    | 108        | 10,2         | 39          | 49         | 25,6         |

Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Observatório de Análise Criminal do NAT/MPAC; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

O sexo feminino é um dos maiores alvos de violência no nosso país, porém, além do preconceito por conta do gênero, possuímos, dentro disso, outras minorias, como as mulheres negras, de baixa renda e com baixo acesso à informação. Por isso, as leis que protegem as mulheres são consideradas mais eficazes para aquelas que fazem parte de um “padrão”, ou seja, vivem em situação de privilégio.

Portanto, torna-se conclusivo que, se há aumento nos números de morte entre a população feminina, há, em consequência um grande número de agressões também, além de evidenciar que as denúncias e políticas de proteção contra a violência não estão apresentando eficácia, aumentando a desigualdade entre os gêneros.

#### **4 A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA E AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS**

Atualmente, o sentido de vítima passou a ser considerado um “estado” em que um indivíduo se encontra, derivada do latim e, definida por Piedade Junior como: “pessoa ou animal sacrificado ou que se destina a um sacrifício” (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 86).

O sexo feminino, em suma, é encontrado na posição de vítima, independente de raça, cor ou religião, isso se deve há um passado regido pelo patriarcado, onde as mulheres eram colocadas em situação de fragilidade e submissão. (MOYSES, 2018, p. 13).

O estudo em torno da vitimologia ganhou enfoque no século XX, devido o cenário de pós Segunda Guerra Mundial. Em função do patriarcado enraizado na sociedade, a mulher vítima de agressões domésticas não era encarada como uma vítima, assim surge o termo “vítima invisível”. O Código Penal, em sua maioria, se preocupa com o agressor e não diretamente com a vítima, portanto a invisibilidade da mulher no papel de vítima se faz o cenário perfeito para que os homens continuem encobertos de seus atos atentatórios a vida das mulheres. (LARRAURI, 1990, p. 232)

O artigo 245 da Carta Magna trouxe para o sistema penal brasileiro o espaço para se falar de vítimas, mas o estopim para a vitimologia dentro do Código Penal brasileiro foi a Lei 9.099 de 1995, trazendo efetivamente os Juizados Especiais para tratar não só de assuntos familiares como também sobre a violência doméstica. Porém, ainda assumindo uma identidade ineficaz e insensível com mulheres vítimas de abuso.

Cada agressão registrada contra uma mulher é sinônimo da violação de um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal e, também reforça as diretrizes do machismo, fazendo mais vítimas.

As medidas de proteção e programas em busca de coibir a violência contra a mulher, em tese, são voltadas para toda a comunidade feminina, independente de suas características. No entanto, as que não se enquadram no padrão “sujeito-universal-mulher” acabam por sofrer ainda mais com a discriminação.

Desde a década de 70, as mulheres negras se sentem excluídas do movimento feminista, já que eram colocadas como marginalizadas, agressivas e de difícil diálogo, portanto sofrendo discriminação tanto pelo gênero quanto pela raça, como apresenta Juliana Fontana Moyses (2018, p. 07).

Deve ser levado em conta, ainda, as mulheres em situação de pobreza que, por diversos motivos, sejam eles a falta de informação ou amparo, passam por situações degradantes, seja de violência física, sexual ou psicológica e, sequer sabem de seus direitos ou estão absolutamente acometidas àquela realidade sem oportunidade de pedir ajuda. A questão da falta de instrução das mulheres também pode ser apontada como motivo para a não denúncia, pois, em grande parte dos casos, a vítima não entende que se trata de um ato violento e ilícito.

O sexo feminino, em suma, é encontrado na posição de vítima, independente de raça, cor ou religião. Isso se deve a um passado regido pelo patriarcado, onde as mulheres eram colocadas em situação de fragilidade e submissão, como elenca Juliana Moyses (2018, p. 13).

O machismo, ainda presente no cotidiano brasileiro, objetifica as mulheres e as coloca em situações de vulgarização de seu corpo e acredita que pelo simples fato do gênero, devem exercer ou estar em posições subordinação a qualquer indivíduo do sexo masculino.

Mesmo com os avanços significativos do feminismo, como o direito ao voto, a revogação de artigos em Lei que provocavam a submissão das mulheres, entre outros, para a emancipação e melhora na qualidade de vida das mulheres, ainda são colocadas, na maioria dos casos, como responsáveis pelos atos de agressão ou pelo próprio estupro.

Chamada de culpa indireta, busca em atitudes anteriores da vítima um motivo para a situação vivida, ou seja, são abordados diversos motivos, seja pela roupa usada no momento do ato, o comportamento, a maneira como se porta, ou até mesmo uma hipótese à margem da Lei, como a tese apresentada pelo advogado Cláudio Gastão da Rosa Filho (2021, p. 03), que abordou a ideia de “estupro culposo”, quando não há intenção de estuprar, tipo penal não previsto pelo Código Penal brasileiro.

Uma pesquisa do IPEA (2014, p.12) com indicadores preocupantes mostra a opinião dos homens sobre assunto, como cita o artigo “A Responsabilização da Mulher Vítima de Estupro”:

A mesma pesquisa desenvolvida pelo IPEA através do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), realizada entre maio e junho de 2014 em 3809 domicílios em 212 municípios do Brasil, revelou que 58,5% dos entrevistados concordam de modo parcial ou total, que, se a mulher soubesse se comportar, haveria um menor número de casos de estupro.

Há de se falar ainda da maneira como são tratadas as vítimas desses casos. É evidente que as autoridades responsáveis pelo amparo das mulheres agredidas não estão preparadas para tal. Assim, fica evidente, mais uma vez, que a questão do machismo e do patriarcado se faz presente em todas as esferas da sociedade, ainda que exista políticas específicas para o tratamento de casos que envolvem violência e o sexo feminino.

Ademais, é necessário um olhar crítico sobre a maneira como são tratadas as vítimas desses casos, é iminente que as autoridades responsáveis pelo amparo das mulheres agredidas não estão preparadas para tal.

O estado vitimológico tende a afetar diretamente o psicológico daquele que se encontra em iminente situação de risco e abuso. Ainda que pouco explorados e até mesmo desacreditados, os transtornos relativos à personalidade causados devido intensa exposição a agressão física e psicológica, mostram-se comuns em vítimas e serão explorados mais a frente.

Ante o exposto, presume-se que as mulheres agredidas e/ou abusadas são, em grande parte dos casos, induzidas a acreditar que possuem culpa por estarem em situação de vítima e por esse motivo devem se silenciar ou até mesmo acobertar seu algoz.

#### 4.1. Culpabilização da vítima

Com o passar dos anos, o sexo feminino se destaca cada vez mais perante a sociedade, o que para muitos, significa uma afronta ao sexo masculino, no tocante a sua virilidade e excelência.

A indignação dos homens é tamanha, podendo ser considerada cruel. Eduardo Viveiros de Castro, em edição de 1936, citado por Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 10), expressou um posicionamento doutrinário relativo à questão:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher, dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ela faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e tímida, delicada sensitiva evitando os contatos ásperos e rudes da vida, foi desprezada como coisa anacrônica e ridícula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida e unicamente de luxo e sensações, vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até espontaneamente oferecida à conquista do homem.

Mesmo que o verbete citado acima seja consideravelmente antigo, fica claro o quanto a distinção entre os gêneros impacta na população, sendo a violência contra o sexo feminino colocada como uma espécie de punição para o crescimento público das mulheres.

No Brasil, temos altos índices de feminicídio como apresenta a pesquisa desenvolvida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizada em 2021, que marca o número de 2.451 casos de feminicídio entre março de 2020 e dezembro de 2021, o que leva à crer que a taxa de denúncia sobre a violência é baixa.

A sociedade contribui para esses índices de diversas maneiras, seja por desacreditar da vítima, pelo aconselhamento em não denunciar, por acreditar-se que as mulheres possuem o dever de manter sua família, emprego, imagem, independente do que ocorre no privado ou pelos diversos casos de impunidade presentes em nosso país.

Pesquisa desenvolvida pelo IPEA, no ano de 2014, mais especificamente a Nota Técnica Nº 11, que trata do estupro no Brasil, salienta que em 70% dos casos de estupro, o agressor é próximo da vítima, comumente sendo um membro da família ou algum conhecido próximo, ao qual é atribuído um sentimento de confiança. A mulher, frequentemente, violentada e abusada nem sempre demonstra a dor vivida, isso porque pode não entender que se trata de um caso de agressão ou por ser pressionada a acreditar que está errada em apresentar sua denúncia.

A maioria dos casos de violência ocorrem dentro do seio familiar, principalmente a violência sexual contra menores de idade, que por muitas vezes, são desacreditados ao tentarem relatar, o que acarreta uma vida toda de problemas em diversas áreas de sua vida.

As vítimas de violação são mais credibilizadas quando apresentam traços de fragilidade e desconforto, aquelas que não seguem esse comportamento estereotipado, normalmente, não recebe o mesmo tratamento. Afirmando a ideia de que o “efeito da vítima emocional” impacta tanto na

sociedade quanto no âmbito jurídico. (ASK; LANDSTRÖM, 2010, p. 01)

No que tange a violência contra a mulher, estudos apontam que existem 3 fases para a vitimização. A primeira é chamada de vitimização primária, que ocorre no momento da agressão, quando o crime causa danos físicos, psicológicos, morais ou econômicos. (CARVALHO, 2017, p. 03)

A segunda é a vitimização secundária, que se apresenta nos órgãos criminais responsáveis por tratar desses crimes, devido a maneira insensível que, normalmente, as mulheres são tratadas nesses casos, podendo ser considerada mais nociva que a violência propriamente dita, pois deriva do contato entre a ofendida e a autoridade responsável por defender e coibir atos de agressão. (CORDEIRO, 2014, p. 31)

Inclusive, cabe citar o abuso sofrido, além do estupro propriamente dito, pela jovem Mariana Ferrer, em seu julgamento, cujo caso deu luz a Lei 14.245/2021 que busca coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas, além de estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso processo.

Por fim, a vitimização terciária, que consiste na fase pós agressão, em que a sociedade insculpe na vítima a culpa por ter sido abusada e, em função disso, ocorre o afastamento social como consequência. (BARROS, 2008, p.72)

De uma visão geral, observando os indicadores apresentados no presente trabalho, casos e relatos sobre tais crimes, nota-se que a vergonha e o medo são grandes indicadores da não denúncia. Nem sempre há o amparo necessário da família, assim como é notório o preconceito da sociedade em relação a esses casos.

Outro ponto importante a ser abordado, é a maneira como as mídias sociais retratam os crimes de violência contra a mulher. Pode ser apontado como um grande problema. Adriana Mozzambani (2015, p.02), pesquisadora do Prove, em pesquisa desenvolvida em 2015, pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), aponta críticas sobre a relação entre os crimes e a retratação midiática:

Os programas televisivos dramatizam os crimes: de um lado, acusam o criminoso; de outro, romantizam o crime. Não fazem o seu verdadeiro papel, que é a maior divulgação dos direitos das pessoas vítimas de violência doméstica e dos locais onde prestar ocorrência ou procurar ajuda médica e psicológica

Um exemplo a ser citado, é o caso da influenciadora Mariana Ferrer, que ficou bastante conhecido em nosso país, principalmente o julgamento, o qual deu origem a Lei 14.245/2021, que pode ser justamente definida por sua ementa:

Altera os Decretos-Leis n<sup>os</sup> 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei n<sup>o</sup> 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos

atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer).

Ao interpretar o trecho acima, é possível entender o quanto pode ser difícil um processo de julgamento sobre violência de gênero, ao ponto de ser criada uma Lei que proteja a dignidade das vítimas e de suas testemunhas, situação que, tecnicamente, não deveria ocorrer devido aos direitos de toda a população dispostos pela nossa Carta Magna.

A partir do exemplo e das informações apresentadas, fica nítido que o desencorajamento constante e a reafirmação de que as mulheres devem seguir padrões e comportamentos, demonstram a parcela de culpa da sociedade, como um todo, nas denúncias.

Vale ressaltar, ainda, a redação do artigo 3º, §2º da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Em que pese a obrigação da sociedade, como um todo, em promover condições adequadas para que as mulheres possam exercer todos os seus direitos elencados pela Constituição Federal de maneira célere.

#### **4.2. Síndrome de estocolmo**

Após o ato de agressão, a mulher é socialmente colocada em posição de vulnerabilidade, fragilidade e instabilidade, essa condição é denominada “síndrome da mulher agredida”, responsável por causar sentimento de coação à vítima por medo de ser taxada como vulnerável e fraca. (MOYSES, 2017, p. 14)

Em consequência, a vítima não oferece denúncia e, inconscientemente, proporciona uma condição de conforto ao agressor, de maneira que este se sente imune a qualquer imposição da Lei e, ainda mais motivado a continuar praticando o ato ilícito.

A síndrome de Estocolmo originou-se devido um assalto realizado na cidade de Estocolmo, capital da Suécia, onde uma das vítimas se apaixonou por um dos infratores e manteve relações afetivas por um período significativo. (BAJA, 2006, p. 12).

Normalmente, as mulheres nessa situação passam por constante agressão de toda e qualquer espécie, o que a coloca em uma posição de dependência de seu algoz. Como define Jorge Trindade (2010, p. 130):

Quando uma pessoa passa por uma situação extremamente crítica em que sua existência fica completamente à mercê de outra, que detém o poder de vida ou de morte sobre ela, pode-se estabelecer um tipo de relação dependente em que a vítima adere psicologicamente

ao agressor. Nesses casos, pode-se estabelecer uma espécie de amor ou paixão que decorre de um processo inconsciente de preservação cujo mecanismo mais evidente se expressa pela idealização e pela identificação, notadamente pela identificação projetiva, através da qual características da vítima são projetadas no agressor, com o fim de manter o controle do outro, defender-se dele e proteger-se de um mal grave e inesperado que ele pode causar.

O algoz, em grande parte dos casos, tende a assumir uma postura de “homem viril”, ou seja, anseia por demonstrar sua masculinidade, em busca da admiração e sentimento de aprovação por parte de sua vítima. Porém, a consequência disso é a mulher desenvolver aversão as autoridades ou qualquer pessoa próxima que queira oferecer ajuda e vá contra os ideais do agressor. (BAJA, 2006, p. 17)

Assim, é chegado o ponto em que existe um cenário positivo para o autor da agressão, pois ele encontra um ponto de equilíbrio, onde tudo que acontece em sua vida e de sua vítima, estão sob controle. Enquanto, a vítima vive em função do algoz, sofrendo danos psíquicos, violências descabidas e, cada vez menos aptas a sair do ciclo abusivo.

Pode ser definida, também, como a desconfiança da vítima em relação às autoridades, relacionada ao sentimento de admiração e aprovação desenvolvido pela mesma, em detrimento da virilidade demonstrada pelo autor da agressão.

O estudo em torno do assunto ainda é pouco desbravado, de modo que existem vertentes e teorias acerca dele. Para alguns especialistas, a Síndrome em questão estaria abarcada ao transtorno de estresse pós-traumático complexo, enquanto para outros estaria relacionada ao estresse agudo, causados por situações vividas entre um abusador e alguém que é abusado. (SPUIJBROKEN; BLOM; BRAAM, 2012, p. 24) (NAMNYAK, 2007, p. 03)

Citada por Maria Emanuela Silva Araújo (2020, p.7), a psicóloga norte-americana, Dra. Leonore Walker, apresenta um ciclo trifásico da Síndrome de Estocolmo. Em um primeiro momento, a mulher apresenta negação em relação à situação vivida e o agressor apresenta uma tendência agressiva, onde coage a mulher a entender e justificar os atos de violência, criando, assim, uma grande tensão dentro da relação.

Após o momento de tensão, começam a ocorrer, de fato, as agressões, onde o autor ataca violentamente a vítima, apresentando um comportamento abusivo que acarreta sentimentos de opressão ao psicológico da mesma.

Por fim, trazendo a essência da Síndrome de Estocolmo, o agente demonstra arrependimento e trata a vítima de maneira adversa a anterior, ou seja, passa a exibir um comportamento carinhoso e zeloso para com a agredida, fazendo-a acreditar que foi um momento de fúria, o qual não irá se repetir.

Em outro viés, Fabrique (2007, p. 13) descreve que, para a condição psíquica ao qual este



capítulo trata, é necessário que estejam presentes algumas características específicas. Inicialmente, o indivíduo deve ser raptado e feito refém durante um tempo considerável, depois, deve haver contato direto e contínuo entre o autor e a vítima e, por último, o algoz deve demonstrar empatia para com o(a) agredido(a).

Concomitante a este estudo, outra teoria afirma que a vítima pode apresentar três tipos de comportamentos: 1) sentimento positivo sobre os agressores, bem como sobre suas causas e objetivos; 2) repulsa em relação a polícia ou qualquer outro tipo de autoridade que possa oferecer risco ao agressor; 3) reciprocidade de sentimentos positivos. (KULESHNYK, 1984, p. 30)

Em detrimento ao assunto, vale ressaltar a relação entre a síndrome em epígrafe e a Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, com o objetivo de coibir atos atentatórios à vida e à existência das mulheres no Brasil.

Em contrapartida, essa Lei esteve pré-estabelecida sob a égide da Lei do Juizado Especial Criminal – JECRIM, ou seja, os atos de violência contra a mulher eram tratados como crimes de menor potencial ofensivo, visando um rito processual mais célere e simplificado. Em tese, dando harmonia entre as partes, além de oferecer agilidade em relação às instâncias tradicionais, normalmente, mais burocráticas.

Graças ao advento da Ação Declaratória de Constitucionalidade do 19º Distrito Federal, ocorrida no ano de 2012 (6 anos após a promulgação da Lei Maria da Penha), que trouxe a constitucionalidade dos artigos 1º, 33º e 41º da Lei 11.3040/2006 e, em consequência afastou a hipótese de que crimes de violência contra a mulher fossem julgados como se fossem de menor potencial ofensivo.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade supracitada, trouxe uma maior segurança para as mulheres, pois, ao afastar o tipo penal do JECRIM, afirmou que esses crimes seriam de fato julgados e condenados, sem chance de mera aplicação de multa monetária.

Portanto, fica evidente a busca por evitar que as vítimas voltem para a situação de abuso, uma das situações que acarretam a síndrome de Estocolmo e, conseqüentemente, coibir o feminicídio.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir do que foi analisado, nos deparamos com situações assombrosas vividas por mulheres em todo o Brasil, mesmo com os avanços em relação a população feminina, ainda existem resquícios significativos de uma sociedade opressora e patriarcal.

Os números de violência e feminicídio são assustadoramente altos, levando em conta que diversas mulheres não denunciam. Conclui-se, então, que os números são maiores.

A forma como a violência contra as mulheres é tratada pela sociedade se apresenta como um grande problema. Pois, é possível encontrar posicionamentos bastante controversos aos que realmente deveria ocorrer para uma vida célere e segura em relação as mulheres. Bem como, por vezes, a impunidade se mostra recorrente.

O sistema penal brasileiro possui métodos, em tese, bastante eficazes para a resolução desses tipos penais, porém, ainda há resquícios de uma deficiência nessas alternativas, já que os números dos referidos atos ilícitos são elevados.

Em um país, onde a Carta Magna conta com um vasto rol de artigos defendendo e assegurando os direitos humanos, devemos nos preocupar sobre os índices apresentados, visto que toda a população deveria gozar de direitos iguais para uma vida digna.

Para tanto, poderíamos elencar como alternativa para a melhora da qualidade de vida, um melhor suporte psicológico para as mulheres vítimas de agressão, bem como sanções eficazes aos agressores e, acima de tudo, buscar uma maior humanização com os casos em questão.

É de suma importância que as autoridades responsáveis por tratar desses casos sejam mais bem instruídas em busca de melhorar a situação da vítima como um todo. De forma, que aprendam a lidar com mais empatia e cuidado, a fim de demonstrar acolhimento e menores consequências a vida pessoal.

Além disso, outra atitude que poderia melhorar os índices de violência contra o sexo feminino, seria a implantação de um sistema para o tratamento psíquico dos agentes cometedores desses crimes.

Portanto, são necessárias melhorias no tratamento com as vítimas, bem como um olhar mais rígido para agressores, concomitante a disponibilização de ajuda para estes, de forma a oferecer melhor qualidade de vida para a população como um todo.

Ademais, a sociedade deve ser constantemente conscientizada acerca do assunto, tendo em vista que a desinformação se apresenta com maior letalidade do que a agressão propriamente dita.

## **REFERÊNCIAS**

ABRUNHOSA, Rui Gonçalves e MACHADO, Carla. **Violência e Vítimas de Crimes – Vol 1. Adultos.** 2002.

AFKHAMI, Mahnaz e EISENBERG, Ann. **Liderando para ação Manual de Participação Política para Mulheres.** S.A. Disponível em: <http://cepia.org.br/wp-content/uploads/2017/06/wlp.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

ARANDA, Julia Cristyna; SARETTO, Talita Comachio; TESTON, Sayonara Fátima. Síndrome de Estocolmo e o âmbito familiar. **Seminário de Iniciação Científica e Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão,** 2018. Disponível em:

<https://periodicos.unoesc.edu.br/siepe/article/view/17698>. Acesso em: 09 de setembro de 2022.

ARAÚJO, Maria Emanuela Silva; MADRID, Fernanda de Matos Lima. **Vitimologia e Psicologia Jurídica: Um Olhar Mais Profundo na Síndrome de Estocolmo**. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8630>. Acesso em: 02 de maio de 2022.

BAJA, Fábio Lúcio. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e a Nova Lei Maria da Penha**. 2006. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2006, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46208/M713.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

BAPTISTA, Mariana Moreira Tangari. 10 Anos do Código Civil – Aplicações, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. V.2. P. 44-53. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil\\_volII\\_44.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_44.pdf). Acesso em: 23 de março de 2022.

BARBA, Pan Montserrat. **O que é feminismo?**. S.A. Disponível em: [https://feminismo.org.br/wp-content/uploads/2014/10/O-que-é-feminismo\\_Montserrat-Barba-Pan.pdf](https://feminismo.org.br/wp-content/uploads/2014/10/O-que-é-feminismo_Montserrat-Barba-Pan.pdf). Acesso em: 03 de maio de 2022.

BRASIL. – **Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 19**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 03 de maio de 2022

BRASIL. **DECRETO-LEI 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm). Acesso em: 20 de março de 2022

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 14.245, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2021**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm). Acesso em: 26 de abril de 2022.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **IPEA – Nota Técnica Nº11**. Brasília, março de 2014. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf). Acesso em: 29 de abril de 2022.

CUCOLO, Ana Cristina e SUDRÉ, Lu. Edição 7: Revista Entreteses – **Brasil é o 5º país que mais mata mulheres**. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/entreteses/item/2589-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres>. Acesso em: 24 de abril de 2022.

ESPINOZA, Olga. **A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista**. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Brasil, v.1, n.1, p. 35-59, Jan-Dez, 2002.

FERNANDES, Leonísia Moura; FILHO, Francisco Humberto Cunha. **Violência sexual e a culpabilização da vítima: Sociedade Patriarcal e seu Reflexos no Ordenamento Jurídico**. S.A. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=47f5d6b9ad18d160>. Acesso em: 27 de

abril de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica Durante a Pandemia de Covid-19**. 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2022

GARCIA, Carla Cristina. **Breve História do Feminismo**. 15 de março de 2018. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=U3laDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=feminismo&ots=kRSUXBYSyG&sig=50sACWW\\_1vIVT\\_ENQ\\_ATCDVpdvA#v=onepage&q=feminismo&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=U3laDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=feminismo&ots=kRSUXBYSyG&sig=50sACWW_1vIVT_ENQ_ATCDVpdvA#v=onepage&q=feminismo&f=false). Acesso em: 21 de abril de 2022.

GARCIA, Cecília. **Uma aula de feminismo e protagonismo jovem da escola: entre as flores, jovens lobas vão à luta**. 23 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://sites.google.com/site/mococacmdca/comunicacao/noticias/umaauladefeminismoeprotagonismojovemdentrodaescolaentreasfloresjovenslobasvaoaluta>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

GARCIA, Maria Fernanda. **Até 2005, casamento da vítima com estupro anulava crime no Brasil**. 29 de julho de 2016. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/ate-2005-casamento-da-vitima-com-estuprador-anulava-o-crime-no-brasil/>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

HUMANISTA, Jornal do Laboratório da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da Faculdade Federal do Rio Grande do Sul. **Cultura do estupro: 85% das vítimas no Brasil são mulheres e 70% dos casos envolvem crianças ou vulneráveis**. 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2020/12/17/cultura-do-estupro-85-das-vitimas-no-brasil-sao-mulheres-e-70-dos-casos-envolvem-criancas-ou-vulneraveis/>. Acesso em: 21 de março de 2022.

JUSBRASIL. **DECRETO-LEI 11.340, DE 07 E AGOSTO DE 2006, ARTIGO 3º, §2º**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10869023/artigo-3-da-lei-n-11340-de-07-de-agosto-de-2006>. Acesso em 03 de maio de 2022.

JUSBRASIL. **DECRETO-LEI 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940, ARTIGO 213**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10612010/artigo-213-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 19 de março de 2022

KULESHNYK, I. (1984). **The Stockholm syndrome: Toward an understanding**. *Social Action and the Law*, 10(2), 37-42.

MELO, Igor de e ORNELAS, Alex Rosa. **O Crime de Violência Psicológica e a Lei Maria da Penha**. 9 de agosto de 2021. Disponível em: <http://www.elciopinheirodecastro.com.br/site/artigos/o-crime-de-violencia-psicologica-e-a-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 23 de março de 2022.

MOYSES, Juliana Fontana. **A Lei Maria da Penha e uma Abordagem Emancipatória**. 13º *Mundos de Mulheres & Fazendo Gênero* 11, p. (1-14), 2017.

MOYSES, Juliana Fontana. **Os enquadramentos da violência contra as mulheres no componente estrutural da Lei Maria da Penha: análise de conteúdo de decisões de 2ª instância do TJ/SP sobre “violência baseada no gênero”**. 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-29052019-154919/publico/>

JulianaFMoysesCorrigida.pdf. Acesso em: 13 de março de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEIXOTO, Aimê Fonseca e NOBRE, Barbara Paula Resende. **A Responsabilização da Mulher Vítima de Estupro**. Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate, vol. 3, n. 1, p. (227 – 239), MAIO 2015.

PEREIRA, Bruna Cristina Jaquetto. **Tramas e Dramas de Gênero e de Cor: A Violência Doméstica e Familiar Contra Mulheres Negras**, p. (1-132), 2013.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “cortesia”?** Abordagem sociojurídica de gênero. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

RESTANI, Diogo Alexandre. **Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha. 11 de junho de 2018**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10704/Juizados-Especiais-Criminais-e-a-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em: 03 de maio de 2022.

**Revista Consultor Jurídico. Veja a íntegra da audiência de Mariana Ferrer em julgamento sobre o estupro**. 5 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/veja-integra-audiencia-mariana-ferrer-estupro>. Acesso em: 24 de abril de 2022.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2010. Disponível em: [https://www.academia.edu/39250308/Manual\\_de\\_Psicologia\\_Jur%C3%ADdica\\_PARA\\_OPERADORES\\_DO\\_DIREITO](https://www.academia.edu/39250308/Manual_de_Psicologia_Jur%C3%ADdica_PARA_OPERADORES_DO_DIREITO). Acesso em: 02 de maio de 2022.

# A LEI MARIA DA PENHA E A VÍTIMA TRANSEXUAL

Taís Nader MARTA<sup>1</sup>  
Telma Aparecida ROSTELATO<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo adentra na abordagem histórica, salientando desde a era patriarcal em que sobressaíam atitudes machistas, enfatizada a desigualdade de gênero, evoluindo pela transmutação da significância dos direitos fundamentais, indicando a mulher como sendo o alvo de proteção, tanto que a entrada em vigor da Lei 11.340, em 07 de agosto de 2006 (nominada Lei Maria da Penha) constitui um autêntico divisor de águas no sistema jurídico brasileiro, no que pertine à salvaguarda do gênero feminino, isto sem deixar de apreciar o fato de que o Brasil é o país que mais mata, em números absolutos, pessoas trans no mundo. Considerando que num Estado Democrático Social de Direito deve-se conciliar as liberdades individuais, com a máxima efetividade dos direitos sociais e a supremacia da cidadania democrática e em se observando que para os grupos vulneráveis as escolhas pessoais não são respeitadas e suas autonomias são afetadas pelo preconceito e pela discriminação que sofrem, a ordem jurídica, nesse contexto, se encarrega de fazer cumprir as prementes metas do Estado Democrático, com a imprescindível deferência aos direitos fundamentais. Nesse contexto, empregando o método dedutivo, as autoras trazem à lume a indispensável implantação de políticas públicas para a prevenção da violência de gênero da vítima transexual, averiguando doutrinas jurídicas e reportagens, culminando com a análise da decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que em 05 de abril de 2022, estabeleceu deva ser a Lei Maria da Penha também aplicada aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mulheres transexuais; Violência doméstica; Políticas públicas.

## ABSTRACT

This article enters into the historical approach, emphasizing since the patriarchal era in which sexist attitudes stood out, emphasizing gender inequality, evolving through the transmutation of the significance of fundamental rights, indicating women as being the target of protection, so much so that the entry into force of Law 11,340, on August 7, 2006 (named Maria da Penha Law) constitutes an authentic watershed in the Brazilian legal system, in terms of safeguarding the female gender, without neglecting to appreciate the fact that Brazil is the country that kills the most, in absolute numbers, trans people in the world. Considering that in a Social Democratic State of Law, individual freedoms must be reconciled with the maximum effectiveness of social rights and the supremacy of democratic citizenship, and nothing that for vulnerable groups, personal choices are not respected and their autonomies are affected by prejudice and the discrimination they suffer, the legal order, in this context, is responsible for enforcing the pressing goals of the Democratic State, with the essential deference to fundamental rights, In this context, using the deductive method, the authors bring to light the indispensable implementation of public policies for the prevention of gender violence against transsexual victims, investigating legal doctrines and reports, culminating

---

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Advogada. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia (ESA) de Bauru/SP. Professora em cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: tais.nader.marta@usp.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0777694220400839>

2 Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Especialista em Direito Constitucional (Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba/SP). Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Procuradora Jurídica Municipal. E-mail: advtelma.rostelato@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3876726116042111>

in the analysis of the decision of the Sixth Panel of the Superior Court of Justice, which on April 5, 2022, established that the Maria da Penha Law should also be applied to cases of domestic or family violence against transgender women.

**KEYWORDS:** Transgender women; Domestic violence; Public policy.

## 1. INTRODUÇÃO

A humanidade vive em coletividade e constitui, desde os primórdios, parâmetros de convivência. Acredita-se que tal agrupamento não seja meramente proveniente da necessidade de autopreservação e satisfação de interesses comuns, mas que da racionalidade e afinidade que constituem elementos de identificação da espécie humana.

Partindo-se do princípio de que todas as pessoas são diferentes umas das outras, é admissível que a diversidade faça parte da condição humana e que ela é absolutamente normal. Então, por que a desigualdade exclui uma parcela significativa da sociedade?

As pessoas, muitas vezes, são marginalizadas, sofrem discriminações sociais e econômicas, engajar-se em pesquisar um critério para avaliar a segregação social de minorias e pessoas vulneráveis é um processo dificultoso, já que existem muitas variáveis de direitos que lhes são subtraídos, entretanto a inclusão é um dever cívico, amparado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, o Estado deve oferecer proteção às pessoas que o integram, pois, a democracia, em sentido amplo, pressupõe deferência à diversidade e aos grupos minoritários ou vulneráveis e nesse contexto as mulheres transexuais que sofrerem violência doméstica merecem proteção e devem ser consideradas destinatárias da Lei Maria da Penha, tanto que a Sexta Turma do STJ – Superior Tribunal de Justiça, em 05 de abril de 2022, estabeleceu que a Lei Maria da Penha também deve ser aplicada aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transgênero, pois a referida lei anseia promover os direitos das mulheres, bem como busca a igualdade de gênero no País.

## 2. A LEI MARIA DA PENHA E A SUA ABORDAGEM

O Brasil Colonial era regido pelas Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas), um código de leis que se aplicava a Portugal e seus territórios eram extremamente discriminatórias, já que asseguravam ao marido o direito de matar a mulher quando houvesse simples suspeita de adultério ou quando o mesmo ocorresse.

Essa hierarquia masculina foi conservada no Código Penal de 1890 que isentava de condenação quem matava em estado de completa privação de sentidos e continuou com o Código Penal de 1940 que estabelece como causa atenuante/diminuição de pena agir sob o domínio de violenta emoção (JORNAL DO SENADO, 2013) sendo que esse privilégio que naturaliza a

violência contra a mulher ainda é sustentado nos dias de hoje em casos de feminicídio e apenas recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero em processo relacionado à ADPF 779.<sup>3</sup>

Leis patriarcais e machistas também foram fomentadas no Brasil por intermédio do Código Civil de 1916 que determinava que mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes (art. 6º, II); que as mulheres precisavam pedir autorização dos maridos para trabalhar (art. 233, IV e art. 242, VII); as mulheres precisavam pedir autorização marital para aceitar ou repudiar herança (art. 242, IV); que as mulheres somente podiam administrar os bens do casal na hipótese do marido estar em lugar remoto ou não sabido, em cárcere privado por mais de dois anos ou se declarado judicialmente interdito (art. 251, I, II e III); que as mulheres somente poderiam ingressar com ações judiciais com a permissão do marido (art. 242, VI) e que o homem é o chefe da família (art. 380).

Os direitos humanos são garantias universais de todos os indivíduos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu após a 2ª Guerra Mundial quando diferentes países se agruparam para formar a Organização das Nações Unidas.

Os direitos das mulheres passam a ser incorporados a essa agenda de direitos humanos em especial após a Conferência de Viena, uma conferência sobre direitos humanos ocorrida no ano de 1993, que aprovou a resolução de que os direitos das mulheres e das meninas são parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais e explicitou que a violência contra as mulheres constitui violação dos direitos humanos. De acordo com a Declaração de Viena:

18. Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.

A violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Pode-se conseguir isso por meio de medidas legislativas, ações nacionais e cooperação internacional nas áreas do desenvolvimento econômico e social, da educação, da maternidade segura e assistência à saúde e apoio social.

Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher (DECLARAÇÃO DE VIENA, 1993).

Em 07 de agosto de 2006, entrou em vigor no País, a Lei nº. 11.340, mais conhecida como a Lei Maria da Penha, nomenclatura esta devido ao caso emblemático ocorrido em 1983<sup>4</sup>.

---

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&ori=1>. Acesso em 05 jul. 2022.

4 Disponível em <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso 30.mar 2023.



Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em Fortaleza-CE, no dia 1º de fevereiro de 1945, farmacêutica bioquímica, se formou na Faculdade de Farmácia e Bioquímica da Universidade Federal do Ceará em 1966, cursou mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas na Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo em de 1974 a 1977, período este em que conheceu Antonio Heredia Viveros, colombiano, que cursava pós-graduação em Economia na mesma instituição, tendo se casado em 1976, tido a primeira filha um ano após, na sequência mudaram-se para Fortaleza, onde nasceram as outras duas filhas do casal, iniciando-se as agressões contra Maria da Penha, quando conseguiu a cidadania brasileira e a estabilidade profissional e econômica.

Em 1983, Maria da penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio, por parte do marido, primeiro, ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia, tendo por isso ficado paraplégica, tendo permanecido no hospital, se submetido a duas cirurgias e tratamentos, quatro meses após retornar para casa, quando Maria da Penha teria retornado para casa, foi mantida em cárcere privado por 15 dias, tendo Antonio Heredia Viveros tentado eletrocutá-la durante o banho, considerando que o julgamento do então ex-marido de Maria da Penha demorou 8 anos e embora tendo a pena de 15 anos de prisão, saiu do fórum em liberdade, no seu segundo julgamento ocorrido em 1996, o seu ex-marido foi condenado a 10 anos e 6 meses de prisão, mas devido à alegação de irregularidades processuais por parte dos advogados de defesa, mais uma vez a sentença não foi cumprida, até que em 1998 o caso ganhou repercussão internacional, vez que a vítima, Maria da Penha, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denunciaram o caso para a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Mesmo diante de um litígio internacional, o Brasil não se pronunciou nenhuma vez no processo, razão pela qual, em 2001, após receber quatro ofícios do CIDH/OEA (de 1998 a 2001) o Estado brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra mulheres brasileiras, conhecido como marco histórico deu azo ao tratamento do tema, violência contra a mulher, em razão do seu gênero, isto significa que o fato de ser mulher reforça a ocorrência da prática como acentua a impunidade dos agressores.

Assim, em 07 de agosto de 2006, o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei 11.340/2006, oriundo do Projeto de Lei 4.559/2004, de iniciativa da Câmara dos Deputados, aprovado por unanimidade em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Em decorrência, dentre as recomendações advindas da CIDH, a de reparação à Maria da Penha, tanto material quanto simbolicamente, o Estado do Ceará pagou a ela uma indenização e o Governo Federal batizou a lei, com o seu nome, como reconhecimento pela luta contra as violações

dos direitos humanos das mulheres.

Referida lei cria então mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Consta expressamente no art. 2º. da referida lei que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

A violência pode abarcar os aspectos físico, psicológico, sexual, patrimonial ou moral.

Estabelecidas as premissas que se destinam à implementação de políticas públicas, com o intento de motivar a sociedade para a extirpação de práticas violentas contra a mulher, inclusive dispondo sobre diversas medidas protetivas, tudo isso com o objetivo de resguardar a mulher.

Hoje muitas evoluções legais ocorrem<sup>5</sup> mas a violência contra as mulheres ainda é um grave problema social, demarcado com inúmeras implicações que permeiam as relações hierárquicas de desigualdade entre os gêneros que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS, é um problema de saúde global, de proporções epidêmicas (OMS, 2012).

No Brasil temos alarmantes dados estatísticos de violências praticadas contra mulheres. No ano de 2013 passou para a 5ª posição com uma taxa de 4,8 homicídios de mulheres a cada 100 mil<sup>6</sup>. Isso representa um aumento de 9% no número de assassinatos registrados. Em 2010, o Brasil ocupava a 7ª posição no ranking com uma taxa de 4,4, segundo dados do Mapa de Violência (MAPA DE VIOLÊNCIA, 2015).

Apenas entre março de 2020 e dezembro de 2021 foram 2.451 feminicídios e 100.398 casos e estupro de vulnerável de vítimas do gênero feminino (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

Já que a Lei Maria da Penha é fundamental na promoção dos direitos das mulheres e na busca pela igualdade de gênero no país, além de ser uma poderosa ferramenta de prevenção e proteção, o objetivo da lei é garantir justiça efetiva para todas as vítimas de violência doméstica, garantindo-lhes o direito à reparação, portanto as políticas públicas que são ações e programas,

---

5 Podemos, à título de exemplo, mencionar as recentes leis 14.538/2023, 14.540/2023, 14.541/2023 e 14.542/2023.

6 2,4 vezes maior que a taxa média observada em um ranking de 83 nações.

desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática, direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis, são medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem estar da população.<sup>7</sup>

Entre as políticas públicas alusivas ao tema, constam o investimento de R\$ 80 milhões na construção de 23 novas unidades da Casa da Mulher Brasileira (CMB) e os projetos Maria da Penha vai à Escola e Maria da Penha vai à Roça, sob a coordenação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH).<sup>8</sup>

Por certo que o intuito da Lei Maria da Penha foi o de estabelecer uma igualdade de gênero.

### 3. OS DESTINATÁRIOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei faz menção às mulheres e a busca pela significância do termo mulher impõe o inarredável dever de se averiguar a composição da espécie humana, a qual abarca indivíduos com sexos separados, ou seja, ela possui machos e fêmeas.

Biologicamente falando, homens e mulheres possuem diferenças bem marcantes, tanto anatomicamente quanto fisiológica e geneticamente<sup>9</sup>, o que caracteriza o chamado dimorfismo sexual, que são as diferenças externas<sup>10</sup>.

Ademais, nas células humanas existem 23 pares de cromossomos, desses, 22 pares são autossomos e os outros dois cromossomos (1 par) são chamados de sexuais. Os cromossomos autossomos são comuns aos dois sexos e não possuem diferenças marcantes entre si; entretanto, os cromossomos sexuais determinam as características de um macho e uma fêmea. Nas mulheres, observa-se a presença de dois cromossomos sexuais X, que são homólogos. Nos homens, por sua vez, observa-se a presença de um cromossomo X e um cromossomo Y.<sup>11</sup> Homens e mulheres apresentam hormônios sexuais em diferentes quantidades que garantem o desenvolvimento dos caracteres sexuais primários e secundários, os homens apresentam uma maior concentração de andrógenos, como a testosterona, diferentemente da mulher, que possui uma maior concentração de estrógeno.

Os andrógenos estão relacionados, entre outras funções, com a inibição do desenvolvimento mamário, alongamento das cordas vocais, crescimento da laringe, desenvolvimento de pelos corporais, atividades das glândulas sebáceas e efeitos sobre a libido. Os

---

7 Disponível em //https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/. Acesso 31 mar.2023.

8 Dados coletados do site https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/lei-maria-da-penha-completa-15-anos-de-avancos-pelo-pais. Acesso em 31 mar.2023.

9 Disponível em //https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/diferencas-entre-homens-mulheres.htm. Acesso em 26 mar.2023.

10 Disponível em // http://antigo.inma.gov.br/voce-sabe-o-que-e-dimorfismo-sexual/. Acesso em 26 mar.2023.

11 Disponível em //https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/diferencas-entre-homens-mulheres.htm. Acesso em 26 mar.2023.

estrógenos, por sua vez, promovem o desenvolvimento do útero e ovário, atua nas mamas e tem papel fundamental na menstruação.

Homens e mulheres possuem também diferenças típicas entre as vozes, sendo a do homem mais grave que a das mulheres. Nos homens, as pregas vocais são mais grossas e elásticas, vibrando mais de 120 vezes por segundo. Em mulheres, a vibração ocorre com maior frequência, sendo essas pregas mais finas e tensas. Os homens são melhores em cálculos que mulheres, que, por sua vez, lidam melhor com as relações humanas e linguagem. Essas diferenças provavelmente estão relacionadas com a orientação das conexões entre os neurônios.

Enfim, estruturalmente há uma série de diferenças biológicas entre homens e mulheres, as quais não serão esmiuçadas, por não ser este o objeto da pesquisa, todavia, não pode ser deixado de lado o fato de que determinadas características psicológicas carecem ser apreciadas com profundidade, ao se apurar eventuais lesões a determinados direitos, sendo apontado por estudos científicos que o homem concentra mais as suas atividades cerebrais do lado esquerdo, que é o responsável pela fala, pela razão e pelo raciocínio lógico, enquanto no lado direito ficam guardadas as emoções, a memória afetiva e os rostos conhecidos, especialmente desenvolvido nas mulheres, as quais conseguem utilizar igualmente os dois lados do cérebro. Com isso, quanto mais os dois lados do cérebro são solicitados, maior a conexão entre os dois hemisférios, podendo ser uma boa explicação para as mulheres serem mais sensíveis que os homens.

Mas não é apenas isso, a forma como a mulher encara a tristeza difere da dos homens, nas situações extremas, mulheres ativam uma porção cerebral oito vezes maior que os homens, o que eventualmente justificaria uma maior tendência à depressão no sexo feminino e a hiperatividade característica do sofrimento seguida de um período de baixa geral nas funções cerebrais.

Em suma, o estudo acerca das diferenças existentes entre homens e mulheres é um tanto quanto extensivo, uma vez que sua definição pode ser limitada somente ao sexo, reduzindo-se ao campo biológico, todavia pode ser concebido como uma construção social da identidade de gênero.

E essa expressão “gênero”, em sua perspectiva gramatical, significa classe ou categoria que se divide em outras classes, categorias ou espécies que apresentam caracteres comuns convencionalmente estabelecidos.<sup>12</sup>

O conceito de gênero corresponde especificamente à categoria de pessoas e representa

---

12 “Gênero”, em: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 844. Alguns excertos indicam classe cuja extensão se divide em outras classes, as quais em relação às primeiras são espécies. Conjunto de espécies ou agrupamento de indivíduos, objetos, fatos, ideias que apresentam certo número de caracteres comuns convencionalmente estabelecidos. Maneira, modo, estilo; categorias de estilos, ou técnicas. Categoria que indica uma visão dos nomes baseada em critérios tais como sexo e associações psicológicas. Há os gêneros masculino, feminino e neutro. Gênero de vida: conjunto de atividades habituais provenientes da tradição. Gênero humano.

conceito histórico e dinâmico com vários conteúdos de significado. É tema fulcral dos debates do movimento e teorias feministas, inclusive, indo além, com a desconstrução de estereótipos e a afirmação de novos comportamentos e novas identidades.

Nesse sentido, a origem do conceito de gênero e a sua distinção do conceito de sexo, surgiu no campo médico, com base em investigações com pessoas intersexuais realizadas por John Money (1952) e Robert Stoller (1968). De acordo com o primeiro,<sup>13</sup> “o comportamento sexual e a orientação sexual do sexo macho ou do sexo fêmea não tem um fundamento inato”.<sup>14</sup>E, de acordo com o segundo, na mesma linha, o gênero se refere “a grandes áreas da conduta humana, sentimentos, pensamentos e fantasias que se relacionam com os sexos, mas que não tem uma base biológica”.<sup>15</sup> Ainda, para Stoller, o sentimento de ser mulher ou homem é mais importante do que as características anatômicas.

Na área das ciências sociais, em 1972, Ann Oakley escreveu *Sexo, Gênero e Sociedade*, primeira obra neste campo científico a utilizar gênero como construção sociocultural que transcende a diferença biológica entre homens e mulheres bem como a binariedade masculino e feminino.<sup>16</sup>

Gênero como conceito filosófico e científico é estudado sob inúmeros enfoques.

Coletado da obra de Luiza Nagib Eluf<sup>17</sup>, intitulada *Como se define o que é ser mulher?*, verifica-se o fato de existir um ser denominado “mulher”, que não é igual ao homem no que tange a direitos (embora ambos pertençam à mesma espécie, sendo o varão objeto de respeito enquanto a varoa ainda pode ser prejudicada por normas sociais), hodiernamente ainda se confundem as instâncias reguladoras da sociedade, que continuam tendo dificuldade para entender e aceitar os direitos femininos, em sentido amplo.

Enfatiza a autora retromencionada, que diante da forte cultura patriarcal que impera em terras brasileiras, são muitas as desvantagens que afetam mais da metade da população que é formada por meninas, mulheres e pessoas transexuais (LGBTI+). Embora a intolerância não mais se justifique em nenhuma área (sexual, econômica, intelectual, social, familiar, jurídica, etc.), pois os movimentos por direitos iguais para todos e todas venceram a luta contra o preconceito desde 1988, ainda se encontra barreiras construídas judicialmente que levam ao desprezo pelos direitos de pessoas que apresentam alguma forma de comportamento que não se coadune com o tradicional

---

13 Seu polêmico experimento ficou conhecido como “O caso de David Reimer”.

14 DORLIN, Elsa. *Sexo, género y sexualidades: introducción a la teoría feminista*, p. 31 apud CRUZ, Rúbia Abs. *Lei Maria da Penha: a compreensão da violência de género no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça*, p. 12.

15 STOLLER, Robert. *Sex and gender*, p. vii, apud FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género y derecho*, Science House, New York, 1968, p.14.

16 BUTLER, Judith. *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Argentina: Paidós Iberica Ediciones S A, 1990, *passim*.

17 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/escritos-mulher-define-mulher#author>. Acesso em 31 mar.2023.

impositivo.

As mulheres então são seres humanos, do sexo feminino e devido às características sexuais, carregam determinadas peculiaridades morfológicas, que as diferem dos homens.

Valéria Scarance adverte que esse conceito não é biológico mas é jurídico pois no termo “mulher”, compreende-se não só a pessoa que apresenta sexo biológico feminino, como também a pessoa com identidade de gênero de mulher. Assim, juridicamente, mulher é a pessoa que tem essa identidade de gênero, independentemente do órgão sexual.<sup>18</sup>

De acordo com Beatriz Pereira, para compreender a questão da transgêneridade, é importante estabelecer alguns conceitos:

**Sexo** é um conceito ligado à biologia; é o termo descritivo de genitália (pênis/vagina) e gênero é uma construção social que é utilizada como uma das explicações para a desigualdade entre homens e mulheres (feminino/masculino). O **gênero** diz respeito a todo o aparato construído pela sociedade antes mesmo de nascermos e reiterado ao longo da vida: cores, roupas, profissões, comportamentos, performances esperadas, dentre outras características. **Orientação sexual** concerne à atração física e afetiva que uma pessoa pode sentir por outra (heterossexuais, homossexuais, bissexuais...) e **identidade de gênero**, de acordo com os Princípios de Yogyakarta é experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.<sup>19</sup>

Mas e como ficam as mulheres transexuais que porventura sofrerem violência doméstica?

O texto legal não se reporta à nenhum outro destinatário de sua proteção, a não ser as mulheres, mas é cediço que a lei citada constitui-se fundamental, para a promoção dos direitos das mulheres e na busca pela igualdade de gênero no país, lamentavelmente constata-se que as mulheres transexuais não estão abrangidas por aquela lei, todavia a Sexta Turma do STJ – Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do processo, em grau recursal, estabeleceu que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) em 05/04/2022<sup>20</sup> também deve ser aplicada aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transgênero. O relator do recurso, ministro Rogerio Schietti Cruz, considerou que, por se tratar de vítima mulher, independentemente do seu sexo biológico, e tendo ocorrido a violência em ambiente familiar – no caso dos autos, o pai agrediu a própria filha trans –, deveria ser aplicada a legislação especial. Com base na doutrina jurídica, Schietti afirmou que o elemento diferenciador da abrangência da Lei Maria da Penha é o gênero feminino, o qual nem sempre coincide com o sexo biológico, o objetivo da lei, segundo ele, é prevenir, punir e

18 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade*. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 270.

19 PEREIRA, Beatriz. *Notas introdutórias sobre transfeminicídios no Brasil*. Apud: Direito, discriminações e gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p, 196.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contramulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 05 fev.2023.

erradicar a violência doméstica e familiar que se pratica contra a mulher por causa do gênero, e não em virtude do sexo.

O imbróglio consiste no fato de que, toda vez que uma transexual mulher sofrer violência, para ter proteção estatal terá de recorrer à Justiça, para que em grau de recurso possa vir ter reconhecido este direito, aqui está-se a chamar a atenção, para o caminho árduo e vagaroso que se deve trilhar.

É incontestável que a omissão legislativa tem autorizado que o Poder Judiciário seja garantidor da democracia inclusiva, de modo que os direitos conferidos ao LGBTI+ têm derivado, majoritariamente, de decisões judiciais. A constituição cidadã prevê que a garantia de direitos seja conferida por normas e princípios que lhe orientam, nesse sentido, a ausência de leis que garantam direitos às pessoas não pode ser entendida como ativismo judicial.

Ora, a democracia que contém divergências e convergências de um sistema não pode deixar de prover proteção à qualquer grupo de pessoas. De modo especial, as normas definidoras de direitos humanos têm aplicabilidade imediata, sendo dispensável que se argumente em demasia sobre a constitucionalidade da aplicação extensiva.

Inolvidável que a decisão da Sexta Turma é especialmente importante em um país que lidera o *ranking* mundial de violência contra travestis e transexuais, segundo dossiê divulgado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), foram 131 vítimas fatais em 2022, ocupando, o Brasil, a triste liderança pelo 14º ano consecutivo<sup>21</sup>.

Segundo dados da ONG Transgender Europe, o Brasil é o país que mais mata, em números absolutos, pessoas trans no mundo. Pelo menos 175 mulheres transexuais e travestis foram assassinadas em 2020, de acordo com dossiê anual da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra). Além disso, dados da União Nacional LGBT apontam que a expectativa de vida de uma pessoa transgênero no Brasil é de apenas 35 anos. Dezoito anos após a criação do Dia Nacional da Visibilidade Trans, comemorado sempre em 29 de janeiro, ainda é extremamente grande a necessidade de implementação de políticas públicas para essa população.<sup>22</sup>

O precedente do STJ produziu efeitos que podem ser percebidos em órgãos diretamente incumbidos das questões relacionadas à violência contra a mulher, como as delegacias, o Ministério Público e a Defensoria Pública, unidades da Polícia Civil costumam atender de forma especial as vítimas, inclusive mulheres trans, procedimento adotado em algumas unidades da Federação.

Em Minas Gerais através da Resolução 8.225, publicada em agosto de 2022, foi estabelecido que mulheres transexuais e travestis, vítimas de violência doméstica ou familiar

---

21 Disponível em <https://antrabrasil.org/>. Acesso em 30. mar 2023

22 Disponível em <https://agenciaaids.com.br/artigo/aniversario-de-sao-paulo-a-luta-pela-visibilidade-da-populacao-trans-nas-politicas-publicas-esta-so-comecendo/>. Acesso em 30. mar 2023

baseada no gênero fossem atendidas em delegacia especializada, independentemente de mudança do nome no registro civil ou da realização de cirurgia de redesignação sexual.

Em São Paulo, as Delegacias de Defesa da Mulher têm a atribuição de investigar infrações penais relativas à violência doméstica ou familiar e crimes contra a dignidade sexual que tenham como vítimas pessoas com identidade de gênero feminina, tendo sido editada a Portaria DGP 08/2022, que dispõe sobre o tratamento específico a travestis e transexuais nas delegacias do Estado, garantindo, dentre outros direitos, o respeito ao nome social, o qual deve ser observado por todos os servidores.

A população transexual carece de políticas públicas afirmativas, a sedimentar a proteção aos direitos humanos, é notório que transexuais almejam ter um lar, com qualidade de vida e um posicionamento no mercado de trabalho, assim como qualquer outra pessoa, independentemente do gênero, todavia, diante das adversidades existentes acabam tendo a prostituição como sobrevivência para questões essenciais ao ser humano.

Em decorrência desta falta de oportunidade e da segregação social sofrida, não raras vezes a população transexual, por se tratar de um grupo vulnerável, encontrando-se em desvantagem do ponto de vista político e de efetivação de direitos, demandando implantação de políticas públicas, que venham reconhecer e promover a sua participação na sociedade, sendo certo que não basta estender a mera garantia de direitos humanos gerais a essa população, sob o argumento de que seria suficiente para sua proteção, pois por serem vítimas de intolerância em diversas esferas sociais, passam a exigir tutela especial do Estado, daí a necessária sensibilidade dos dirigentes estatais, na criação de políticas públicas específicas<sup>23</sup>.

Pondera Adriana Lyrio Vilela<sup>24</sup>, que levantamentos legislativos dão conta de que se tornou necessária a criação de 51 textos normativos, dentre eles resoluções, portarias e leis que regulamentassem a existência e o acesso a direitos básicos da população transexual em diversas esferas, com o intuito de garantir participação social igualitária, o que levou muitas vezes à judicialização de suas vidas e, principalmente em países de modernização tardia como o Brasil, à conquista de direitos de forma gradual e lenta.

Considerando que o texto da Constituição Cidadã de 1988 preocupa-se com a promoção da igualdade formal e material, estabelecendo fundamentos para que os legisladores não criem ou editem normas que firam o direito de igualdade, segundo Uadi Lammengo Bulos<sup>25</sup>:

---

23 VILELA, Adriana Lyrio (2017). DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL PELAS PESSOAS TRANS: DIREITO DA PERSONALIDADE OU DIREITO QUE DEPENDE DE LEI ESPECÍFICA. (Tese de Conclusão de Curso). Centro Universitário de Brasília. Brasília, Brasil, p. 38. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11878>. Acesso 06. Abr 2023

24 Op. cit., p. 49.

25 BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva 2002, p.77.



Limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular [...] Realmente, a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo. O legislador não poderá criar normas veiculadoras de desigualdades abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau. A autoridade pública, por sua vez, também está sujeita ao ditame da isonomia. Um magistrado, e.g., não poderá aplicar atos normativos que virem situações de desigualdade. Cumpre-lhe, ao invés, banir arbitrariedades ao exercer a jurisdição no caso litigioso concreto. Daí a existência dos mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como no campo infraconstitucional (legislação processual). O particular, enfim, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na constituição e nas leis em vigor.

Logo é de se inferir, ao se pretender estabelecer a igualdade para as pessoas transgêneras, tornar-se-ia necessário remodelar a Constituição Cidadã, sobretudo nos incisos I e II do artigo 1º, que apresenta a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como sendo fundamentos do Estado Democrático de Direito, assim como o artigo 3º que trata dos objetivos da República, especificamente quanto ao inciso IV, que busca “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e de igual forma, o inciso I do artigo 5º, que assegura a igualdade formal de todos perante a lei.

Todos os dispositivos constitucionais antes mencionados, interpretados à luz de outras normatizações de seara internacional e infraconstitucionais constituem uma base jurídica que por evidentes razões veda a distinção odiosa de qualquer natureza.

A distinção feita às pessoas transgêneras se baseia na sua identidade de gênero, logo essa distinção, acaso identificada, denota latente violação a norma constitucional, já que homens e mulheres devem ser tratados de forma igualitária.

Apesar de alguns avanços observados é certo que não existe ainda no Brasil uma grande prioridade de desenvolvimento de políticas públicas para a proteção de pessoas transgêneras nas agendas políticas e isso deve ocorrer pois a gestão da coisa pública precisa atender preferencialmente à melhoria permanente e integral das condições de vida de todas as pessoas exigindo que os atos administrativos sejam caracterizados pelo serviço objetivo do interesse geral com conseqüente promoção da dignidade humana. É certo que os recursos fiscais e patrimoniais do Estado são escassos e as demandas são ilimitadas e sempre crescentes.

Dessa forma, é necessário que a decisão política dos governos na realização dos gastos públicos vise a promoção de mudanças sociais voltadas à prevenção da violência de gênero da vítima transexual.

#### **4. SUGESTÃO DE SOLUÇÃO: INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS OU DE MINORIAS**

A solução talvez fosse a equiparação das transexuais mulheres às mulheres, sob o viés da

vulnerabilidade, a qual se faz presente tanto numa, quanto noutra.

É de se ver que as sociedades definidas por grupos majoritários dominantes, dotados de poder político, induz à supressão de direitos às minorias.

Veja, considerando que os integrantes de grupos vulneráveis requerem atuação estatal, assim como as minorias, para que possam usufruir do direito à igualdade, perante a sociedade, adentrar na identificação histórica é tarefa que se torna necessária para a compreensão do atual conceito de grupos vulneráveis e de minorias.

Destarte, após a eclosão da Segunda Guerra Mundial é que se começou a pensar nas minorias, gize-se, minorias, porque somente muito mais tarde é que a Sociologia, a Antropologia e a doutrina jurídica passaram a empregar o termo grupos vulneráveis, objetivando conceder tratamento igualitário a determinados grupos de pessoas marginalizadas.

Há um certo consenso entre estudiosos, quanto à dificuldade de se definir minorias, Aristóteles (384-322 a.C.) no livro *As Categorias* (1973)<sup>26</sup> sistematiza a primeira teoria lógico-filosófica sobre a definição de uma coisa ou de conceito a partir dos termos: espécie, gênero e diferença específica.

Segundo Aristóteles, definir uma coisa significa, demonstrar o que a coisa é, ou seja, demonstrar qual a sua essência, a essência das coisas ou dos indivíduos é definida por sua espécie (*eidos*). Assim, no caso do ser humano, cada indivíduo se define por pertencer à espécie humana. Cada espécie é definida por um gênero e por uma diferença específica. A espécie humana pertence ao gênero animal e pela diferença específica: animal racional. Em resumo: a espécie humana pode ser definida como um animal (gênero) racional (diferença específica).

O termo minoria foi empregado no vocabulário da Filosofia e posteriormente, na Ciência Política, a partir do contraponto entre maioria e minoria numérica, na disputa pelo poder político. Posteriormente, a Sociologia utilizou o conceito de minoria para referir-se aos grupos ético-raciais em situação de não-dominância em relação à cultura e aos valores dominantes em um país.

Os conceitos de diferença e de diversidade, característicos da Antropologia Cultural, como elementos constitutivos da identidade de grupos específicos, passou a ser importante para a definição das minorias sociais, étnicas, linguísticas e culturais.

No Brasil, os afrodescendentes, indígenas e imigrantes, mas surgiu a necessidade de ampliação do conceito de minorias para outros grupos em situação de vulnerabilidade nas sociedades modernas, caso das crianças e adolescentes, idosos, mulheres, deficientes, população LGBTI+, moradores em situação de rua, entre outros.

Assim, o conceito de minoria é bastante amplo, implicando ambiguidade e dificuldade para

---

26 ARISTÓTELES. Obras escolhidas. In Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 64.

identificação dos sujeitos de direito, sendo por isso empregada a expressão, por diversos estudiosos, como grupos vulneráveis, justamente visando conferir maior precisão, ao termo minorias.

Este modo de proceder se embasa ainda, pelo objetivo de facilitar a formulação de políticas públicas de proteção dos grupos minoritários.

Assim, evidentemente que o uso do termo minorias, amplo que é, passou a ter como intento, referir-se a sujeitos ou grupos minoritários, no sentido de grupos excluídos do direito à cidadania plena.

Isto tudo porque, à cada dia foi se tornando cada vez mais visível a insuficiência do critério numérico para a distinção entre os termos minoria-maioria, vez que as minorias, muitas vezes, correspondem numericamente à maioria da população, como no caso das mulheres, dos pretos, pardos e pobres no Brasil.

A ideia de igualdade passou a ser encarada de forma diversa, como ponderam Botelho e Schwarcz<sup>27</sup>:

[...] a luta pela cidadania juntou-se à dos direitos civis e foi embalada pelos movimentos sociais que estouravam mundo afora, a partir dos anos 1970. A ideia de cidadania parecia, então, associar-se ao exercício pleno num estado de direitos, e ao exercício do convívio entre iguais e em sociedade, mas também a um exercício de diferenças entre iguais. É nessa época que surgem os movimentos de minorias e uma compreensão diferente da ideia de igualdade, com diversidade.

E assim, diante da insuficiência do critério numérico, vários teóricos empregaram a expressão grupos vulneráveis para definir com maior rigor a noção de minoria, pondo em relevo o elemento da não-dominância, da subjugação ou da vulnerabilidade, independente da quantidade de membros do grupo. Conforme enfatiza Wucher<sup>28</sup>: “Grupos vulneráveis podem, mas não precisam necessariamente constituir-se em grupos numericamente pequenos: mulheres, crianças e idosos podem ser considerados ‘grupos vulneráveis’, sem, no entanto, se constituírem em minoria”.

Numa breve revisão de documentos internacionais, verifica-se que vários documentos sobre os direitos das minorias e grupos vulneráveis, atestam a dificuldade de uma definição única e consensual sobre a matéria em função da própria diversidade e da complexidade dos grupos identificados sob tais rubricas, pois uma definição geral simplificada poderia excluir pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, o que por certo retrataria uma verdadeira injustiça social.

Vieira Costa<sup>29</sup> faz uma revisão desses documentos internacionais que balizam o debate em torno dos novos sujeitos de direito identificados com os termos minorias e grupos vulneráveis,

---

27 BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia M. Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos. São Paulo: Claro enigma, 2012, p. 10.

28 WUCHER, G. Minorias: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 46.

29 VIEIRA COSTA, Rodrigo. Direitos e reconhecimento dos homossexuais no município de Fortaleza durante a gestão Fortaleza Bela 2005-2008. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 10 (1), 52-76, 2009. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1920> Acesso em: 2 mai. 2022.

salientando que a referência direta nos documentos de abrangência global a esses novos sujeitos de direito é relativamente recente. É certo que na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 apenas irá se reconhecer direitos das pessoas individuais, mas o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 mencionará expressamente as minorias étnicas, linguísticas e religiosas. Nesse sentido, a sua proteção jurídica ocorre dentro do Estado-nação o qual integrem, por isso é possível entender a Declaração dos Direitos dos Povos de 1976 também como instrumento de reconhecimento das minorias. Mais recentemente, em 1992, a Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, inspirada no artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, prescreveu que os Estados signatários protegerão e fomentarão a identidade dessas minorias em seus territórios.

A demora na regulação dos direitos das minorias após o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 “pode ser uma consequência da dificuldade em definir o termo minoria”, segundo Ana Maria Lopes<sup>30</sup>.

Capotorti<sup>31</sup>, membro especial da subcomissão da ONU, apontou dois tipos de critérios para definir as minorias: o primeiro deles, como sendo o da existência em um Estado de um grupo de pessoas com características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes ou distintas do resto da população; a diferença numérica do grupo minoritário em relação ao resto da população; – a posição não dominante desse grupo minoritário, seriam estes os critérios objetivos e como critério subjetivo, o desejo das minorias de preservarem os elementos particulares que as caracterizam, ou seja, a vontade comum do grupo de conservar seus rasgos distintivos.

Mulheres transexuais são integrantes de grupos vulneráveis e essa sujeição à ofensa, ao tratamento desigual e desrespeitoso requer atuação estatal, objetivando salvaguardar sua dignidade, logo, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha corresponde a uma das formas de implantação de política pública no País, destinada à efetivação dos famigerados direitos fundamentais, essenciais à humanidade, daí compreender que transexuais mulheres têm o direito de tratamento igualitário aos das mulheres.

Existe um verdadeiro transfeminicídio no Brasil. <sup>32</sup>

---

30 LOPES, Ana Maria. Políticas Públicas de fortalecimento dos direitos fundamentais dos indígenas: experiência neozelandesa. Espaço Jurídico Journal of Law. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 315-336, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2722/3487> Acesso em: 5 mai. 2019

31 REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2., 1986, Quebec. Atas... Quebec: [s. n.], 5-8 mar. 1986, p. 20.

32 Expressão utilizada por Débora Pereira, para quem: “Por conta da motivação desses crimes - relacionada ao absoluto desrespeito à diversidade de gênero e de identidade de gênero -, bem como das singularidades verificadas nos assassinatos que ocorrem nesse grupo, entendemos que a denominação que melhor se adequa é transfeminicídio. A utilização desse termo, inspirado no conceito de “feminicídio” não é mero preciosismo. Assim como o giro conceitual do termo “feminicídio” provocou uma reflexão sobre os assassinatos de mulheres que, aos poucos, deixam de ser analisados como “crimes passionais” ocorridos na esfera privada e revelam a relação de

Logo, não seria simplesmente porque o STJ já decidiu que a violência doméstica enfrentada por mulheres transexuais deve ser solucionada com embasamento na Lei Maria da Penha que se teria como forma de resolução da problemática, mas também e, sobretudo porque, se o intuito é o de assegurar o exercício do direito à existência digna, qualquer violação à dignidade humana de mulheres transexuais deve ter como resposta, a imediata atuação do Estado, através de políticas públicas.

## 5. CONCLUSÃO

A igualdade de gênero desde há muito tempo é uma busca recorrente do sistema jurídico brasileiro e já há alguns anos, esta menção à gênero ganhou uma abrangência, justamente para que se preserve o princípio constitucional da dignidade, de modo a abarcar mulheres transexuais.

A Constituição Federal de 1988 salvaguarda os grupos minoritários ou vulneráveis pelo princípio constitucional da isonomia, a desaguar e afunilar-se no princípio da dignidade humana. Porém os grupos vulneráveis sempre sofrem preconceito, discriminação e exclusão.

O estado de vulnerabilidade aumenta a potencialidade da agressão, pois destituídas as vítimas, de mecanismos protetivos e os agressores dotados de vias emancipatórias do convívio e aceitação social, somente a igualdade material, de condições e oportunidades, seria garantidora da liberdade. A tolerância e o respeito às diferenças, visando a inclusão, são princípios básicos das democracias modernas.

A trajetória da mulher transexual na sociedade brasileira é marcada, principalmente, pela luta em busca de superação de leis geradoras de desigualdades e violadoras de garantias fundamentais sendo que a violência contra a mulher é um problema histórico que acompanhou a humanidade e continua seguindo firme em todas as classes sociais indistintamente.

Lentamente já se verifica uma ampliação da gestão de políticas de enfrentamento da violência contra as mulheres (apesar dessas políticas públicas ocuparem um espaço ínfimo na agenda política brasileira). Mas, no que tange à prevenção da violência de gênero da vítima transexual, isso é ainda mais escasso e quase inexistente.

A prática de violência não tem uma motivação simples e pontual, mas é decorrente de todo um sistema complexo e que exige esforços em várias frentes para ser coibido. Ao fazer qualquer referência ao tratamento jurídico dispensado às mulheres transexuais quando vitimadas por atos de violência, é necessário, antes de qualquer consideração, ter em mente a concepção de dignidade da

poder e toda a carga de desigualdade e opressão que recaem sobre a mulher, nossa expectativa é que sejam jogadas luzes na realidade dos crimes cometidos contra a população trans, revelando, principalmente, o caráter sistemático em que ocorrem, a estrutura social que autoriza (e até mesmo incentiva esses crimes) e os elementos peculiares relacionados com a transfobia". In: PEREIRA, Beatriz. *Notas introdutórias sobre transfeminicídios no Brasil*. Apud: Direito, discriminações e gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

pessoa humana, pois é no conceito deste princípio fundamental que reside todo o arcabouço legal que sustenta as medidas jurídicas capazes de proteger e amparar todas as mulheres vítimas de quadros dessa natureza.

O comportamento do Estado em relação à promoção da dignidade da pessoa humana implica numa necessária efetivação de políticas públicas para proteção das mulheres transexuais vítimas de violência e justifica uma revisão da aplicação de escolhas públicas com investimentos que resultem no efetivo enfrentamento à violência de gênero para a superação desse problema histórico, com um programa de ações governamentais politicamente determinadas que visem a realização desse objetivo tão relevante socialmente.

Neste esteio, a Lei Maria da Penha é mais um instrumento apto a consentir dignidade a essas pessoas. Outras barreiras, ainda não suplantadas, carecem de políticas públicas eficazes, que possam proporcionar recepções das identidades trans no corpo social.

Pretende-se que a violência da sexualidade seja instrumento de liberdade e felicidade, e ainda que alcançássemos a igualdade plena, em situação hipotética, as leis seriam necessárias. Entre avanços e retrocessos, qualquer colapso democrático remete à negação de direitos às minorias, eis o legado que a história admite propugnar.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Obras escolhidas. *In Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BANDEIRA, Lourdes Maria; THURLER, Ana Liési. **A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos**. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Orgs.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, N. (Org.). **Dicionário de Política**. 2 ed. Brasília: Ed. UnB, 1986.
- BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia M. **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro enigma, 2012.
- BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. **Minorias e Grupos Vulneráveis, multiculturalismo e Justiça Social: Compromisso da Constituição Federal de 1988**. In: Dirceu Pereira Siqueira e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (Orgs.). 1. Ed. Birigui-SP: Boreal, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336&ori=1>. Acesso em 05 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em 05 fev.2023.

BRITO, Jaime Domingues. **Minorias e Grupos Vulneráveis: Aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das Políticas Públicas**. In *Argumenta*, Jacarezinho, n. 11, p. 95-110, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/145/145>. Acesso em 15 mar. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva 2002.

BUTLER, Judith. **El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad**. Argentina: Paidós Iberica Ediciones S A, 1990.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. **Minorias e seu estudo no Brasil**. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1977.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Tradução de Bento Prado Jr. e Alberto A. Muñoz. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 2001.

DORLIN, Elsa. **Sexo, género y sexualidades: introducción a la teoría feminista**, p. 31 apud CRUZ, Rúbia Abs. *Lei Maria da Penha: a compreensão da violência de gênero no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça*.

DUARTE, Clarice Seixas. **Fundamentos Filosóficos da proteção às minorias**. In *Direito à Diferença*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. New Jersey: JUBILUT, Liliana. *Itinerário para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem*. In *Direito à Diferença*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIBERATI, Wilson. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, Ana Maria D'Avila. **O Direito de Saída no Contexto do Multiculturalismo**. *Seqüência* (Florianópolis), n. 71, p. 155-176, dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p155>. Acesso 18 de jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Políticas Públicas de fortalecimento dos direitos fundamentais dos indígenas: experiência neozelandesa**. *Espaço Jurídico Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 315-336, jul./dez. 2014. Disponível em: [Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2722/3487](https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2722/3487) Acesso em: 5 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF:

Senado Federal, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./ mar. 2008. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Prote%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_direitos\\_177.pdf?sequence=2](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Prote%C3%A7%C3%A3o_constitucional_direitos_177.pdf?sequence=2). Acesso em 2 mai. 2019.

MEDEIROS, Nuno; DENIS, Teresa. **Multiculturalidade, interculturalidade, direitos humanos e violência de gênero: breves notas para pensar o caso da mutilação genital feminina em Portugal e a sua abordagem.** Cadernos Pagu (55), Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp, 2019, pp. 1-21. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8656400/21185>. Acesso em 10 jan. 2020.

MIZUTANI, Larissa. **Ser ou não ser minoria: um estudo sobre a categoria minoria e seu lugar de reconhecimento pelo Poder Judiciário brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10906>. Acesso em 5 mai. 2020.

NATA, Gil. **Diferença cultural e Democracia: Identidade, cidadania e tolerância na relação entre maioria e minorias.** 300p. Tese (Doutorado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Universidade do Porto, Portugal, 2011. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=9zzVMfY01N8C&oi=fnd&pg=PP1&dq=minoria+grupos+vulner%C3%A1veis&ots=VSrIEtf\\_tS&sig=iN\\_L47EaSjMkfb9y3W30dUiXf5I&redir\\_esc=y#v=onepage&q=minoria%20grupos%20vulner%C3%A1veis&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=9zzVMfY01N8C&oi=fnd&pg=PP1&dq=minoria+grupos+vulner%C3%A1veis&ots=VSrIEtf_tS&sig=iN_L47EaSjMkfb9y3W30dUiXf5I&redir_esc=y#v=onepage&q=minoria%20grupos%20vulner%C3%A1veis&f=false). Acesso em 5 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU, 1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 7 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU, 1966). **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 7 mar. 2019.

PEREIRA, Beatriz. Notas introdutórias sobre transfeminicídios no Brasil. Apud: Direito, discriminações e gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIMENTEL, Sílvia. **Gênero e direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/122/edicao-1/genero-e-direito>. Acesso em 31 mar. 2023

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos.** Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742005000100004&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742005000100004&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em 5 mai. 2020.

RAMACCIOTTI, Bárbara Lucchesi. **Construtivismo de Deleuze: filosofia como construção de conceitos.** In: Carvalho, M.; Fornazari, S. K.; Haddock-Lobo, R. Filosofias da Diferença. Coleção XVI Encontro ANPOF: ANPOF, p. 20-38, 2015. Disponível em: [http://www.anpof.org/portal/images/Colecao\\_XVI\\_Encontro\\_ANPOF/Filosofias\\_da\\_Diferenca.pdf#](http://www.anpof.org/portal/images/Colecao_XVI_Encontro_ANPOF/Filosofias_da_Diferenca.pdf#)



page=20 >. Acesso em 7 mar. 2019.

RAMACCIOTTI, Bárbara Lucchesi; BERNARDINO, Marjorie Cruz. **Welfare State: an analysis on the education development indices on brazilian education system**. International Journal of Innovation Education and Research. vol7.Iss3.1361. v. 7, p.141-161, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.31686/ijer.Vol7.Iss3.1361>>. Acesso em 7 mar. 2023.

REMILLARD, Gil. **Les droits des minorités**. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 2., 1986, Quebec. Atas... Quebec: [s. n.], 5-8 mar. 1986, p. 20.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto. **Direitos das Minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: Edipro, 2013.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha Editora, 2010.

RODRIGUES, Saulo Tarso. **Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas**. Espaço Jurídico Journal of Law. Joaçaba, v. 16, n.1, p. 41-64, jan/jun. 2015. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2089/3767>. Acesso em 5 fev. 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Educação & realidade, v. 20, nº 2, jul./dez., 1995, pp. 71-99.

SÉGUIN, Élide. **Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica**. São Paulo: Forense, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu; CASTRO, Lorena. **Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE). vol. 5, n. 1, 2017. Disponível em: [www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index](http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index). Acesso em 21 fev. 2019.

STOLLER, Robert. **Sex and gender**, p. vii, *apud* FACIO, Alda; FRIES, Lorena. *Género y derecho*, Science House, New York, 1968.

VIEIRA COSTA, Rodrigo. **Direitos e reconhecimento dos homossexuais no município de Fortaleza durante a gestão Fortaleza Bela 2005-2008**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 10 (1), 52-76, 2009. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1920> Acesso em 2 mai. 2019.

VILELA, Adriana Lyrio (2017). **DIREITO AO USO DO NOME SOCIAL PELAS PESSOAS TRANS: DIREITO DA PERSONALIDADE OU DIREITO QUE DEPENDE DE LEI ESPECÍFICA**. (Tese de Conclusão de Curso). Centro Universitário de Brasília. Brasília, Brasil, p. 38. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11878>. Acesso 06. Abr 2023

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. Lua Nova, São Paulo, 67:139-190, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67.pdf>. Acesso em 5 jun.

2019.

# **A OBRIGATORIEDADE DAS DIRETRIZES DO PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO: UM AVANÇO NO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS TRANSEXUAIS**

Daniela Braga PAIANO<sup>1</sup>  
Gabriela Eduarda Marques SILVA<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O objetivo da presente pesquisa é fazer uma breve análise evolutiva da transgeneridade até o contexto do seu reconhecimento como um direito de identidade de gênero do transexual em ter seu prenome e gêneros alterados, sem necessidade de cirurgia de transgenitalização e a recente decisão do CNJ sobre a obrigatoriedade das diretrizes do Julgamento com Perspectiva de Gênero. Para tanto, o trabalho aborda inicialmente um contexto evolutivo histórico, mencionando casos famosos e relevantes para o estudo do tema. Na sequência, entra no conceito de gênero, sexo e identidade de gênero, uma vez que basilares para a compreensão da temática. Estuda o tema no cenário jurídico-brasileiro, inicialmente tratado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina: a princípio, os estudos tratavam o tema como doença, incluído inclusive como SID; posteriormente, essa SID é alterada, deixando de ser considerada como doença. Após, aborda a possibilidade de cirurgia de transgenitalização e alteração do prenome e gênero como um direito fundamental e da personalidade. Ao final, aborda o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, pois sua aplicação deixou de ser recomendada e passou a ser obrigatória, conforme decisão do CNJ, tornando-o norma a ser observada por todos os tribunais, o que representa um grande avanço para a conquista de direitos dos transexuais. Utiliza-se do método dedutivo e a metodologia fundamenta-se, preponderantemente, em notícias e doutrina de Direito Civil – Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transexual. Alteração do nome e gênero. Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero.

## **ABSTRACT**

The objective of this research is to make a brief evolutionary analysis of transgenderism up to the context of its recognition as a transsexual gender identity right to have their first names and genders changed, without the need for reassignment surgery and the recent decision of the CNJ regarding the mandatory of the Gender-Based Judgment guidelines. To this end, the work initially addresses a historical evolutionary context, mentioning famous and relevant cases for the study of the subject. Next, it studies the theme in the Brazilian-legal scenario, initially treated by the Resolutions of the Federal Council of Medicine: at first, the studies treated the theme as a disease, including SID; subsequently, this SID is altered, no longer considered as a disease. Afterwards, it discusses the possibility of reassignment surgery and change of first name and gender as a fundamental and personality right. Subsequently, it deepens the concept of gender, sex and gender identity, since they are fundamental for understanding the theme. Finally, it aims to address the Trial Protocol with a

- 
- 1 Pós-doutora 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>.
  - 2 Discente no Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões (UEL) e Prática Avançada Trabalhista (Damásio Educacional). Pesquisadora no projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e sucessórias”, cadastrado sob o n. 12475 na PROPPG da UEL. Endereço eletrônico: gabrielamarquesadv@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0528501695435050>.

Gender Perspective, as its application is no longer recommended and has become mandatory, as decided by the CNJ, making it the norm to be observed by all courts, which represents a great advance for the conquest of transsexual rights. It uses the deductive method and the methodology is based, predominantly, on news and doctrine of Civil Law - Constitutional.

**KEYWORDS:** Transgender. Change of name and gender. Trial Protocol with a Gender Perspective.

## INTRODUÇÃO

O reconhecimento da identidade de gênero tem sido um processo lento, especialmente porque a existência de pessoas transgêneras não remonta à contemporaneidade; estudos demonstram que desde a Idade Antiga existiam pessoas que não se identificavam com seu sexo biológico.

O presente estudo tem como objetivo a análise da transgeneridade, desde sua evolução histórica, a fim de compreender as inúmeras violações de direitos a que foram submetidos os transexuais e a importância da determinação do CNJ acerca da do Protocolo de Julgamento com perspectiva de gênero, o que representa grande avanço na efetivação por direitos dos transexuais.

Primeiramente, o trabalho abordará o contexto histórico evolutivo, trazendo as raízes na mitologia grega para, posteriormente, mencionar casos famosos e relevantes acerca do tema; através da contextualização histórica, verificar-se-á inúmeras afrontas aos direitos fundamentais dos transexuais, uma vez que a transgeneridade já foi considerada inclusive doença.

Em um segundo momento, se propõe a tratar de conceitos basilares, a fim de sobrestar a confusão entre diferentes conceitos, como gênero; identidade de gênero; sexo biológico; e orientação sexual. Compreender o que são tais conceitos é uma grande ferramenta para o combate ao preconceito; identidade de gênero e sexo biológico não são sinônimos, ainda que muitas vezes caminhem juntos.

Posteriormente, o estudo será recortado para tratar da transgeneridade no Brasil desde o início, quando considerada um distúrbio mental. Verificar-se-á que as terapias hormonais e cirurgias de transgenitalização devem ser garantidas pelo SUS e que não podem ser mais um requisito para a autorização da mudança do prenome; a alteração do prenome é também estudada no presente tópico, especialmente acerca da possibilidade de ser realizada por procedimento extrajudicial.

Por fim, será analisado o Protocolo de Julgamento de Gênero, uma vez que em recente determinação do CNJ, as diretrizes do protocolo passaram a ser obrigatórias, o que resulta em grande conquista para os transgêneros, haja vista que ainda são vítimas de preconceitos e discriminação em todas as áreas, inclusive no judiciário.

## 1 CONTEXTO HISTÓRICO

A transgeneridade não é algo que surgiu na contemporaneidade. Ao observar a história, encontram-se referências às pessoas transgêneras desde a Grécia Antiga, na mitologia grega, denotando que o desejo de mudar de sexo precedeu à criação do termo “trans” (MOREIRA; MARCOS, 2019, p. 595).

Durante o Império Romano, há também menção à transgeneridade, podendo citar aqui o caso do Imperador Nero que matou sua esposa grávida e, ao se arrepender, encontrou um escravo que possuía traços semelhantes ao de sua esposa, assim, ordenou aos médicos que o transformassem em mulher e, após as cirurgias de transgenitalização, os dois se casaram (GREEN, 1988, p. 5).

No período renascentista, o Rei Henrique III, na França, demonstrava o desejo de ser tratado como mulher, apresentando-se travestido aos deputados (GREEN, 1988, p. 6).

Muitos foram os casos de pessoas que apresentavam divergência entre seu sexo biológico e sua identidade de gênero na Europa, como em Versalhes, em 1858. Mlle. Jenny Savalette viveu a vida toda como mulher e, ao morrer, descobriu-se que era um homem (SAADEH, 2004, p. 18).

Nos Estados Unidos, há também referências de pessoas transgêneras, como o caso do primeiro governador colonial de Nova York, Lorde Cornbury, que se vestia como mulher; outro exemplo é o de Mary Walker, primeira mulher que trabalhava como cirurgiã do exército, durante a Guerra da Secessão, e foi autorizada a se vestir como homem (SAADEH, 2004, p. 18).

Diversos povos possuem um entendimento sobre a transgeneridade de forma mística ou cultural; os Yuman, por exemplo, acreditam que podia ocorrer a mudança de gênero através de sonhos na puberdade e que, assim, essas pessoas poderiam viver de acordo com o novo gênero, sem ocorrer nenhuma discriminação pela tribo. A aceitação é presenciada em muitos povos, como tribos na Oceania, África, Patagônia, etc (GREEN, 1988, p. 10-12).

Nota-se, portanto, que a transgeneridade remonta desde a Antiguidade; merece destaque os estudos do médico Magnus Hirschfeld, que fundou o primeiro instituto voltado à pesquisa da sexualidade e que cunhou o termo “travesti” para descrever pessoas que sentiam necessidade de se vestir como o sexo oposto, bem como, posteriormente, foi um dos pioneiros do termo “transexual” (SAADEH, 2004, p. 24).

Em meados de 1920, tem-se registro dos primeiros casos de cirurgia de mudança de sexo. No início elas foram realizadas para definir o sexo de pessoas intersexuais (antigamente denominados hermafroditas). Posteriormente, na Alemanha, têm-se relatos de cirurgia de readequação de gênero, em transexuais, como o famoso caso do artista Einar Wegener que, aos 40 anos, em 1923, removeu sua genitália e tornou-se Lili Elbe (SAADEH, 2004, p. 28); a história do artista serviu de inspiração para o filme “A garota dinamarquesa”, indicada ao Oscar e ao *Golden*

*Globe Awards*, em 2016.

Em 1949, David O. Cauldwell utiliza o termo “psicopatia sexual” para referir-se aos transgêneros (SAADEH, 2004, p. 29); nota-se que a transgeneridade estava inclinada a ser tratada como doença, como perdurou longo período.

A Dinamarca foi a grande precursora dos casos de cirurgia de transgenitalização; um fotógrafo, George Jorgensen Jr., em meados de 1945, utilizou-se de hormônios femininos e realizou uma cirurgia de castração, utilizada em casos em que o indivíduo tinha potencial de cometer crimes sexuais; assim, passou a utilizar nome feminino e a viver como uma mulher (SAADEH, 2004, p. 29-30).

Foi na década de 1960 que as questões ligadas a transexualidade passaram a ser foco de estudo na medicina; contudo, ainda tratando a transgeneridade como uma doença, um transtorno.

Peça fundamental para a efetiva evolução nos paradigmas da transexualidade foi o pesquisador John Money, doutor em psicologia em intersexuais; o estudioso traz uma noção importante, ao notar que existe diferenciação entre gênero e sexo biológico. O pesquisador, juntamente com sua colaboradora, Anke Ehrhardt, trouxeram na obra “*Man and Woman, boy and girl*”, grandes conceituações acerca da identidade de gênero, elucidando que a identidade de gênero está ligada a forma que o indivíduo experimenta sua individualidade como masculina ou feminina; já a identidade de gênero é a expressão pública da identidade de gênero (SAADEH, 2004, p. 38-42).

Os autores, portanto, reforçam a ideia de que identidade de gênero está ligada à subjetividade do indivíduo, uma vez que é “experimentada com sua própria consciência e comportamento”; assim, a manifestação externa seria o “papel de gênero”.

Em meados da década de 70, a transexualidade foi oficialmente denominada síndrome e, posteriormente, criou-se o termo “disforia de gênero”, para caracterizar aqueles que sentem desconforto pela desconformidade entre seu gênero e seu sexo biológico, podendo ser em maior ou menor grau (SAADEH, 2004, p. 41).

Em 1980, o termo “transtorno de identidade de gênero” foi utilizado, e em 1987 a transexualidade passou a ter lugar no universo médico e psiquiátrico; em 1993, a Organização Mundial da Saúde, na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), incluiu o termo “transexualismo” na seção de “Transtornos de identidade Sexual”.

## **2 CONCEITUAÇÃO DE TRANSGENERIDADE**

Preliminarmente, é fundamental a compreensão da definição de transgênero, bem como a distinção entre orientação sexual e identidade de gênero.

O termo “gênero” está ligado à construção social, ou seja, não se trata do sexo biológico, e

sim de todos os valores construídos pela sociedade. Existem muitos atributos associados a funções da “mulher” ou do “homem”, por exemplo, e isso não está atrelado às características biológicas do indivíduo.

Como bem elucida Joan Scott (1998, p. 7), gênero seria “uma categoria social imposta sobre o corpo sexuado”.

Gênero é a organização social da diferença sexual. Ele não reflete a realidade biológica primeira, mas ele constrói o sentido desta realidade. A diferença sexual não é a causa originária da qual a organização social poderia derivar; ela é, antes, uma estrutura social móvel que deve ser analisada nos seus diferentes contextos históricos (SCOTT, 1998, p. 15).

Superada a questão de gênero, torna-se imprescindível o estudo acerca da “identidade de gênero”, uma vez que aqui se encontra a questão da transgêneridade, tema central deste trabalho.

## **2.1 Identidade de gênero x sexo biológico**

A identidade de gênero está atrelada ao indivíduo, ou seja, com a forma que este se identifica; não está associado ao órgão sexual, e sim à subjetividade. Assim, trata-se do indivíduo que não se identifica com o sexo biológico, ou seja, não há a identificação com o gênero assinalado no seu nascimento (MACHADO, 2018).

Desta forma, a diferença de sexo e gênero é que o primeiro é biológico, enquanto o segundo é social. Explica Jesus (2012, p. 8):

Sexo é biológico, gênero é social, construído pelas diferentes culturas. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a auto-percepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente.

Para exemplificar, um indivíduo pode nascer com sexo biológico masculino, mas não se identificar como homem e sim como mulher, assim, psicologicamente, essa pessoa se autodetermina mulher, sendo, portanto, uma mulher trans.

É imprescindível a compreensão do termo “cisgênero” e “transgênero”; o primeiro diz respeito àquele que se identifica com seu sexo biológico, enquanto que o segundo nasceu com um sexo biológico que não condiz com sua identidade.

Existem dois sexos mulher e homem e dois gêneros, feminino e masculino. Embora a maioria das mulheres se reconheça no gênero feminino e a maioria dos homens no masculino, isto nem sempre acontece. Falamos, então, de pessoas cujo sexo biológico concorda ou discorda do gênero psíquico: são os cisgêneros e os transgêneros (FARIA; BEZERRA; GONÇALVES, 2015, p. 53).

Assim, nota-se que a pessoa “cis” é aquela que se identifica, ou seja, cuja identidade de gênero condiz com seu sexo biológico, assim, para esta, seu sexo biológico está perfeitamente atrelado a como se sente e, em decorrência disso, exerce os padrões associados ao seu gênero

(construídos pela sociedade).

A pessoa “trans” encontra disparidade entre o sexo biológico de seu nascimento e a forma como se sente; dessa forma, conclui-se que o sexo biológico não é fator determinante do indivíduo. Compreender que uma pessoa que nasceu com a genitália masculina é, automaticamente, um homem, e a pessoa que nasceu com genitália feminina é mulher, é uma visão rasa e já superada.

De maneira simplificada e sucinta, sexo biológico está atrelado às características físicas; enquanto que o indivíduo pode ou não se identificar com seu sexo biológico, subdividindo-se em “transgêneros” e “cisgêneros”.

Por fim, é preciso tratar da “disforia de gênero”, uma vez que é justamente a incongruência, em algum grau, que a pessoa trans encontra ao não se identificar com seu sexo biológico.

[...] a classificação diagnóstica disforia de gênero refere-se à incongruência entre o sexo de nascimento e como ele é percebido e manifestado no comportamento do indivíduo, o que vem acompanhado por sofrimento. Embora nem todos os indivíduos venham a sentir desconforto com o resultado de tal incongruência, muitos sentirão, se não estiverem disponíveis as intervenções desejadas sobre o físico, por meio de hormônios e/ou cirurgias (SPIZZIRRI, 2018, p. 45)

A disforia de gênero gera sofrimento ao indivíduo e é, portanto, uma questão de saúde pública; a inclusão dos transexuais na sociedade e o combate ao preconceito precisa ser uma pauta do Estado.

## **2.2 Identidade de gênero x orientação sexual**

A orientação sexual de um indivíduo não está associada em nada com a identidade de gênero, razão pela qual as nomenclaturas não podem ser confundidas.

De forma objetiva, a identidade de gênero está associada a como a pessoa se sente e se autodetermina; enquanto que a orientação sexual está ligada ao objeto do afeto desta pessoa, a quem ela se sente atraída.

Em entrevista dada pela psicóloga Priscila Junqueira ao G1, resta clara a diferença entre ambos os termos:

A orientação sexual irá fazer com que a pessoa busque relacionamentos afetivos-sexuais com pessoas do mesmo sexo (homossexual), sexo oposto (héterossexual) e ambos (bissexual). Já na identidade de gênero diz respeito a como a pessoa se sente, se do gênero feminino ou masculino (G1, 2017).

Não se pode confundir a identidade de gênero com a orientação sexual, uma vez que seria o mesmo que confundir “ser” com “gostar”. Assim, uma pessoa pode ter nascido com o sexo biológico feminino, não se identificar com este, se autodeterminando homem, ou seja, trata-se de um homem “trans” e este pode direcionar seu afeto a outro homem; em resumo, seria, portanto, um



homem trans homossexual.

A identidade de gênero não determina a orientação sexual de alguém. Assim, um homem transexual (que nasceu com o corpo feminino e o transformou em um corpo masculino) pode tanto ser gay (gostar de homens) quanto heterossexual (gostar de mulheres) ou bissexual (gostar dos dois). O mesmo pode acontecer com uma travesti. Se ela gostar de homens, trata-se de uma travesti heterossexual. Se gostar de mulheres, considera-se uma travesti lésbica (LEITE, 2023).

Conclui-se, portanto, que sexo biológico, identidade sexual e orientação sexual são conceitos distintos. O primeiro está atrelado às características físicas; o segundo a subjetividade; e o terceiro a forma com que o indivíduo se relaciona.

### **3 A TRANSGENERIDADE NO BRASIL**

A comunidade internacional tende a ver o Brasil como “libertário”, o país do carnaval, em que se travestir é algo aceito e bastante comum nessa época festiva; ademais, o país não considera a homossexualidade um crime previsto no Código Penal, como a Rússia, por exemplo.

Contudo, trata-se do país que mais mata transexuais no mundo, segundo levantamento feito pela ONG *Transgender Europe* (UOL, 2021); a expectativa de vida dos transexuais é de 35 anos, metade da média nacional (BORTONI, 2017). Além disso, a população trans conta com um alto índice de permanência na prostituição, 60% da população sofre de depressão e possuem 50% mais chances de se contaminar com HIV, segundo dados da revista médica *The Lancet* (THOMAZ, 2018).

No Brasil, a primeira cirurgia de redesignação sexual ocorreu em 1971, pelo médico Dr. Roberto Farina; contudo, o médico respondeu a processo criminal e do Conselho Federal de Medicina, sendo considerado culpado em ambos. Em vista da dificuldade de se realizar a cirurgia no Brasil, muitos brasileiros recorriam a cirurgias ilegais ou buscavam realizá-las no exterior (MIGALHAS, 2019).

Foi somente em 1997, com a aprovação da Resolução 1482/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que foi autorizada a realização da cirurgia de redesignação do sexo, seguindo determinados critérios, como desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais; permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por pelo menos dois anos; ausência de outros transtornos mentais, etc.

A resolução ainda previa que só poderia ser realizada a cirurgia depois de atendimento multidisciplinar, em pacientes maiores de 21 anos e em hospitais públicos ou universitários adequados à pesquisa.

Em 1998, no Hospital das Clínicas da UNICAMP, foi realizada a primeira cirurgia de

redesignação sexual gratuita no país; em São José do Rio Preto, desde dezembro de 1998 passou a ser realizada a cirurgia no Hospital de Base e na Faculdade de Medicina (SAADEH, 2004, p. 48). Em 2002, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução 1.652/2002, que ampliava o já disposto na resolução anterior; a edição de resoluções e a realização de cirurgias serviram para dar maior visibilidade para a população transexual no país.

Em 2006 o Sistema Único de Saúde introduziu, através da Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, o direito ao uso do nome social em qualquer local de serviço da rede pública. Em 2008, o SUS passou a realizar cirurgias de transgenitalização em mulheres trans, ou seja, para readequar o fenótipo masculino ao feminino (ROCON; SODRÉ; RODRIGUES, 2016, p. 261).

Em 2010, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução 1.955/2010, esta revogou a anterior de 2002. A cirurgia realizada em homens transexuais, devida a sua maior complexidade, seguiria como procedimento experimental, contudo, autorizava procedimentos de retirada de mama, útero e ovários; ademais, não haveria mais restrição de estabelecimento para a realização das cirurgias, desde que seguidos os pré-requisitos da resolução (CFM, 2010).

Em 2013, após a edição da Portaria nº 2.803/2013, foram incluídos procedimentos para readequar o fenótipo feminino ao masculino, ou seja, procedimentos voltados para os homens trans; antes da portaria, não havia previsão de remoção das mamas, do útero e dos ovários pelo SUS; ademais, foi possível também as mulheres trans realizassem cirurgia de implante de silicone nas mamas (BRASIL, 2013).

Tardamente, apenas em 2019, através da Portaria nº 1.370/2019, foi incluída no SUS a cirurgia de redesignação sexual no sexo feminino, para possibilitar a transgenitalização para o sexo masculino; incluíram-se medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais. (BRASIL, 2019)

Em suma, o atendimento pelo SUS deve ser humanizado, acolhedor e livre de discriminação; o atendimento é dividido em duas modalidades: a ambulatorial, que abrange acompanhamento psicoterápico e hormonioterapia e a hospitalar, que compreende a realização de cirurgias e o acompanhamento pré e pós-operatório.

### **3.1 A transexualidade e a medicina**

Em 1990, a transexualidade foi incluída na CID 10, como “transtornos de identidade sexual”, classificada como uma doença mental ao figurar em capítulo referente aos “transtornos de personalidade e comportamento”, em subtítulo cujo nome era “transtornos de identidade de gênero” (SPIZZIRRI; AZEVEDO; ABDO, 2011, p. 29-30).

Em junho de 2018, a Organização mundial da saúde publicou a CID 11, cuja classificação deixa de contemplar a transexualidade como uma “doença mental” e passa a figurar em campo de

“incongruência de gênero”; assim, a incongruência de gênero se refere à “incongruência acentuada e persistente entre o sexo experimentado pelo indivíduo e o sexo estabelecido” (OMS, 2018).

Antes da modificação da classificação da transexualidade, desde janeiro de 2018, psicólogos estavam proibidos de tratar da transexualidade como doença ou anomalia, por determinação do Conselho Federal de Psicologia (CFP), através da Resolução 01/2018 (MARTINELLI, 2018).

A conselheira do Conselho Federal de Psicologia explica:

A retirada da transexualidade do rol de patologias significa o respeito a essas identidades, representa o respeito e a manutenção da dignidade dessas pessoas que estão vivenciando as identidades de gênero de uma maneira diversa daquela que hegemonicamente e historicamente era esperado que todos nós vivenciássemos. (SPOSITO, 2019)

Dessa forma, a partir da Resolução, o Conselho Federal de Psicologia dispõe que os profissionais da área deverão promover um atendimento aos pacientes transgêneros voltado à promoção da vida, do bem-estar e da dignidade, visando à diminuição dos preconceitos contra esses indivíduos (SPOSITO, 2019).

Tem-se, portanto, que a transexualidade não é mais classificada como doença mental, tendo inclusive sido retirado o termo “transexualismo”, uma vez que o prefixo “ismo” remonta à doença. Contudo, é certo que a transexualidade continua fazendo parte da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11); isso porque, ainda que não seja doença, o fato de estar contido na Classificação garante que essas pessoas possuirão o atendimento de saúde necessário: “[...] há claras evidências de que não se trata de doença mental, mas os cuidados de saúde a essa população podem ser oferecidos de forma melhor se a condição estiver dentro da CID.” (OMS, 2018)

De toda forma, a alteração da CID foi de fundamental importância, uma vez que “a alteração pode colaborar na redução do preconceito e estigma, sem reduzir os cuidados sobre o processo de acompanhamento médico de transição de gênero de travestis e transexuais” (BRASIL, 2018).

### **3.2 As cirurgias de transgenitalização à luz da constituição federal**

Questão bastante polêmica por muito tempo foi referente às cirurgias de transgenitalização; conforme explicitado no presente trabalho, foi somente em 2008 que a cirurgia de transgenitalização passou a ser incluída no atendimento do SUS para readequar o fenótipo masculino ao feminino; e em 2017 para readequação em homens transgêneros.

Ainda que não se trate de uma doença, conforme elucidado neste trabalho, certamente trata-se de uma condição física e psíquica que exige providências do poder público, haja vista que

se trata de questão de saúde pública.

Conforme prevê a Constituição Federal, é possível observar que todo indivíduo tem direito à sua identificação sexual, bem como ao livre desenvolvimento de sua personalidade; assim, a realização de cirurgias e tratamentos de transgenitalização estão associados ao livre desenvolvimento deste, bem como a busca pela sua dignidade.

É certo que as cirurgias de transgenitalização não podem ser vistas como mutilação ou como ofensa a integridade física; não se trata do tipo penal previsto no artigo 129 do Código Penal. Ademais, a realização de procedimento cirúrgico em transexuais é um direito assegurado no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, ao dispor que o ordenamento jurídico brasileiro visa garantir a dignidade da pessoa humana; em consonância com este princípio, o artigo 5º, inciso X, garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra (BRASIL, 1988).

Dispor do próprio corpo visando o alcance de princípios norteadores como a dignidade da pessoa humana e a honra, certamente possui proteção constitucional; assim, as cirurgias de transgenitalização, bem como os tratamentos hormonais, são direitos dos transexuais. Trata-se de condição que carece de atendimento médico e, portanto, é uma questão de saúde pública.

Ademais, as cirurgias não são feitas de forma irresponsável, é necessário todo um atendimento especializado e multidisciplinar, além de consentimento livre e esclarecido por parte do paciente, bem como ter a idade mínima de 21 anos; para a realização da cirurgia, será necessário um diagnóstico de que a pessoa é transexual e um atendimento prévio realizado por diversos profissionais por pelo menos dois anos.

[...] a pessoa transexual acalenta o desejo de mudar a sua constituição biológica e realizar a cirurgia de redesignação sexual, sendo este procedimento o único capaz de trazer a conformidade em relação a sua verdadeira identidade de gênero que sente pertencer, mas que não foi biologicamente atribuída. (TREVIZANI, 2019)

Imprescindível a compreensão de que não se trata de um simples procedimento estético, ainda que muitas vezes se trate de inserção de silicone nas mamas, por exemplo. As cirurgias de transgenitalização são fundamentais para adequar o físico ao psíquico, ou seja, o sexo à identidade de gênero do indivíduo; são procedimentos que visam trazer maior aceitação aos transgêneros, especialmente para aqueles que sofrem de disforia.

### **3.3 A alteração do nome à luz da constituição federal**

A Constituição Federal de 1988 trouxe grande proteção ao indivíduo ao dispor, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais; prevê em seu art. 5º os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, são esses: o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade (BRASIL, 1988).

O Estado tem, assim, o dever de adotar políticas para garantir tais direitos fundamentais inerentes ao homem. O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, aduz que o Estado deve ser sempre pautado na dignidade da pessoa humana; dessa forma, tem-se que é imprescindível a efetivação de direitos às pessoas transgêneras, não sendo admissível que estas fiquem à margem da sociedade.

Conforme demonstrado, os direitos dos transexuais foram garantidos de forma gradativa; os registros da existência de pessoas transgêneras remontam à antiguidade e, no Brasil, os direitos concedidos se iniciaram no final da década de 90, quando o Conselho Federal de Medicina autorizou a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

O que se nota é que, ainda que os transexuais sempre tenham existido, por muitos anos viveram com constantes violações aos direitos fundamentais, uma vez que os direitos à dignidade da pessoa humana e à personalidade não foram garantidos por longo período.

Concernente à alteração do nome, era previsto, desde 1973, através da Lei de Registros Públicos, apenas nos casos em que o nome fosse vexatório para o indivíduo; contudo, era preciso ser autorizado via judicial e não havia previsão específica para alteração do nome para pessoas trans.

No início, os juízes entendiam que para que fosse possível a alteração do nome, era necessário que a pessoa tivesse passado por cirurgia de readequação do sexo (ZENNI, 2020). Esse entendimento foi superado e o Conselho Nacional de Justiça publicou os enunciados 42 e 43, cujo texto dispõe que não há a necessidade de cirurgia, uma vez que, se o indivíduo deseja viver e ser aceito com gênero diferente daquele atribuído no seu nascimento, seria o suficiente para a alteração do nome (BRASIL, 2019).

Em 2016, o Decreto nº 8.727/2016 concedeu aos transgêneros o direito de incluir o nome social, contudo, ainda sendo necessária a utilização do nome civil em algumas situações, conforme dispõe o texto normativo:

Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo 'nome social' em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

Art. 4º Constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil.

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderá empregar o nome civil da pessoa travesti ou transexual, acompanhado do nome social, apenas quando estritamente necessário ao atendimento do interesse público e à salvaguarda de direitos de terceiros. (BRASIL, 2016)

Conforme elucidado acima, ainda que fosse possível adicionar o nome social, este viria acompanhado do nome civil; é importante salientar que para as pessoas que não se identificam com

o sexo biológico, ter que conviver com seu nome de nascimento constando em seus documentos é vexatório.

Em 2017, o Superior Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial nº 1626739/RS, decidiu que não há necessidade de cirurgia de transgenitalização para que seja possível a alteração do nome civil e gênero.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

(STJ - REsp: 1626739 RS 2016/0245586-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017)

O Supremo Tribunal Federal, em março de 2018, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 e tornou mais fácil a alteração do nome civil e gênero para pessoas transgêneras, uma vez que o procedimento não mais precisa ser feito por via judicial, podendo ser feito diretamente no cartório de Registro Civil.

Destarte, para a alteração do nome e do gênero no Registro Civil não há mais a necessidade de realização de cirurgia de transgenitalização e o procedimento pode ser feito por via extrajudicial.

Posteriormente, em junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento nº 73, para regulamentar a alteração do nome no cartório de Registro Civil, trazendo os requisitos: ser maior de 18 anos e estar na posse dos documentos elencados no art. 4º do provimento; o provimento previu ainda que a alteração deve ser sigilosa, ou seja, além dos documentos que ficarão arquivados no cartório, os demais documentos (RG, CPF, CNH) não poderão conter o nome antigo, ou qualquer registro de que houve alteração do nome ou do gênero (BRASIL, 2018).

Igual entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 670422.

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. ALTERAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO SEXUAL. UTILIZAÇÃO DO TERMO TRANSEXUAL NO REGISTRO CIVIL. O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INTIMIDADE, SAÚDE, ENTRE OUTROS, E A SUA CONVIVÊNCIA COM PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(STF - RG RE: 670422 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/09/2014, Data de Publicação: DJe-229 21-11-2014)

O direito ao nome é, sem dúvidas, um direito da personalidade, tendo, portanto, sido violado ao exigir que fosse feita designação sexual para que pudesse ter o nome alterado no Registro Civil; o provimento nº 73 no CNJ, bem como o entendimento firmado pelo STF no

juízo do Recurso Extraordinário nº 670422, foram de suma importância para garantir o direito à personalidade a esses indivíduos.

Todo indivíduo tem direito à identidade pessoal e o nome deve ser aquele que representa a realidade do indivíduo, qual seja o gênero ao qual este se autodetermina; assim, certamente o direito à alteração do nome no Registro Civil é um avanço, ainda que tardio, uma vez que se trata de direito fundamental.

#### **4 O PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO**

O Conselho Nacional de Justiça, através da portaria n. 27, de 2 de fevereiro de 2021 e da portaria n. 116, de 12 de abril de 2021, instituiu Grupo de Trabalho para elaborar o Protocolo de Julgamento com perspectiva de gênero.

O protocolo foi criado para ser um instrumento para alcançar a igualdade de gênero, conforme o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, em que houve o comprometimento do STF e do CNJ para atingir este objetivo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

O documento objetiva informar conceitos básicos como sexualidade, identidade de gênero, gênero e sexo, bem como apresentar um guia aos magistrados e dispor acerca de questões de gênero específicas do ramo da justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

A partir da análise histórica do tratamento dado às pessoas trans, observa-se que este grupo é alvo de preconceitos e de diversas afrontas aos seus direitos, de forma que o protocolo “foi criado com o escopo de orientar a magistratura no julgamento de casos concretos, de modo que magistradas e magistrados julguem sob a lente de gênero, avançando na efetivação da igualdade e nas políticas de equidade” (CNJ, 2021).

O documento possui 132 páginas e é dividido em 3 partes:

1. Conceitos – versa sobre conceitos básicos; desigualdade de gênero; e a intersecção de gênero e direito;
2. Guia para magistradas e magistrados: Um passo a passo – este merece destaque e será tratado em tópico subsequente
3. Questões de Gênero específicas do ramo da justiça: há exemplificação de questões de gênero em diversas áreas do direito, de forma a ampliar o olhar do operador do direito.

A criação do protocolo, portanto, demonstra o reconhecimento de que a

[...] influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e produzem efeitos na sua interpretação e aplicação, inclusive, nas áreas de direito penal, direito do trabalho, tributário, cível, previdenciário etc. (CONSELHO NACIONAL DE

O Grupo de Trabalho foi minucioso na análise de diversos espectros das questões de gênero, bem como se preocupou em criar um método de instrumentalização visando uma justiça mais democrática e que se atenta aos cuidados com os grupos minoritários, razão pela qual o passo a passo (Parte II do Protocolo) se mostra um grande avanço na igualdade de gênero.

#### **4.1 Guia para magistradas e magistrados**

O passo a passo para os magistrados prevê uma análise minuciosa da demanda judicial, a fim de verificar se há questão de gênero envolvida; o cuidado no trato com os sujeitos envolvidos, no uso de pronomes, nomes, etc.; posteriormente, tratando-se de questão de gênero, deve o magistrado analisar se o caso necessita de medida especial de proteção; na instrução processual, é preciso observar se estão ocorrendo situações reprodutoras de desigualdades sociais, a fim de coibi-las; por fim, o julgador deve se atentar a julgar através da perspectiva de gênero, atentando-se as particularidades daquele grupo minoritário, sem restringir-se à sua percepção de mundo.

O guia versa sobre 7 passos a que o magistrado deve estar atento, a fim de garantir que as desigualdades são consideradas, a dignidade da pessoa é respeitada e que o julgador está atento às questões gênero e aos precedentes aplicáveis, utilizando-se de informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Resoluções da Corte Interamericana; Resoluções da ONU, etc.

O primeiro passo diz respeito à aproximação com o processo; neste momento, preocupa-se com o contexto no qual o conflito está inserido e na existência ou não de assimetria de gênero, visando sempre uma análise interseccional. O guia traz exemplos de situações em que há questão de gênero implícita, como a antecipação de legítima ser comum para herdeiros homens; indenização trabalhista, haja vista que mulheres ganham, em geral, 30% a menos que os homens, etc.

O segundo passo é a aproximação dos sujeitos processuais; esta etapa consiste na análise não do conflito, mas dos sujeitos envolvidos. É preciso verificar se as partes envolvidas prescindem de um tratamento especial. Por exemplo, deve ser verificada se alguma das pessoas presentes é lactante; se existe algum tipo de vulnerabilidade; se a pessoa possui filhos pequenos, etc.

O terceiro passo versa sobre as medidas especiais de proteção. Aqui já foi verificada a temática de gênero no conflito trazido; desta forma, deve ser analisado o caso a fim de constatar se o caso requer imediata medida de proteção (alimentos; afastamento; medida protetiva, etc.); se as partes envolvidas se encontram em risco de vida; se existem fatores socioeconômicos ou culturais que propiciam o risco, etc.

O quarto passo é voltado para a instrução processual; o guia traz a responsabilidade para o



juiz julgador de estar atento às questões de gênero a fim de notar dinâmicas que são fruto e reprodutoras de desigualdades estruturais, devendo este agir a fim de barrá-las. Este é o momento de o julgador não autorizar perguntas que causem re-vitimização; verificar se a parte está se sentindo pressionada ou ameaçada; vedar perguntas que desqualifique a palavra da depoente; etc.

O quinto passo dispõe sobre a valoração de provas e identificação de fatos. Este passo consiste em analisar as provas e os fatos considerando as especificidades de conflitos que envolvem questões de gênero, como por exemplo a ausência de testemunhas; o depoimento por vezes confuso da depoente; a demora para o oferecimento de denúncia; a dificuldade na produção de provas, etc. É imprescindível que preconceitos de gênero sejam deixados de lado no momento de julgar; todos os estereótipos devem ser afastados.

O sexto passo é a identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis; este é o momento em que o julgador deve identificar os marcos normativos e os precedentes nacionais ou internacionais que possam ter relação com o caso, bem como utilizar-se de recomendações, opiniões consultivas, etc., de organismos nacionais ou internacionais de proteção de direitos.

Por fim, o sétimo e último passo é a interpretação e aplicação do direito. Neste momento, o julgador, já tendo constatado se tratar de questão de gênero e já tendo feito uma valoração de fatos e provas considerando as questões de gênero, deve interpretar o direito se atentando às essas questões. A orientação é de que o magistrado faça uma interpretação não abstrata do direito, considerando o fato de que muitas normas podem parecer neutras, mas, na realidade, propagam subordinações e desigualdades; verificar que existem normas impregnadas de estereótipos ou discriminatórias. Nestes casos, verificando que a norma jurídica produz desigualdades de gênero, deve o legislador adotar a opção interpretativa que elimine as disparidades, realizando o controle de constitucionalidade da norma, sendo necessário.

#### **4.2 A obrigatoriedade das diretrizes do protocolo**

O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a obrigatoriedade das diretrizes do protocolo pelo Poder Judiciário nacional; a decisão foi aprovada, por unanimidade, no dia 14 de março de 2022, durante a 3ª sessão ordinária do CNJ.

Trata-se de um grande avanço, haja vista que o protocolo era, anteriormente, apenas recomendado, através da edição da Recomendação nº 128 do CNJ; a partir da obrigatoriedade, as Cortes deverão promover cursos de formação que incluam obrigatoriamente os conteúdos relativos a gênero previstos no protocolo, bem como instituiu um Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre o Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário, a fim de que este acompanhe o cumprimento da Resolução.

A determinação que obriga a aplicação do protocolo de julgamento é uma forma de materializar o objetivo firmado com a ONU acerca da desigualdade de gênero; a igualdade de gênero não deve ser uma utopia e o protocolo é justamente uma forma de instrumentalizar de que forma o Poder Judiciário pode contribuir com o objetivo.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou um estudo da transgeneridade desde o Império Romano, evidenciando que a transgeneridade não é uma condição da contemporaneidade. Destarte, observou-se que a população trans sofreu e sofre com inúmeros preconceitos, como o longo caminho percorrido até a autorização da mudança do prenome e o longo processo até que as cirurgias de transgenitalização deixassem de ser consideradas mutilação ao corpo e passassem a ser patrocinadas pelo SUS.

Conforme se observou, existe uma grande confusão acerca de conceitos como sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual, de forma que a não distinção dos termos é mais um gerador de preconceito.

Ao longo do estudo, observou-se que a população transgênera realmente vive as margens da sociedade, uma vez que a identidade de gênero, quando não coincide com o sexo biológico, é vista com repulsa pela sociedade. Desta forma, tem-se que as condições da população trans é uma questão de gênero e deve ser uma preocupação do Estado.

Destarte, a criação de um Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero é a constatação de que as situações de gênero não podem ser ignoradas e merecem maior atenção do Estado; por conseguinte, a determinação do CNJ que estabelece que as diretrizes do protocolo de julgamento passam a ser obrigatórias é um imensurável avanço para a população trans, haja vista que a partir deste, o Julgador precisará se aprofundar nas questões de gênero e terá como responsabilidade combater o preconceito em todo o processo legal.

## REFERÊNCIAS

- BORTONI, Larissa. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional.** 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>. Acesso em: 16 out. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. **Diário oficial da União.** Brasília, 05 out. 1988.
- BRASIL. **Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016.** Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da

administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm). Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Portaria n. 1370, de 21 de junho de 2019**. Disponível em: <https://brasilsus.com.br/wp-content/uploads/2019/06/portaria1370.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Portaria n. 2803, de 19 de novembro de 2013**. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html) Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1008398 SP 2007/0273360-5**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: - DJe 18/11/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1626739 RS 2016/0245586-9**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 670422 RIO GRANDE DO SUL**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/09/2014, Data de Publicação: DJe-229 21-11-2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 24 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1955/2010**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=9520&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1955&situacao=REVOGADA&data=12-08-2010> Acesso em: 22 mar. 2023.

FARIA, Adriana Horta de; BEZERRA, Fernanda Correia; GONÇALVES, Josiane Peres. Reflexões introdutórias sobre o conceito de gênero: feminino e masculino. **Travessias**, Cascavel, v. 9, n. 2, 2016. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/11450>. Acesso em: 13 abr. 2023.

G1. **Psicóloga explica diferença entre identidade de gênero e orientação sexual**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/espirito-santo/noticia/psicologa-explica-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual.ghtml>. Acesso em: 06 out. 2020.

GREEN, Richard. *“Mythological, historical, and cross-cultural aspects of transsexulism”*. In:

- Denny, Dallas. **Current Concepts in Transgender Identity**. Garland: New York, 1998.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. EDA/FBN: Brasília, 2012.
- LEITE, Hellen. **O universo Trans**. 2023. Disponível em: <https://www.gilbertogodoy.com.br/ler-post/o-universo-trans---hellen-leite>. Acesso em: 11 abr. 2023.
- MACHADO, Bruno. **Qual a diferença entre drag queen, travesti e transgênero?** A drag queen é uma performance temporária, sem ligação com a orientação sexual. Já a pessoa transgênero e travesti lida com questões da própria identidade. 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-a-diferenca-entre-drag-queen-travesti-e-transgenero/>. Acesso em: 10 out. 2020.
- MARTINELLI, Andréa. **Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental**. n <https://crprn.org.br/noticias/apos-28-anos-oms-deixa-de-classificar-transexualidade-como-doenca-mental/> Acesso em: 27 mar. 2023.
- MIGALHAS. **Primeira trans a realizar cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi chamada de "eunuco estilizado" na Justiça**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296792/primeira-trans-a-realizar-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-no-brasil-foi-chamada-de--eunuco-estilizado--na-justica>
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>. Acesso em: 16 out. 2020.
- ROCON, Pablo Cardozo; SODRÉ, Francis; RODRIGUES, Aleksandro. **Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública**. 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802016000200260](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260). Acesso em: 28 mar. 2023.
- SAADEH, Alexandre. **Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico de transexualismo masculino e feminino**. Tese (doutorado), Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2004. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-09082005-115642/publico/Tesealexandre.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.
- SCOTT, Joan. **Gender: a useful category of historical analyses**. Gender and the politics of history. Columbia University Press: New York, 1989.
- SPIZZIRRI, Giancarlo; AZEVEDO, Roberta Noronha; ABDO, Carmita Helena Najjar. **Travestismo de duplo papel ou bivalente: considerações gerais**. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2011/v16n1/a1845.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.
- SPOSITO, Sandra. **Transexualismo não é transtorno mental, oficializa OMS**. 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em: 22 mar. 2023.
- THOMAZ, Danilo. **Reduzida por homicídios, a expectativa de vida de um transexual no Brasil**

é de apenas 35 anos. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/01/reduzida-por-homicidios-expectativa-de-vida-de-um-transexual-no-brasil-e-de-apenas-35-anos.html>. Acesso em: 26 out. 2020.

TREVIZANI, Giovanna Bianca. **Meu Corpo, Minhas Regras**: A transexualidade sob a luz do Direito Constitucional e as Lacunas no Estado Democrático de Direito. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/meu-corpo-minhas-regras-a-transexualidade-sob-a-luz-do-direito-constitucional-e-as-lacunas-no-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 18 out. 2020.

UOL. **Brasil lidera ranking mundial de assassinatos contra travestis e transexuais**. 2021. Disponível em: [https://cultura.uol.com.br/noticias/44337\\_brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-contra-travestis-e-transsexuais.html](https://cultura.uol.com.br/noticias/44337_brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-contra-travestis-e-transsexuais.html) Acesso em: 25 mar. 2023.

ZENNI, Brunno José. **Alteração de nome e gênero no registro civil**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79619/alteracao-de-nome-e-genero-no-registro-civil>. Acesso em: 09 abr. 2023.

# CONGELAMENTO DE ÓVULOS COMO BENEFÍCIO TRABALHISTA – É ISSO QUE AS MULHERES QUEREM?

Cláudia Maria Felix de Vico Arantes da SILVA<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a oferta pelos empregadores às trabalhadoras mulheres, do congelamento de óvulos como benefício trabalhista. A abordagem da temática considera como tema subjacente a desigualdade de gênero nas relações de trabalho. A partir deste viés, seria possível considerar o congelamento de óvulos como mais uma forma de controle do corpo feminino? Com ênfase nos aspectos doutrinários e legais das formas de remuneração previstas na legislação brasileira, analisar-se-á a natureza jurídica do referido benefício. O estudo tem por fundamento a pesquisa teórica e bibliográfica, sendo organizado pelo método indutivo. Como resultado, verificou-se que embora a possibilidade de congelamento de óvulos revele-se como estratégia eficaz na manutenção e retenção de talentos pelas empresas, corre-se o risco de ocultação do verdadeiro problema no ambiente de trabalho, a desigualdade de gênero.

**PALAVRAS-CHAVE:** congelamento, óvulos, discriminação, gênero, benefício trabalhista.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the offer by employers to women workers, of egg freezing as a labor benefit. The approach to the theme considers gender inequality in labor relations as an underlying theme. From this point of view, would it be possible to consider egg freezing as another form of control of the female body? With emphasis on the doctrinal and legal aspects of the forms of remuneration provided for in Brazilian legislation, the legal nature of the referred benefit will be analyzed. The study is based on theoretical and bibliographical research, being organized by the inductive method. As a result, it was found that although the possibility of egg freezing proves to be an effective strategy in the maintenance and retention of talent by companies, there is a risk of hiding the real problem in the work environment, gender inequality.

**KEYWORDS:** freezing, eggs, discrimination, gender, labor benefit.

## 1 INTRODUÇÃO

A discriminação em virtude do gênero no mercado de trabalho é um fenômeno que ocorre quando uma pessoa é tratada de maneira desvantajosa ou inferior por causa de seu gênero. A discriminação se dirige a pessoas que pertencem a grupos vulneráveis ou minoritários e no ambiente de trabalho pode se manifestar de várias formas, desde a contratação, critérios de remuneração, promoções e condições de trabalho.

Apesar das mudanças culturais e normativas efetuadas, a desigualdade entre homens e mulheres neste ambiente persiste, e, mulheres são frequentemente discriminadas em diversos

<sup>1</sup> Mestre pela UENP – Universidade Estadual do Norte Pioneiro. Pesquisadora integrante do Grupo GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais/UENP. Integra o Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst e a Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Professora na FAE-Centro Universitário. Advogada. Orcid 0000-0002-1528-5243. E-mail: draclaudiadevico@ymail.com.

aspectos, como na falta de oportunidades de ascensão na carreira, na frequente exposição a assédio e na dificuldade de conciliar a vida profissional com a vida familiar. São frequentemente pagas com salários inferiores ao dos homens para realizarem o mesmo trabalho, uma situação conhecida como "diferença salarial de gênero".

Outra forma de discriminação de gênero no mercado de trabalho é o chamado "teto de vidro", que se refere às barreiras invisíveis que impedem as mulheres de chegar aos cargos mais altos nas empresas, muitas vezes devido a preconceitos e estereótipos de gênero que consideram as mulheres menos capazes de liderar e tomar decisões importantes.

Além disso, as mulheres também são mais propensas a sofrerem assédio no ambiente de trabalho, uma forma de discriminação baseada no gênero e que pode ter graves consequências para a saúde física e mental das vítimas.

Nos dias atuais, as condutas discriminatórias são muitas das vezes, naturalizadas, e são vistas como decorrentes de causas biológicas e naturais e por isso não são questionadas pelos indivíduos.

A opressão contra as mulheres é em grande medida produzida por um sistema de poder machista e patriarcal e a luta contra a discriminação de gênero deve ser constante, e é importante que as empresas adotem políticas que garantam a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Nessa perspectiva, e tendo como ponto de referência as asserções de Saffioti e suas reflexões sobre as teorias marxianas, considerar-se-á aqui o capitalismo como sinônimo de regime ou sistema econômico predominante a partir do final do século XVIII.

Nesta esteira, o modo de produção característico do capitalismo será considerado como o ambiente adequado à construção de relações que reforçam o discurso misógino e ao mesmo tempo utiliza o trabalho da mulher em posições menos privilegiadas, de pequena ou média importância. No tocante a metodologia de pesquisa, desenvolve-se a parte teórica a partir de levantamentos bibliográficos, sendo a pesquisa descritiva e exploratória. Através de uma metodologia indutiva e crítica, foram utilizados artigos científicos e publicações da internet, de origem nacional e estrangeira, voltados para os aspectos envolvidos no artigo.

Assim, a questão da discriminação da mulher no mercado de trabalho ao mesmo tempo em que decorre da construção desse discurso misógino em relação à mulher, com condicionantes históricas e culturais, acaba servindo como instrumento de aprimoramento do capitalismo.

Por meio dessa abordagem, reconhecida a existência de um sistema que impõe a desvalorização da mulher sem justificção objetiva, e, analisando-se o conceito doutrinário e dogmático de remuneração no direito do trabalho, intenta-se verificar se o congelamento de óvulos

como benefício trabalhista não seria mais uma forma de controle do corpo feminino apta a reforçar a desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

## 2 GÊNERO, TRABALHO E DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

As mulheres já alcançaram, em sua trajetória de luta pela superação da cultura machista e patriarcal, algumas vitórias relativas ao seu espaço no mercado de trabalho, mas, apesar das conquistas realizadas, estudos revelam que as mulheres ainda são discriminadas neste ambiente.

O estudo em matéria de discriminação tem mostrado que para o aprofundamento do debate não basta considerar apenas a discriminação direta e intencional, ou seja, aquela em que o agente da conduta discriminatória tem sua vontade dirigida à prática de uma ação ou omissão que dispensa um tratamento desvantajoso ao indivíduo ou grupo; é necessário que se considere o mercado de trabalho como uma estrutura social que reproduz dogmas, valores e preconceitos que são naturalizados no imaginário da sociedade.

À vista disso, cunhou-se o conceito de discriminação indireta e segundo Ferrito (2021, p. 147):

Para enfrentar essa situação, cunhou-se a ideia de discriminação indireta, que se volta não ao agente cometedor da discriminação ou sua intenção, mas aos efeitos da conduta discriminatória. [...] A discriminação ocorre independentemente da vontade do agente e por vezes, contra esta, estando entranhada na própria estrutura da sociedade, formando um sistema que opera automaticamente, reproduzindo e fortalecendo a discriminação invisível.

As pesquisas sobre a temática ora abordada atestam que as mulheres são menos propensas a entrar no mundo do trabalho e conseguir um bom emprego, seu salário é inferior ao dos homens<sup>2</sup>, sem contar que além da jornada de trabalho remunerada, ainda trabalham duas vezes mais do que os homens em trabalhos domésticos relacionados aos cuidados com seu lar e filhos. E os problemas não terminam aí, no ambiente de trabalho as mulheres enfrentam a violência, o assédio e a discriminação como um dos principais obstáculos que as impossibilitam de trabalhar, gerando não apenas um impacto físico, emocional, mas também uma perda econômica significativa.

Embora tenham ocorridos avanços significativos, estudos feitos pela Organização Internacional do Trabalho apontam que as lacunas de gênero no mercado de trabalho não diminuíram de maneira considerável nos últimos 20 anos (2023, p. 1). No Brasil, esse dado pode ser fundamentado com as informações extraídas do PNAD de 2021<sup>3</sup>, onde 51,56% das mulheres

---

2 O Projeto de Lei 1085/23 do Poder Executivo, garante o pagamento pelo empregador de salários iguais para homens e mulheres que exercem a mesma função. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 14 mar 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/944566-chega-a-camara-projeto-do-governo-que-preve-salarios-iguais-para-homens-e-mulheres/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%201085,que%20exercem%20a%20mesma%20fun%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 8 abr. 2023.

3 O PNAD corresponde à sigla da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada pelo IBGE – Instituto



estavam empregadas em 2019, e, entre os homens, o índice é de 71,64%

No último relatório publicado pela Organização Internacional do Trabalho em março de 2023, destaca-se que o desequilíbrio de gênero no acesso ao emprego e às melhores condições de trabalho são maiores do que anteriormente se pensava, e o ritmo de mudança neste quadro permanece demasiadamente lento (2023, p. 2).

Nesse ritmo, conforme outro relatório, o de *gap* de gênero realizado pelo Fórum Econômico Mundial (2022) que avalia o progresso de 146 países com relação a índices de igualdade de gênero estima-se que a lacuna entre gênero levaria aproximadamente 132 anos para ser eliminada.

O relatório, estruturado a partir de quatro pilares: saúde e sobrevivência, grau de instrução, participação econômica e oportunidades e empoderamento político, cada um deles com uma série de indicadores, aponta que a participação global das mulheres no mercado de trabalho continua a ser muito inferior à dos homens e que em 2022, a paridade de gênero está em 62,9%, a menor pontuação registrada desde que o índice foi compilado pela primeira vez.

No referido documento consigna-se que no ranking global de desigualdade de gênero, o Brasil ocupa o 94º lugar e que, globalmente, para cada dólar que os homens recebem em renda do trabalho, as mulheres recebem apenas 51 centavos. No ranking regional (países da América Latina) o Brasil está em 20º lugar, e, nos países em desenvolvimento, as diferenças são potencializadas, com as mulheres ganhando apenas 29 e 33 centavos de dólar em renda média-baixa e países de baixa renda, respectivamente.

Outro item analisado na referida pesquisa é a posição de liderança das mulheres no mercado de trabalho e a diferença salarial, respectivamente, sendo apenas 31% de cargos de liderança ocupados por mulheres e uma diferença salarial de aproximadamente 23% menor em relação ao valor percebido pelos homens que exercem a mesma função. Outros fatores, como a segregação ocupacional e a composição de gênero da força de trabalho, influenciam significativamente as disparidades salariais entre homens e mulheres.

No geral, grande parte das disparidades salariais permanece aparentemente injustificada, particularmente em países de alta renda. O trabalho predominantemente realizado por mulheres é frequentemente desvalorizado porque reflete o trabalho que tradicionalmente tem sido realizado por mulheres em casa, sem remuneração, ou simplesmente porque é trabalho realizado por mulheres, mesmo que seus níveis de escolaridade sejam iguais ou superiores aos de seus pares do sexo masculino, ou seja, essa disparidade salarial não pode ser explicada apenas por diferenças na

---

Brasileiro de Geografia e Estatística do governo federal e que tem como finalidade a produção de informações básicas para o estudo do desenvolvimento socioeconômico do país.

educação, experiência profissional, qualificação ou idade, a diferença fundamental reside na discriminação das mulheres de forma direta ou indireta.

Segundo Saffioti (1987, p. 145) as mulheres são mais exploradas no mercado de trabalho do que os homens, pois são usadas como mão-de-obra barata, principalmente porque são menos valorizadas e porque sua renda é tida como secundária, e, portanto, não interessante à sociedade de consumo capitalista.

Nesta perspectiva de inferiorização ocorre a chamada divisão sexual do trabalho que diz respeito à atribuição de atividades produtivas e reprodutivas com base no sexo do indivíduo. Historicamente o trabalho reprodutivo se vincula ao mundo doméstico e, portanto, é atribuído às mulheres, e o trabalho produtivo é endereçado aos homens, serviço este que é relacionado ao espaço público e de maior *status*. A consequência direta desta divisão é que os trabalhos reprodutivos nunca foram valorizados e às vezes nem são remunerados. A divisão sexual do trabalho leva em consideração, portanto, uma ordem de gênero, como se houvesse uma natureza feminina e outra masculina e cada qual, tivesse a habilidade de exercer funções distintas, existindo ao mesmo tempo uma hierarquização do trabalho, sendo o trabalho masculino sempre mais valorizado em detrimento do trabalho feminino.

Especificamente no Brasil, os dados do infográfico “Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil”, elaborado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2019 e divulgado em 2021 apontam que em 2019, as mulheres receberam 77,7% ou pouco mais de  $\frac{3}{4}$  do rendimento dos homens. A desigualdade de rendimentos do trabalho era maior entre as pessoas inseridas nos grupos ocupacionais que auferem maiores rendimentos, como diretores, gerentes e profissionais das ciências e intelectuais, grupos nos quais as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens.

A misoginia, que é caracterizada pelo discurso de inferiorização, e até mesmo de ódio contra a mulher, pode se manifestar de várias maneiras, inclusive no mercado de trabalho:

Com efeito, as mulheres são duplamente marginalizadas: por sua classe e por seu sexo. Ainda que o sexo seja uma dimensão comum e, por conseguinte, esteja presente em todos os tipos de sociedade, sua manipulação social varia segundo o modo de produção. A sociedade capitalista apresenta uma brutal capacidade para camuflar esta reelaboração social do fator natural sexo. A mulher, em virtude de seus característicos biofisiológicos, apresenta-se como obstáculo ao desenvolvimento social, quando, na verdade, é a utilização racional que a sociedade faz destes característicos que a impedem de se desenvolver enquanto ser humano. Os preconceitos são, assim, utilizados racionalmente a fim de dar lugar à dimensão opressiva da inferiorização da mulher. Sua condição de oprimida manifesta-se, sobretudo, na divisão social do trabalho, processo através do qual se viabiliza sua exploração (SAFFIOTI, 1984, p. 134).

Vários condicionantes históricos e culturais colaboraram para esta construção negativa em relação à mulher e Saffioti (2009, p. 131) afirma que os preconceitos acabam sendo preservados

como mediação ideológica, necessária inclusive ao funcionamento das relações de produção capitalistas, afinal as superestruturas ideológicas não sobreviveriam se não encontrassem substrato de existência na infraestrutura econômica:

Os aparelhos ideológicos de Estado (1) – meios de comunicação, igreja, sistema educacional e, sobretudo, a família – encarregam-se de fazer penetrar na consciência feminina esta ambiguidade tão útil ao sistema de produção capitalista. Educa-se a mulher fundamentalmente para seus papéis domésticos e apenas secundariamente para a realização dos papéis profissionais. Deixando de lado todos os problemas que derivam da obsolescência da qualificação técnica da força de trabalho feminina, quando a mulher realiza atividades econômicas de forma intermitente, é preciso abordar a questão maior da constituição da personalidade do trabalhador nas sociedades capitalistas.

A inserção da mulher na força de trabalho fora do lar é requisito para a consecução da equidade entre as categorias de sexo, mas o feminismo que considera somente a perspectiva da discriminação em virtude do sexo e não de classe contribui para preservar o modo de produção capitalista.

A discriminação e o preconceito ganham força quando as mulheres não têm condições de resisti-los em função de sua condição econômica inferior, ainda mais em países de capitalismo periférico como o Brasil, em que o desequilíbrio entre a demanda por emprego e a oferta de trabalho é elevadíssimo.

Nesta esteira Gonçalves (2019, p. 126) declara: “O capitalismo não criou a inferiorização social mulheres, mas se aproveita do imenso contingente feminino, acirrando a disputa e, portanto, aprofundando as desigualdades”.

A automação e as novas tecnologias parecem prometer a possibilidade técnica de se abolir completamente a diferença física entre o homem e a mulher na produção, mas, considerando as relações capitalistas de produção, a possibilidade social desta abolição está ameaçada, e pode facilmente ser transformada em seu oposto, já que nesse contexto, se as vagas de emprego diminuem, primeiramente serão atingidos os grupos mais vulneráveis, entre eles, as mulheres.

Até mesmo a legislação do trabalho existente acaba por dificultar a situação da mulher, quando regulamenta seu trabalho de forma especial<sup>4</sup>, levando o empregador a considerá-la um ônus maior que o trabalhador homem.

Na contramão daqueles que enxergam no capitalismo um sistema propulsor da emancipação da mulher, Gonçalves esmiuçando o pensamento de Saffioti afirma:

O capitalismo, segundo Saffioti, pode até se revelar maleável e até mesmo permitir e estimular mudanças. Todavia, isto não significa que este sistema ofereça plenas possibilidades de integração social feminina. Para a autora, neste modo de produção, as características naturais (sexo e raça) se tornam mecanismos que funcionam em desvantagem no processo competitivo e atuam de forma conveniente para a conservação da estrutura de classes (Saffioti, 1969). Neste sentido, não reconhece no feminismo pequeno-

---

4 Na Consolidação das Leis do Trabalho, as disposições específicas em relação à mulher estão previstas nos artigos 372 a 377.

burguês, de onde advêm as teorias que atrelam a emancipação feminina ao desenvolvimento econômico, o caminho para a superação da desigualdade de sexo. O feminismo pequeno-burguês, por mais progressista que possa ser não conseguiu “encarar a questão da igualdade entre os sexos em função de um tipo estrutural negador desta igualdade” (GONÇALVES, 2019, p. 128).

Assim, é imperioso que a problemática seja encarada de forma realista, para que se construam estratégias de luta a fim de minimizar a desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

### **3 REMUNERAÇÃO E BENEFÍCIOS TRABALHISTAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA**

Na legislação trabalhista brasileira, conforme disposição inserida no artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, a remuneração é o conjunto de valores pagos ao trabalhador como contraprestação pelo trabalho realizado. Esse conjunto de valores inclui o salário base, as gratificações, os prêmios, as comissões, os adicionais e outras formas de remuneração previstas em lei ou em acordo coletivo.

Ainda, conforme o teor do referido arcabouço normativo<sup>5</sup> o salário base é a principal forma de remuneração do trabalhador e deve ser fixado em contrato de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Esse salário deve ser compatível com a função desempenhada, a jornada de trabalho e o piso salarial da categoria profissional.

Além do salário base, a legislação trabalhista prevê outros tipos de remuneração, tais como: os adicionais, que são valores adicionados ao salário base para remunerar condições especiais de trabalho, como adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, adicional noturno; as comissões, que correspondem aos valores pagos ao trabalhador em função das vendas realizadas, de acordo com percentuais estabelecidos em contrato de trabalho ou acordo coletivo. Entre outros, tem-se, ainda, as gratificações e prêmios, que são os valores adicionais pagos ao trabalhador como reconhecimento por sua produtividade ou desempenho, de acordo com critérios estabelecidos em contrato de trabalho ou acordo coletivo.

É importante destacar que os direitos trabalhistas possuem *status* constitucional e a legislação trabalhista brasileira prevê o direito à remuneração justa e digna, que deve ser compatível com as condições de trabalho e que visem a melhoria da condição social do trabalhador. Além disso, os empregadores devem respeitar os valores estabelecidos em contrato de trabalho ou acordo coletivo, não podendo reduzir a remuneração sem justa causa ou sem a concordância do trabalhador, conforme previsão do artigo 7º, *caput*, incisos IV e VII da Constituição Federal de 1988.

---

5 Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

Quanto à possibilidade da criação, pelo empregador, de “benefícios trabalhistas”, é necessário voltar-se aos aspectos doutrinários e legais do tema, e para a doutrina trabalhista:

O universo daquilo que a lei intitula como remuneração é composto pelo conjunto de salário-base, complementos salariais e suplementos salariais, sendo importante anotar que nem sempre estarão presentes os três elementos. Há circunstâncias em que o empregado, por não realizar atividades adicionais (trabalho em horas noturnas ou exercício de função de confiança, por exemplo), não é destinatário de complementos salariais, assim como há casos em que o empregado, por não ter sido contemplado com a generosidade dos fornecedores ou clientes, não recebe suplementos salariais (MARTINEZ, 2022, p. 313).

Há de se destacar que aquilo que o senso comum intitula como ‘benefício trabalhista’, a doutrina atribui nomenclatura específica, ora como suplemento salarial, ora como complemento salarial, classificando as verbas pagas pelo empregador como verbas de natureza salarial e verbas de natureza não salarial ou de caráter indenizatório, diferença esta que implica na incidência ou não de encargos trabalhistas e previdenciários.

Outra classificação diz respeito à possibilidade de pagamento do salário *in natura*, “para indicar que, em lugar do dinheiro, retribui-se o trabalho com a própria coisa, desde que, evidentemente, os contratantes estejam assim ajustados. O caput do art. 458 da CLT prevê essa possibilidade” (Martinez, 2022, p. 322).

No que se refere aos tipos especiais de remuneração, há entre eles a chamada “gratificação”, cuja etimologia remonta do latim *gratificatio*, *gratificationem*, do verbo *gratificare*, que tem o significado de dar graças, mostrar-se reconhecido. No Direito do Trabalho, muitas vezes, a gratificação tem o sentido de um pagamento feito por liberalidade pelo empregador, de forma espontânea.

Portanto, as origens da gratificação são encontradas nos pagamentos de valores feitos por liberalidade do empregador. Trata-se de forma de agradecimento ou de reconhecimento por parte do empregador em razão de serviços prestados.

Segundo Martins (2023, p.193): “A gratificação pode ter várias finalidades: (a) retributiva, de modo a remunerar o empregado pelo serviço prestado, seja de maneira expressa ou tácita; (b) premial, ou de recompensa pelos serviços extras prestados; (c) estimulante, de modo a fazer com o que o empregado produza mais ou melhore sua produção”.

O § 1º do art. 457 da CLT determina que as gratificações previstas em lei integram o salário, tendo, portanto, finalidade retributiva. Assim, se a gratificação é legal, deverá ser computada no salário pelo duodécimo, inclusive para efeito do 13º salário, cálculo de férias, incidência de fundo de garantia por tempo de serviço e contribuição previdenciária. Gratificação legal pode ser, a título de exemplo, o décimo terceiro salário, as gratificações de função do bancário (§2º do art. 224 da CLT) e da pessoa que exerce cargo de gerente, diretor ou chefe (parágrafo único

do art. 62 da CLT). Será liberal a gratificação não legal, não integrando o salário, ou seja, em relação a tais verbas não haverá incidência de encargos trabalhistas e previdenciários.

Ainda, como componente da remuneração do trabalhador, no §4º, artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho há a previsão dos prêmios: “Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”.

O prêmio também se constitui como suplemento à remuneração do empregado, destinado a recompensá-lo seja pela eficiência na prestação dos serviços, como por exemplo, pela assiduidade com que comparece ao trabalho.

A distinção entre gratificação e prêmio é de complexa delimitação, mas segundo Leite (2022, p. 254):

[...] reside no fato de que a primeira tem, em princípio, caráter coletivo, e, muitas vezes, na determinação do seu valor, são notados fatores independentes ou apenas relacionados com a ação isolada do empregado beneficiário, sem contar a influência do elemento subjetivo – a vontade do empregador –, enquanto o prêmio objetiva incentivar e recompensar atributos individuais.

Nessa toada, no breve espaço deste artigo parte-se do pressuposto que a oferta às trabalhadoras mulheres da possibilidade de congelar seus óvulos pode ser classificada como uma gratificação, portanto, verba de natureza não salarial, destinada a estimular o melhor desempenho das trabalhadoras, bem como, a permanência destas no ambiente de trabalho.

Entretanto, a expressão *fringe benefits* utilizada na linguagem contratual americana, parece melhor definir este tipo de gratificação, que é a possibilidade de congelamento de óvulos, e, segundo Martinez (2022, p. 325):

A expressão *fringe benefits*, ou, em algumas situações, *employee benefits* quer descrever o conjunto de vantagens e compensações, normalmente extrassalariais, que são oferecidas aos empregados como uma forma de estimulá-los a melhor realizar os seus serviços. Max Gehringer precisou a origem etimológica da expressão e ofereceu a ela os contornos que normalmente lhe caracterizam. Veja-se: *Fringe benefits*, em latim, fimbria era borda. Daí veio o francês *frange*, que deu origem ao português “franja” e ao inglês *fringe*. As três palavras têm o mesmo sentido: o ornamento lateral, em forma de tiras ou fios, que dá o acabamento a um vestido ou a uma toalha. Em linguagem corporativa, *fringe benefits* é a parte do pacote de remuneração que complementa o salário e os benefícios previstos por lei, como carro, celular ou pagamento de cursos. É o enfeite que torna o conjunto mais atraente.

Os *fringe benefits*, também conhecidos como benefícios adicionais ou secundários, referem-se a um conjunto de vantagens oferecidas aos funcionários de uma empresa além do salário base.

São considerados uma forma de recompensar os trabalhadores e incentivar a permanência deles na empresa, além de contribuir para a motivação e o bem-estar no ambiente de trabalho. Além

disso, os *fringe benefits* podem ajudar a empresa a atrair e reter talentos, e podem ser oferecidos de diversas formas, desde uma política formal da empresa até negociações individuais com os trabalhadores.

Sua origem remonta à Segunda Guerra Mundial<sup>6</sup>, quando o governo dos Estados Unidos enfrentou um grande problema: a inflação. Com as fábricas priorizando a produção de equipamentos para o campo de batalha, as mercadorias eram mais difíceis de encontrar para os americanos comuns. Isso aumentou exponencialmente os custos, então os legisladores à época tentam combater a inflação limitando o salário máximo por hora que um trabalhador poderia receber

Mas, os trabalhadores, é claro, ficaram extremamente descontentes com essa mudança e as empresas americanas tiveram que se esforçar para contratar e manter trabalhadores talentosos sem o apelo de um salário mais alto ou aumentos, então começaram a oferecer incentivos extras. Atuando como uma espécie de brecha legislativa, os “*fringe benefits*” obedeciam à lei, e ofereciam aos empregadores os talentos de que precisavam. A ideia foi um sucesso à época e a partir daí os benefícios tornaram-se um dos pilares das negociações trabalhistas.

Portanto, cada vez mais, os grandes grupos empresariais têm-se utilizado dos *fringe benefits* e a possibilidade de congelamento de óvulos tem sido ofertada como benefício trabalhista por um número crescente de empresas em países como Estados Unidos e Canadá<sup>7</sup> e proporciona à trabalhadora a sensação de liberdade e controle sobre a sua jornada de fertilidade. A preservação da fertilidade, ou congelamento de óvulos, está sendo oferecida por alguns empregadores como parte de um conjunto ampliado de benefícios de fertilidade e planejamento familiar. Por tratar-se de um procedimento de custo elevado tende a ser considerado como benefício altamente atrativo na manutenção e retenção de talentos nas empresas.

No Brasil, como exemplos de empresas que adotam a prática, pode-se citar o LinkedIn que

---

6 From Fringe to Forefront: The Genesis Story of Fringe Benefits. **Insights**. Hartford, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.thehartford.com/insights/employee-benefits/fringe-benefits#:~:text=Companies%20struggled%20to%20hire%20and,like%20paid%20vacations%20and%20pensions>. Acesso em: 12 abr. 2023.

7 Embora o congelamento de óvulos esteja gradualmente se tornando mais comum no Canadá, apenas cerca de 5% das empresas oferecem benefícios de fertilidade que cobrem o procedimento, em comparação com cerca de 40% nos Estados Unidos, de acordo com um relatório da organização nacional de fertilidade Fertility Matters Canada. As empresas de tecnologia estão liderando o caminho, principalmente aquelas com grandes matrizes nos Estados Unidos, como Google, Apple e Meta. A Snap está entre as mais generosas, com trabalhadores qualificados para até US\$ 65.000 em cobertura de fertilidade e adoção por meio da Carrot Fertility e até US\$ 130.000 para despesas de barriga de aluguel. Os bancos e as empresas de telecomunicações do Canadá também estão aumentando os benefícios familiares. O Scotiabank, por exemplo, cobre até US\$ 10.000 cada para suporte de fertilidade, adoção e barriga de aluguel, enquanto o Telus paga até US\$ 15.000 em custos de fertilidade, incluindo congelamento de óvulos. Some Canadian employers offer egg freezing as part of expanded fertility benefits. BUNDALE, Brett. Canadá, 17 mar. 2023. CTV News. Disponível em: <https://www.ctvnews.ca/canada/some-canadian-employers-offer-egg-freezing-as-part-of-expanded-fertility-benefits-1.6317288#:~:text=my%20fertility%20journey.%22-Fertility%20preservation%2C%20or%20the%20freezing%20of%20eggs%20or%20sperm%2C%20is,with%20worker%20retention%20and%20recruitment>. Acesso em: 7 abr 2023.

reembolsa às mulheres pelo custo do tratamento, remédios e inseminação artificial. Já o Magazine Luiza se responsabiliza por cobrir 70% do valor total do tratamento para funcionárias a partir de 33 anos que façam parte do quadro da companhia por pelo menos doze meses<sup>8</sup>.

O tema do congelamento de óvulos como benefício corporativo é com certeza polêmico e ainda demanda reflexões aprofundadas que ultrapassam os limites deste ensaio, mas o curioso é, que mais uma vez, em pleno século 21, a questão da continuidade geracional do ser humano fica por conta e responsabilidade das mulheres.

#### **4 CONGELAMENTO DE ÓVULOS E CONTROLE DO CORPO FEMININO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

O primeiro caso registrado de uma gestação bem-sucedida realizada a partir de um óvulo congelado é datado de 1986. E, graças aos avanços da medicina reprodutiva, o recurso tem sido aprimorado a ponto de garantir uma taxa de gravidez favorável e tornou-se, então, um tratamento possível de ser realizado em clínicas de reprodução humana.

O congelamento de óvulos, também conhecido como criopreservação de ovócitos, é um processo no qual os óvulos de uma mulher são coletados e posteriormente congelados em nitrogênio líquido a uma temperatura muito baixa (-196 graus Celsius). Esse processo é realizado para preservar a fertilidade de uma mulher para o futuro, permitindo que ela tenha filhos quando se sente pronta para tal empreitada.

Existem muitas razões pelas quais uma mulher pode optar pelo congelamento de óvulos. Alguns exemplos incluem atrasar a maternidade por razões pessoais ou profissionais, preservar a fertilidade antes de um tratamento médico que pode afetar a produção de óvulos, ou simplesmente para ter a opção de ter filhos no futuro sem se preocupar com a diminuição da fertilidade relacionada à idade.

O processo de congelamento de óvulos inicia-se com a estimulação ovariana, que consiste na administração de hormônios que podem ser aplicados pela própria mulher, aumentando assim a produção dos gametas femininos. Os óvulos são então coletados através de um procedimento chamado aspiração folicular, onde são retirados do ovário usando uma agulha guiada por ultrassom.

Depois que os óvulos são coletados, eles são preparados para congelamento em nitrogênio líquido. Quando a mulher decide ter filhos, os óvulos são descongelados e fertilizados com o

---

8 Observa-se que conforme informações inseridas na matéria jornalística ora referida o que começou a virar moda nos Estados Unidos com empresas como Tesla, Starbucks e Bank of America oferecendo às suas colaboradoras o benefício do congelamento de óvulos não demorou para chegar no Brasil. As primeiras ofertas do benefício são atribuídas às companhias como o LinkedIn e o Magazine Luiza que trouxeram a novidade para o mercado local. Na onda de novos benefícios, congelamento de óvulos vira tendência. PIAI, Bruno. RH pra Você, São Paulo, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://rhpravoce.com.br/redacao/na-onda-de-novos-beneficios-congelamento-de-ovulos-vira-tendencia/> Acesso em: 9 abr 2023.



esperma do parceiro ou de um doador, e os embriões resultantes são transferidos para o útero da mulher através de um procedimento chamado Fertilização in vitro (FIV).

O congelamento de óvulos é uma opção cada vez mais popular para mulheres que desejam preservar sua fertilidade e ter a opção de ter filhos no futuro e para os defensores da técnica seria mais uma ferramenta de empoderamento feminino, já que permite à mulher decidir sobre a melhor hora de gestar. Embora não seja garantido que os óvulos congelados resultarão em uma gravidez bem-sucedida, o avanço das tecnologias de reprodução assistida tem aumentado a taxa de sucesso desse procedimento.

Conciliar carreira e maternidade sempre foi e é algo extremamente complexo no ambiente corporativo. As empresas até que se esforçam para fazer parecer o contrário, mas o fato é que a maternidade ainda é vista como um grande obstáculo à progressão de carreira e até contratação de mulheres.

Para além disso, a pesquisa mais recente feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e compilada no relatório “Estatísticas de Gênero” publicado em março de 2021, mostra que “54,6% das mulheres com filhos pequenos estão empregadas, enquanto o número de homens empregados com filhos pequenos é de 89,2%” (BRASIL, 2021, p. 3).

A temática do congelamento como benefício trabalhista, considerando o recorte realizado nesta breve pesquisa, pode ser considerada como mais uma forma do controle do corpo feminino. O controle do corpo feminino foi determinante ao longo da história, chegando a ser considerado uma questão de Estado (FEDERICI, 2017, p. 80-82).

O controle do corpo feminino nas relações de trabalho refere-se ao tratamento desigual e muitas vezes injusto que as mulheres enfrentam em relação ao controle de seus corpos, isso inclui a discriminação com base na gravidez, licença maternidade, amamentação, contracepção, aborto, menstruação e assédio sexual. Para constatar tal realidade basta considerar apenas um dado: o número de demissões que ocorrem quando as mulheres retornam da licença-maternidade<sup>9</sup>.

Historicamente, as mulheres têm sido desfavorecidas no mercado de trabalho enfrentando barreiras para a progressão na carreira nos mais variados setores. Por exemplo, as mulheres podem ser excluídas de certas posições ou projetos devido à possibilidade de engravidar e precisar de uma licença maternidade, ou serem vistas como menos dedicadas ao trabalho por precisarem de pausas para amamentar seus bebês. Além disso, muitas vezes as mulheres são responsabilizadas pelo uso de contraceptivos e pelos custos relacionados à sua saúde reprodutiva, enquanto os homens não são.

---

9 Pesquisas realizadas no âmbito da Fundação Getúlio Vargas apontam que após 24 meses, quase metade das mulheres que tiram licença-maternidade está fora do mercado de trabalho, um padrão que se perpetua inclusive 47 meses após a licença. A maior parte das saídas do mercado de trabalho se dá sem justa causa e por iniciativa do empregador. Disponível em: <https://portal.fgv.br/think-tank/mulheres-perdem-trabalho-apos-terem-filhos>. Acesso em: 13 abr 2023.

O assédio sexual é outra forma de controle do corpo feminino que ocorre com frequência no ambiente de trabalho. Isso pode incluir avanços sexuais indesejados, comentários inapropriados, toques e outros comportamentos que criam um ambiente de trabalho hostil e intimidador para as mulheres.

Essas questões são importantes, não apenas porque afetam a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, mas também porque afetam a saúde e o bem-estar das mulheres. É importante que as empresas e os empregadores promovam ambientes de trabalho justos e inclusivos, respeitando e valorizando as necessidades biológicas e reprodutivas das mulheres. Isso inclui a criação de políticas claras de licença maternidade, tratamento justo e igual para homens e mulheres, e uma política de tolerância zero para o assédio sexual.

Nessa perspectiva, o congelamento de óvulos também pode ser utilizado como uma forma de controle do corpo feminino no âmbito profissional, já que reforça a ideia de que as mulheres devem escolher entre a carreira e a maternidade, ao invés de terem a possibilidade de conciliar as duas coisas. Além disso, o congelamento de óvulos pode ser visto como uma pressão sutil para que as mulheres adiem a maternidade, ao invés da promoção de políticas de gestão corporativas que garantam a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Em resumo, o congelamento de óvulos é uma técnica médica útil para preservação da fertilidade e tratamentos de reprodução assistida, mas a sua utilização como forma de controle do corpo feminino pode ser vista como técnica apta a reforçar desigualdades de gênero e de limitar a escolha das mulheres em relação à maternidade, uma vez que nem sempre a fertilização *in vitro* produz resultado satisfatório. Conforme levantamento pelo Serviço Nacional de Saúde (NHS, na sigla em inglês), do Reino Unido, constatou que as chances de conceber um filho por FIV são de: 32,2% para mulheres com menos de 35 anos de idade; 27,7% para aquelas com idade entre 35 e 37 anos; 20,8%, para as que têm entre 38 e 39 anos; 13,6%, para as que estão na faixa dos 40 aos 42 anos; 5% para as que têm entre 43 e 44 anos; 1,9% para as tentantes com mais de 44 anos. (NORDQVIST, 2022, p.1).

O congelamento de óvulos pode reforçar a desigualdade de gênero porque coloca a responsabilidade da gestão da fertilidade exclusivamente sobre as mulheres. Ou seja, a escolha de congelar óvulos para adiar a maternidade é uma opção individual, que as mulheres precisam pagar para ter, e que não está disponível para todas.

Isso cria uma disparidade de acesso e recursos entre homens e mulheres, já que os homens não precisam enfrentar a mesma pressão biológica de tempo para a paternidade, podendo ser pais em qualquer idade fértil.

Outro aspecto a ser considerado é que, mesmo com a possibilidade do congelamento de

óvulos, as mulheres podem enfrentar dificuldades para conciliar a maternidade com o trabalho, especialmente em países onde não existem políticas de licença-maternidade e paternidade adequadas. Isso pode levar a uma perda de oportunidades de carreira e salários menores, enquanto os homens são menos afetados em suas carreiras pelo fato de serem pais.

Em suma, é necessário despertar-se para o fato de que as empresas também podem ser importantes instrumentos de inclusão e de tratamento igualitário porquanto promovam transformações importantes em sua cultura corporativa. Essas mudanças exigem que se considerem os meios a partir dos quais esses processos de discriminação são reproduzidos dentro e fora das empresas, bem como o papel exercido por mecanismos psicológicos e práticas sociais na reprodução das desigualdades.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do desenvolvimento deste trabalho, verificou-se, com fundamento na legislação trabalhista brasileira, a possibilidade da concessão de benefícios trabalhistas, e que eles são considerados com elementos integrantes da remuneração do trabalhador em geral.

O curto espaço deste artigo não permite uma abordagem suficiente que explique de forma mais completa a relação entre práticas discriminatórias, maternidade e trabalho, mas, pretende-se ao menos trazer à tona a problemática sumariamente enfrentada aqui.

De um lado, a igualdade de gênero é a peça fundamental para o desenvolvimento próspero da sociedade e da economia, de outra banda percebe-se que o capitalismo se alimenta da desigualdade social e de gênero, o que se pode concluir pelo modo como as mulheres são tratadas no mercado de trabalho.

Uma política de concessão de benefícios trabalhistas como a do congelamento de óvulos, com certeza, é uma estratégia empresarial interessante e eficaz na retenção de talentos, mas há que se ter cuidado, a fim de que não se oculte o verdadeiro problema: a discriminação e a desigualdade de gênero enfrentada pelas mulheres nas relações de trabalho. A questão é estrutural e decorre de uma cultura considerada tradicionalmente machista, patriarcal e misógina, e os dados e estatísticas referidos anteriormente corroboram tal afirmação.

A conciliação da vida familiar, pessoal e laboral para as mulheres é algo complexo que afeta a sua disponibilidade para o mercado de trabalho na medida em que arranjos sociais e institucionais são influenciados pelos papéis de gênero.

É preciso repelir a desigualdade de gênero nas relações de trabalho de outras formas: na formulação de técnicas de gestão e procedimentos que levem em conta as peculiaridades de gênero e estimulem a mudança de mentalidade nos ambientes corporativos; e, sem dúvida o Direito tem sua

contribuição a dar nessa caminhada, no que se refere à imposição de medidas legais a fim de coibir e punir atos discriminatórios em tais ambientes.

As mulheres vêm ocupando uma fatia cada vez maior no mercado de trabalho, seja por necessidade financeira, independência ou mesmo pelo desejo de realização pessoal e profissional, entretanto, o problema da desigualdade persiste. É preciso refletir sobre isso e buscar-se soluções imediatas.

As empresas têm papel fundamental na mudança de estruturas desiguais na medida em que devem implementar programas de governança corporativa inclusivas para a criação de uma cultura antidiscriminatória.

A solução representa um grande desafio e perpassa por oportunidades de melhor capacitação profissional das mulheres, maior presença do gênero feminino nos espaços de debate públicos, uma maior autonomia das mulheres no que se refere ao controle dos seus corpos, planejamento familiar, proteção à maternidade e ao emprego, rechaço aos abusos físicos e mentais no ambiente de trabalho e igualdade de oportunidades. É isso que as mulheres querem!

## 6 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Projeto de lei n. 1.085/2023**. Câmara dos Deputados. Brasília, 14 mar 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/944566-chega-a-camara-projeto-do-governo-que-preve-salarios-iguais-para-homens-e-mulheres/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%201085,que%20exercem%20a%20mesma%20fun%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 8 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943** - Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 mar 2023.

BUNDALE, Brett. Canadá, 17 mar. 2023. **CTV News**. Disponível em: <https://www.ctvnews.ca/canada/some-canadian-employers-offer-egg-freezing-as-part-of-expanded-fertility-benefits-1.6317288#:~:text=my%20fertility%20journey.%22-Fertility%20preservation%2C%20or%20the%20freezing%20of%20eggs%20or%20sperm%2C%20is,with%20worker%20retention%20and%20recruitment>. Acesso em: 7 abr 2023.

DANTAS, Marcelo. FREITAS, Maria Ester de. Orgs. **Diversidade Sexual e Trabalho**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

From Fringe to Forefront: The Genesis Story of Fringe Benefits. **Insights**. Hartford, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.thehartford.com/insights/employee-benefits/fringe-benefits#:~:text=Companies%20struggled%20to%20hire%20and,like%20paid%20vacations%20and%20pensions>. Acesso em: 12 abr. 2023.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Mulheres perdem trabalho após terem filhos**. São Paulo, 2016.

Disponível em: <https://portal.fgv.br/think-tank/mulheres-perdem-trabalho-apos-terem-filhos>. Acesso em: 13 abr. 2023.

GONÇALVES, Renata. O feminismo marxista de Heleieth Saffioti. In Dossiê **“Feminismo e marxismo”**, Lutas sociais, n° 27, 2° semestre, 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/issue/view/1195/showToc>. Acesso em: 11 ago 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil, 2ª edição. PNAD**. Brasília, 2021. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf). Acesso em: 9 abr. 2023.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Spotlight on Work Statistics n°12. ILO Brief**. Genebra, março, 2023. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms\\_870519.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_870519.pdf). Acesso em: 9 abr. 2023.

LEITE, Carlos Henrique B. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622944/>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MADUREIRA, Daniele. Congelamento de óvulos ganha espaço como benefício trabalhista. São Paulo: **Folha-UOL**, março, 2023. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/03/congelamento-de-ovulos-ganha-espaco-como-beneficio-trabalhista.shtml>. Acesso em: 8 abr. 2023.

MARTINS, Sergio P. **Direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627475. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627475/>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622128. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622128/>. Acesso em: 15 out. 2022.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

NORDQVIST, Joseph. All you need to know about IVF. **Medical News Today**. Reino Unido, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://www.medicalnewstoday.com/articles/262798#success-rate>. Acesso em: 12 abr 2023.

PIAI, Bruno. **RH pra Você**, São Paulo, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://rhpravoce.com.br/redacao/na-onda-de-novos-beneficios-congelamento-de-ovulos-vira-tendencia/> Acesso em: 9 abr 2023.

PINTO, Celi Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>. Acesso em: 8 ago 2022.

SAFFIOTI, Helieh Iara Bongiovani. **A Mulher na Sociedade de Classe: Mito e Realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Helieh Iara Bongiovani. **Mulher Brasileira: Opressão e Exploração**. Rio de Janeiro:

Achiamé, 1984.

SAFFIOTI, Helieh Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SAFFIOTI, Helieh Iara Bongiovani. Trabalho Feminino e Capitalismo, **Perspectivas**. Revista de Ciências Sociais, v.1, n.1, 2009.

SAROTTE, Georges. **O Materialismo Histórico no Estudo do Direito**. Tradução de Joaquim Monteiro Matias. Lisboa: Editora Estampa, 1972.

TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019, p. 13.

WORD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Report**. Genebra, 2022. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2022.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2022.pdf). Acesso em: 11 abr. 2023.

# **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DIREITOS HUMANOS: UM DIAGNÓSTICO COMPARATIVO ENTRE REGIÕES PARA UMA PROTEÇÃO ESPECÍFICA DE GÊNERO**

Fernanda Caroline Alves de MATTOS<sup>1</sup>  
Grasielle Borges Vieira de CARVALHO<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo teve por objetivo principal realizar um comparativo entre as estruturas de proteção europeias e americanas no que se refere à proteção específica de gênero diante da violência doméstica e outras violações de direitos humanos femininos. Para isso, passou-se pela compreensão da violência doméstica enquanto fato social e jurídico a ser considerado, bem como abarcado pelo direito internacional dos direitos humanos. A partir dessas considerações, a título de análise prática de violações de direitos das mulheres em perspectiva internacional foram descritos e postos em análise dois casos emblemáticos de violência de gênero, um originário da América Central e outro do continente Europeu, vez que são realidades diferentes, mas que, ainda sim, possuem o patriarcado inserido socialmente como fato em comum. Por fim, buscou-se comparar as estruturas de proteção do continente americano com o europeu a partir do sistema de proteção dos direitos humanos das mulheres e responsabilidade dos estados nas violações com o fito de perceber de que forma pode-se pensar em uma estrutura preventiva que rebata a misoginia. Para tanto, foi utilizada a pesquisa descritiva e bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** violência de gênero, direitos femininos, América Latina, Europa

## **ABSTRACT**

The main objective of this article was to compare European and American protection structures with regard to gender-specific protection against domestic violence and other violations of women's human rights. For this purpose, domestic violence was understood as a social and legal fact to be considered as well as a fact covered by international human rights law. Based on these considerations, two emblematic cases of gender violence were described and analyzed as a practical analysis of violations of women's rights in an international perspective, one from Central America and the other from the European continent, since they are different realities, but still have patriarchy inserted socially as a fact in common. Finally, we sought to compare the protection structures of the

- 1 Doutoranda em Direitos Humanos (UNIT-SE), bolsista pela CAPES, Mestra em Ciência Jurídica (UENP-PR), graduada em Direito (UNIT-SE), membro dos grupos de pesquisa do diretório CNPq: Direito e Sexualidade (UFBA), Intervenção do Estado na vida das pessoas (UENP) e Gênero, Família e Violência (UNIT). Colaboradora do Grupo de Pesquisa Crítica Marxista do Direito (UFPA). Representante discente no colegiado do PPGD-UNIT (2023/2024). Atua em pesquisas relacionadas a Direitos Humanos, Direito Penal, Criminologia, Filosofia Jurídica e Sociologia Jurídica, todas com ênfase na relação entre Gênero e Direito. E-mail: mattos.fernandac@gmail.com
- 2 Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo/SP. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal e em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Docente e Pesquisadora do PPGD/UNIT e do curso de graduação em Direito da Universidade Tiradentes - UNIT/SE, nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Execução Penal e Criminologia. É autora do livro: "Grupos Reflexivos para autores da violência doméstica: Responsabilização e Restauração". Gestora do Convênio celebrado entre a Universidade Tiradentes e a OAB/SE sobre Gênero, Família e Violência. Integrou o Conselho Estadual dos Direitos da Mulher de Sergipe (2014 a 2022). Integra o Conselho Municipal dos Direitos da Mulher de Aracaju/SE. Editora Executiva da Revista Interfaces Científicas Humanas e Sociais da Editora Universitária Tiradentes - Grupo Tiradentes. Líder dos Grupos de Pesquisas de Execução Penal e do Grupo sobre Gênero, Família e Violência do Diretório de Pesquisa do CNPq. É associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro Suplente do Conselho Penitenciário do Estado de Sergipe (CONPEN).

American continent with the European one, based on the protection system for women's human rights and the responsibility of the states for violations, in order to understand how we can think of a preventive structure that fights misogyny. For this purpose, descriptive and bibliographical research was used.

**KEYWORDS:** gender violence, women's rights, Latin America, Europe

## **1 INTRODUÇÃO**

Ao desenvolver uma pesquisa sobre violência doméstica é preciso compreender que sua existência é uma violação direta aos direitos humanos femininos e que os eventos que lhe representam abordam questões sociais estruturadas na desigualdade de gênero e nas relações de poder. Essas construções estão presentes não só em regiões em desenvolvimento ou já desenvolvidas, mas também em países considerados ricos e em pleno desenvolvimento.

Nesse aspecto, o presente artigo tem por objetivo geral compreender a violência doméstica por meio de uma análise comparativa entre casos e entre documentos por duas regiões: a Europa e a América Latina. Essa seleção se justifica em razão da visibilidade dos casos analisados, bem como pela diferença de desenvolvimento econômico existente entre as regiões abordadas.

No desenvolvimento, partiu-se inicialmente da conceituação e compreensão da violência contra a mulher – sendo doméstica ou de gênero – como uma violação aos direitos humanos da mulher e que só pode ser combatida na medida em que combate as suas estruturas fundadoras. Em seguida, buscou-se descrever e explicitar as violações de direitos humanos de mulheres ocorridas em dois casos emblemáticos ocorridos nas duas regiões, passando pela descrição individual do caso e das respectivas condenações, compreendendo-as pelos conceitos abordados na primeira sessão.

Após, passou-se a demonstrar as estruturas legais em abstrato existentes na União Europeia e no Mercosul e, por meio de uma análise comparativa, refletir de que forma essa estrutura é suficiente ou não, a partir da desigualdade de gênero existente, para combater a violência contra a mulher nas duas regiões.

Para tanto, usou-se do método dedutivo de abordagem, utilizando-se uma pesquisa exploratória e descritiva, com base no método bibliográfico e documental de procedimento. Compreendendo a generalidade dos casos de violência como uma chaga social comum independente da região do mundo, a ser confirmada nos casos abordados nesta pesquisa.

## **2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO UM FATO A SER CONSIDERADO PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Quando se fala de gênero e sua estruturação no aspecto social é possível compreendê-lo, a



partir do olhar de Joan Scott (1995), que se trata de um elemento constitutivo das relações baseadas nas diferenças entre os sexos e é a forma primária de dar sentido às relações de poder. Para essa autora quando se fala de gênero é preciso considerar quatro elementos base que não se dissociam: 1) símbolos disponíveis culturalmente – os quais rememoram representações simbólicas; 2) conceitos normativos que expressam os significados dos símbolos; 3) análise com concepção política e 4) compreensão das instituições e da organização social a respeito de uma identidade subjetiva. (SCOTT, 1995).

A partir dessa concepção e pensando sobre símbolos reforçados pelas instituições e pela sociedade é possível realizar um diálogo a partir do pensamento de Carole Pateman, a qual demonstra que essa estruturação dicotômica – em que se separam questões enquanto públicas, e de atenção do Estado e da sociedade, e questões privadas que devem ser apenas de contexto familiar e baseadas em individualidades domésticas – se mantém enquanto uma ferramenta de manutenção da dominação masculina (PATEMAN, 1993).

Essa estrutura dual na perspectiva de algumas abordagens predominantes da modernidade faria com que o conceito de “justiça” e a aplicação de princípios relacionados a ela estivessem fora da alçada do âmbito doméstico, uma vez que lá, haveria a predominância do afeto e não da razão. (BIROLI, 2014, p. 32). No entanto, a autora Flávia Biroli demonstra que pensar o gênero e a aplicação da justiça e seus princípios, de maneira que não se descolem as supostas esferas públicas e privadas, é a forma que se determina uma verdadeira construção de uma sociedade democrática.

Nesse sentido, deve-se reconsiderar inclusive os conceitos arraigados ao de família o que, conforme Maria Berenice Dias se reconhece enquanto entidade inviolável não sujeita à interferência nem mesmo da justiça, o que legitima a invisibilidade da violência por meio de pactos de segredo vinculados à ela (DIAS, 2007). Dessa forma, é necessário e inevitável considerar as relações privadas diante de aspectos constitucionais democráticos para proteger grupos vulneráveis como as mulheres. Nesse sentido:

A crítica às desigualdades de gênero está geneticamente ligada à crítica às fronteiras convencionais entre o público e o privado nas abordagens teóricas, na prática política, nas normas e nas instituições. A garantia de liberdade e autonomia para as mulheres depende da politização de aspectos relevantes da esfera privada. [Assim] a restrição ao exercício de poder de alguns na esfera doméstica é necessária para garantir a liberdade e a autonomia de outras. A tipificação da violência doméstica e do estupro no casamento como crimes são exemplos claros de que a “interferência” na vida privada é incontornável para garantir a cidadania [...]. [Já que] O mundo dos afetos é também aquele em que muitos abusos puderam ser perpetuados em nome da privacidade e da autonomia da entidade familiar em relação às normas aplicáveis ao espaço público. (BIROLI, 2018, p. 34)

E nesse sentido a violência de gênero e violência doméstica se traduzem enquanto duas formas resultantes dessa estrutura dicotômica e desigual baseadas em nome de uma fronteira fortalecida pelas relações de poder de gênero. Mas, apesar de se encaixarem nessa mesma estrutura,

ambas possuem naturezas diferentes.

A violência de gênero é, em sua essência, uma categoria ampla que por regra englobaria a segunda. No entanto, separá-las e compreendê-las em separado é ferramenta de identificação e consideração de que existem relações e estruturas diferentes no que concerne a violação a direitos femininos. Nas palavras de Saffioti (2001, p. 133):

[...] embora a violência de gênero brote numa situação complexa, em que intervêm vários fenômenos, estes nem são da mesma natureza nem apresentam a mesma capacidade de determinação. Mais uma vez, chama-se a atenção para o risco da homogeneização de uma realidade extremamente diferenciada e, por isto, rica. O papel primordial dos cientistas sociais consiste exatamente na captação deste relevo multicolor mostrado pela sociedade. **A uniformização do real sempre constituiu a meta dos que atribuem/atribuíam relevância exclusiva a determinações gerais ou comuns. Ao contrário, as determinações específicas ou históricas sempre foram a preocupação primordial dos que têm/tinham como meta a captação de uma realidade permanentemente *in flux*, em transformação [...].** (grifo nosso)

Assim sendo, dando a valorização intrínseca a cada categoria, é possível afirmar que, conforme Lisboa, Patrício e Leandro (2009, p. 26) a violência de gênero está atrelada a um padrão específico de violência ampliado e atualizado à medida que existe uma ameaça ao poder masculino, o qual pode se revestir de diversas formas – sejam elas físicas, emocionais, sexuais ou socioculturais – violando direitos fundamentais das vítimas e sendo uma afronta à própria formação da sociedade democrática.

Isso porque, violência *contra* o gênero pode afetar não apenas às mulheres, mas também sua família, bem como pode ser cometida em contextos envolvendo pessoas *trans*, não-binárias e outras as quais são vitimadas pelas relações de poder androcêntricas que tentam lhe subjugar, simplesmente por serem quem são.

Já no que se refere ao conceito de violência doméstica, que é um espécie de violência de gênero, cabe ressaltar que ela está dentro do que se entende uma violência de gênero, tendo algumas especificidades. O artigo 5º da Lei Maria da Penha refere-se a esse conceito da seguinte forma:

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. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Nesse aspecto, para a legislação brasileira a diferença se encontra em especificar o gênero *feminino* como protegido por tipos de violações à sua dignidade física, emocional, sexual etc. dentro de relações íntimas de afeto diante da sua vulnerabilidade causada pela desigualdade de gênero.

Esse conceito se baseou inicialmente na previsão internacional consoante na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher<sup>3</sup>, que é um dos exemplos<sup>4</sup>[2] de documento internacional o qual já demonstrava como a violência praticada contra as mulheres é um fato estrutural no mundo e precisa ser pensada por meio direito internacional dos direitos humanos.

Assim sendo, em qualquer dessas categorias apresentadas e, conforme se verá por meio dos casos abordados na seção abaixo, não é possível compreender a violência contra a mulher e suas facetas sem permear a análise da violação dos seus direitos humanos por esta. Rosiska Darcy de Oliveira compreende que é possível fazer esta relação inclusive com a instituição da democracia, na medida em que:

Direitos humanos para as mulheres significam bem mais do que o combate às violências mais explícitas e truculentas. Direitos humanos para as mulheres significam o combate à violência sutil, diluída no cotidiano, sob os disfarces de uma suposta cultura arcaica. A cultura que se vai criando no Brasil de hoje é a cultura democrática. Nela a cidadania das mulheres é condição sine qua non. Cidadania para as mulheres, direitos humanos e democracia são a liga do projeto civilizatório que o Brasil formulou para si mesmo e que vem tentando corajosamente cumprir. (OLIVEIRA, 2012, s/n).

Esse combate passa assim pelo reconhecimento e posicionamento a ser dado dentro dos Estados Nacionais e pela política internacional para “repensar [...] estruturas culturais e ressignificar os “papéis” dos homens e mulheres” (CARVALHO, 2018, p. 18).

Nesse sentido, na próxima seção são abordados dois casos julgados por cortes internacionais de direitos humanos, acerca de violências cometidas contra mulheres com o fito de realizar uma observação prática acerca da temática discutida neste primeiro momento da pesquisa.

### **3 DIREITOS HUMANOS DA MULHER EM RISCO: ESTUDO DE CASOS EMBLEMÁTICOS NA EUROPA E AMÉRICA EM QUE HOVE CONDENAÇÃO:**

Considerando a forma como foi explicitada a violação aos direitos humanos femininos na seção anterior, e pensando a partir dos marcos teóricos explicitados a respeito da desigualdade de gênero e a violência doméstica como um dos seus resultados diretos, passa-se agora a desenvolver uma análise de dois casos emblemáticos relacionados às mulheres de natureza internacional para uma compreensão prática da temática.

Nesse sentido, foram selecionados 2 (dois): o “González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México” e o “Talpis v. Itália”. Ambos foram selecionados com o objetivo de realizar uma análise comparativa internacional inter-regional, com o objetivo de considerar os aspectos de uma região em desenvolvimento – América Central – com uma já desenvolvida – Europa – levando em

---

3 Também chamada de Convenção de Belém do Pará, que é referência presente na ementa da Lei Maria da Penha.

4 Outros exemplos de documentos serão exemplificados na terceira seção deste artigo.

conta aspectos socioeconômicos e de desenvolvimento humano.

Em relação ao primeiro, ocorrido no continente americano em 2001, foi julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O caso foi levado à corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual pedia na petição pela responsabilização do Estado Mexicano pelo desaparecimento e posterior morte de três jovens cujos corpos foram encontrados em um campo de algodão na cidade de Juárez, cidade industrial, com intenso trânsito de migrantes, mexicanos e estrangeiros. Além de serem encontradas sem vida, foi possível notar que eles tinham sido violados e abusados sexualmente com extrema crueldade. Conforme a CIDH, a responsabilização estatal deveria se dar pois estava clara:

[...] a falta de medidas de proteção às vítimas, as quais eram menores de idade; a falta de prevenção a estes crimes, em que pese o pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que deixou centenas de mulheres e meninas assassinadas, a falta de respostas das autoridades frente ao desaparecimento [...], a falta de devida diligência na investigação dos assassinatos [...], assim como a denegação da justiça e a falta de reparação adequada. (CIDH, 2009)(tradução nossa)<sup>5</sup>.

Assim, para a CIDH os homicídios realizados se consubstanciaram em crimes de ódio e misóginos, acompanhados de enorme tolerância social e estatal à violência genérica contra as mulheres. O Estado do México, em contrapartida ao que foi abordado pela CIDH, defendeu-se partindo, inicialmente, pela tentativa de reconhecer uma incompetência da corte para julgar o caso e pelo reconhecimento de uma responsabilidade parcial em relação ao caso, uma vez que não foram agentes do Estado que haviam cometido os crimes de forma direta.

No entanto, a corte entendeu pela sua responsabilização diante de alguns fatores relacionados à localidade e a forma de atuação estatal para as ocorrências criminosas abordadas, bem como por pela violação dos direitos à vida, integridade física e liberdade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de garantia contemplada no art. 1.1 e a obrigação de adotar disposições de direito interno contempladas no art. 2º do mesmo documento. Da mesma forma, com as obrigações dispostas nos artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, pelos crimes praticados contra as três mulheres vitimadas.

Isso se deu porque, de acordo com as provas periciais e testemunhais abordadas na decisão, havia um critério para se decidir sobre a investigação dos desaparecimentos de mulheres, o qual era baseado no *status*<sup>6</sup> que a vítima tinha na sociedade. Isso reforçava a estigmatização das vítimas de desaparecimento pelo simples fato de serem mulheres, além de haver uma sugestão de que tivessem

5 [...] la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

6 O qual era analisado pela observação de: se a mulher gostava de se divertir, sair para dançar, tinha amigos e uma vida social, pontos que unidos eram usados para considerá-la corresponsável pelo que lhe aconteceu.

fugido com o namorado, por exemplo, e não estarem exatamente desaparecidas. Além disso, os agentes representantes do Estado atribuíam culpa às mães por permitirem que suas filhas andassem sozinhas ou que saíssem à noite.

Dessa forma, só eram tratados como desaparecimentos válidos ou de alto risco aqueles em que a vítima de gênero feminino tinha um comportamento “não reprovável”, isto é, de acordo com o padrão patriarcal esperado. Nesse sentido, o que se percebe é que a sociedade é “[...] um mundo de significados [que] carregam os traços dos processos sociais por meio dos quais foram produzidos [...]” e após refletem “[...] interesses sociais particulares [...]” (CONNELL; PEARSE, 2015, p. 172) que formam um sistema onde se define o que é adequado ou não para uma mulher.

Em segundo plano, o caso Talpis contra a Itália versa sobre um caso direto de violência doméstica. Seu início se deu em 2012 quando a vítima, Elizaveta Talpis foi agredida pelo seu esposo, em conjunto à sua filha. Ao procurarem a autoridade policial ela não recebeu nenhuma informação acerca da possibilidade de iniciar uma investigação nem tampouco foram acolhidas em local diverso da residência do agressor.

Ainda no mesmo ano, em agosto, ocorreu nova agressão do marido em relação à Elizaveta, dessa vez uma ameaça por faca onde o objetivo dele era obrigá-la a segui-lo para ter relações sexuais com seus amigos. Assim que saíram da residência ela pediu ajuda à polícia que patrulhava a região, mas os policiais limitaram-se a verificar seus documentos de identidade e os do marido, apesar de ela ter dito que havia sido ameaçada e machucada por ele; policiais sugeriram que ela voltasse para casa e pediram para o marido afastar-se dela. Já quando estava em sua casa, telefonou à emergência, após chegou ao hospital, onde os médicos observaram que ela sofrera traumatismo craniano, ferimento na cabeça, várias escoriações no corpo e hematoma no peito. No hospital, a vítima declarou à assistente social não querer voltar à casa, razão pela qual foi abrigada numa associação de proteção a mulheres vítimas de violência.

Em setembro, a vítima formalizou a acusação contra o marido, e pediu às autoridades que tomassem medidas urgentes para protegê-la e proteger seus filhos. Foi iniciada investigação criminal contra o marido por abuso familiar, lesões corporais agravadas e ameaças; procedimento foi encaminhado ao Ministério Público em 9 de outubro de 2012. No entanto, a medidas protetivas urgentes foram determinadas em 15 de outubro de 2012

Após 3 meses de acolhimento na associação de proteção a mulheres, a instituição deixou de receber fundos para arcar com despesas com a vítima ou fornecer-lhe outra solução de acomodação. Em 4 de dezembro de 2012, Elizaveta deixou o abrigo para procurar trabalho e após dormir na rua e ser abrigada por amigos, começou a trabalhar como cuidadora de idosos e chegou a alugar um apartamento, embora durante todo o tempo sofresse pressão psicológica por parte do

marido para que retirasse a “queixa”. Em abril de 2013, 7 (sete) meses após a “queixa”, foi ouvida pelos policiais, e diante das pressões que vinha sofrendo pelo marido além da dificuldade em se comunicar em italiano, acabou por minimizar a situação diante das autoridades italianas, fazendo com que a decisão não reconhecesse nenhum ilícito penal.

Em novembro de 2013, houve um novo chamado policial, onde havia sinais de consumo de álcool e a porta da casa quebrada, mas sem sinais de violência em Elizaveta e em seu filho. Levado ao hospital, o marido fugiu e foi encontrado por policiais que registraram seu estado etílico, momento em que foi advertido e enviado para casa. Às 5h da manhã, o marido entrou no apartamento da família com uma faca de cozinha, com a intenção de matar Elizaveta. O filho do casal tentou segurar o pai, quando foi esfaqueado 3 vezes e, em seguida, morreu. Elizaveta tentou fugir, mas o marido a seguiu e conseguiu segurá-la, esfaqueando-a várias vezes no peito; ela, no entanto, não morreu.

Em janeiro de 2015, o marido foi condenado à prisão perpétua e à indenização no valor de 400.000 euros pelo homicídio de seu filho e tentativa de homicídio da sua esposa, além dos maus-tratos à família. Apurou-se, no processo, que Elizaveta e seus filhos viviam num clima de constante violência, em que eram habituais agressões e ameaças; a mudança nas declarações iniciais da esposa sobre o comportamento do agressor foi decorrente da pressão psicológica por ela sofrida; ele sentia ódio da esposa, e os crimes praticados em novembro de 2013 tiveram como causa a tentativa de Elizaveta de afastar-se do marido.

Levando o caso até a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) a vítima alegou a ingerência e indiferença das autoridades italianas quando buscou por ajuda no início das agressões, não recebendo nenhum apoio para si ou para seus filhos com o fito de protegê-los do ambiente violento em que se encontravam. Tal fato seria uma afronta direta aos arts. 2º, 3º e 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os quais versam que a respeito do direito à vida, a proibição de tortura e o respeito a vida privada e familiar – a qual só sofreria ingerência estatal em virtude de violações de direitos, como era o caso.

A ingerência que, nesse caso, deveria iniciar no ato de procura da vítima e sua oitiva, teve um atraso de sete meses para se realizar. Assim, devido à demora, as autoridades italianas deixaram a “queixa” sem eficácia, criando um contexto favorável à impunidade do agressor, sequer agindo ao encontrarem-no em situação de embriaguez e com sinais de violência da residência de ambos.

Como resultado, a Itália foi condenada pela CEDH, por não cumprir com o art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que versa:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria

nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. (CEDH, 1950, s/n).

A partir da apresentação desses dois casos e da análises desses julgamentos, pode-se considerar que o primeiro caso é de violência de gênero cometida contra mulheres simplesmente por serem mulheres e o segundo é de violência doméstica dentro de uma relação de afeto e intrafamiliar. No entanto, ambos acabaram tocando na responsabilidade institucional que a não ser cumprida ou estar eivada dos valores generificados e estruturados em relações de poder. Responsabilidade esta que foi fundamentada na não proteção dos direitos humanos das mulheres enquanto dever do Estado em promover, proteger e prevenir a violação.

Acerca desse tema, na próxima seção objetiva-se realizar uma análise comparativa acerca das estruturas americanas e europeias para proteção de gênero contra violência e pensar a respeito de caminhos para rebater essa estrutura patriarcal violenta.

#### **4 AMÉRICA E EUROPA: ANÁLISE COMPARATIVA DA PROTEÇÃO DE GÊNERO ENTRE REGIÕES**

Partir para uma análise comparativa de direitos humanos das mulheres entre duas regiões é inicialmente sair da compreensão do que é esse tipo de análise, compreender as duas esferas colocadas em comparação – aqui sendo as estruturas europeias e americanas de proteção de gênero – e, por fim, rever sua existência no todo conhecido do direito internacional dos direitos humanos, o qual:

[...] através dos instrumentos internacionais discutidos e aprovados pelas Organizações Internacionais, têm possibilitado a inserção de direitos fundamentais nas pautas nacionais, estimulando a discussão e elaboração de legislações e políticas voltadas à proteção, à garantia e à promoção dessas garantias fundamentais prevenindo e reprimindo o tráfico [e] A diversidade das normas possibilita uma proteção mais “especificada” e “especializada” dos direitos que pretendem ser garantidos, complementando outro instrumento de proteção mais geral. (TERESI, 2007, p. 34)

Para desenvolvimento do pensamento que se propõe, primeiramente é importante explicar do que se trata a análise comparativa para, em seguida, passar-se a realizá-la com os documentos da União Europeia e do Mercosul acerca da temática delimitada. Assim sendo, pode-se compreender a análise comparativa como um método que foca em encontrar similaridades e contrastes entre casos, e pode contribuir com o descobrimento de novas hipóteses e formação de teorias (COLLIER, 1993). De forma que aqui, o que se pretende é realizar um estudo comparativo interpretativo de documentos oficiais dos dois grupos regionais para facilitar o debate para encontrar soluções dentro deles a respeito da violência contra mulheres numa perspectiva internacional.

Para iniciar a análise faz-se necessário descrever os documentos e parte de seus conteúdos para, em seguida, realizar a comparação na busca de semelhanças e possíveis afastamentos.

Quando se fala em proteção aos direitos humanos das mulheres, alguns documentos internacionais de maior efetividade saltam aos olhos para essa especificidade. Entre eles estão 1) a Convenção de Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (1979), 2) o Relatório da Conferência Internacional de Cairo, 3) a Declaração de Pequim e 4) a Convenção Interamericana de Belém do Pará.

O primeiro documento tem por norte a eliminação de hábitos sociais “baseados na inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres;”(ONU, 1979). O segundo aborda em seu princípio 4 que deve existir uma inalienabilidade, indivisibilidade e integralidade da proteção dos direitos das mulheres e das meninas como fundamental no ato de proteger os próprios direitos humanos e o desenvolvimento das populações. Essa perspectiva se coaduna com a abordada por Amartya Sen (2000, p. 235) que reitera a crucialidade do reconhecimento de uma abertura para direitos e ações das mulheres como ferramenta para um “desenvolvimento como liberdade” nos Estados.

Nesse mesmo sentido segue o quarto documento, prezando pela proteção de gênero somados a estipulações de ações a serem adotadas pelos países e reconhece a busca por igualdade de gênero como parte de proteger os estados democráticos e o enfrentamento de desafios do século XXI. O quarto documento consubstanciado inclusive em solo brasileiro, e promulgado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.973 de 1996, traz em seu artigo 2º o seguinte texto:

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica. a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b) ocorrida na comunidade e comendida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. (BRASIL, 1996).

Esses atuam assim em conjunto à luta pelo desenvolvimento em comum, em âmbito internacional, na promoção de ações que protejam direitos femininos, suas vidas e escolhas (MATTOS, 2021, p. 72), bem como a possibilidade de viver uma vida sem violência. Dessa forma, e a partir dessas perspectivas de proteção gerais, passa-se a apresentar agora os documentos de proteção de gênero existentes nos dois blocos selecionados anteriormente: União Europeia e Mercosul.

Em relação à União Europeia (UE) é possível apontar os seguintes documentos como provedores de proteção em abstrato para mulheres: o Tratado de Roma, o Tratado da União Europeia, o Tratado de funcionamento da UE e a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, os quais



prezam em seus textos pela promoção do direito à igualdade. O primeiro deles teve como foco a instituição da comunidade econômica europeia, mas baseada em mais que objetivos políticos e econômicos, a instituição da UE foi pautada em valores que lhe fundamentam. Sua previsão se encontra no artigo 2º, do segundo documento aqui exposto e que diz:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. **Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.** (PARLAMENTO EUROPEU, 2016). (grifo nosso)

Esses valores são consubstanciados também nas previsões legais do Tratado de Funcionamento da UE e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. No tratado de funcionamento, a previsão para proteção de direitos das mulheres se encontram mais fortemente elaboradas nos artigos 10, 19 e 157, na medida em que determina que a EU deve se atentar a combater e prevenir discriminação de gênero, bem como apresenta a necessária igualdade de remuneração independente do sexo para o cumprimento fiel do princípio da igualdade pelos estados-membros. Em relação à Carta dos Direitos Fundamentais da UE, o Título III faz referência direta aos diversos tipos de combate à desigualdade em solo europeu. Dando especial enfoque no artigo 23 àqueles relacionados aos homens e mulheres, estimulando ao final que não deve haver impedimento para que se “adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.” (PARLAMENTO EUROPEU, 2000).

Além desses documentos, consta ressaltar a existência da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à violência contra as mulheres a violência doméstica. Em seu título já é interessante como se reconhece os diferentes tipos de violência, mas além disso, todo o corpo do texto da convenção se direciona não apenas a promover a igualdade, mas também reforça a necessidade de diligência devida pelos Estados contra qualquer tipo de violência ou discriminação em razão do gênero. Por meio dela, foi possível observar que foram “identificados dispositivos legais e normativos como a criação de serviços e áreas de atenção especializadas em atender mulheres em situação de violência, como setores de saúde, segurança e justiça” (MONEGAT;MONEGAT;BORGES, 2017, p. 06) em cada país membro do Mercosul

Já no que se refere à proteção no continente americano, para além da Convenção Interamericana já abordada, o Mercosul enquanto bloco de união de estados se posiciona por meio das diretrizes da política de igualdade de gênero do Mercosul. Ela se baseia no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto. Esse documento tem por movimento o estímulo à criação de políticas e atuações estatais em cada estado-membro do Mercosul. Por meio da definição de regras, princípios e diretrizes a serem seguidas para efetiva proteção de gênero.

Considerando a comparação a ser realizada entre os entes e seus respectivos documentos, e em coadunação com os argumentos abordados nas condenações nas Corte de Direitos Humanos de cada região anteriormente abordadas, o que se nota em ambos é uma ausência de políticas e ações específicas, não para “dizer os direitos femininos”, mas para materializá-los com uma eficaz transformação social. Isto porque não é possível pensar em combate à violência sem desconstrução de conceitos e culturas onde o gênero feminino é colocado abaixo dentro das relações sociais eivadas de poder. Nesse sentido:

Dada a organização social de gênero, de acordo com a qual o homem tem poder praticamente de vida ou morte sobre a mulher (a impunidade de espancadores e homicidas revela isto) no plano de facto, a mulher, ao fim e ao cabo, é vítima, na medida em que desfruta de parcelas muito menores de poder para mudar a situação. (SAFFIOTI, 2004, p. 70).

A partir disso, reestruturar as atuações estatais para que possam efetivamente rebater ações, crimes e exclusões geradas pelo patriarcado e outros sistemas que afetam as mulheres e seus direitos humanos devem ser pensadas a partir de uma prática e uma resistência a estereótipos e padrões produzidos e reproduzidos institucionalmente. De maneira que a efetiva proteção de direitos humanos só estaria possibilitada pelo desenvolvimento de potencialidades de resistências reais que reconhecem direitos além das barreiras institucionais (REBOUÇAS; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 165) – a exemplo de lutas e resistências do movimento feminista.

Essa realidade é fundamento de concretude para efetivação dos direitos humanos femininos, uma vez que estes devem ter como base as diferenças práticas sociais, recebendo influência da capacidade humana de compreender por meio da observação seu entorno e as necessidades presentes neles – uma autorregulação e autoconstrução por quem mais entende das questões da vida social (ÁVILA, 2014, p. 305).

No caso em tela, se trata de permitir a ação e a transformação das realidades pelas mulheres. Afinal a delimitação legal e estrutural é importante, mas é preciso compreender que “o fim da violência depende de levarmos a sério a ideia de que poder é ação conjunta e de que violência é a destruição do poder possível [...] como tem sido perpetrada contra as mulheres” (TIBURI, 2018, p. 111).

E nesse aspecto a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica e as Diretrizes de Política de Igualdade de Gênero no Mercosul, se integram ao que se propõe enquanto gerar ações e políticas de proteção de gênero. Nesse sentido, mesmo no Mercosul, "apesar das adversidades, os países conseguem manter, dentro do possível, seus organismos de defesa à mulher atuando." (MONEGAT;MONEGAT;BORGES, 2017, p. 06)

Dessa forma, e diante do exposto, a convenção e as diretrizes se mostram como exemplos que partem para além das previsões do “direito” e pensam a partir de políticas de prevenção, sensibilização, e promoção da agência feminina.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Diante da discussão abordada, é possível desenvolver algumas considerações acerca da violência doméstica e seus efeitos negativos a partir das violações a direitos humanos das mulheres e a perspectiva regional – europeia e americana – em relação ao tema.

Ao início fez-se necessário abordar como o conceito de gênero se constrói a partir de parâmetros dicotômicos que reificam a mulher e estipulam lugar, forma e jeito aos quais ela deve estar atrelada para que seja aceita e, assim, não seja objeto de violência fortalecida pelas relações de poder de gênero. Entendendo a diferença entre violência doméstica e violência de gênero entendendo

Em seguida, foram observados dois casos práticos relacionados à violência contra mulheres, sendo o primeiro ocorrido no México e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o segundo ocorrido na Itália e julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ambos, apesar de diferentes, foram julgados com condenação aos Estados envolvidos, por negligência e atuação baseada em ignorância aos fatos reforçadores de opressões de gênero. No caso ocorrido no México, em específico pela violação às mulheres por serem mulheres, e na Itália, pela reprodução de estereótipos de gênero que facilitou a naturalização da relação de poder entre marido e mulher, explicando a não atuação diante das violências reiteradas.

Além disso, realizou-se uma análise comparativa dos documentos formadores de direitos humanos das mulheres em cada região, por meio do que prevê a União Europeia e o Mercosul. Nessa análise, foi possível levantar a hipótese de que é necessário pensar e agir além das previsões em abstrato, levando em consideração as vivências práticas de direitos humanos das mulheres, rebatendo as estruturas patriarcais que se reforçam nas instituições e dificultam o efetivo combate contra a violência de gênero.

A partir disso, percebeu-se que, ao menos no contexto europeu, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica e as diretrizes de proteção de gênero do Mercosul podem ser pensadas como caminhos e exemplos, uma vez que abordam não só direitos femininos como regramento, mas também apontam e realizam caminhos de ação para sua promoção e proteção.

### **REFERÊNCIAS:**

ÁVILA, Flávia de. **Direitos e direitos humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual**. . ed. Curitiba: Appris, 2014.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 31-46.

BRASIL. **Decreto nº 1973**, de 01 de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, DF: Senado Federal, 1994.

BRASIL. **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir 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 Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. **Grupos reflexivos para os autores de violência doméstica: responsabilização e restauração**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COLLIER, David. Método comparativo. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**. v.5, pp. 21-46. Disponível em: <http://rucp.cienciassociales.edu.uy/index.php/rucp/article/view/285>. Acesso em: jun. 2022.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. Trad. e ver. téc. Marília Moschkovich. – São Paulo: nVersos, 2015.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Secretariado-Geral do Conselho, **Tratados consolidados, Carta dos Direitos Fundamentais 2016**. Serviço das Publicações, 2016. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2860/515882>. Acesso em: jun. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. CEDH. **Caso Talpis vs. Itália**. Juíza presidenta: Mirjana Lazarova Trajkovska. Sentença publicada em 02/03/2017. Disponível em: [http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence\\_CEDU/AFFAIRE\\_TALPIS\\_c.\\_ITALIE.pdf](http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/AFFAIRE_TALPIS_c._ITALIE.pdf). Acesso em: jun. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CIDH. **Caso González e outras vs. México**. Juíza Presidenta: Cecilia Medina Quiroga. Sentença publicada em 16/11/2009. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf). Acesso em: jun. 2022.

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**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Manuel; Patrício, Joana; LEANDRO, Alexandra. Considerações teóricas e conceituais relevantes para o estudo – Capítulo 1. In: LISBOA, Manuel; BARROSO, Zélia; Patrício, Joana; LEANDRO, Alexandra. **Violência e Género - Inquérito Nacional sobre a Violência Exercida**

**contra Mulheres e Homens.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2009, pp. 13-30.

MATTOS, Fernanda Caroline Alves de . **Vulnerabilidade da mulher no crime de tráfico de pessoas:** uma análise feminista. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica, 116 p., 2021.

MERCOSUL. Diretrizes da política de igualdade de gênero do Mercosul. 2014. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5941/1/p.\\_dec\\_08-14\\_pt\\_diretrizes\\_politica\\_igual\\_genero\\_rmaam.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5941/1/p._dec_08-14_pt_diretrizes_politica_igual_genero_rmaam.pdf)>. Acesso em: jul. 2022.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política:** uma introdução. 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2014.

MONEGAT, Maria Luíza Baron; MONEGAT, Maria; BORGES, Rosa Maria Zaia. Políticas públicas para igualdade de gênero no Mercosul. In: **Anais do 9º Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão.** Universidade Federal do Pampa. Santana do Livramento, 2017. Disponível em: [https://guri.unipampa.edu.br/uploads/evt/arq\\_trabalhos/14772/seer\\_14772.pdf](https://guri.unipampa.edu.br/uploads/evt/arq_trabalhos/14772/seer_14772.pdf). Acesso em: jul. 2022.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **As mulheres os direitos humanos e a democracia.** 2012. Edição do Kindle.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivo 5.** Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>. Acesso em: 09 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.** 1979. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 06 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher.** Pequim, 1995. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao\\_pequim.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf). Acesso em: 04 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5:** Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Glossario-ODS-5.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher,** “Convenção de Belém do Pará”. Belém: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994.

PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos direitos fundamentais da união europeia.** 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT-ES-EN/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A12016P%2FTXT>. Acesso em: jun. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Convenção Europeia dos direitos do homem.** Disponível em:

[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: jun. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de funcionamento da União Europeia**. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FTXT> . Acesso em: jun. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de Roma**. 1950. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0023>. Acesso em: jun. 2022.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; OLIVEIRA NETO, Antonio Dias de. Direitos humanos, subjetividades e resistências: enfrentamentos cotidianos. In: RUBIO, David Sánchez; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; DORNELLES, Carla Jeane Helfemsteller Coelho. **Teorias críticas e direitos humanos: contra o sofrimento e a injustiça social**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**. n. 16, pp. 115-136, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/gMVfxYcbKMSHnHNLrqwYhkL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: jul. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **O poder do macho**. - São Paulo: Moderna, 1987.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Violência de gênero: o lugar da práxis na construção da subjetividade. **Lutas Sociais**. n. 2, pp.59-79, jan. / jun., 2004. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18789/13973>. Acesso em: jul. 2022.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TERESI, Verônica Maria. **A cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de mulheres brasileiras para fins de exploração sexual: o caso Brasil-Espanha**. (Dissertação de mestrado). Programa de Mestrado em Direito: Universidade Católica de Santos, 2007.

TIBURI, Márcia. **Femismo em comum: para todas, todes e todos**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

# FORMA JURÍDICA E SUBJETIVIDADE JURÍDICA DA MULHER À LUZ DA TEORIA DO VALOR-CLIVAGEM

Maria Eduarda Antunes da COSTA<sup>1</sup>  
Diogo Mariano Carvalho de OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar a subjetividade jurídica da mulher por meio das categorias da crítica marxista do Direito, utilizando-se da metodologia dialético-materialista, a fim de refletir sobre as mistificações que cercam o campo jurídico, expondo o desenvolvimento histórico e material da sociabilidade capitalista e suas consequências para a constituição da mulher enquanto sujeito de direitos. Pretende-se apresentar que, com o desenvolvimento do modo de produção capitalista as mulheres foram relegadas às tarefas domésticas, sendo negado o caráter de produção de valor destas. Portanto, postula-se que a divisão entre o que é considerado masculino e feminino resulta da socialização do valor, que atribuiu estruturalmente às mulheres as atividades que não são absorvidas na forma abstrata do valor, ou seja, as atividades necessárias à reprodução do capital. O estudo também contempla a forma jurídica do capital e seu funcionamento, apontando o fetichismo jurídico e a figura do sujeito de direito como grandes motores da reprodução do capitalismo. Assim, reconhece-se que o Direito, enquanto forma jurídica do capital, conferiu às mulheres um papel secundário e corrompido enquanto sujeitos de direito, sendo que o conceito de valor-clivagem é capaz de explicar as determinações que o capital impõe aos corpos femininos, excluindo-as da forma-valor por um longo período e, mais adiante, sobrecarregando-as ao incluí-las nesta forma. Conclui-se, então, pela importância do conceito de valor-clivagem para as reflexões críticas e feministas do direito, pois é esta perspectiva que permite a visualização das determinações materiais que o capital impõe às mulheres, afetando-as também no âmbito jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** forma jurídica; marxismo; valor-clivagem; direito e gênero; exclusão social.

## ABSTRACT

The present study aims to investigate the legal subjectivity of women through the categories of the Marxist critique of Law, using the dialectical-materialistic methodology, in order to reflect on the mystifications that surround the legal field, exposing the historical and material development of capitalist sociability and its consequences for the constitution of women as subjects of rights. It is intended to present that, with the development of the capitalist mode of production, women were relegated to domestic tasks, being denied the character of production of value. Therefore, it is postulated that the division between what is considered male and female results from the socialization of value, which structurally assigned to women the activities that are not absorbed in the abstract form of value, that is, the activities necessary for the reproduction of capital. The study also contemplates the legal form of capital and its functioning, pointing to legal fetishism and the

1 Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista de doutorado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional em convênio com o Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor universitário. Advogado.

2 Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (2023-2024). Estagiária de pós-graduação na Defensoria Pública do Estado do Paraná, no Município de Cornélio Procopio. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2022). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES), e do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, ambos do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa "Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica" do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo.

figure of the subject of law as major engines of the reproduction of capitalism. Thus, it is recognized that Law, as the legal form of capital, has given women a secondary and corrupted role as subjects of law, and the concept of value-dissociation is able to explain the determinations that capital imposes on female bodies, excluding them from the value-form for a long period and, later, overloading them by including them in this form. We conclude, then, by the importance of the concept of value-dissociation for critical and feminist reflections on law, for it is this perspective that allows the visualization of the material determinations that capital imposes on women, affecting them also in the legal field.

**KEYWORDS:** legal form; marxism; value-dissociation; law and gender; social exclusion.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por proposta uma investigação histórica e teórica crítica, a partir da perspectiva da dialética materialista e do conceito de valor-clivagem, dos processos que culminaram na exclusão social da mulher durante a consolidação do capitalismo e que resultaram na constituição de uma forma jurídica masculina que não reconhece a mulher como pleno sujeito de direito.

Nesse sentido, em um primeiro momento, será demonstrado o papel social historicamente ocupado pela mulher durante o feudalismo e a início da modernidade, desvelando os processos históricos e materiais que levaram à exclusão da mulher dos espaços públicos e ao apagamento da atividade feminina como parte essencial do processo de reprodução do capital, encerrando-a estruturalmente no denominado trabalho reprodutivo enquanto o trabalho e o valor são formados a partir de um “princípio masculino”.

Na sequência, no segundo e terceiro itens deste artigo, serão apresentados alguns pressupostos da crítica marxista do direito e da teoria marxista do valor com o objetivo de demonstrar que os processos históricos de consolidação do capitalismo e, simultaneamente, de exclusão da mulher do espaço social e político, constituíram as condições para que a mulher fosse excluída, total ou parcialmente, do suposto âmbito de proteção jurídico-político oferecido pelo Estado e pelo direito, com especial consideração para as implicações apresentadas pela teoria do valor-clivagem.

À guisa de conclusão, serão retomados de modo sintético as teses apresentadas no texto, articulando-as a fim de asseverar a importância da crítica materialista do direito e do conceito de valor-clivagem como ferramental teórico indispensável para a efetiva compreensão do fenômeno jurídico e de sua insuficiência para a superação da condição subalternizada da mulher na sociedade contemporânea.

## 2 A MULHER ENTRE O MEDIEVO E O MODERNO: O PAPEL DA REPRODUÇÃO NA



## CONSTITUIÇÃO DO CAPITALISMO

Antes do apogeu do capitalismo – e sua descendência em espiral para sua versão tardia, em especial na periferia –, cuja consolidação e mundialização efetiva-se com a modernização iluminista, as relações sociais predominantes realizavam-se não sob a forma de dominação abstrata impessoal e indireta, isto é, por mecanismos de coerção econômica, mas sim por meio da dominação pessoal direta, ou seja, por meio da força e/ou modos de coerção extraeconômicos<sup>3</sup>.

No contexto das formações sociais<sup>4</sup> medievais, predominantes entre os sécs. V e XV, a dominação de classe efetivava-se sobretudo por meio de relações sociais de tipo servil, nas quais o “camponês” – o servo – estava sujeito à autorização condicionada do uso da propriedade de titularidade do senhor feudal, e cujo proveito impunha algumas obrigações, e.g., a concessão de parte do excedente produzido na gleba, a corveia, submissão familiar etc.

Nesse tipo de arranjo, a mulher possuía um status social “parcial”. Servas trabalhavam junto aos homens nas glebas dos feudos e contribuía com o mesmo grau de intensidade para as necessidades da família, e muitas camponesas eram as mais ativas padeiras e cervejeiras comerciais do interior<sup>5</sup>. Estavam, portanto, igualmente submetidas à exploração de seus senhores, tal como os servos – embora estivessem duplamente submetidas hierarquicamente, pois deviam obediência irrestrita tanto aos senhores quanto aos seus maridos. Desse modo, qualquer tipo de ato de poder ou de autoridade – enquanto poder legitimado –, mesmo entre os camponeses mais bem-sucedidos, era exercido exclusivamente por homens. O poder era, portanto, negado às mulheres, que eram excluídas de qualquer tipo de associação formal capaz de constituir uma comunidade política como as que vinculavam os homens entre si. O privilégio do exercício legítimo do poder era acessível apenas para os homens, cuja atuação política – ao menos nas vilas da Inglaterra medieval – lhes assegurava prestígio social e diversos benefícios pessoais<sup>6</sup>.

---

3 Essa oposição entre dominação pessoal concreta característica das relações servis e dominação impessoal abstrata própria das relações de tipo capitalista é mencionada brevemente numa nota de rodapé no *vol. I. d'O Capital* de Marx (MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 223). Para um debate mais aprofundado sobre essa distinção e suas implicações, cf.: POSTONE, Moishe. **Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx**. Trad. Amilton Reis e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014; CARSON, Rebecca. Fictitious Capital and the Re-emergence of Personal Forms of Domination. **Continental Thought & Theory**, v. 1, n. 4, 2017, p. 566-586.

4 A respeito do conceito de “formação social”, cf.: POULANTZAS, Nico. **Poder político e classes sociais**. Trad. Maria L. F. R. Loureiro. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2019, p. 19.

5 Note-se, como aponta Federici, que as mulheres exerciam não apenas funções de natureza comercial, mas também outras que hoje são socialmente consideradas como profissões masculinas. Não era incomum a certa altura da Idade Média, além padeiras e cervejeiras, encontrar também eram taverneiras, ferreiras, pedreiras, chapeleiras e açougueiras. No séc. XIV, algumas inclusive obteriam alta reputação e destaque atuando como professoras escolares, médicas e cirurgiãs (FEDERICI, Silvia. **O calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Trad. Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017, p. 62-64).

6 BENNET, Judith M. “Public power and authority in the Medieval English Countryside” in: ERLER, Mary; KOWALESKI, Maryanne. **Women and power in the Middle Ages**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1988, p. 19.

Mesmo as mulheres cidadinas, artesãs e comerciantes, embora possuíssem relativa igualdade e independência em relação aos homens em algumas partes da Europa, e em muitas cidades formassem a maior parte da população e fossem essenciais à produção, ao desenvolvimento econômico e à reprodução social, também acabavam por ficar em sua maioria submetidas ao jugo masculino. Como destaca Kollontai,

[...] muitas mulheres, na Idade Média, colaboravam produtivamente nas atividades artesanais municipais da cidade, numa época em que os ofícios organizados regionalmente eram a forma de economia dominante. Pelo fato de homens e mulheres produzirem igualmente, os costumes patriarcais se suavizavam e o direito masculino do mais forte desaparecia. Mas também não devemos superestimar, generalizando totalmente, a importância da mulher, principalmente na economia da cidade e no sistema produtivo da época. Embora muitas mulheres fossem autossuficientes, a grande maioria, como antes, era oprimida, dependiam do trabalho do marido e governavam a casa. Essas mulheres desempenhavam, portanto, uma tarefa que para a economia era secundária. Portanto, era natural que os artesãos e as mulheres da guilda não fossem iguais em todos os aspectos a seus maridos e irmãos. Essas mulheres não podiam alcançar a plena igualdade de direitos como membros da sociedade, enquanto a maioria das mulheres - pelo menos uma proporção significativa - não produzia ou fornecia trabalho útil para todas as pessoas de forma independente. O principal produtor e criador de todas as riquezas e benefícios dentro de cada classe foi e continuou a ser o homem. É por isso que nada mudou nem na situação da mulher no Estado e na sociedade e nem na sua dependência no casamento e na família.<sup>7</sup>

Portanto, no feudalismo europeu tardio, uma boa parte das mulheres, principalmente entre as camponesas e as artesãs, estava inserida na sociedade civil – no sentido de que estava sujeita ao mesmo grau de exploração do trabalho e de participação na reprodução da sociabilidade feudal –, mas não na comunidade política, o que nos revela um estatuto parcial e até mesmo ambíguo do seu reconhecimento social enquanto “sujeito”.

Como explica Martha Howell, as mulheres eram admitidas no reino cívico, mas não no reino político, ocupando assim uma posição social singularmente limitada cuja compreensão depende da apreensão da separação entre a participação em espaços públicos – comunidade cívica – e em espaços políticos – comunidade política:

Se nós quisermos entender por que o espaço político (mas aparentemente não o espaço público) nas cidades medievais tardias do Norte era reservado para os homens, nós devemos, ao que parece, abordar nossa tarefa de forma indireta. Como não podemos

---

7 No original: [...] muchas mujeres, em la Edad Media, colaboran productivamente em las empresas artesanales municipales de la ciudad, por lo tanto, em una época em que la artesanía organizada regionalmente era la forma dominante de economía. Por el hecho de que hombres y mujeres produjeran igual, se dulcificaban las costumbres patriarcales y desaparecia el derecho masculino del más fuerte. Pero tampoco debemos supervalorar, generalizando totalmente, la importancia de la mujer em especial em la economía de la ciudad y también em el sistema de producción de entonces. Aunque muchas mujeres se bastaban a sí mismas, la gran mayoría, lo mismo que anteriormente, estaban oprimidas, dependían del trabajo del marido y gobernaban su hogar. Estas mujeres realizaban por tanto una tarea que para la economía era de rango secundario. Por eso era natural que tampoco las artesanas y los miembros femeninos de los gremios se equipararan em todos los aspectos a sus maridos y hermanos. Estas mujeres no podían. Estas mujeres no podían conseguir la total igualdad de derechos como miembros de la sociedad, mientras la mayoría de las mujeres – al menos una proporción importante – no produjera independientemente y prestara un trabajo útil para todo el pueblo. El principal productor y creador de toda la riqueza y beneficios dentro de cada clase era y continuaba siéndolo el hombre. Por eso nada cambiaba tampoco em la situación de la mujer em el Estado y em la sociedad y em su dependencia em el matrimonio y em la familia. (KOLLONTAI, Alexandra. **La mujer em el desarrollo social**. Barcelona: Editorial Guadarrama, 1976, p. 24-25).

mensurar o alcance das atividades das mulheres na política formal, na qual as mulheres não tinham posições e nem atividades, devemos olhar para além de sua filiação, para a comunidade de onde os atores políticos da cidade vinham, a comunidade cívica. Lá nós encontraremos necessariamente mulheres, porque elas não poderiam ter desempenhado seus papéis no comércio e na indústria, em profissões juramentadas ou em instituições de caridade municipais se a elas tivesse sido negado seu status no reino cívico. Inobstante, nós sem dúvida também descobriremos que o status cívico da mulher era em algumas formas limitado, porque o status completo no reino cívico teria implicado o acesso pleno ao reino político – e precisamente aqui, é claro, as capacidades cívicas das mulheres se provaram inadequadas.<sup>8</sup>

Considerando que as mulheres participavam, dadas as condições da época, ativamente da vida social e produtiva e que muitas delas estavam integradas aos espaços públicos tanto quanto aos homens – exceto em sua dimensão política –, como explicar que, ainda sim, sua inserção social se deu de forma fraturada e parcial, não acompanhando o aparente processo de progressão histórica que se verificou, por exemplo, em relação aos homens? O que impedia a mulher medieva de alcançar o estatuto de “sujeito completo” e superar sua condição subalternizada?

Desde a transformação do cristianismo em religião estatal no séc. VI e a elaboração dos “*Paenintiali*” no séc. VII – manuais que tentavam impor uma espécie de catecismo sexual –, o clero reconhecerá o poder sexual exercido pelas mulheres sobre os homens e tentará empreender um distanciamento entre o sagrado, as mulheres e o sexo<sup>9</sup>. Serão diversas e sucessivas as tentativas de construir uma politização canônica sobre o sexo e a condição da mulher, ostracizando socialmente as mulheres de determinados espaços e transformando a sexualidade num objeto de vergonha, censura e supervisão, o que se dará de forma mais bem acabada em especial nos Concílios de Latrão do séc. XII, que estabelecerão uma série de cânones restringindo relações entre clérigos e mulheres, instituindo o celibato e proibindo a homossexualidade.

Esse avanço sobre o controle do corpo e da sexualidade não será recebido sem alguma resistência, em especial dos movimentos hereges. Mas o ponto de virada, segundo Federici, virá após a Peste Negra – que se estima ter dizimado entre 30 e 40% da população da Europa<sup>10</sup>. Isso repercutirá numa mudança na disparidade entre as forças produtivas materiais, invertendo o desequilíbrio entre servos e senhores, já que os camponeses em situação de servidão, diante da

---

8 No original: “If we hope to understand why political space (but apparently not public space) in late medieval city of North was reserved for men, we must, it seems, approach our task indirectly. Because we cannot plot the range of women’s activities in the formal polity, where women had no standing and no activities, we must look beyond its membership, to the community from which a city’s political actors were drawn, the civic community. There we will necessarily encounter women, because they could not have played their roles in commerce and industry, in the sworn professions, or in municipal charitable institutions if they had been denied all status in the civic realm. Yet we will undoubtedly also find that women’s civic status was in some limited, because full status in the civic realm would have implied open access to the political realm – and precisely here, of course, women’s civic capacities proved inadequate” (HOWELL, Martha C. “Citizenship and gender: women’s political status in Northern Medieval Cities” in: ERLER, Mary; KOWALESKI, Maryanne. **Women and power in the Middle Ages**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1988, p. 19, tradução nossa).

9 FEDERICI, *op. cit.*, p. 80.

10 Cf. ZIEGLER, Philip. **The black death**. 2. ed. Londres: Faber and Faber, 2009.

escassez de mão de obra, passarão a ter um maior poder de reivindicação e maior liberdade, ficando menos sujeitos ao poder senhorial<sup>11</sup>.

Outros fatores, porém, podem ter sido mais decisivos para essa transformação. O próprio sistema feudal já demonstrava sinais de decadência, em especial com o surgimento da manufatura de lã na Inglaterra, os consequentes aumento dos preços da lã e substituição da lavoura pelo pastoreio, o florescimento das cidades, os empreendimentos coloniais e a ascensão de uma nova nobreza latifundiária que passa a ter por critério de poder o acúmulo de dinheiro (capital).

Como mostra Marx ao tratar do processo de acumulação primitiva – um processo relativamente longo e sangrento de “transição” –, não tardará até que, por volta do séc. XV, os camponeses livres passem a substituir os servos nos arranjos produtivos e o modo de produção feudal praticamente desapareça. Esse longo processo de transição culminará finalmente na expropriação violenta das terras da população rural – os “atos de cercamento” formalizados nas “*Bills for Inclosures of Commons*”<sup>12</sup> –, processo que ensejará a consolidação efetiva do modo de produção capitalista por volta do séc. XVIII.

Entretanto, Federici nos revela que para além destas condições retromencionadas, o novo regime de acumulação que despontava no alvor da modernidade impôs a “transformação do corpo em uma máquina de trabalho e a sujeição das mulheres para a reprodução da força de trabalho. Principalmente, exigiu a destruição do poder das mulheres, que, tanto na Europa quanto na América, foi alcançada por meio do extermínio das ‘bruxas’”<sup>13</sup>. Nesse sentido, a acumulação

---

11 FEDERICI, *op. cit.*, p. 96-102. O argumento de natureza demográfica proposto por Silvia Federici merece alguma reserva, já que a alteração da quantidade e do perfil populacional, bem como seus efeitos em relação à composição das forças produtivas materiais, não será reproduzido uniformemente em todos os países da Europa. Como nos mostra Robert Brenner, a servidão, alguns lugares, e.g., a França, demonstrarão evidentes sinais de declínio já no séc. XIII, antes mesmo da Peste Negra. O debate sobre a transição do feudalismo para o capitalismo é particularmente complexo e permanece até hoje controverso. Nesse sentido, cf.: ASTON, T. H; PHILPIN, C. H. E. **The Brenner Debate: agrarian class structure and economic development in pre-industrial Europe**. Cambridge, England: Cambridge University, 1985.

12 MARX, *op. cit.*, p. 788 e ss. Nesse sentido, como nos explica Marx, “a propriedade comunal – absolutamente distinta da propriedade estatal anteriormente considerada – era uma antiga instituição germânica, que subsistiu sob o manto do feudalismo. Vimos como a violenta usurpação dessa propriedade comunal, em geral acompanhada da transformação das terras de lavoura em pastagens, tem início no final do séc. XV e prossegue durante o séc. XVI. Nessa época, porém, o processo se efetua por meio de atos individuais de violência, contra os quais a legislação lutou, em vão, durante 150 anos. O progresso alcançado no século XVIII está em que a própria lei se torna, agora, o veículo do roubo das terras do povo, embora os grandes arrendatários também empreguem paralelamente seus pequenos e independentes métodos privados. A forma parlamentar do roubo é a das “*Bills for Inclosures of Commons*” (leis para o cercamento da terra comunal), decretos de expropriação do povo, isto é, decretos mediante os quais os proprietários fundiários presenteiam a si mesmos, como propriedade privada, com as terras do povo. Sir Francis Morton Eden refuta sua própria argumentação espirituosa de advogado, na qual procura apresentar a propriedade comunal como propriedade privada dos latifundiários que assumiram o lugar dos senhores feudais, quando exige uma ‘lei parlamentar geral para o cercamento das terras comunais’, admitindo, com isso, ser necessário um golpe de Estado parlamentar para transformar essas terras em propriedade privada e, por outro lado, quando reivindica ao poder legislativo uma ‘indenização’ para os pobres expropriados”. (MARX, *op. cit.*, p. 796-797).

13 FEDERICI, *op. cit.*, p. 119.

primitiva necessária para constituir as bases do vindouro modo de produção capitalista impôs também uma “*acumulação de diferenças e divisões dentro da classe trabalhadora*, em que as hierarquias construídas sobre o gênero, assim como sobre a ‘raça’ e a idade, se tornaram constitutivas da dominação de classe e da formação do proletariado moderno”<sup>14</sup>.

Tais fatores de diferenciação e hierarquização se acentuam em particular após uma nova crise demográfica no séc. XVI e XVII, em que se verifica um decréscimo populacional sem precedentes, comparável apenas com a Peste Negra. Essa crise populacional representava um risco para o capitalismo em desenvolvimento, suscitando temores de que o processo de acumulação capitalista em curso pudesse entrar em colapso. Como nos mostra Federici,

É nesse contexto que o problema da relação entre trabalho, população e acumulação de riquezas passou ao primeiro plano do debate e das estratégias políticas com a finalidade de produzir os primeiros elementos de uma política populacional e um regime de “biopoder”. [...] a intensificação da caça às “bruxas” e os novos métodos disciplinares que o Estado adotou nesse período, com a finalidade de regular a procriação e quebrar o controle das mulheres sobre a reprodução, têm também origem nessa crise.<sup>15</sup>

Considerando que o processo de acumulação capitalista depende sobretudo da acumulação de trabalho morto a partir da exploração do trabalho vivo<sup>16</sup>, a existência de trabalhadores exploráveis é condição indispensável ao processo de acumulação capitalista. Por essa razão, a necessidade de existência da reprodução contínua de uma população apta ao trabalho torna-se fundamental. Logo, a procriação, a natalidade e a reprodução tornam-se objeto de investimento do poder estatal: o trabalho vivo é condição para a reprodução da acumulação, e sua perenização depende da reprodução humana. Por essa razão, o Estado envidará todos os seus esforços para arrancar violentamente das mulheres seu controle sobre seus corpos e sua reprodução:

[...] essa guerra foi travada principalmente por meio da caça às bruxas, que literalmente demonizou qualquer forma de controle de natalidade e de sexualidade não procriativa, ao mesmo tempo que acusava as mulheres de sacrificar crianças para o demônio. Mas a guerra também recorreu a uma redefinição do que constituía um crime reprodutivo. Desse modo, a partir de meados do século XVI, ao mesmo tempo que os barcos portugueses retornavam da África com seus primeiros carregamentos humanos, todos os governos europeus começaram a impor penas mais severas à contracepção, ao aborto e ao infanticídio. [...] O resultado destas políticas, que duraram duzentos anos (as mulheres continuavam sendo executadas na Europa por infanticídio no final do século XVIII), foi a escravização das mulheres à procriação. Enquanto na Idade Média elas podiam usar métodos contraceptivos

---

14 Ibid., p. 119.

15 Ibid., p. 169-170.

16 A distinção entre trabalho morto e trabalho vivo refere-se, respectivamente, à quantidade de trabalho cristalizado numa mercadoria e à força de trabalho humano em potencial, ainda não objetivada: “Para ser realmente auto fundamentado, o valor deve ser produzido por valor. Mas o trabalho morto não pode produzir mais trabalho morto. O que é preciso é que o capital “internalize” na produção a atividade que pode transformar o trabalho morto em mais trabalho morto: isto é, a única “alteridade” do trabalho morto, que é o trabalho vivo dos seres humanos. Isso acontece apenas quando trabalhadores como portadores da força de trabalho, e portanto, como trabalho vivo em potencial, se tornam uma mercadoria (muito especial) comprada e vendida no mercado (de trabalho)”. (BELLOFIORE, Ricardo. “Lost in translation? Once again on the Marx-Hegel connection” In: **Marx’s Capital and Hegel’s Logic**. MOSELEY, Fred; SMITH, Tony (org.). Leiden, Holanda: Koninklijke Brill, 2014, p. 182, tradução nossa).

e haviam exercido um controle indiscutível sobre o parto, a partir de agora seus úteros se transformaram em território político, controlados pelos homens e pelo Estado: a procriação foi colocada diretamente a serviço da acumulação capitalista.<sup>17</sup>

A reprodução e a maternidade foram lançadas assim à condição de trabalho forçado. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, as mulheres foram reduzidas a não-trabalhadoras, ao contrário do que se verificava no medievo. Ainda no séc. XVI, manuais e sermões do clero protestante, e mais tarde do clero católico, bem como o discurso jurídico de modo geral, esforçaram-se em restringir o reconhecimento das atividades executadas por mulheres como trabalho produtivo. Quando uma mulher realizava uma atividade como a costura de roupas, por exemplo, mesmo para fins de venda, esse tipo de trabalho manual não era considerado trabalho produtivo, mas trabalho doméstico. Isso não se sucedia se essa atividade fosse executada por um homem. Assim, todas as ocupações eram consideradas como “vocações masculinas”, restando à mulher apenas a função de esposa e mãe. Portanto, o gênero do trabalhador, e não o trabalho em si ou seu espaço de execução, passou a marcar a diferença entre o que era considerado trabalho produtivo e o que era considerado trabalho doméstico, ou seja, entre o que era “produção” e o que era “reprodução”<sup>18</sup>.

Essa diferenciação entre produção e reprodução é de fundamental importância. Até o capitalismo, nenhum outro modo de produção impôs uma separação material entre produção e reprodução. É apenas no capitalismo que todo o trabalho e todo produto, ou, mais precisamente, toda mercadoria – pois no capital o trabalho não é outra coisa senão uma mercadoria – passa a ter um caráter dúplice: uma mercadoria possui ao mesmo tempo valor de troca e valor de uso; o trabalho possui, ao mesmo tempo, valor de troca e valor de uso<sup>19</sup>. Com o advento do capitalismo, todo produto – doravante mercadoria – se manifesta não apenas como utilidade – sob sua “forma natural” – mas também como um valor. Eis aqui a forma-valor da mercadoria e a própria forma-mercadoria enquanto valor de uso e valor de troca<sup>20</sup>.

Dessa forma, sob a lei do valor totalizada pelo capital, apenas aquilo que produz valor é considerado trabalho; o que não produz valor não pode ser considerado trabalho. O que não produz valor aparece, assim, apenas como um momento necessário à produção, simples atividade de reprodução dos indivíduos – força de trabalho – necessária para assegurar o circuito de produção de

---

17 FEDERICI, *op. cit.*, p. 174, 177.

18 WIESNER, Merry E. **Women and gender in Early Modern Europe**. 2. ed. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2000, p. 104.

19 MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 124.

20 Consoante Marx, “o produto do trabalho é, em todas as condições sociais, objeto de uso, mas o produto do trabalho só é transformado em mercadoria numa época historicamente determinada de desenvolvimento: uma época em que o trabalho despendido na produção de uma coisa útil se apresenta como sua qualidade “objetiva”, isto é, como seu valor. Segue-se daí que a forma de valor simples da mercadoria é simplesmente a forma-mercadoria simples do produto do trabalho, e que, portanto, também o desenvolvimento da forma-mercadoria coincide com o desenvolvimento da forma de valor (Ibid., p. 137-138).

valor sob a exploração do trabalho. Como explica Leopoldina Fortunatti:

[...] sob o capitalismo, a reprodução é separada da produção: a antiga unidade que existia entre a produção de valores de uso e a reprodução dos indivíduos com modos de produção pré-capitalistas desapareceu, e agora o processo geral de produção de mercadorias aparece separado e até mesmo em oposição direta ao processo de reprodução. Enquanto o primeiro aparece como criação de valor, a segunda, a reprodução, aparece como criação de não-valor. A produção de mercadorias é assim colocada como o ponto fundamental da produção capitalista, e as leis que a regem como as leis que caracterizam o próprio capitalismo. A reprodução passa a ser colocada como produção “natural”.<sup>21</sup>

A atividade de reprodução não é, ao contrário do trabalho, remunerada na forma do salário. Enquanto o primeiro é realizado na fábrica, no comércio, no mundo exterior, orientado sob uma determinada divisão social do trabalho, a atividade de reprodução é executada predominantemente no interior do lar, de forma solitária. Ambos são organizados sob parâmetros totalmente diferentes. Apesar disso, o primeiro depende do segundo; ambos estão indissolúvelmente conectados. A reprodução é condição para a produção. Dessa forma, segundo Fortunatti, a separação seria, no final das contas, falsa, mistificada: não há produção de valor possível sem a esfera da reprodução. A reprodução é também criação de valor, mas de forma indireta: ela não se manifesta formalmente como criação de valor – ela está “ocluída” –, mas o é materialmente.<sup>22</sup>

Contudo, talvez a verdade deste movimento resida justamente na exclusão da atividade

---

21 Texto original: “[...] under capitalism, reproduction is separated off from production: the former unity that existed between the production of use-values and the reproduction of individuals with precapitalist modes of production has disappeared, and now the general process of commodity production appears as being separate from, and even in direct opposition to, the process of reproduction. While the first appears as the creation of value, the second, reproduction, appears as the creation of non-value. Commodity production is thus posited as the fundamental point of capitalist production, and the laws that govern it as the laws that characterize capitalism itself. Reproduction now becomes posited as “natural” production” (FORTUNATI, Leopoldina. **The arcane of reproduction: housework, prostitution, labor and capital.** New York, USA: Autonomedia, 1995, p. 8).

22 Ibid., p. 8-9. Embora a autora utilize o termo “trabalho” para se referir tanto às atividades realizadas na produção que geram diretamente valor – trabalho assalariado – quanto às atividades efetuadas na esfera da reprodução que não geram valor diretamente, mas apenas de forma indireta – trabalho não assalariado –, optamos metodologicamente por substituir a locução conceitual “trabalho de reprodução” por “atividade de reprodução, já que o trabalho, enquanto conceito historicamente específico, está limitado à descrição daquelas atividades que geram valor no contexto de formações sociais de tipo capitalista. Por outro lado, não há qualquer vantagem teórica em equivaler as atividades de reprodução ao trabalho, pois arrisca-se assim a promover uma reificação ainda maior da vida social, lançando sob a lógica do valor inclusive atividades que, a rigor, transcendem-na. Nesse sentido, vale conferir as considerações de Scholz: “Nesta linha, muitas vezes se tenta elevar o trabalho doméstico, não considerado as análises do capital, à mesma categoria do trabalho assalariado (isto é, do trabalho abstrato) e/ou determinar o ‘valor’ do trabalho doméstico. Semelhante ampliação do conceito de ‘trabalho produtivo’ corre a meu ver o perigo — contra sua intenção — de abrir caminho a uma reificação ainda maior das relações sociais no plano teórico, uma vez que a ‘produção da vida’, assim chamada erroneamente, passa também ela a ser apreendida com categorias que se orientam pela produção de mercadorias. Uma saída para tal dilema poderia a meu ver ser oferecida por uma compreensão crítica da teoria de Marx que justamente não superestimasse o ‘valor’, ou seja, a forma de representação do trabalho abstrato, diferentemente do marxismo cunhado pelos movimentos trabalhistas, o qual define o ‘trabalho’ como característica do gênero humano (com o que concordam as feministas supracitadas). Pelo contrário, tratar-se-ia de uma crítica do ‘trabalho’, que na qualidade de ‘consumo econômico-empresarial abstrato da força de trabalho e matérias-primas’ se torna cada vez mais obsoleto e tem de ser posto em questão (R. Kurz). Salvo engano, é precisamente a ascensão do princípio masculino do ‘trabalho abstrato como um tautológico fim em si mesmo’ (R. Kurz) que traz como resultado o confinamento doméstico e a repressão da mulher na história ocidental, produzindo, ao fim e ao cabo, a perda da dimensão sensível das relações humanas, a destruição da natureza e a ameaça de guerra nuclear”. (SCHOLZ, Roswitha. O valor é homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 45, julho 1996, p. 16).

doméstica da socialização pelo valor. Segundo a crítica de Roswitha Scholz, a atividade doméstica não seria abrangida pela forma do valor – que, como uma espécie de Midas, torna tudo o que toca em valor, simples quantidade de trabalho humano indiferenciado, isto, é valor abstrato/trabalho abstrato – por razões sociais e culturais que historicamente implicaram no seu apagamento enquanto “trabalho que produz valor”, mas sim porque o valor e o trabalho abstrato já surgem como um “princípio masculino”, ou seja, a “cisão” entre o que é masculino e o que é feminino no capitalismo, o que é produção e o que é reprodução, o que é trabalho e o que é atividade doméstica resultam de uma constituição negativa empreendida pela socialização do valor, em que se relega à mulher tudo aquilo que não é absorvido na forma abstrata do valor<sup>23</sup>.

Portanto, a esfera da reprodução não seria considerada uma “esfera feminina” porque a sua dimensão de criação de valor teria sido apagada – como sugere Fortunatti –, mas sim porque essa “cisão” resulta da própria totalização da forma do valor que impõe a divisão entre esfera de produção – valor – e de reprodução – não valor –, esfera masculina e esfera feminina, esfera pública e esfera privada. Como vimos até aqui, as mulheres serão relegadas justamente para a esfera do doméstico e do privado, para o âmbito da reprodução, condição fundamental para a consolidação do modo de produção capitalista.

De qualquer modo, uma série de outros processos históricos além dos mencionados acima, como a criminalização do controle das mulheres sobre a procriação<sup>24</sup>, a “caça às bruxas”<sup>25</sup> empreendida entre os séculos XIV e XVIII e a construção da imagem da mulher como um ser irracional, inconstante e inadequada às novas exigências do mundo moderno capitalista<sup>26</sup>, a Reforma Protestante e o Iluminismo, demonstram a gradual e crescente preterição da mulher no espaço social com vistas a constituir as bases historicamente necessárias para a consolidação do capitalismo, reservando o espaço de produção ao homem e de reprodução – cuidado do lar e maternidade – à mulher – ao mesmo tempo que o oculta como momento necessário da produção de valor. Como veremos, isso implicará também na ausência do reconhecimento da mulher enquanto sujeito político e jurídico no curso do processo de modernização capitalista.

Em todo o caso, o que queremos indicar aqui à guisa de introdução é que há um conjunto

---

23 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 18.

24 FEDERICI, *op. cit.*, p. 181-190.

25 FEDERICI, *op. cit.*, p. 312-335.

26 Haverá um longo e esforçado empreendimento para se produzir uma imagem da mulher como contrário a tudo aquilo que o homem moderno – e adequado ao trabalho no modo de produção capitalista – é: enquanto o homem é racional, eficiente, forte, dominador e dotado de livre-arbítrio a mulher é concebida como irracional instável, raivosa, perversa, fraca e suscetível. Uma das maiores referências que irão contribuir para construir essa imagética da mulher – em especial da “bruxa” – será o *Malleus maleficarum*, cujas teses reivindicam ser a mulher um agente por excelência do “demônio” que, visando causar o máximo de mal ao homem, atua por meio da manipulação da sexualidade, algo essencialmente ligado à mulher. Cf. KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**: malleus maleficarum. 12. ed. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Ventos, 1997.



significativo de paulatinas transformações sociais que, interpretadas dialeticamente à luz das relações materiais constituídas pelo capitalismo, evidenciam como a mulher será historicamente assimilada pela modernização capitalista – e, portanto, por sua superestrutura jurídica e política – como um não-sujeito ou um sujeito menor ou parcial, refletindo assim a posição e o papel sociais que lhe foram atribuídos nas primícias do capitalismo.

### 3. DIREITO, FORMA E SUBJETIVIDADE

A forma-mercadoria e a forma-valor são formas sociais que irão se desenvolver no curso da consolidação do modo de produção capitalista, viabilizando seu desenvolvimento e funcionamento e sendo também simultaneamente moldadas por ele, tornando-se as formas sociais primordiais que diferenciam o vigente modo de produção e mediam como as relações sociais passam a se dar.

Se, como vimos, as mulheres serão assujeitadas de forma particular pelo processo histórico de constituição do capital, o que terá reflexos no estatuto político e, portanto, jurídico da mulher, qual é o papel que o direito terá nesse movimento? Será que o direito – muitas vezes tido como um dado ontológico, tratado como uma área de conhecimento que se desenvolve desde os primórdios da civilização, como consequência de uma socialização humana natural — não pode ter sido também afetado pelas determinações do modo de produção capitalista, reproduzindo em seu bojo as transformações sociais que se sucederam no curso da modernização?

A esse respeito, Pachukanis nos indica que uma leitura dialético-materialista – ou seja, marxista – do direito enquanto objeto de análise nos permite conceber uma teoria geral do direito que o toma não como um objeto abstrato concebido teoricamente, mas sim como um objeto concreto que possui uma determinada origem e dinâmica próprias, histórico e materialmente constituídas, que irão produzir determinados efeitos materiais. Uma compreensão efetiva do direito depende assim de sua apreensão enquanto forma historicamente constituída:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada que de antemão recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo.<sup>27</sup>

Nesse sentido, o Estado e o direito devem ser tomados como formas sociais da mesma ordem, i. e., ambas como formas sociais que derivam da forma mercadoria e da forma-valor historicamente determinadas. Em outras palavras, o Estado revela-se como a “forma política” e o

---

27 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do Direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 71.

direito como a “forma jurídica” da sociabilidade capitalista. Ocorre que, como já se pode imaginar, isso não se dá de maneira automática. Muito pelo contrário, trata-se de um movimento em que as formas sociais se relacionam afetando-se reciprocamente, de modo que, em congruência com o desenvolvimento e a consolidação do capitalismo, essas formas viabilizarão sua reprodução e manutenção<sup>28</sup>.

Esse processo de derivação intrínseca e conformação não é uma mera abstração lógica, mas manifesta-se materialmente enquanto resultado de uma série de processos históricos, como alguns dos já apontados neste artigo. A apoteose dessa derivação de formas se dará sobretudo com o estabelecimento do capitalismo industrial e seu corolário, a “abstração real”, em que o trabalhador é final e definitivamente integrado ao circuito de produção de mercadorias como simples unidade de força de trabalho, mero “valor em potencial”:

Com a utilização do sistema de máquinas, o processo de trabalho se converte em um conjunto de operações que não exige do operário as condições intelectuais e a habilidade de antes; ao contrário, o trabalhador se torna um mero fornecedor de energia laborativa indiferenciada, sem qualquer “qualidade” específica. A sua antiga capacidade de manejar os instrumentos de trabalho e de elaboração e compreensão do ciclo produtivo agora é inútil, e ele se vê reduzido à condição de um “apêndice da máquina”, como diz Marx. Assim, o trabalho de um operário não se distingue do trabalho de um outro operário, e as forças de trabalho dos trabalhadores diretos, conseqüentemente, se tornam igualizadas entre si, de modo que somente nesse momento o trabalho abstrato se realiza praticamente.<sup>29</sup>

Diante desse panorama em que a abstração do trabalho atinge seu ápice e se consolida, tendo-se em vista que o sistema de troca de mercadorias subjaz como centralidade desse modo de produção, reconhece-se que as categorias jurídicas, tal qual as econômicas, se mostram como aparentemente universais quando são, na verdade, uma especificidade da sociedade moderna capitalista<sup>30</sup>.

A determinação que as categorias econômicas presentes no capitalismo exercem é facilmente apreensível ao se observar a relação simbiótica<sup>31</sup> entre suas formas derivadas, a forma política e a forma jurídica. Esta relação não se dá por uma suposta equivalência ou igualdade entre estas formas, mas devido ao fato de ambas serem derivadas daquelas e, portanto, serem

---

28 OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de. **A dialética entre Hegel e Marx**: elementos para uma crítica da forma jurídica e da forma política. Orientador: Jorge Sobral da Silva Maia. 2018. 342 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Jacarezinho, 2018, p. 226. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11008-diogo-mariano-carvalho-de-oliveira/file>. Acesso em: 11 ago. 2022

29 NAVES, Márcio B. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2014, p. 14. A fim de elucidar ainda mais este contexto e de que maneira ele abre os caminhos para a constituição da forma jurídica do capital, Diogo Oliveira (2018, p. 230) explica: “[...] a forma jurídica só pode assumir suas determinações em uma formação social capitalista na qual a mercadoria é a condição elementar da troca, e em razão da qual o trabalho, na medida em que se reveste da forma mercadoria, passa a ser indiferenciado, reduzindo-se a trabalho humano abstrato” (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 230.).

30 PACHUKANIS, *op. cit.*, 2017, p. 85.

31 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 34.

responsáveis pela reprodução da economia capitalista<sup>32</sup>.

A forma política e a forma jurídica não guardam relação apenas porque ambas resultam de um processo de derivação. Devemos perceber que este processo não se deu de maneira isolada entre ambas, sendo que ao longo dele ambas as formas passaram a se afetar mutuamente, numa dinâmica denominada por Alysson Mascaro de “conformação”<sup>33</sup>:

O vínculo entre forma política e forma jurídica é de conformação, realizando entre si uma espécie de derivação de segundo grau, a partir de um fundo primeiro e necessário que é derivado diretamente da forma-mercadoria. É o aparato estatal já necessariamente existente e as formas jurídicas já anunciadas socialmente que se encontram para então estabelecer um complexo fenomênico político-jurídico.

É importante explorar este processo de imbricamento entre ambas as formas pois esta análise nos permite observar que, diferentemente do que é posto pelos jus positivistas<sup>34</sup>, Estado e direito não são um mesmo fenômeno sob ângulos diferentes, mas partes de uma estrutura social, atuando mutuamente para garantir a reprodução do valor enquanto o contorno político vai constituindo o jurídico<sup>35</sup>. Isto é, a forma jurídica — ao longo dos processos de conformação — media a relação da forma política com os processos de reprodução do capital e de valorização do valor, atuando como “o veículo e o instrumento pelo qual a forma política exerce sua regulação a favor do valor”<sup>36</sup>.

Considerando, portanto, que os processos históricos de entronização do modo de produção capitalista, em especial no início da modernidade, estabelecerão uma dinâmica social historicamente específica que implicará na dissolução do indivíduo sob a forma da mercadoria e na exclusão da mulher dos espaços de trabalho e produção socialmente reconhecidos, é forçoso reconhecer que essas práticas históricas serão abrangidas pela forma jurídica e política estabelecidas

---

32 Ibid., p. 39.

33 Ibid., p. 41. Alysson Mascaro trata este processo não como a criação de uma forma social a partir de outra, mas como ajustes feitos de uma forma à outra, de maneira que este processo adaptativo especifica as formas sociais; sendo que na sociabilidade capitalista, da forma-mercadoria derivam outras formas sociais, como a forma política estatal e a forma jurídica, sendo que estas duas conformam-se entre si, instituindo uma “derivação secundária” (MASCARO, Alysson Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. **Debates**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, jan./abr., p. 8. 2019, p. 14-15. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/89435/52503>. Acesso em 4 jan. 2022.).o conceito utilizado por Alysson Mascaro para explicar a relação das formas sociais de maneira. No que diz respeito à relação específica de conformação entre forma política e a forma jurídica, vejamos: “Entre as instituições do Estado e do Direito há uma relação simbiótica, em nível estrutural. No capitalismo, a forma política estatal é imediatamente acompanhada da forma jurídica, a tal ponto que se dá, nesse caso, além da derivação de uma forma social comum, a forma-valor, uma conformação — ou, do mesmo modo, uma consubstanciação ou uma derivação secundária recíproca —, institucionalizando suas formas conjuntamente” (Ibid., p. 34).

34 Taylisi Leite é perspicaz ao sentenciar que “no capitalismo, se, de um lado, o Estado é tomado como legítimo porque foi constituído pelo direito; de outro, o Direito é tratado como legítimo porque emanou do Estado”, criticando esta perspectiva que ignora a verdadeira relação que estas formas guardam entre si, de derivação, conformação e imbricamento, e não por uma suposta lógica de equivalência entre ambas (LEITE, Taylisi de Souza Côrrea. **Crítica ao feminismo liberal**: valor-clivagem e marxismo feminista. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 62).

35 LEITE, Taylisi de Souza Côrrea. **Crítica ao feminismo liberal**: valor-clivagem e marxismo feminista. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 38.

36 Ibid, p. 61-62

no capitalismo.

O idílio dos direitos fundamentais costumeiramente propagado pelo discurso jurídico iluminista não é capaz de resistir ante uma leitura material do real. Postos à luz da realidade histórica, o direito e a política são expostos não como produtos racionais de uma consciência jurídica universal progressiva e humanista, mas sim como formas sociais de legitimação da exclusão e da violação. Ao mesmo tempo que o direito reconhecerá aos indivíduos o estatuto de sujeito de direito – atribuindo-lhe a princípio ao homem branco ocidental –, também excluirá outras subjetividades.

Devemos, portanto, desmistificar as mistificações ideológicas<sup>37</sup> que acobertam o fato de que as formas política e jurídica desenvolveram-se sob a lógica do valor e com vistas à reprodução do valor e observar o movimento do real através de uma perspectiva materialista, isto é, conceber estas formas como historicamente determinadas e determinantes da acumulação capitalista:

Enquanto a forma política, nos últimos séculos, tem-se prestado a viabilizar genocídios, encarceramentos, guerras, destruição da natureza e maior acumulação de capital, a forma jurídica tem cumprido seu papel de legitimar os instrumentos e mecanismos que operacionalizam o funcionamento da sociedade burguesa e a exploração do trabalho.<sup>38</sup>

A estrutura fetichista de mistificação do real, responsável por ocultar sua materialidade, importa para o direito as mesmas determinações econômicas da totalidade capitalista que transformam os indivíduos em meras engrenagens de reprodução do valor. No capital, todas as determinações qualitativas dos indivíduos desaparecem sob o fetichismo da forma mercadoria<sup>39</sup>: todo indivíduo é apenas um simples “trocador de mercadorias”. Com a generalização da lei do valor, as relações sociais entre sujeitos desaparecem sob a forma de relações entre coisas – universalmente quantificáveis em dinheiro –, um paralelo que se estende também para o direito, pois toda a individualidade concreta e suas determinações qualitativas desaparecem sob a abstração do sujeito de direito<sup>40</sup>. Desse modo, a configuração das relações sociais no capitalismo também se

37 Vale ressaltar que ideologia aqui não deve ser entendida aqui como “falsa consciência”, como se a mistificação ideológica fosse um simples falseamento da realidade. O poder da mistificação ideológica reside no fato de que ela produz efeitos reais: “o conceito ou a palavrinha ‘ideologia’ não deve nos impedir de prosseguir com a análise. Simplificaria muito a tarefa se nos satisfizéssemos com a explicação segundo a qual a noção de ser humano igual a outro ser humano é unicamente uma criação da ideologia. ‘Baixo’ e ‘alto’ não são nada mais que conceitos que expressam nossa própria ideologia ‘terrestre’. Contudo, em sua base está, seguramente, o fato real da gravitação terrestre. E foi justamente quando o homem conheceu a razão real que o fez distinguir entre alto e baixo, ou seja, a força da gravidade direcionada para o centro da Terra, que ele percebeu as limitações dessas definições, sua inadequação à aplicação a toda realidade cósmica. Dessa maneira, a descoberta do caráter ideológico de um conceito seria o outro lado da descoberta de sua verdade.” (PACHUKANIS, *op. cit.*, p. 155).

38 LEITE, *op. cit.*, p. 69.

39 Sobre o “fetichismo da mercadoria”, cf.: RUBIN, Isaak. **Teoria marxista do valor**. Tradução de José B. S. A. Filho. São Paulo: Polis, 1987, p. 17-74.

40 Nesse sentido: “A reprodução do capitalismo se estrutura por meio de formas sociais necessárias e específicas, que constituem o núcleo de sua sociabilidade. O processo de constituição das formas é social, histórico, relacional, e é por meio das interações sociais que elas mesmas se formalizam [...]. As formas são imanentes às relações sociais. No capitalismo, verifica-se que a generalização das trocas constitui a forma econômica correspondente, a forma-mercadoria, que posteriormente configura a totalidade das relações sociais: dinheiro, mensuração do trabalho,

reflete, isto é, deriva-se no direito:

[...] o direito “reflete” uma relação de troca entre proprietários de mercadorias, estando nessa relação sua essência. Todavia, na sociedade produtora de mercadorias, esta relação de troca entre proprietários seria generalizada, pois a mercadoria encontra-se presente em todos os setores sociais. Assim, o “ponto de vista” jurídico também poderia ser generalizado na sociedade, aparecendo esta como um mundo jurídico.<sup>41</sup>

Esse aspecto da forma jurídica capitalista, em que ela se mostra generalizada, engendrando todas as relações sociais da totalidade capitalista, é o que constitui, em paralelo ao fetichismo da mercadoria, o que Michel Mialle chama de fetichismo jurídico:

As relações reais estão ocultadas por todo um imaginário jurídico: o direito designa e desloca ao mesmo tempo os verdadeiros problemas. Este imaginário é o da pessoa sujeito de direito e o da norma regra imperativa. Porque estou convencido de que o homem é fonte do direito, posso submeter-me ou resignar-me a obedecer a um sistema de normas de que ele é autor. Mais precisamente, estas normas parecem-me lógicas e necessárias para organizar relações que eu não posso então perceber que estão já organizadas ‘noutro lado’. Ao realizar-se, o direito não diz pois o que deve ser, diz já ‘aquilo que é’. Mas esta realidade não pode surgir-me uma vez que, à semelhança da mercadoria, a norma me deixa crer que é fonte de valor, que ela é pois um imperativo primeiro e categórico. É aqui que entra a fetichização: atribuo à norma jurídica uma qualidade que parece intrínseca (a obrigatoriedade, a imperatividade), justamente quando esta qualidade pertence não à norma mas ao tipo de relação social real de que esta norma é a expressão. Da mesma maneira que a mercadoria não cria valor mas o realiza no momento da troca, a norma jurídica não cria verdadeiramente a obrigação: realiza-a no momento das trocas sociais.<sup>42</sup>

A forma jurídica reflete, assim, o feitiço da forma valor. Se, sob a forma valor generalizada, todo produto criado pela atividade humana se torna uma mercadoria resultante do trabalho humano quantificável e representável em dinheiro, sob a forma jurídica, todo indivíduo – ou quase todo – concreto se torna um sujeito de direito abstrato, ao qual são atribuídas determinadas qualidades – direitos – que de fato existem materialmente, mas não como estão formalmente prescritos. Liberdade, para que os homens possam contratar livremente entre si, comprando e vendendo mercadorias, objetos ou trabalho humano; igualdade, pois são todos igualmente livres para fazê-lo enquanto possuidores de mercadorias que trocam equivalente por equivalente. Marx, sobre isso, é inequivocamente preciso:

---

propriedade, sujeito de direito, política etc. No capitalismo, a identidade de tudo é mercantil”. (LEITE, Taylisi de Souza Côrrea. *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 74). Nessa mesma linha, aduz Oliveira: “[...] o terreno elementar da forma jurídica se desenvolve como o espaço de regulação de interesses privados antagônicos. Ora, isso é próprio das formas como as relações sociais aparecem na sociedade capitalista. Como demonstramos, no capitalismo as relações entre os indivíduos aparecem como relações entres simples trocadores de mercadorias, entre vendedores e compradores, entre credores e devedores, cada um opondo o seu interesse privado perante o outro. Toda individualidade dos sujeitos lhe é negada e suas atribuições personalíssimas são simplesmente dissolvidas nessas relações. As diversas relações da sociedade de produção mercantil tomam a forma de relações de troca, e essas relações de troca são conservadas na forma do direito. A forma jurídica é, portanto, um reflexo da forma valor. As relações sociais são, necessariamente, relações jurídicas, relações entre vontades pessoais mediadas pela forma jurídica. Isto é, na sociedade capitalista as relações de troca assumem a forma de relações jurídicas” (OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 235).

41 FERREIRA, Adriano de Assis. **Questão de classes: Direito, Estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2009, p. 103.

42 MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa, Portugal: Editorial Estampa, 2005, p. 95.

A esfera da circulação ou da troca de mercadorias, em cujos limites se move a compra e a venda da força de trabalho, é, de fato, um verdadeiro Éden dos direitos inatos do homem. Ela é o reino exclusivo da liberdade, da igualdade, da propriedade e de Bentham. Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu. Bentham, pois cada um olha somente para si mesmo. A única força que os une e os põe em relação mútua é a de sua utilidade própria, de sua vantagem pessoal, de seus interesses privados. E é justamente porque cada um se preocupa apenas consigo mesmo e nenhum se preocupa com o outro que todos, em consequência de uma harmonia preestabelecida das coisas ou sob os auspícios de uma providência todo-astuciosa, realizam em conjunto a obra de sua vantagem mútua, da utilidade comum, do interesse geral.<sup>43</sup>

Nas relações sociais de tipo capitalista, todos os indivíduos concretos são dissolvidos na abstração da forma jurídica. Tornam-se assim não mais indivíduos concretos, dotados de determinadas qualidades, mas sim sujeitos de direito, abstrações jurídicas. Em toda relação que estabelecem entre si, os indivíduos não são mais pessoas de carne e osso, mas sim subjetividades jurídicas igualizadas:

A troca de mercadorias se caracteriza pelo encontro entre dois sujeitos de direito possuidores que, de forma voluntária, se relacionam entre si. Aqui se estabelece um contrato ou, melhor dizendo, uma relação jurídica. Em uma relação jurídica não há diferença formal entre os sujeitos, pois, na condição de proprietários, eles são iguais. Ainda que esse indivíduo não possua nada, ele possui a si mesmo, possui seu próprio corpo, e é seu corpo enquanto potencial força de trabalho que é colocado no mercado para a troca.<sup>44</sup>

Na totalidade capitalista, a relação entre pessoas adquire uma “forma duplamente enigmática”. Essas relações se manifestam, por um lado, como relações de vontade entre “unidades independentes e iguais perante as outras” revestidas pela forma jurídica e, por outro, são relações entre coisas, isto é, mercadorias. O direito aparece, portanto, ao lado da troca de mercadorias, como efeito da economia de trocas capitalista. Dessa forma, toda relação social no capitalismo implica-se necessariamente nessas duas dimensões, a econômica e a jurídica, sendo este uma derivação daquele.<sup>45</sup>

43 MARX, Karl, *op. cit.*, 2013, p. 250-251.

44 PEREIRA, Ana Carolina do Carmo. Sobre a relação entre mercadoria e sujeito de direito em Marx. In: PEREIRA, Ana Carolina do Carmo. Sobre a relação entre mercadoria e sujeito de direito em Marx. In: CONSEJO LATINO AMERICANO DE CIENCIAS SOCIALES. **8ª Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales**, 2018, Buenos Aires. Anais eletrônicos. Disponível em: [https://www.clacso.org.ar/conferencia2018/presentacion\\_ponencia.php?ponencia=201851412115-2531-pi#:~:text=A%20mercadoria%20%C3%A9%20o%20elemento,revela%20a%20natureza%20da%20mat%C3%A9ria](https://www.clacso.org.ar/conferencia2018/presentacion_ponencia.php?ponencia=201851412115-2531-pi#:~:text=A%20mercadoria%20%C3%A9%20o%20elemento,revela%20a%20natureza%20da%20mat%C3%A9ria.). Acesso em 24 fev. 2023).

45 PACHUKANIS, *op. cit.*, p. 124. Nesse mesmo sentido, conforme sintetiza Bilharinho Naves: [...] a “gênese” (*genesis*) da forma do direito se encontra na relação de troca; a forma jurídica é o “reflexo inevitável” (*neizbejnym otrajenim*) da relação dos proprietários de mercadorias entre si; o princípio da subjetividade jurídica “decorre com absoluta inevitabilidade” (*vytekaiut s absoliutnoi neizbejnost’iu*) das condições da economia mercantil-monetária; esta economia mercantil é a “condição prévia fundamental” (*osnovnoi predposylkoi*), o “momento fundamental e determinante” (*osnovnym opredeliaschim momentom*) do direito; a forma jurídica é “gerada” (*porojdaet*) pela forma mercantil; a relação econômica de troca “deve existir” (*doljno byt’*) para que “surja” (*vozniklo*) a relação jurídica; a relação econômica é a “fonte” (*istotchnikom*) da relação jurídica. Todas essas

A forma jurídica, portanto, efetua a plena igualização dos sujeitos da troca, mimetizando o que se dá no âmbito da produção de mercadorias. Assim como as mercadorias só podem ser trocados pelo seu equivalente – i.e., uma determinada quantidade de valor somente pode ser trocada por essa mesma medida, representadas em dinheiro –, também os sujeitos de direito somente podem operar essa troca caso se apresentem na relação de troca como sujeitos iguais e capazes de manifestar livremente sua vontade.

Não é a norma jurídica, pois, que cria uma relação de troca contratualizada: esta relação de troca já existe concretamente. O direito apenas reconhece aquilo que efetivamente se dá na dinâmica relacional de trocas do capitalismo, legitimando-a e assegurando sua reprodutibilidade legítima. Assegurando a reprodução do capital, a subjetivação jurídica dos indivíduos assegura-lhes o reconhecimento de sua igualdade e, por outro lado, o apagamento de toda a desigualdade material que possa subsistir entre eles e que torne as relações sociais de troca “injustos”. Dessa forma, o direito garante aos indivíduos a ilusão da voluntariedade e justiça de suas trocas, mascarando as relações de dominação que subjazem na totalidade capitalista. Este é o papel mistificante da forma jurídica: criar a ficção de que os indivíduos são livres e iguais num mundo de trocas que depende essencialmente da exploração do trabalho humano:

Ao cair na dependência escrava das relações econômicas que se impõem, a suas costas, na forma das leis de valor, o sujeito econômico, já na qualidade de sujeito de direito, recebe como recompensa um raro presente: uma vontade presumida juridicamente que faz dele um possuidor de mercadorias tão absolutamente livre e igual perante os demais quanto ele mesmo o é”.<sup>46</sup>

Por trás das mistificações do fetichismo jurídico esconde-se assim o caráter formal<sup>47</sup> da igualdade e da liberdade. O direito não diz, como demonstramos, o que deve ser, mas sim aquilo que já é. Às normas jurídicas atribui-se uma qualidade aparentemente intrínseca – a imperatividade – que na verdade não lhes pertence, pois é a própria relação social real que se impõe como obrigatória. A forma-jurídica apenas reconhece juridicamente essa obrigação. Assim como é o trabalho humano que cria o valor, e não a mercadoria, que apenas o realiza no momento da troca, não é o direito que cria a obrigação por meio da instituição do contrato; essa obrigação simplesmente impõe-se no ato das trocas sociais.<sup>48</sup>

Ao analisarmos os principais aspectos do fenômeno da fetichização do jurídico, podemos perceber que a figura que condensa toda essa mistificação é precisamente o sujeito de direito, o núcleo da forma jurídica, que se soma “com seus correlatos do direito subjetivo, do dever e da

---

expressões denotam evidente afirmação do caráter derivado do direito, e de sua específica determinação pelo processo de trocas mercantis. É, portanto, a esfera da circulação das mercadorias que “produz” as diversas figuras do direito, como uma decorrência necessária de seu próprio movimento (NAVES, *op. cit.*, p. 53-54).

46 PACHUKANIS, *op. cit.*, p. 121.

47 LEITE, *op. cit.*, 2020, p. 66.

48 MIALLE, *op. cit.*, p. 95

obrigação — atrelados, necessariamente, à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato como seus corolários”<sup>49</sup>.

A subjetividade jurídica que espraia da forma jurídica do capital coloca fim às antigas relações sociais do modo de produção feudal, que se fundam sob a forma de relações de dominação direta sustentadas através do arbítrio, sob a força e do acaso<sup>50</sup> e inaugura uma nova forma de dominação estruturada por meio da troca de mercadorias que se legitima a partir da garantia formal da igualdade e voluntariedade, embora, como vimos, estes direitos sejam, no limite, apenas formais.

Sob a forma mercadoria, todas as coisas se tornam equivalentes; enquanto submetidas à lei do valor, a forma do equivalente, todas as suas diferenças concretas são apagadas. Submetidas a uma medida comum, todas as propriedades específicas das coisas desaparecem. Do mesmo modo se dá com a forma do sujeito de direito, que realiza a função de equalização abstrata entre os indivíduos: sob a forma jurídica, todos os trabalhadores, e mesmo os capitalistas, i.e., os indivíduos autônomos e singulares em geral, têm todas as suas características e unicidades dissolvidas, sendo reduzidos todos à forma geral abstrata e equivalente do sujeito de direito.<sup>51</sup>

Mas se a forma jurídica apenas reconhece relações sociais que já estão materialmente postas, quem é então o sujeito de direito que despontará na modernização capitalista? Como vimos, há um longo processo histórico no qual podemos constatar a preterição e a exclusão social da mulher dos espaços de produção e, conseqüentemente, dos espaços políticos. Na aurora da modernização capitalista, a mulher, a rigor, não é considerada trabalhadora – expulsaram-na dessa condição – não é livre – está sujeita a uma série de constrangimentos políticos, sociais e morais – e tampouco igual – está submetida a uma hierarquização sociossexual imposta pela dominação masculina. O trabalho e a produção, as profissões consideradas mais importantes, o exercício da política e da magistratura, todos esses espaços e funções serão negados às mulheres, que restarão proscritas e confinadas ao trabalho doméstico – considerado “improdutivo”, i.e., incapaz de criar valor –, à maternidade, ao cuidado do lar e da prole.

Historicamente, portanto, a mulher não aparece nas relações sociais como uma trocadora de mercadorias, como indivíduo autônomo, livre e suficientemente igual aos demais para trocar equivalente por equivalente e vender a sua força de trabalho. Na dinâmica de trocas, a mulher não era considerada igual aos homens, assim como os negros não eram considerados iguais aos brancos. Estas subjetividades, portanto, não irão ser reconhecidas juridicamente de forma plena. É apenas no curso do processo histórico que esses grupos alcançarão um reconhecimento jurídico – formal, portanto, mas não necessariamente material – equivalente ao do homem branco ocidental. Entretanto, na origem da totalidade capitalista, a mulher e demais grupos subalternizados não têm sua subjetividade jurídica reconhecida – ao menos não plenamente, ainda que eles tenham sido

---

49 MASCARO, 2013, *op. cit.*, p. 39.

50 LEITE, *op. cit.*, 2020, p. 74.

51 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 228.



considerados indispensáveis ao processo de valorização e acumulação capitalista. Eles se apresentarão assim sob a forma valor na forma de uma oclusão, de uma cisão, condição que repercutirá em seu estatuto jurídico. Veremos, assim, que a mulher aparecerá para o direito como um sujeito menor, indigno, pois, da liberdade e igualdade jurídicas reconhecida ao “homem produtor de valor”.

#### 4. A SUBJETIVIDADE JURÍDICA DA MULHER À LUZ DA TEORIA DO VALOR-CLIVAGEM

As teorias marxistas, em sua maioria desenvolvidas e estudadas por homens, por um longo período evitaram ou não perceberam a dimensão de gênero na modernização capitalista, ignorando que as estruturas capitalistas afetam, de maneira diversa, não apenas pessoas de gêneros diferentes, mas também outras minorias identitárias, deixando um verdadeiro vácuo teórico para aquelas e aqueles que se buscam compreender os fenômenos de opressão social historicamente estabelecidos<sup>52</sup>. Como nos explica Roswitha Scholz:

Após vinte anos de pesquisa feminista, a correlação entre capitalismo e patriarcado ainda é um problema irresoluto. As feministas que insistem nessa questão, e que seguem Marx e a Teoria Crítica, recorrem a um marxismo emprestado aos movimentos trabalhistas, cuja principal crítica à sociedade burguesa é a apropriação da mais-valia pelo capital. A ressalva que outras feministas mais à esquerda fazem a semelhante compreensão marxista é simplesmente que a questão do patriarcado permanece fora de consideração, ou seja, que apenas e tão somente o antagonismo entre o trabalho assalariado e capital possui validade como referência central. A seu ver faltaria conceder o devido lugar à problemática dos sexos como relação social constitutiva. Assim, a crítica ao patriarcado ficaria envolta numa concepção marxista antiquada e em grande medida a-histórica, na qual a problemática dos sexos, em última instância, reaparece forçosamente como corpo estranho, por ser apenas superficialmente introduzida.<sup>53</sup>

Diante dessa lacuna teórica, Scholz propõe a teoria do “valor-dissociação” ou “valor-cisão”, por meio da qual propõe a compreensão de que o trabalho fundamental e essencial à reprodução social que não é absorvido na forma do valor abstrato resta delegado à mulher, a exemplo das tarefas de cuidado do ambiente doméstico e a procriação<sup>54</sup>. Essa cisão baseada na divisão sexual das funções necessárias à acumulação de capital no capitalismo não seria simplesmente algo apagado da concepção críticas do valor, mas uma determinidade constituída pelo próprio processo histórico de abstração do valor. Dessa forma, o valor erige-se já sob um princípio masculino: a atividade produtiva, realizada no âmbito da reprodução e da esfera doméstico-privada

---

52 LEITE, Taylisi. Roswitha Scholz e a Crítica do Valor: um novo marxismo feminista. **Grupo de pesquisa Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica**, São Paulo, 27 jul. 2021, s. p. Disponível em: <https://criticadodireito.com/noticias/publicacao/860183/taylisi-leite-roswitha-scholz-e-a-cr-tica-do-valor-um-novo-marxismo-feminista#:~:text=A%20valoriza%C3%A7%C3%A3o%20do%20valor%20precisa,e%20a%20forma%2Dvalor>). Acesso em: 17 abr. 2022.

53 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 15.

54 LEITE, *op. cit.*, 2021, s.p.

e delegada especificamente à mulher, é apenas o anverso do “trabalho abstrato”, ao qual são reduzidos todos os tipos de trabalho humano efetuados no circuito de produção de mercadorias e do qual apenas o homem participa<sup>55</sup>. O valor é, pois, o homem:

"O valor é o homem", não o homem como ser biológico, mas o homem como depositário histórico da objetivação valorativa. Foram quase exclusivamente os homens que se comportaram como autores e executores da socialização pelo valor. Eles puseram em movimento, embora sem o saber, mecanismos fetichistas que começaram a levar vida própria, cada vez mais independente, por trás de suas costas (e obviamente por trás das costas das mulheres). Como nesse processo a mulher foi posta como o antípoda objetivo do "trabalhador" abstrato — antípoda obrigado a lhe dar sustentação feminina, em posição oculta ou inferior —, a constituição valorativa do fetiche já é sexualmente assimétrica em sua própria base e assim permanecerá até cair por terra.<sup>56</sup>

No modo de produção capitalista, o capital produtivo é reproduzido por meio do trabalho, que, empregado nos processos de produção, irá transformar a matéria-prima através dos meios de produção. As matérias-primas, os instrumentos de trabalho e a força de trabalho são, portanto, “mercadorias cuja identidade é formada pela atribuição de valor”. Esse valor, conforme já mencionado, será definido pela quantidade de tempo de trabalho humano – trabalho abstrato – objetivado nas mercadorias. Veja-se, portanto, que o valor da mercadoria industrializada será maior do que o da matéria-prima em razão da quantidade de trabalho abstrato cristalizado nela. Uma mercadoria não tem o seu valor definido, pois, pelo seu valor de uso – sua utilidade – mas sim pelo seu valor de troca, isto é, a quantidade de trabalho humano abstrato contido na mercadoria. Sob essa lógica, na socialização do valor todas as coisas e pessoas adquirem uma identidade conforme o processo de valorização. Mas a totalização do valor não abarca todas as coisas, realizando uma dissociação abstrata da esfera concreta<sup>57</sup>. Identidades e determinações concretas se dissolvem na abstração do valor. Assim, o trabalho de reprodução da força de trabalho levado a cabo pela mulher, por exemplo, embora seja indispensável para os processos de acumulação de capital, é enxotado da esfera do mundo abstrato do valor porque não é capaz de gerar valor.

Nesse sentido, a teoria do valor-clivagem reconhece que tarefas e atividades socialmente consideradas como “femininas” – como as atividades domésticas e a maternidade – embora essenciais ao processo de reprodução do capital e acumulação de valor não estão abrangidas pelo trabalho abstrato, dado que desde o início as mulheres estão excluídas da estrutura produtiva do capital<sup>58</sup>.

---

55 A esse respeito, conferir também Jappe: “[...] a gênese da síntese social não reside somente na circulação, onde toda a gente tem, mais ou menos, o mesmo estatuto de comprador e vendedor, ela encontra-se essencialmente no trabalho abstracto. Nesta esfera, nem todos sofrem do mesmo mal. Deste modo, as mulheres são tradicionalmente excluídas do trabalho abstracto; as suas actividades domésticas não contam como trabalho, não criam valor e não se representam no dinheiro” (JAPPE, Anselm. **A sociedade autofágica: capitalismo, desmesura e autodestruição**. Trad. Júlio Henriques, Lisboa, Portugal: Antígona, 2019, p. 57).

56 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 33.

57 LEITE, *op. cit.*, 2020, p. 248.

58 LEITE, *op. cit.*, 2021, s.p.

Dessa maneira, o conceito de valor-clivagem expressa a cisão social de gênero, que assume um caráter binarista como parte da subjetividade da sociabilidade capitalista<sup>59</sup>. Toda a esfera da valorização e do trabalho é, pois, posta, desde sua origem, sob uma determinação de especificação sexual:

[...] a contradição básica da socialização através da forma-valor, de matéria (conteúdo, natureza) e forma (valor abstrato) é determinada com especificação sexual. Todo conteúdo sensível que não é absorvido na forma abstrata do valor, a despeito de permanecer como pressuposto da reprodução social, é delegado à mulher (dimensão sensível, emotividade etc.).

Consoante Scholz, a forma-valor absorve e valora apenas as tarefas e atividades varonis, condensando em si a forma do trabalho abstrato — responsável por gerar e reproduzir o valor —, que exclui as atividades de cuidado e reprodução humanas<sup>60</sup>. Assim, forma-valor e valor-dissociação não são estruturas opostas, mas duas faces de um mesmo fenômeno que garante a reprodução do modo de produção capitalista:

A cisão sexualmente especificada não pode ser inferida diretamente da própria forma valor. Ao invés disso, ela é numa certa medida a sombra lançada pelo valor, mas que não pode ser apreendida por intermédio do instrumental “positivo” dos conceitos formulados por Marx. As cisões de que resultam a esfera feminina, o contexto de vida feminino e o âmbito de atividades imputado às mulheres (administração do lar, educação dos filhos, ‘convívio social’, etc.) são, portanto, elementos integrantes, por um lado, da socialização pelo valor, mas por outro, lhe são também exteriores. Como, no entanto, a cisão necessariamente faz parte do valor e com ele é posta, seria preciso criar um novo entendimento da socialização, capaz justamente de levar em conta o mecanismo patriarcal da cisão: não no sentido de um acréscimo externo, mas no de uma alteração qualitativa da própria teoria do valor, que seria assim também uma crítica do patriarcado.<sup>61</sup>

Nesse sentido, ainda que se possa suscitar o fato de que, atualmente, muitas mulheres encontram-se inseridas no mercado de trabalho e, portanto, nos circuitos de exploração e expropriação, o caráter masculino do patriarcado do valor permanece. Angela Davis observa este aspecto e pontua que, ainda que as mulheres tenham ocupado espaços de trabalho, adentrado nos ciclos de exploração e produzido valor, diante do modelo universal de feminilidade “passaram a ser tratadas como visitantes alienígenas no mundo masculino da economia pública”<sup>62</sup>.

Se, como vimos, a forma do valor reflete-se sobre as demais formas sociais, sobredeterminando-os e produzindo assim um processo de derivação, imbricamento e conformação

---

59 RIBEIRO, Luísa N.; HEINEN, Luana R. Para uma crítica feminista ao neoliberalismo: a socialização do trabalho doméstico. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 1, p. 52-79, jan. 2023, p. 68-69.

60 Nesse sentido: “A constituição do valor, sexualmente específica, produz em última instância a repartição conhecida dos papéis entre os sexos; o ‘feminino’ assim adjudicado torna-se a condição de possibilidade do princípio masculino do ‘trabalho’ abstrato. A assimetria dessa relação, na qual o elemento sensível é mercado como feminino e por isso mesmo posto de lado e avaliado como inferior, justifica a fórmula algo sensacionalista com que caracterizamos o patriarcado sem sujeito: ‘o valor é o homem’.” (SCHOLZ, Roswitha. **O valor é homem**: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos. Novos Estudos. CEBRAP, São Paulo, n. 45, julho 1996, p. 18)

61 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 18.

62 DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 231.

das formas sociais da totalidade capitalista, então é forçoso reconhecer que também o direito expressa essa dimensão masculina constitutiva. Nesse sentido, em termos de subjetividade jurídica da mulher, também será possível identificar aqui um aspecto constitutivo excludente: a subjetividade jurídica é masculina, de modo que seus contornos originários, em especial aqueles estabelecidos no curso do Iluminismo e da consolidação do direito moderno, estão originalmente delimitados de modo a excluir de sua abrangência a mulher. Como explica Jappe:

Segundo Michel Foucault, esta época [do Iluminismo] é a da passagem para a “sociedade disciplinar”, bem exemplificada no tristemente célebre “panóptico” de Bentham. Esta análise, contudo, deve ser alargada ao papel do sujeito. A violência exercida do exterior sobre os indivíduos transformou-se nesse período em autodisciplina. Tudo quanto os dominantes deviam até impor aos dominados por meios coercivos começou a ser interiorizado pelos próprios dominados e a ser executado por eles. O sujeito moderno é precisamente o resultado desta interiorização dos constrangimentos sociais. Ele é tanto mais sujeito quanto mais aceitar estes constrangimentos e conseguir impô-los às resistências que provêm do seu próprio corpo e dos seus próprios sentimentos, necessidades e desejos. O que antes de mais nada define o sujeito é a violência exercida contra si mesmo; neste ponto, os filósofos das Luzes são muito claros. As mulheres, os “pretos”, as crianças, os criados e, em geral, os membros das classes subalternas eram tidos como inferiores justamente na medida em que se revelavam incapazes de interiorizar tais constrangimentos de modo suficiente. Considerava-se que os criados deixavam de trabalhar logo que deixassem de ser vigiados, ao passo que as mulheres eram pretensamente dominadas pelas “emoções”. Ao mesmo tempo, a forma-sujeito ultrapassou de facto o quadro do sistema feudal, porque não estava estritamente ligada ao nascimento, como o estava, por exemplo, a circunstância de um indivíduo ser nobre. Na sociedade moderna, os excluídos do estatuto de sujeito podiam, mesmo assim, pelo menos individualmente, aspirar a essa condição, mas só se demonstrassem uma interiorização dos constrangimentos sociais pelo menos igual à que mostravam os homens brancos e adultos.<sup>63</sup>

A história dos últimos dois séculos remonta-nos para um longo processo de disputa histórica por parte dos movimentos feministas

Estabelecido que o valor é masculino, passa-se então a relembrar o movimento de derivação e conformação das formas sociais capitalistas para observarmos que, se uma categoria se afeta e é afetada por outras, então da mesma maneira que o valor é masculino, o Estado também o é, enquanto forma social derivada do valor<sup>64</sup>, e da mesma maneira o Direito.

Como o presente trabalho busca expressar a relação entre a dissociação do valor e de que maneira esta categoria afeta a forma jurídica do capital, subvalorizando o feminino, há de se explorar esta relação específica. Taylisi Leite é quem faz grande contribuição no cenário nacional para esta análise do direito e da clivagem de gênero:

[...] sendo a forma jurídica derivada da forma-valor, serão, assim como esta última, clivadas. Ou seja, a forma jurídica também tem uma especificação de gênero masculino. O Direito é homem, e o sujeito de direito é homem, estruturalmente, assim como o valor é homem. E, assim como o fato da mulher de carne e osso trabalhar, gerando mais-valor (masculino), via forma abstrata do trabalho assalariado (masculino), não altera o fato do valor ser masculino, a inserção das mulheres na forma jurídica não altera o fato de que

63 JAPPE, *op. cit.*, p. 61-62.

64 LEITE, *op. cit.*, 2020, p. 117.

estas, derivadas do valor, permanecerão masculinas<sup>65</sup>.

Diante da clivagem de gênero que determina a forma jurídica, evidencia-se assim que uma subjetividade juridicamente reconhecida que, no curso do desenvolvimento liberal da reprodução do valor, excluiu o feminino, da mesma maneira que se promoveu a dissociação do valor, uma vez que se trata de formas que se conformam entre si. O que vê então é a apresentação de um falso universalismo: o pretense sujeito de direito universal é na verdade homem, branco e ocidental. Neste sentido, reconhece-se o fenômeno do fetichismo jurídico que, à luz da teoria do valor-clivagem, revela-se como mecanismo de mistificação das relações sociais, produzindo a aparência de que todos são sujeitos de direito e, portanto, iguais nas trocas de mercadoria, obliterando que este sujeito de direito é, em verdade, branco e masculino, sendo que este movimento apenas reflete o caráter derivado e patriarcal da forma jurídica.<sup>66</sup>

O sujeito moderno caracteriza-se por um falso universalismo. Aparentemente, ser sujeito é uma mera qualidade formal que caracteriza qualquer pessoa, mas se virmos melhor, descobrimos que se trata de uma forma profundamente contraditória, atravessada por uma fractura interior: o sujeito é necessariamente parcial. No pleno sentido da palavra, o único sujeito moderno é apenas o homem branco ocidental. Trata-se de um indivíduo que existe essencialmente como portador da sua força de trabalho e que a esta consideração consegue subordinar qualquer outra, a começar pelas considerações relacionadas com o seu corpo. Tudo quanto não entre neste esquema é repellido para fora do sujeito e atribuído a outros seres. Por consequência, estes últimos não são considerados sujeitos – em todo o caso, não o são no pleno sentido da palavra – porque as qualidades que lhes são atribuídas são incompatíveis com o estatuto de sujeito. Estes sujeitos menores ou não-sujeitos, foram historicamente, em primeiro lugar, as mulheres e as populações não brancas. Depois ocorreram [transformações históricas] que alargaram o campo dos “sujeitos” sem romper a separação de fundo entre sujeitos e não-sujeitos[...]. Por conseguinte, desde o início, o sujeito estabeleceu-se, tanto em sentido lógico como em sentido histórico, com base numa cisão interior. Só uma parte da humanidade é definida como sujeito e, mesmo neste quadro restrito, só uma parte das qualidades humanas possíveis faz do indivíduo um sujeito.<sup>67</sup>

O que se pretende afirmar assim é que, da mesma maneira que o fetichismo disfarça que as relações se dão apenas entre mercadorias, ele também faz com que a figura do sujeito de direito — em uma relação de derivação e conformação também com a forma-valor — esconda a realidade de reificação dos indivíduos. Neste cenário, considerando que as mulheres são ocultadas até mesmo da forma-valor, que é masculina por essência, elas acabam privadas de integrarem plenamente o sistema desde a estrutura do modo de produção<sup>68</sup>. A subjetividade jurídica da mulher se manifesta assim com fraturada, parcial, não abrangendo efetivamente o horizonte de proteção possível geralmente reservado ao homem branco ocidental.

Por outro lado, a reivindicação por uma ampliação da esfera de proteção jurídica também

---

65 Ibid., p. 119.

66 Ibid., p. 100.

67 JAPPE, *op. cit.*, p. 64.

68 LEITE, Taylisi de Souza Côrrea. **Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

acaba por implicar, necessariamente, numa luta pela auto submissão à exploração, já que por trás do fetichismo jurídico esconde-se a materialidade das funções do direito com vistas à reprodução social do valor: liberdade para contratar e vender sua própria força de trabalho na sociedade de mercadorias; igualdade na medida em que todos são igualmente livres para se sujeitar ao fetichismo do valor.

Dessa maneira, conclui-se que a análise da forma-valor em sua totalidade, contemplando a cisão de gênero que a integra, é a mais acertada na construção de uma teoria social materialista, pois permite entrever a realidade do fenômeno jurídico como estrutura originária de exclusão da mulher na qual que tudo aquilo que é considerado “de mulher” fica de fora das aparências do modo de produção capitalista, ocultando a importância dos deveres de cuidado, reprodução e manutenção do lar para sua perpetuação.

Por outro lado, essa análise também põe à superfície um paradoxo: a luta pela ampliação do escopo de proteção da mulher acaba significando uma luta pela inserção nas esferas de exploração do trabalho do mundo capitalista, o que, como podemos ver neste primeiro quartel do séc. XXI, têm suscitado uma série de outros conflitos e problemas.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa propôs-se a investigar a subjetividade jurídica da mulher por meio das categorias da crítica marxista do Direito a fim de propor reflexões acerca das mistificações que envolvem o campo jurídico, expondo o desenvolvimento histórico e material da sociabilidade capitalista e suas consequências para a constituição da mulher enquanto sujeito de direitos, tendo como ponto de partida a Europa feudal e o desenvolvimento do mercantilismo e do capitalismo.

Importante ressaltar que não se tratou aqui de apagar os processos históricos que corpos femininos de outras regiões do mundo passaram, mas tão somente apontar o desenvolvimento específico deste contexto histórico e geográfico que foi um dos responsáveis por determinar a sociabilidade global e hegemônica do capital, sendo imprescindível a compreensão acerca das subjetividades femininas na Europa durante os processos de acumulação primitiva.

Para tanto, foi necessário traçar o panorama do período de acumulação primitiva, prévio ao desenvolvimento pleno e posterior consolidação do modo de produção capitalista, a fim de compreender as vivências e experiências femininas neste contexto, bem como as drásticas mudanças que sobrevieram.

Aliás, é neste ponto que foi possível apreender que o papel ocupado pelos corpos femininos na sociedade europeia feudal se diferenciava das concepções atuais, sendo que mulheres exerciam os mais diversos tipos de atividades laborais, não havendo uma discriminação de gênero

marcante para o exercício destas.

Assim, o que se pôde notar é que com o desenvolvimento inicial do modo de produção capitalista foi necessário destituir do poder e até mesmo exterminar determinadas subjetividades a fim de promover a dominação de uma classe sobre a outra, o que se deu, dentre outros mecanismos, por meio da domesticação dos corpos femininos, relegando às mulheres as tarefas ditas de reprodução, negando o caráter de produção de valor destas tarefas.

Desta maneira, a vida doméstica foi ocluída da categoria do trabalho e tornou-se tão somente uma etapa indispensável para os processos de produção e valorização do valor por meio da exploração do trabalho. Diante deste cenário, foi possível concluir que a divisão entre o que é considerado masculino e feminino, produção e reprodução, trabalho e atividade doméstica é resultado da socialização do valor, que relegou às mulheres todas as atividades que não são absorvidas na forma abstrata do valor.

Postos os paradigmas acerca do desenvolvimento da subjetividade feminina e dos processos iniciais de cisão de gênero, passou-se então à perspectiva da crítica marxista do direito, que o concebe como forma jurídica do capital e, portanto, uma forma social específica ao modo de produção capitalista que desenvolve-se por meio de processos de derivação e imbricamento entre as formas sociais capitalistas, como a forma-valor, a forma-mercadoria e a forma política estatal.

Neste sentido, é imprescindível contemplar a forma jurídica do capital e seu funcionamento, apontando-se o fetichismo jurídico e a figura do sujeito de direito como grandes motores da reprodução do capitalismo, uma vez que se constituem como efetivos garantidores das relações reificadas de troca de mercadorias.

No que concerne à subjetividade jurídica da mulher, reconheceu-se que o direito, enquanto forma jurídica do capital, não escapou às determinações materiais e relegou às mulheres um papel secundário e fraturado enquanto sujeitos de direito, eis que a clivagem de gênero encontra-se presente desde a constituição do capitalismo e desenvolveu-se até sua consolidação, afetando diretamente a forma jurídica.

Por isso, postula-se que o conceito de valor-clivagem é capaz de explicar as determinações que o capital impõe aos corpos do gênero feminino, excluindo-as da forma-valor por um longo período e, mais adiante, sobrecarregando-as ao incluí-las nesta forma.

Assim, restou demonstrado que o direito, assim como o valor, é masculino e é incapaz de reconhecer as mulheres enquanto sujeitos de direito plenos, uma vez que esta figura é derivada das mistificações da forma-mercadoria e da forma-valor que não contempla as subjetividades femininas, relegando a estas sempre um papel secundário.

Desta feita, conclui-se pela importância do conceito do valor-clivagem para as reflexões

críticas e feministas do direito, pois é esta perspectiva que permite a visualização das determinações materiais que o capital impõe às mulheres, sustentando que são afetadas também no âmbito jurídico, eis que não gozam de subjetividade jurídica plena e, quando não ocluídas dos processos de produção e valorização do valor, encontram-se sobrecarregadas com a acumulação das atividades de produção e reprodução.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASTON, T. H; PHILPIN, C. H. E. **The Brenner Debate**: agrarian class structure and economic development in pre-industrial Europe. Cambridge, England: Cambridge University, 1985.

BELLOFIORE, Ricardo. “Lost in translation? Once again on the Marx-Hegel connection” In: **Marx’s Capital and Hegel’s Logic**. MOSELEY, Fred; SMITH, Tony (org.). Leiden, Holanda: Koninklijke Brill, 2014.

BENNET, Judith M. “Public power and authority in the Medieval English Countryside” in: ERLER, Mary; KOWALESKI, Maryanne. **Women and power in the Middle Ages**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1988.

CARSON, Rebecca. Fictitious Capital and the Re-emergence of Personal Forms of Domination. **Continental Thought & Theory**, v. 1, n. 4, 2017, p. 566-586.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. **O calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Trad. Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FERREIRA, Adriano de Assis. **Questão de classes**: Direito, Estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2009.

HOWELL, Martha C. “Citizenship and gender: women’s political status in Northern Medieval Cities” in: ERLER, Mary; KOWALESKI, Maryanne. **Women and power in the Middle Ages**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1988.

JAPPE, Anselm. **A sociedade autofágica**: capitalismo, desmesura e autodestruição. Trad. Júlio Henriques, Lisboa, Portugal: Antígona, 2019.

KOLLONTAI, Alexandra. **La mujer en el desarrollo social**. Barcelona: Editorial Guadarrama, 1976.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**: malleus maleficarum. 12. ed. Trad. Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Ventos, 1997.

LEITE, Taylisi de Souza Côrrea. **Crítica ao feminismo liberal**: valor-clivagem e marxismo feminista. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

LEITE, Taylisi. Roswitha Scholz e a Crítica do Valor: um novo marxismo feminista. **Grupo de pesquisa Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica**, São Paulo, 27 jul. 2021, s. p. Disponível em: <https://criticadodireito.com/noticias/publicacao/860183/taylisi-leite-roswitha-scholz-e-a-cr-tica-do-valor-um-novo-marxismo-feminista#:~:text=A%20valoriza%C3%A7%C3%A3o%20do>



%20valor%20precisa,e%20a%20forma%2Dvalor.

FORTUNATTI, Leopoldina. **The arcane of reproduction**: housework, prostitution, labor and capital. Trad. Hilary Creek. New York, USA: Autonomedia, 1995.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. Formas sociais, derivação e conformação. **Debates**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, jan./abr., 2019.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Tradução de Ana Prata. Lisboa, Portugal: Editorial Estampa, 2005.

NAVES, Márcio B. **A questão do Direito em Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de. **A dialética entre Hegel e Marx**: elementos para uma crítica da forma jurídica e da forma política. Orientador: Jorge Sobral da Silva Maia. 2018. 342 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Jacarezinho, 2018. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11008-diogo-mariano-carvalho-de-oliveira/file>.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do Direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, Ana Carolina do Carmo. Sobre a relação entre mercadoria e sujeito de direito em Marx. In: PEREIRA, Ana Carolina do Carmo. Sobre a relação entre mercadoria e sujeito de direito em Marx. In: CONSEJO LATINO AMERICANO DE CIENCIAS SOCIALES. **8ª Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales**, 2018, Buenos Aires. Anais eletrônicos. Disponível em: [https://www.clacso.org.ar/conferencia2018/presentacion\\_ponencia.php?ponencia=201851412115-2531-pi#:~:text=A%20mercadoria%20%C3%A9%20o%20elemento,revela%20a%20natureza%20da%20mat%C3%A9ria](https://www.clacso.org.ar/conferencia2018/presentacion_ponencia.php?ponencia=201851412115-2531-pi#:~:text=A%20mercadoria%20%C3%A9%20o%20elemento,revela%20a%20natureza%20da%20mat%C3%A9ria).

POSTONE, Moishe. **Tempo, trabalho e dominação social**: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx. Trad. Amilton Reis e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

POULANTZAS, Nico. **Poder político e classes sociais**. Trad. Maria L. F. R. Loureiro. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2019.

RIBEIRO, Luísa N.; HEINEN, Luana R. Para uma crítica feminista ao neoliberalismo: a socialização do trabalho doméstico. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 10, n. 1, p. 52-79, jan. 2023.

RUBIN, Isaak. **Teoria marxista do valor**. Tradução de José B. S. A. Filho. São Paulo: Polis, 1987.

SCHOLZ, Roswitha. O valor é homem: teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 45, jul. 1996.

WIESNER, Merry E. **Women and gender in Early Modern Europe**. 2. ed. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2000.

ZIEGLER, Philip. **The black death**. 2. ed. Londres: Faber and Faber, 2009.

**CAPÍTULO VI**  
**POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

# A ESTRUTURAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL E A MUNICIPALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS

Jussara Romero SANCHES<sup>1</sup>  
Lara Caxico MARTINS<sup>2</sup>

## RESUMO

A estruturação de um modelo de Estado de Bem-Estar Social passa pela mudança do papel do Estado e do alargamento das suas responsabilidades em relação ao bem-estar e à qualidade de vida dos cidadãos. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo refletir sobre o processo de estruturação do modelo de Estado de Bem-Estar Social no Brasil e a relação dessa construção com o processo de municipalização das políticas públicas urbanas. As políticas sociais no Brasil começam a ser implementadas na década de 1930 e culminam com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Este processo de ampliação das responsabilidades do Estado em relação ao bem-estar e à qualidade de vida dos cidadãos se relaciona diretamente com a promoção do bem-estar e da qualidade de vida nas cidades. Assim, por meio do método dedutivo e revisão bibliográfica, é possível concluir que um dos aspectos do processo de construção do Estado de Bem-Estar Social e a promoção da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos passou pela responsabilização do Estado, em especial dos municípios, pelas políticas públicas de urbanização, desde que estes se coloquem como interlocutores com a sociedade no processo de elaboração das políticas públicas urbanas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Direito; Bem-estar social; Políticas Públicas Urbanas.

## ABSTRACT

The structuring of a Welfare State model involves changing the role of the State and expanding its responsibilities in relation to the well-being and quality of life of citizens. In this context, the present study aims to reflect on the structuring process of the Welfare State model in Brazil and the relationship of this construction with the process of municipalization of urban public policies. Social policies in Brazil began to be implemented in the 1930s and culminated with the promulgation of the Federal Constitution of 1988. This process of expanding the State's responsibilities in relation to the well-being and quality of life of citizens is directly related to the promoting well-being and quality of life in cities. Thus, through the deductive method and bibliographical review, it is possible to conclude that one of the aspects of the process of construction of the State of Social Welfare and the promotion of the improvement of the quality of life of the citizens passed by the responsibility of the State, especially of the municipalities, for the public policies of urbanization, since that they place themselves as interlocutors with society in the process of elaboration of urban public policies.

**KEY WORDS:** Rule of law; Social Welfare; Urban Public Policies.

---

1 Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2018). Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental pela Universidade do Norte do Paraná (2016); Especialista em Direito do Estado com área de concentração em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina (2014). Graduada em Direito e em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Universitária. E-mail: [jussararomeroadv@gmail.com](mailto:jussararomeroadv@gmail.com).

2 Pós Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Doutora pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestra em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: [laracaxico@hotmail.com](mailto:laracaxico@hotmail.com).

## **1. INTRODUÇÃO**

A construção de uma cidade justa e solidária é condição necessária para o bem-estar daqueles que vivem nos centros urbanos. O processo de urbanização no Brasil foi marcado por desigualdades, exclusão e informalidade, como resultado da articulação de fatores históricos e econômicos singulares.

A alteração desse cenário e a transformação da lógica de desenvolvimento urbano foi bandeira de diversos movimentos sociais e políticos, que se consolidaram na articulação em torno do Movimento Nacional pela Reforma Urbana. Modificar a lógica mercantil e excludente da urbanização brasileira, com a descentralização das políticas públicas urbanas e o fortalecimento do poder público municipal que constou na Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna de 1988 também representa um marco importante no processo de consolidação, ao menos juridicamente, de um Estado de Bem-Estar no Brasil. Assim, o presente artigo tem como objetivo articular o processo de transformação do papel do Estado, no qual ele assume responsabilidade na efetivação de direitos, em especial direitos sociais e a responsabilização dos poderes públicos municipais, no desenvolvimento de políticas públicas urbanas.

A primeira parte do artigo volta-se à discussão sobre as transformações gerais no papel do Estado, desde a sua formulação liberal até o desenho social que assume, com a introdução de responsabilidades sociais que, até então, não eram de sua atribuição. No segundo momento, a reflexão se volta ao processo de construção de um modelo de Estado de Bem-Estar Social no Brasil, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna incorporou um conjunto amplo de direitos, inclusive o direito à proteção social, à saúde, previdência e assistência social, à educação, entre outros, além de introduzir de forma inédita um capítulo destinado à política urbana e a descentralização das políticas públicas urbanas, por meio da responsabilização do governo municipal através da elaboração do Plano Diretor, legislação responsável pela definição da função social da propriedade.

Por fim, discute-se como se deu o processo de municipalização das políticas públicas urbanas, as tensões envolvidas no processo e a forma pela qual esse movimento pode representar uma mudança importante em relação ao papel do Estado, em especial pelo fortalecimento do governo municipal e sua atuação como interlocutor junto à sociedade para a CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE JUSTA E SOLIDÁRIA.

## **2. ESTADO (LIBERAL) DE DIREITO E ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL**

A análise do que se compreende na contemporaneidade por Estado de Bem-Estar Social perpassa pela compreensão do papel e das responsabilidades atribuídas paulatinamente ao Estado ao

longo da história.

Considerando diversas teorias sobre a finalidade do Estado, Dalmo de Abreu Dallari (2018, p. 111), citando o Papa João Paulo XXIII, afirma que o fim do Estado é o bem comum, ou seja, é “o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Não se trata, porém, de busca de condições de vida social que favoreçam o pleno desenvolvimento individual de forma genérica. Conforme aponta o autor, se assim fosse, a finalidade do Estado se confundiria com a própria finalidade da sociedade, com a busca por melhores condições de vida e de desenvolvimento pleno dos indivíduos em uma dada sociedade e em um determinado território (DALLARI, 2018).

Partindo dessa finalidade do Estado, questiona-se em qual modelo de Estado esta finalidade foi alcançada, ou mais, se chegou perto de ser alcançada. Para Antón Lois Fernandez-Álvarez (2018, p. 886), a partir de uma perspectiva histórica:

o Estado de Bem-estar é um processo que promoveu o maior grau de desenvolvimento humano e social conhecido até a atualidade, se entendemos como fundamental nessa condição o atingimento de padrões de qualidade de vida à maior parte da população das nações onde ele foi instaurado, superando, por isso, avançadas experiências socioeconômicas como a grega, no seu período dourado (s. V a.C), ou a romana na época clássica quando o desenvolvimento foi em proveito de um único e privilegiado estrato social.

Assim, com base nas palavras do autor, é possível compreender que, considerando o padrão de qualidade de vida da maior parte da população, o modelo de Estado denominado de Estado de Bem-estar Social alcançou a finalidade geral do Estado nos países nos quais foi implementado.

Porém, a construção do modelo de Estado de Bem-Estar Social é conquista recente na história da humanidade, uma vez que as raízes do Estado Moderno estão entrelaçadas com o modelo de Estado Liberal, intrinsecamente marcado pela necessidade de superação do modelo de Estado Absolutista.

A Idade Média é marcada pela dispersão da autoridade em diferentes centros de poder, as atividades legislativas, judiciais e administrativas são disputadas entre reis, igreja, senhores, corporações, o que causa uma permanente instabilidade política, econômica e social. Dessa intensa e generalizada instabilidade surge a necessidade de ordem e autoridade (SUNDFELD, 2014).

O Estado Absolutista se encontra na origem do Estado Moderno e foi marcado pela centralização do poder em torno do soberano, decorrente da unificação do poder em dado território. Poder este ilimitado e insuscetível de controle, tanto interna quanto externamente (SUNDFELD, 2014).

Neste contexto, Sahid Maluf (2018, p. 151) afirma que “o fortalecimento do poder central era o único meio de restabelecer a unidade territorial dos reinos”. E que não havia a possibilidade de unidade nacional no Estado Moderno, sem a concentração de poder em torno do soberano. Porém, o modelo de Estado Absolutista gerou reações profundas, fundamentadas na ideia de liberdade, as quais tiveram a sua expressão mais significativa nas obras de John Locke.

Assim, engendram-se as discussões sobre a limitação do poder do soberano e soberania do poder do povo, que culminam e encontram sua expressão máxima nas Revoluções Francesa e Americana e nas normas jurídicas constitucionais delas decorrentes.

Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 35) destaca um atributo extremamente importante em relação aos sujeitos que exercem o poder a partir do desenvolvimento do Estado de Direito contemporâneo, “os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando também ao dever de obediência - no momento em que atuam - a certas normas jurídicas”.

O Estado de Direito constitui-se como um Estado que cumpre com as suas finalidades, a partir de uma ordem jurídica previamente constituída. Confundindo-se com o próprio modelo de Estado Liberal, Norberto Bobbio (2000, p. 14) afirma que o Estado Liberal nasce de erosão progressiva do Estado Absolutista que culmina em uma ruptura revolucionária na Inglaterra no século XVII e na França no final do século XVIII.

Norberto Bobbio (2000, p. 18), explica que por Estado de Direito:

entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder.

No entanto, como o autor deixa claro, Estado de Direito não é apenas aquele que está subordinado às leis, mas aquele que se subordina aos limites materiais do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente e portanto, invioláveis.

O Estado de Direito, em sentido forte, nas palavras de Norberto Bobbio (2000, p. 19), “é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou exercício ilegal do poder”. Nas palavras de Sahid Maluf (2018, p. 161), o Estado Liberal:

Era a realização plena do conceito de direito natural, do humanismo, do igualitarismo político que os escritores do século XVIII deduziram da natureza racional do homem, segundo a fórmula conclusiva de que ‘os homens nascem livres e iguais em direitos; a única forma de poder que se reveste de legitimidade é a que forma estabelecida e reconhecida pela vontade dos cidadãos’.

O modelo de Estado de Direito tinha, como afirma Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 54) seu modelo econômico fundamentado no absentismo estatal, ou seja, “era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, da paz, da

segurança". Em resumo, um modelo de Estado Mínimo, sem interferência na ordem econômica.

No mesmo sentido, a respeito das funções do Estado, Irene Patrícia Nohara (2016, p. 91) afirma que, sob a influência do liberalismo, “os fins da atividade de polícia, que antes eram amplos, são restringidos à manutenção da ordem, da tranquilidade e da salubridade públicas, sendo deixado a cada qual orientar-se de acordo com a própria razão (Kant) e não mais por razões de Estado”. Em síntese, conclui-se que o Estado passa a funcionar como um guarda-noturno, com uma postura absentéista e mantenedor da ordem pública.

Sahid Maluf (2018, p. 161) descreve o que classifica como arcabouço teórico do Estado Liberal:

Soberania nacional, exercida através do sistema representativo de governo; regime constitucional, limitando o poder de mando e assegurando a supremacia da lei; divisão do poder em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário) com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas; separação nítida entre o direito público e o direito privado; neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, ou crença; igual oportunidade de enriquecimento e de acesso aos cargos públicos, às conquistas da ciência e à cultura universitária; não intervenção do poder público na economia particular.

No entanto, conforme conclui o autor, os ideais estariam profundamente distantes da realidade e o modelo de Estado Liberal se concretizaria num mundo de Deuses e não de homens. Assim, para Sahid Maluf (2018, p. 162), “o liberalismo que se apresenta perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção *com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados*”.

A revolução industrial traz consigo um novo tipo de homem, até então desconhecido: o operário. A introdução de máquinas no processo produtivo acarretou o desemprego em massa. A força de trabalho é transformada em mercadoria e negociada sob a lei da oferta e da procura. Miséria, salários ínfimos, jornadas exaustivas, trabalho infantil, desintegração da família, velhice precoce e desamparada em paralelo ao desenvolvimento de fortunas imensas e acumulação da riqueza nas mãos de poucos, luxo, ostentação, acentuando o desequilíbrio social (MALUF, 2018).

O Estado, porém, diante dessas questões, posiciona-se de forma neutra, assegurando a igualdade jurídica a todos. Porém, como assevera Sahid Maluf (2018, p. 163), “não basta que o Estado proclame o direito de liberdade, é preciso que ele proporcione aos cidadãos a possibilidade de serem livres”. Porém, tudo que o modelo de Estado Liberal, prometeu, não foi cumprido.

É neste contexto que o papel do Estado se altera e é possível observar o declínio do modelo de Estado (Liberal) de Direito. Diante das crises econômicas do primeiro pós-guerra, o Estado é forçado a assumir uma papel mais ativo enquanto agente econômico, enquanto agente promotor do desenvolvimento por meio da geração de empregos ou como agente intermediador de conflitos



entre capital e o trabalho (SUNDFELD, 2014).

O Estado não deixa de ser Estado de Direito, ou seja, não deixa de realizar as suas funções submetido a uma ordem jurídica precedente, mas passa a ser um Estado Social, "atuante no *desenvolvimento* (não mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da *justiça social* (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)" (SUNDFELD, 2014, p. 55).

Assim, o Estado de Direito abandona uma postura neutra diante das desigualdades materiais dos indivíduos e passa a uma postura de "oferecimento de prestações positivas aos indivíduos (serviços de educação, saúde, previdência) correspondente a um direito destes a tais prestações". Decorre disso, que o Estado Social é denominado de Estado de Bem-Estar.

E é neste aspecto que é possível identificar as razões pelas quais é neste modelo de Estado que se identifica uma melhoria nos padrões de qualidade de vida da maioria das pessoas. O modelo de Estado de Bem-Estar Social, nas palavras de Antón Lois Fernandez-Álvarez (2018, p. 886) se constitui como "o resultado da incorporação constitucional dos direitos sociais e, conseqüentemente com isso, da assunção de uma responsabilidade social do Estado surgida, já de maneira comprometida, no interior das democracias ocidentais avançadas após a Segunda Guerra Mundial".

O autor conclui que essa responsabilidade social assumida pelo Estado possui implicações políticas, jurídicas, econômicas, sociológicas e significam um amplo compromisso por parte do Estado com a qualidade de vida dos cidadãos, que engloba o "bem-estar físico e social dos indivíduos e famílias, e na manutenção de *standards* mínimos de subsistência que garantissem o desenvolvimento pleno dos valores de liberdade, a igualdade e a dignidade humana".

O Estado de Bem-Estar Social, além de se constituir como um estado criado e regulado por uma Constituição, nos quais os agentes públicos são eleitos e renovados periodicamente, e responsabilizados politicamente pelo cumprimento ou não de seus deveres, no qual o poder político é exercido, em parte, diretamente pelo povo, que possui órgãos estatais independentes e harmônicos entre si, no qual a lei é produzida pelo Legislativo e observada pelos demais poderes, no qual os cidadãos são titulares de direitos, inclusive políticos e sociais oponíveis ao Estado. O Estado de Bem-Estar Social tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social (SUNDFELD, 2018).

### **3. O ESTADO DE BEM-ESTAR BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O Estado de Bem-Estar Social, conforme discutido anteriormente, pode ser definido como um Estado que dirige a ação estatal, em maior ou menor grau, na organização e implementação de políticas públicas de provisão de bem-estar, baseando-se na noção de direitos sociais e reduzindo os

riscos sociais aos quais os indivíduos estão expostos (BENEVIDES, 2011).

Nos países de capitalismo central a estruturação do Estado de Bem-Estar Social articulou controle legal sobre o trabalho em paralelo às políticas que asseguravam a elevação do padrão de vida da população, o período de 1945 a 1975 foi marcado “por um grande crescimento econômico acompanhado, de um lado, por uma significativa distribuição de renda e de outro, por um maciço investimento em políticas sociais” (MARICATO, 2001, p. 126).

No entanto, a configuração do modelo de Bem-Estar Social não pode ser observada nos países de capitalismo periférico, da mesma forma como se deu nos países de capitalismo central, uma vez que as dinâmicas históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais guardam significativas diferenças entre si. Como afirma Marcelo Medeiros, (2001. p. 8), “no Brasil, o Welfare State surge a partir de decisões autárquicas e com caráter predominantemente político: regular aspectos relativos à organização dos trabalhadores assalariados dos setores modernos da economia e da burocracia”.

As políticas públicas sociais no Brasil começaram a ser estruturadas a partir da década de 1930, sob o governo de Getúlio Vargas, voltadas especialmente para a mediação dos conflitos entre capital e trabalho, buscando antecipar conflitos trabalhistas. Assim, era possível observar uma associação entre políticas públicas e a inserção do indivíduo no mercado de trabalho. Neste período é possível observar, de forma nítida, o início da estruturação de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil, “com políticas sociais de profundo caráter conservador” (MEDEIROS, 2001, p. 9).

Observar as políticas sociais desenvolvidas no Brasil, a partir do período acima, permite compreender a configuração do Welfare State (Estado de Bem-Estar Social) no Brasil, considerando “o padrão e o nível de industrialização (ou modernização), a capacidade de mobilização dos trabalhadores, a cultura política de uma nação, a estrutura de coalizões políticas e a autonomia da máquina burocrática em relação ao governo” (MEDEIROS, 2001, p. 5).

É a partir da década de 1930 que o processo de urbanização/industrialização se consolida no Brasil, quando os interesses urbano-industriais conquistaram a hegemonia na orientação da política econômica e as questões urbanas começam a se destacar. Na estruturação do Estado de Bem-Estar Social nos países de capitalismo central, o processo de planejamento urbano teve um desenvolvimento inédito, preocupando-se com o problema da habitação e a crescente demanda por moradia, que acarretou uma reforma urbana, baseada na reforma fundiária e extensão de infraestruturas urbanas.

Diante desse contexto, Ermínia Maricato (2001, 128) aponta que essas medidas asseguram a regulação entre o salário e o preço da moradia “não só através do aumento de salários, mas da produção massiva de moradia e, conseqüentemente, de cidade: transporte, saneamento, serviços

públicos, etc.”. Nos países de capitalismo central, a partir das décadas de 1980 e 1990, com a vitória da ideologia neoliberal, há um desmonte do modelo de Estado providência (Bem-Estar Social).

O Brasil, enquanto país de capitalismo periférico, não pode ser observado a partir dos mesmos padrões de desenvolvimento e estruturação dos países de capitalismo central, tanto quanto à estruturação do Estado de Bem-Estar Social, quanto ao processo de urbanização engendrado neste modelo. Nas palavras de Ermínia Maricato (2001, p. 152) a “invasão de terras urbanas no Brasil é parte intrínseca do processo de urbanização”, mas não pela ação da esquerda ou de movimentos sociais, “ela é estrutural e institucionalizada pelo mercado imobiliário excludente e pela ausência de políticas sociais”.

A autora destaca que o processo de urbanização brasileira é marcado por algumas características: a) a industrialização com baixos salários, que resulta em um mercado residencial restrito, uma vez que o custo da reprodução da força de trabalho não inclui o custo da mercadoria habitação, assim, o trabalhador, mesmo empregado formalmente e assalariado, não ganha o suficiente para participar do mercado formal de habitação; b) as gestões urbanas (municipais e estaduais) têm uma tradição de investimento regressivo; c) legislação ambígua e aplicação arbitrária da lei, uma vez que a ocupação de terras urbanas tem sido tolerada desde que não seja em áreas de interesse do mercado, nestes locais a lei é aplicada (MARICATO, 2001).

Diante dessas características, o processo de urbanização brasileira é marcado pela predação ambiental, promovida pela dinâmica de exclusão habitacional e assentamentos espontâneos, bem como pela violência urbana mais intensa nas áreas caracterizadas pela pobreza homogênea nas grandes cidades (MARICATO, 2001).

No Brasil, a luta pela Reforma Urbana, por transformações que modifiquem esse padrão de desenvolvimento urbano tem início na década de 1960. Nas palavras de Nelson Saule Júnior e Karina Uzzo (2009, p. 259) “ trajetória da luta pela reforma urbana , inicia-se nos anos 1960, época que os segmentos progressistas da sociedade brasileira demandavam reformas estruturais na questão fundiária.”

A partir do golpe militar de 1964, a articulação relativa ao conjunto das políticas públicas de proteção social significou uma inflexão, de um lado elas foram estendidas a grupos que se mantinham à margem do setor público, para legitimar uma posição de pressão política adotada e, por outro lado, apesar da expansão da cobertura, as desigualdades sociais foram acentuadas, em paralelo a uma intensificação da precarização dos serviços públicos (BENEVIDES, 2011).

Em relação às reformas urbanas, Nelson Saule Júnior e Karina Uzzo (2009, p. 259) afirmam que o golpe de 1964 “constituiu-se um regime político autoritário (que durou até 1984) que inviabilizaria a realização dessas reformas”. Assim, os temas relacionados à reforma urbana apenas

reapareceram no cenário político e social brasileiro, na redemocratização entre final da década de 1970 e início da década de 1980.

Durante o período de 1930 até 1966 “o Brasil definiu e implementou as bases modernas de seu sistema de seguridade social, as quais permaneceram relativamente intactas até 1966” (MEDEIROS, 2000, p. 9). Durante o período de governo militar a ideia que conformava a estruturação das políticas públicas derivava da ideia de que o progresso social era consequência natural do crescimento econômico. Assim, era necessário garantir o crescimento econômico para que posteriormente ocorresse a redistribuição da renda criada (MEDEIROS, 2001, p. 9).

No entanto, a concentração de renda acarretava significativos custos sociais, assim, “para compensá-los e garantir a estabilidade política necessária ao crescimento econômico, o governo implementou uma série de políticas sociais de natureza assistencialista” (MEDEIROS, 2001, p. 14).

Marcelo Medeiros, (2001. p. 16) aponta que após a década de 1970 houve um processo de internalização de uma tendência universalizante, principalmente em relação ao acesso aos subsistemas sociais, porém mantendo como característica essencial um caráter meritocrático-particularista<sup>3</sup> em detrimento de um caráter institucional-redistributivo<sup>4</sup> e “até as reformas ocorridas na década de 1980, o Welfare State brasileiro era caracterizado por centralização política e financeira em nível federal, fragmentação institucional, tecnocratismo, autofinanciamento, privatização e uso clientelístico das políticas sociais (MEDEIROS, 2001, p. 16).

Neste contexto, é possível observar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 significou um profundo marco em relação às políticas públicas de proteção social no Brasil. Claudia do Valle Benevides (2011, p. 9) afirma que, a partir da Constituição de 1988 “as políticas sociais passam a ser dever do Estado, estando ancoradas no direito social dos cidadãos”.

A partir Constituição Federal de 1988 é possível observar a incorporação no texto constitucional um conjunto amplo de direitos, inclusive o direito à proteção social, assim, a

---

3 “O modelo MERITOCRÁTICO-PARTICULARISTA fundamenta-se, por sua vez, na premissa de que cada um deve estar em condições de resolver suas próprias necessidades, em base a seu trabalho, a seu mérito, à performance profissional, à produtividade. A política social intervém apenas parcialmente, corrigindo as ações do mercado. O sistema de Welfare, por importante que seja, é tão somente complementar às instituições econômicas” (DRIABE, Sônia Miriam. O welfare state no Brasil: características e perspectivas. **Núcleo de Estudos de Políticas Públicas - NEEP**. Unicamp, 1993, p. 14).

4 “O terceiro modelo, INSTITUCIONAL-REDISTRIBUTIVO concebe o sistema de “welfare” como elemento importante e constitutivo das sociedades contemporâneas, voltado para a produção e distribuição de bens e serviços sociais “extra mercado”, os quais são garantidos a todos os cidadãos; estes são assim cobertos e protegidos segundo critérios mais universalistas; respeitando mínimos historicamente definidos de necessidades e condições de vida, tal sistema tende a mesclar os mecanismos de renda mínima, integração e substituição de renda com aqueles típicos dos equipamentos coletivos públicos gratuitos para a prestação de serviços essenciais, especialmente os de saúde e de educação. Internamente, em geral, contempla mecanismos redistributivos de renda e de recursos. Países escandinavos e a Inglaterra exemplificam este modelo, que supõe a incapacidade do mercado de realizar, por si próprio, uma alocação de recursos tal que elimine a insegurança absoluta, ou se quiser, a pobreza atual ou futura” (DRIABE, Sônia Miriam. O welfare state no Brasil: características e perspectivas. **Núcleo de Estudos de Políticas Públicas - NEEP**. Unicamp, 1993, p. 14).

Constituição abrange a garantia do direito à saúde, à previdência, à assistência social e à educação, podendo ser considerada um marco para os direitos sociais no Brasil em razão de seu princípio universalizante (BENEVIDES, 2011).

Entre as inovações propostas pela nova Constituição, Claudia do Valle Benevides (2011, p. 65) destaca os seguintes aspectos:

a criação do Sistema Unificado de Saúde (SUS), apoiado no direito universal à saúde; a definição de um piso mínimo para os benefícios; a criação do seguro-desemprego; e a extensão da previdência rural, que teve seu sistema unificado com a previdência urbana e estendeu benefícios às mulheres, não estando mais atrelado à unidade familiar, além de ter a idade de aposentadoria reduzida (60 homens e 55 para mulheres).

Assim, é possível afirmar que Brasil passou, desde a década de 1930, a estruturar um Estado de Bem-Estar Social, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir da incorporação de um diversificada gama de políticas públicas de caráter social e de alcance bastante variado, mesmo que seja possível questionar o nível insatisfatório desse bem estar social no Brasil, principalmente em razão das altas taxas de pobreza, desigualdade, baixa cobertura dos serviços públicos de saúde, educação e alta taxa de informalidade no mercado de trabalho (BENEVIDES, 2011).

#### **4. MUNICIPALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS NO BRASIL**

Com o fim da ditadura militar e o início do processo de redemocratização do país as reivindicações de reforma urbana reapareceram no cenário nacional. Edésio Fernandes (2008, p. 3) aponta que neste período as rachaduras no regime militar foram ocasionadas por uma combinação de poderosos fatores, como a “crescente mobilização social através de sindicatos, organizações cívicas, movimentos sociais, associações de residentes e grupos ligados à ala progressista da Igreja Católica, a reorganização de partidos políticos tradicionais e a criação de novos partidos”.

Nelson Saule Júnior e Karina Ozzo (2009, p. 259) afirmam que essas reivindicações desses movimentos “eram apresentadas como direitos, com o objetivo de reverter as desigualdades sociais com base em uma nova ética social, que trazia como dimensão importante a politização da questão urbana”. E expressavam anseios sociais por mudanças político-institucionais, especialmente em relação a eleições democráticas, rearranjos do capital fundiário e imobiliário e o fortalecimento do governo municipal (FERNANDES, 2008).

A municipalização das políticas urbanas no país era compreendida como uma importante mudança institucional, voltada à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. É neste contexto que, em janeiro de 1985, surge o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, um movimento heterogêneo composto por participantes de diferentes áreas, reunindo “organizações da sociedade

civil, movimentos, entidades de profissionais, organizações não-governamentais e sindicatos” (JUNIOR; UZZO, 2009, p. 260).

Sobre o surgimento do Movimento pela Reforma Urbana, Ermínia Maricato (2015, p. 310), afirma que ele nasceu graças às "iniciativas de setores da Igreja Católica, como a CPT Comissão Pastoral da Terra, com a intenção de unificar as numerosas lutas urbanas pontuais que emergiram nas grandes cidades, em todo o país, a partir de meados dos anos 70”.

A mobilização pela reforma urbana, organizada em torno do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, se responsabilizou pela elaboração de uma proposta de lei a ser incorporada na Constituição Federal. Tal proposta tinha como objetivo transformar o perfil excludente das cidades brasileiras e propor uma nova ética social, que condena a utilização da cidade apenas como fonte de lucro.

A luta pela reforma urbana assume como lema a reivindicação de uma “nova cidade e propunha a quebra dos privilégios de acesso aos espaços das cidades” (JUNIOR; UZZO, 2009, p. 261). A proposta de emenda popular, elaborada pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana, contou com apoio de mais de 48 entidades estaduais e locais.

Ermínia Maricato (2015, p. 311) aponta que os objetivos da Reforma Urbana se concentravam em quatro eixos principais:

*Em relação à propriedade imobiliária urbana* - instrumentos de regularização de áreas ocupadas. Captação da valorização imobiliária. Aplicação da função social da propriedade. Proteção urbanística, ambiental e cultural. *Em relação à política habitacional* - programas públicos habitacionais com finalidade social. Aluguel ou prestação da casa própria, proporcional à renda familiar. Agência nacional e descentralização na gestão da política. *Em relação aos transportes e serviços públicos* - natureza pública dos serviços sem lucros, com subsídios. reajuste das tarifas proporcionais aos reajustes salariais. Participação dos trabalhadores na gestão do serviço. *Em relação à gestão democrática da cidade* - conselhos democráticos, audiências públicas, plebiscitos, referendo popular, iniciativa legislativa e veto às propostas do legislativo.

Com relação aos princípios gerais propostos pela Emenda Constitucional, encampada pelo Movimento Nacional de Reforma Urbana, Edésio Fernandes (2008, p. 04) destaca a “autonomia do governo municipal, gestão democrática das cidades, direito social de moradia, direitos à regularização de assentamentos informais consolidados, função social da propriedade urbana e combate à especulação imobiliária nas áreas urbanas”.

Assim, o autor afirma que após intensas disputas no Congresso Constituinte, um capítulo progressista sobre preservação ambiental foi aprovado, além de um inédito capítulo sobre a política urbana. Apesar de limitado, Edésio Fernandes (2008, p. 05) afirma que “quase todas as reivindicações sociais encaminhadas através da Emenda Popular de Reforma Urbana foram aprovadas em alguma medida”.

Neste sentido, é possível destacar a aprovação de novos instrumentos jurídicos e

programas de regularização fundiária, bem como a criação de instrumentos jurídicos para o combate da especulação imobiliária, como o parcelamento, utilização e edificação compulsórios e o imposto predial territorial urbano progressivo no tempo e a desapropriação-sanção, além dos instrumentos jurídico-políticos que tinham a intenção de ampliar a participação direta nos processos decisórios (FERNANDES, 2008).

Diversos avanços foram conquistados no período, entre eles é possível destacar a afirmação e o efetivo estabelecimento da autonomia municipal, a ampliação da participação da população na gestão das cidades e a garantia da participação da população na elaboração do Plano Diretor, um dos principais instrumentos de planejamento urbano municipal (JUNIOR; UZZO, 2009, p. 262).

Com relação ao papel dos municípios no processo de planejamento urbano, Edésio Fernandes (2008, p. 05) explica que a “autonomia do governo municipal também foi reconhecida em termos jurídicos, políticos e, em menor medida, também fiscais”. Conforme consta no texto constitucional, ao município foi delegada a função de ordenar o desenvolvimento da política urbana, para o cumprimento da função social da cidade, por meio do Plano Diretor.

Nestes termos, o cumprimento da função social da propriedade ocorre quando ela atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no Plano Diretor, o qual é de responsabilidade do poder público municipal e se constitui como o instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana.

O autor aponta que a tensão entre grupos progressistas e conservadores marcou esse processo de municipalização, uma vez que os conservadores o compreendiam como uma estratégia de transformar a função social da propriedade, expressa no Plano Diretor, em uma figura retórica. Enquanto os grupos progressistas, decidiram por sua vez, inverter a lógica e aproveitar o máximo possível os instrumentos constitucionalmente aprovados, para buscar a construção de planos diretores incluídos e participativos por todo o país (FERNANDES, 2008).

Raquel Rolnik (2015, 356), ao discutir as transformações políticas e econômicas ocorridas a partir da década de 1990 e as transformações no papel do Estado no mundo, que coincidiram com o processo de municipalização das políticas urbanas municipais no Brasil, afirma que ao governo local é colocado dois desafios, de um lado lidar com “o produto polarizado e desestruturado dessas transformações, por outro é possível hoje para a cidade assumir o papel de protagonista político/econômico nesse processo”.

E essa possibilidade é destacada pela autora, uma vez que vivenciamos nas cidades novas formas de democratização e novas formas de cidadania. Porém, é importante que se observe e que se reconstitua a dimensão pública. E para essa reconstituição da dimensão pública é necessário que

o Estado assumira integralmente o papel de protagonista econômico-político, ou seja, que passe a formular uma estratégia econômico-política-territorial para o futuro da cidade (ROLNIK, 2015).

No entanto, para que, de fato se desenvolva uma política de desenvolvimento territorial, não basta que o Estado assumira para si a tarefa de planejamento de forma tecnocrática, é necessário que compreenda singularidades dos agentes que compõem o espaço público, demanda uma revisão das utopias, métodos e instrumento de intervenção no planejamento urbano (ROLNIK, 2015).

Para Raquel Rolnik (2015, p. 359) é necessário que se rompa com a ideia de homogeneidade e eliminação das diferenças, presentes no pensamento do urbanismo moderno, substituindo-a pela possibilidade de produção de singularidades e diferenças, mas também é necessário que se rompa com o projeto racional resultante da tecnocracia do Estado, sendo este “substituído por um pacto territorial cujo sujeito seja uma multiplicidade de grupos-sujeitos”.

A autora destaca ainda a necessidade de construir uma estratégia econômico-política-territorial para o futuro da cidade, fundada em um pacto de solidariedade urbana, fundamental para a construção de uma nova cidade e de uma nova ordem urbanística. Nestes termos, conforme aponta, é importante que o poder público municipal seja capaz de se colocar como um interlocutor com a sociedade no processo de elaboração das políticas públicas (ROLNIK, 2015).

Porém, Raquel Rolnik (2015, p. 360) aponta que essa postura exige uma redefinição do papel do Estado, em especial no âmbito municipal, para que se afaste do absentismo estatal exigido por posições neoliberais, e na sua atuação se coloque como “um difusor de contratendências de solidariedade, autonomia e distribuição de renda e poder”.

Assim, o processo de municipalização das políticas públicas municipais, que se consolidou na Constituição Federal de 1988, no bojo da construção de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil, pode se colocar como uma importante estratégia de intervenção do Estado no processo de desenvolvimento de uma cidade mais justa e solidária, desde que haja o fortalecimento do poder público municipal, para uma efetiva regulação do mercado, imobiliário com o objetivo de produzir um maior equilíbrio socioambiental.

## **5. CONCLUSÃO**

Um Estado de Bem-Estar Social pode ser compreendido como aquele no qual é possível observar maior desenvolvimento humano e social, alcançando a finalidade, dos estados nos quais é implantado. No entanto, a construção do Estado de Bem-Estar Social foi um longo processo histórico, que teve início no desenvolvimento do Estado de Direito.

Consolidada a ideia de que o poder político do Estado deveria ser limitado e ele próprio deveria submeter-se às regras, paulatinamente instrumentos de democratização foram incorporados,



permitindo que os cidadãos participassem dos processos decisórios do Estado e da construção das regras que os submeteriam e ao Estado.

A partir desse processo de democratização do Estado e de transformações econômicas, o papel do Estado é fundamentalmente alterado e ele passa a ser compreendido como um importante instrumento de promoção de justiça social e desenvolvimento. Um Estado preocupado com demandas sociais começa a ser desenhado no Brasil a partir de 1930 e, com avanços e retrocessos, se consolida com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O processo de redemocratização do país, que culmina com a Carta Magna, permite o amadurecimento de movimentos sociais atuantes na discussão sobre o processo de urbanização brasileiro, como o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, que questiona as bases e as estruturas de formação das cidades.

Uma das reivindicações dos movimentos sociais pela reforma urbana era de municipalização das políticas públicas urbanas, compreendidas como necessárias para o desenvolvimento de cidades mais justas e solidárias e, conseqüentemente, para melhoria da qualidade de vida dos cidadãos urbanos.

Inserido no texto constitucional, após profundas tensões entre grupos opositores, o inédito capítulo sobre política urbana eleva a um patamar de destaque os governos municipais, responsáveis pela elaboração do Plano Diretor, responsável pela delimitação das exigências para o cumprimento da função social da propriedade e da cidade.

Neste contexto, para que o Estado, em especial o governo municipal, assuma esse papel protagonista no desenvolvimento de políticas públicas urbanas, que melhorem a qualidade de vida dos cidadãos, é necessário o fortalecimento dessa esfera, bem como a atuação como interlocutor entre a sociedade e seus os múltiplos grupos-sujeitos.

A municipalização das políticas públicas urbanas, pensadas na esteira da construção de um modelo de Estado de Bem-Estar Social, pode se colocar como uma importante estratégia de intervenção do Estado, no processo de desenvolvimento de uma cidade mais justa e solidária, desde que haja o fortalecimento do poder público municipal, para uma efetiva regulação do mercado imobiliário, com o objetivo de produzir um maior equilíbrio socioambiental.

## **REFERÊNCIAS**

- BENEVIDES, Cláudia da Valle. **Um estado de bem-estar no Brasil?** (Dissertação). Universidade Federal Fluminense, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

- DRIABE, Sônia Miriam. O welfare state no Brasil: características e perspectivas. **Núcleo de Estudos de Políticas Públicas - NEEP**. Unicamp, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERNANDES, Edésio. **Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implementando a agenda de reforma urbana no Brasil**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental. Belo Horizonte. V. 7, nº 42, nov. 2008.
- FERNÁNDEZ-ÁLVAREZ, Antón Lois. Estado de Bem-estar, instituições públicas e justiça social. **Revista Estudos Institucionais**. V. 4, n. 2, 2018, p. 884-904.
- JÚNIOR, Nelson Saule; UZZO, Karina. A trajetória da reforma urbana no Brasil. Ford Foundation. **Experiências do Marco Legal**. São Paulo, 2009, p. 259-269.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Atualizada por prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 34ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. In: ARANTES, Otilia (org.). **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MARICATO, Ermínia. Reforma Urbana: limites e possibilidades, uma trajetória incompleta. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. JÚNIOR, Orlando Alves dos Santos (orgs.). **Globalização, fragmentação e reforma urbana: o futuro das cidades brasileiras na crise**. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: INCT, 2015.
- MEDEIROS, Marcelo. A trajetória do Welfare State no Brasil: papel redistributivo das políticas sociais dos anos 1930 aos anos 1990. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA**. Texto para discussão nº 852. Brasília, 2001.
- ROLNIK, Raquel. Planejamento Urbano nos anos 90: novas perspectivas para velhos tempos. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. JÚNIOR, Orlando Alves dos Santos (orgs.). **Globalização, fragmentação e reforma urbana: o futuro das cidades brasileiras na crise**. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: INCT, 2015.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

# PROCESSO ESTRUTURAL: UMA ABORDAGEM PROSPECTIVA E DIALÓGICA EM DEMANDAS QUE ENVOLVEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ana Cristina CREMONEZI<sup>1</sup>

Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins SANTOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo se debruçará sobre o processo estrutural, com foco no aspecto prospectivo e dialógico. Em que pese possível a aplicação do modelo estruturante em face de particulares, a análise voltar-se-á apenas às demandas que envolvem a Administração Pública, como meio de intervenção e fiscalização de Políticas Públicas. Considerando que o Brasil não dispõe de regramento específico e sistematizado acerca do direito processual coletivo, tampouco, sobre o processo estrutural, a hipótese de pesquisa recai sobre a viabilidade de utilização do processo estrutural *de lege lata*. Como objetivos específicos, pretende-se demonstrar a relevância do processo estrutural, tecendo considerações sobre a insuficiência do modelo tradicional de processo para o tratamento de lides complexas, com efeitos irradiados. Ainda, busca-se aquilatar a relevância do aspecto prospectivo do litígio, em que a atuação do Poder Judiciário não ficará adstrita às consequências do problema, buscando em caráter indutor e de gerenciamento processual, conduzir e monitorar o gestor na adequação de irregularidades sedimentadas ou a implementação de políticas públicas. Sendo o tema inovador, parte-se de uma pesquisa exploratória, com análise qualitativa, através do uso de fontes secundárias. O estudo adota a obra de Edilson Vitorelli como referencial teórico. Ao final, chega-se à conclusão de que o processo estrutural conduz à viabilidade de harmonização de princípios constitucionais em conflito, assegurando maior efetividade da prestação jurisdicional. Como contraponto, identifica-se a imperiosidade de capacitação estratégica do Poder Judiciário para o atendimento de demandas complexas.

**PALAVRAS CHAVES:** políticas-públicas; processo estrutural; modelo dialógico; prospectivo; Fazenda Pública.

## ABSTRATC

This article will address the structural process, focusing on the prospective and dialogic aspect. Although it is possible to apply the structuring model against individuals, the analysis will focus only on claims involving the Public Administration, as a means of intervention and supervision of Public Policies. Considering that Brazil does not have a specific and systematized regulation on collective procedural law, nor on the structural process, the hypothesis of the research lies on the viability of using the structural process *de lege lata*. As specific objectives, we intend to demonstrate the relevance of the structural process, making considerations about the insufficiency of the traditional process model for the treatment of complex litigations, with irradiated effects. Furthermore, we seek to assess the relevance of the prospective aspect of the litigation, in which the actions of the Judiciary will not be restricted to the consequences of the problem, seeking, in an inductive and procedural management character, to conduct and monitor the manager in the adequacy of sedimented irregularities or the implementation of public policies. Since the theme is innovative, the research is exploratory, with qualitative analysis, through the use of secondary sources. The study adopts Edilson Vitorelli's work as a theoretical reference. At the end, it reaches

---

1 Especialista em Direito Processual Civil, Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná e Juíza de Direito do Estado do Paraná.

2 Especialista em Direito Público e Tributário. Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Juíza de Direito do Estado do Paraná. apoemacfdms@gmail.com

the conclusion that the structural process leads to the viability of harmonization of constitutional principles in conflict, ensuring the greater effectiveness of the jurisdictional provision. As a counterpoint, it identifies the imperiousness of strategic training of the Judiciary to meet complex demands.

**KEY WORDS:** public-policies; structural process; dialogic model; prospective; Public Treasury.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa propõe uma abordagem prospectiva e dialógica ao estudo do processo estrutural, especialmente no contexto da Administração Pública.

A justificativa acadêmica para este estudo reside no fato de que o processo estrutural tem sido uma importante ferramenta no trato de litígios estruturais para garantia da eficácia de decisões que envolvem Políticas Públicas. Por isso, uma tramitação prospectiva e dialógica com o Poder Público, entidades privadas, população diretamente atingida, Ministério Público e Defensoria Pública torna-se necessária ante as especificidades das áreas de conhecimento correlatas à gestão pública.

De igual forma, não se pode olvidar da recorrente crítica vinculada ao ativismo judicial, em evidente recalcitrância à atuação do Poder Judiciário em temas afetos à Administração Pública, como se a discricionariedade administrativa blindasse as escolhas do gestor, arrostando o controle judicial ou por qualquer órgão de fiscalização externa.

Contudo, o princípio da Separação das Funções do Estado, por vezes, esbarra em outros princípios de natureza constitucional, como a inafastabilidade da jurisdição e a tutela dos direitos fundamentais individuais e sociais, elencados no amplo catálogo elaborado pelo legislador constituinte.

Agregue-se que inúmeros problemas que afligem o administrador público possuem natureza policêntrica e desbordam em irregularidades sedimentadas, o que onera a solução extrajudicial, bem como dificulta a atuação judicial com esteio no modelo tradicional de processo individual ou mesmo coletivo.

Neste passo, a compreensão de referida realidade, conjugada com o aprofundamento das características e potencialidade dos processos estruturais, elevará o âmbito de efetividade de decisões judiciais que abarquem referida área.

Conclui-se que o objetivo geral do artigo recai na abordagem da solução prospectiva e dialógica de demandas que envolvem a Administração Pública, com suas dificuldades e potencialidades, em decorrência da evidente insuficiência da legislação posta para o tratamento de litígios irradiados.

Dentre os objetivos específicos, realizar-se-á uma breve abordagem histórica, para demonstrar a viabilidade da utilização do processo estrutural para as demandas complexas, apontando-se suas principais características.

Ainda, pretende-se apontar a proeminência dos métodos consensuais para a resolução adequada de conflitos, conforme crescente adesão de instrumentos alternativos e a adoção do sistema multiportas. Busca-se, através da atividade concertada, suprir a ausência legislativa acerca do processo estrutural, sem que se inaugure a oportunidade de questionamento acerca do devido processo legal.

Por fim, como objetivo específico, debruçar-se-á na estratificação do processo, que guarda similitude com o ciclo de políticas públicas, desenhando-se um caminho viável, embora oneroso, para problemas de grande impacto na sociedade.

Constitui, pois, a hipótese a ser respondida com o estudo se o processo estrutural, através de meios dialógicos, se apresenta como modalidade legítima *de lege lata* em processos afetos à Administração Pública.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos em um corpo consistente de análise e argumentação, adota-se como modelo metodológico uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa, através de revisão bibliográfica, que permita uma maior imersão acerca da temática proposta.

Adota-se, como referencial teórico, as obras produzidas por Edilson Vitorelli, às quais serão agregadas, além de outros textos, as produções de Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna, Marco Félix Jobim e Hermes Zanetti Júnior, para o desenvolvimento do trabalho.

## **1 – PROCESSO ESTRUTURAL – ASPECTOS GERAIS**

O processo estrutural se insere no contexto do neoconstitucionalismo e das ondas renovatórias de acesso à Justiça, que exigem a alteração de paradigmas e a racionalização dos meios processuais a fim de que o princípio da eficiência na solução de conflitos seja alcançado.

O modelo estruturante alcançou impacto e visibilidade nos Estados Unidos da América através de decisão da Suprema Corte no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1952-1954), em que, a partir da interpretação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, almejava-se a superação da segregação racial no âmbito escolar, com a criação de um sistema público de ensino que assegurasse igualdade inter-racial.

Vitorelli, no entanto, adverte que a Suprema Corte apenas declarou a ilegalidade da segregação, sem delimitar as medidas necessárias à superação da realidade constatada. Segundo o autor “*o caso Brown, portanto, não é um exemplo de processo estrutural. Foi a sua implementação*

que, em algumas localidades e por iniciativa os juízes locais, adquiriu gradativamente, essa característica” (2022, p. 81-82).

Consoante ponderado por Arenhart, Osna e Jobim, a questão fora novamente apresentada à apreciação, no que ficou conhecido como Brown II. Nesta oportunidade, a Suprema Corte manteve a ilegalidade da segregação no âmbito escolar, “*não obstante, percebeu que a efetivação de sua ordem não seria uma atividade simples, mas, sim, um problema complexo*” (2021, pg. 29).

A conclusão achegada, por certo, decorre da circunstância de que o ponto central da demanda se encontrava envolto por fatores culturais, econômicos e políticos, sedimentados, não bastando o mero reconhecimento da irregularidade para a alteração do cenário social.

A constatação da ineficácia do provimento jurisdicional e da complexidade que envolve a superação de situações consolidadas acionam a reflexão acerca da inadequação do modelo tradicional do processo, inaugurando um novo paradigma para o tratamento de processos com efeitos para além das partes originárias do processo.

Neste passo, ainda em 1896, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou novamente a questão do preconceito racial, no caso Plessy vs. Ferguson, discutindo a *Lowisiana’s Separate Car Act*, que determinava que as companhias de transporte ferroviário disponibilizassem acomodações iguais para brancos e negros, em vagões distintos, consoante a cor da pele.

Por outro lado, na América Latina, a Colômbia estampa maior experiência em litígios de natureza estrutural, a partir do estado de coisas inconstitucional, abordando questões afetadas ao deslocamento de pessoas em virtude de conflitos armados, além de problemas afetos ao sistema de saúde e do sistema carcerário (ARENHART, OSNA e JOBIM. p. 52).

Sobre o julgamento que abordou a afronta aos direitos humanos no sistema penitenciário colombiano, Osuna noticia:

Ante esa situación, en el año 1998, la Corte Constitucional colombiana profirió dos sentencias (T-153 y T-606) que abordaron el asunto más allá de las coordenadas fácticas que subyacían a los respectivos casos y declararon que en las cárceles del país imperaba un inadmisibile estado de cosas inconstitucional, en el que la negación de los derechos humanos más básicos se había vuelto cotidiana, y frente al cual las autoridades responsables habían omitido históricamente el cumplimiento de sus obligaciones. Las coordenadas fácticas de los casos que dieron lugar a estas sentencias eran solicitudes de personas internas en dos cárceles del país, que padecían situaciones extremas de hacinamiento y desatención en su salud. (2015, pg. 5)

Dos julgados, extraiu Osuna que a Suprema Corte da Colômbia constatou que não se tratava de situação isolada, sendo replicado em outros estabelecimentos prisionais do país, bem como verificou-se que não havia disposição ou programa das autoridades responsável por sanar esse problema "estrutural" do sistema penitenciário Colombiano. A partir dessas coordenadas, desenhou-se a declaração da situação de coisa inconstitucional (2015, p. 05).

De igual forma, no Brasil, existem inúmeros processos que receberam tratamento estrutural, podendo ser citadas as ADPF 635<sup>3</sup> – que aborda as operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro e ADPF 347<sup>4</sup>, que tratou do sistema prisional.

Como caso emblemático do ingresso do modelo estrutural no Brasil, aponta-se a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, cuja ementa por relevância se transcreve:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF - ADPF: 347 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/02/2016)

Agreguem-se, aos exemplos, os litígios ambientais de grande porte, ocorridos em Brumadinho e Mariana. Sobre este, destaca-se:

No episódio de Mariana (MG), a multiplicidade de interesses envolvidos é notável. Há o interesse de cada pessoa atingida pelo desastre, o interesse das empresas mineradoras (Vale, Samarco e BHP), o dos entes públicos (os Municípios, os Estados, a União), o dos órgãos controladores e fiscalizadores (como o Ibama, Igam, Iphan), o das comunidades indígenas que povoam a região – além de muitos outros que ainda poderiam ser citados. Além disso, nesse caso podemos pensar rapidamente em medidas que deverão ser tomadas a curto, médio e longo prazo, como o reassentamento das famílias atingidas; a despoluição dos rios e afluentes em que foram despejados os rejeitos; a punição, em seus diversos aspectos, das mineradoras envolvidas; a tomada de providências para a proteção das barragens existentes e a contenção de novos desastres (COTA. NUNES. 2018, p. 249).

Com a contextualização histórica do processo estrutural, imprescindível a delimitação do modelo, com apontamento das características em contraponto ao modelo tradicional de processo, ante a evidente insuficiência deste para o tratamento de situações profundas como as observadas na breve narrativa.

O cerne do processo estrutural repousa na finalidade de reorganização de uma estrutura, seja pública ou particular (Vitorelli, 2022, p. 69), sobrelevando, por consequência, o enfoque

3 STF - ADPF: 635 RJ 0033465-47.2019.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 27/05/2022, Data de Publicação: 30/05/2022)

4 STF - ADPF: 347 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/02/2016)

prospectivo da atuação jurisdicional, que não se atém à solução das consequências do problema. Ao contrário, o primordial recai sobre a reformulação da estrutura deficiente, para a superação da causa do entrave identificado.

Sobre o ponto, destaca-se a citação de Jürgen Habermas, transcritas em análise sobre a característica da prospecção do processo estrutural, em que restou assentado: “*Não se concebe que a atividade jurisdicional seja entendida como agir ‘orientado pelo passado’, mas ‘orientada por normas fundamentais’, deve a jurisdição voltar-se a ‘problemas do presente e do futuro’*” (apud: MEDINA. MOSSOI, 2020).

Adentrando na temática de conflitos complexos que viabilizaram o surgimento do processo estrutural, Eduardo Cambi aponta para a existência de litígios globais, coletivos e irradiados, o que fundamenta a insuficiência, inclusive, dos processos coletivos para assegurar a efetividade da decisão judicial. Sobre o ponto, agrega-se que os litígios irradiados “*são aqueles cuja lesão afeta diferentes grupos, cada qual em um modo e intensidade, tendo natureza policêntrica*” (2021, p. 668).

Portanto, o conflito policêntrico não guarda convergência com conceitos de proteção de direito difuso, coletivo estrito sensu ou individuais homogêneos, podendo “*ser marcado por uma conflituosidade interna alta, justamente pela variedade de interesses e particularidades*”, o que sustenta a conclusão de desajuste de tratamento outorgado pelo processo coletivo (CAMBI, 2021, p. 668).

Edilson Vitorelli realça que o desastre ambiental de Mariana ilustra de forma escorreita o denominado litígio irradiado, sendo que:

Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pelo qual se identifica com a sociedade como criação (out/2018, p. 03).

O autor insere a complexidade como indicador do modelo estrutural, eis que a análise judicial “*se afasta significativamente do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de inputs políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento*” (VITORELLI, 2018, p. 04).

Neste passo, é possível traçar as seguintes características do processo estrutural: a) o objeto do litígio é um problema estrutural, isto é, “uma ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade” (DIDIER JR., 2022, p. 462); b) objetiva-se reestruturar-se esta situação de desconformidade através de uma implementação escalonada; c) primeiro define-se o problema estrutural e depois constrói-se um plano de reorganização; d) o procedimento é flexível,



viabilizando-se, por exemplo, a adoção de intervenção de terceiros em todas as fases e medidas executivas atípicas; e e) é marcado pela consensualidade, na medida em que o diálogo com todos os intervenientes auxilia na criação de um projeto de reestruturação eficaz (DIDIER JR., 2022, p. 465-466).

Conseqüentemente, a solução da demanda não se restringe à atividade de mera subsunção, exigindo do Poder Judiciário a atuação criativa para resguardar a efetividade do provimento jurisdicional, sem divorciar-se de sua função estabelecida constitucionalmente.

De igual forma, a fase executiva se distancia do padrão rotineiro, aproximando-se das fases e instrumentos de construção de políticas públicas, cabendo uma incursão sobre os meios executivos atípicos, além da atividade dialógica e cooperativa almejada pelo Código de Processo Civil.

Em que pese a reforma estrutural também alcance as instituições privadas, o presente artigo restringirá a abordagem às demandas que envolvem a Administração Pública, para aquilatar a viabilidade de aplicação do modelo proposto em equilíbrio com os princípios do devido processo legal e seus consectários e, ainda, da separação das funções estatais.

## **2. A NATUREZA PROSPECTIVA E DIALÓGICA**

Muito se discute sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em processos que envolvem a concretização de políticas públicas e outras atuações de gestão, classificadas como atos discricionários.

Neste tópico, aborda-se a atual concepção do princípio da Separação das Funções do Estado, percorrendo pelo conceito de Ativismo judicial bem como pela demonstração de que forma a natureza prospectiva e dialógica do processo estrutural pode contribuir para a harmonização dos princípios em linha de colisão.

Dentro deste contexto, será realizada uma breve apresentação do sistema multiportas, seu marco regulatório no atual ordenamento jurídico brasileiro e a contribuição dos instrumentos negociais nos processos estruturantes.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o conceito clássico da Tripartição dos Poderes do Estado, previsto pelo artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) - segundo o qual, para manutenção do Sistema de Freios e Contrapesos, de forma simplória, ao Executivo compete administrar; ao Legislativo criar normas jurídicas; e ao Judiciário aplicar tais normas no caso concreto – não mais se sustenta com o advento do Estado Democrático Constitucional.

Impõe-se, neste aspecto, observar que o Sistema de Freios e Contrapesos tem por finalidade a contenção do abuso do direito pelos Poderes estatais. Contudo, o princípio da

Separação das funções estatais não pode servir de escusa para evitar a atuação do Judiciário, quando chamado a atuar na defesa contra a afronta a direitos ou para a tutela em face da proteção deficiente, sob pena de subversão de sua finalidade (MARTINS, 2023). Acrescenta-se:

[...] também não prospera o argumento de impossibilidade de revisão judicial da discricionariedade administrativa, visto que, se por um lado, na formulação da política pública o administrador (legislador) pode agir com conveniência e oportunidade, por outro lado devem observar os limites do ordenamento jurídico, sobretudo a satisfação dos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Magna. (BRITO; SOUZA. 2021, p. 1103-1126)

Zaneti Júnior defende que o Estado Democrático Constitucional deve garantir todos os direitos fundamentais, sejam eles de primeira dimensão – direitos individuais, “liberdades negativas”; de segunda dimensão – “direitos sociais, ” liberdades positivas - ou de terceira dimensão - direitos decorrentes da “solidariedade e da comunidade, difusos e coletivos” (2022).

Nesta seara, a Jurisprudência há muito admite a atuação do Judiciário quando o Estado se encontra inadimplente na implementação de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais de segunda geração, observado, contudo, o critério da razoabilidade e a necessidade de garantia do mínimo existencial, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Julgamento da ADPF n. 45<sup>5</sup>.

Este julgado demonstra um dos grandes obstáculos enfrentados pelo Judiciário na intervenção para implantação e regularização de políticas públicas visando a garantir os direitos sociais e econômicos, qual seja a limitação do orçamento pela reserva do possível (OLIVEIRA; ALVES, 2014).

Observe-se, ainda, que em se tratando de omissão na concretização de direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais exigem um maior aporte financeiro por parte do Estado, a Administração Pública não pode se esquivar na falta de recursos financeiros, alegando de forma genérica e muitas vezes sem qualquer demonstração a reserva do possível, mormente porque não raras as vezes a alegada ausência de recursos decorre da má gestão pública na alocação do orçamento, ignorando as reais necessidades da população mais vulnerável.

Deste modo, a disponibilidade financeira não pode servir de barreira para o controle judicial de omissões inconstitucionais na concretização de políticas públicas, constituindo dever do Estado efetivar os direitos sociais assegurados na Constituição Federal, em especial daqueles que garantem o mínimo existencial e, em última *ratio*, a dignidade da pessoa humana, como os direitos à saúde, educação e moradia (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2019).

Outra crítica que se faz a este ativismo judicial recai sobre a falta de legitimidade democrática, contudo, conforme bem preleciona Barroso, a ausência de eleição dos agentes

---

5 STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).

públicos do Judiciário não afasta o poder político que possuem, fundamentado na Constituição, de velar pela observância do Estado democrático e dos direitos fundamentais (2012).

Na mesma linha, defende Eduardo Cambi que o Judiciário possui uma legitimidade democrática de garantir o respeito pelos direitos fundamentais, bem como aplicá-los imediatamente em caso de omissão, para preservação do “Estado Democrático de Direito” (2020, p. 360).

Por outro lado, Lenio Streck critica a adoção do termo ativismo por entender estar vinculado a decisões arraigadas por visões pessoais, que extrapolam os limites jurídicos e invadem a competência dos demais Poderes. Todavia, defende a judicialização da política para concretização de direitos fundamentais, quando um dos Poderes violar a Constituição (2016).

Neste passo, ainda que consolidada a possibilidade de intervenção do Judiciário para supressão de omissões ilegais dos outros Poderes, imprescindível se resguardar a legitimidade, observando-se os limites através da racionalidade e primando pela utilização de instrumentos dialógicos na solução dos conflitos.

Conclui-se, pois, que a atuação do Poder Judiciário, em pontos afetos a políticas públicas e atos revestidos de discricionariedade, obterá maior harmonização com o emprego do modelo estrutural de processo, na medida em que, através de suas características dialógica e prospectiva, os Juízes atuam como mediadores para a fixação de compromissos escalonados dentro das capacidades de sua realização.

Nesta toada, defendem Arenhart e Osna que não mais se admite aquele modelo tradicional de separação dos poderes da teoria contratualista e, partindo desta premissa, o processo estrutural viabiliza a revisão de políticas com um enfoque prospectivo e dialógico (2022a).

Consoante se extrai da análise do modelo de processo sugerido, esta atuação busca resolver os problemas estruturais na origem e não somente ofertar uma solução jurídica ao processo, o que proporciona o incremento da efetividade na proteção dos direitos fundamentais.

Compartilhando do mesmo raciocínio, defendem Arenhart e Osna que o processo civil em casos de litígios estruturais deve ser dialógico, prospectivo e gradual, inclusive para sua efetividade, na medida em que não é possível uma reestruturação imediata (2022b).

Importa salientar que o próprio Poder Legislativo busca normatizar a utilização do diálogo entre os Poderes acompanhado de uma implementação prospectiva para a resolução de conflitos que envolvem políticas públicas, conforme extrai-se do Projeto de Lei nº 8.058/2014, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, o qual prevê tais mecanismos expressamente no parágrafo único do seu artigo 2<sup>o</sup>.

---

6 PL 8.058/2014. Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as

Por seu turno, para melhor interpretação da natureza dialógica, impõe-se uma breve explanação acerca do sistema multiportas e seus instrumentos negociais.

O sistema multiportas caracteriza-se pela existência de várias opções à solução do litígio além do método tradicional em que o Estado-Juiz busca por fim ao conflito de forma coercitiva. Defende-se, com este sistema, a possibilidade de os litigantes escolherem uma das portas para a solução do conflito, quais sejam: mediação; conciliação; orientação; ou a ação tradicional.

Aponta-se que este conceito foi criado após uma conferência (*Pound Conference*) apresentada por Frank Sander, professor da *Harvard Law School*, em 1976, na qual ele defendeu a ineficácia de uma única porta para todos os tipos de conflito. A ideia por ele defendida, posteriormente intitulada de “*muti-door courthouse*”, consiste na implantação de uma triagem que possibilite a escolha do melhor método para solução do conflito apresentado dentre as diversas portas - mediação, negociação, arbitragem e “*med-arb*” (uma mistura das técnicas de mediação e arbitragem), ideia que teria impulsionado o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos (ADR - *alternative dispute resolution*) no setor público e privado nos Estados Unidos (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018).

No Brasil, verifica-se uma expansão dos sistema negocial, adotado paulatinamente pela legislação ordinária, conforme extrai-se do Código de Processo Civil de 1973, da Lei do Divórcio e da Lei dos Juizados Especiais<sup>7</sup>. Mas, a utilização dos instrumentos consensuais ganhou impulso com a publicação da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo a qual devem os órgãos judiciários oferecerem “mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação”<sup>8</sup>, introduzindo os sistemas multiportas no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, conforme elenca Ada Pellegrini Grinover, há um minissistema brasileiro dos métodos consensuais de solução de conflitos, formado por três marcos regulatórios: a Resolução nº

---

seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; (...) III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; (...) V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

7 Lei nº 6.515/77 e Lei nº 9.099/95, respectivamente.

8 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

125/2010 do CNJ; o novo CPC<sup>9</sup>; e a Lei da Mediação<sup>10</sup> (GRINOVER, 2015, p.1-2).

Tais alterações refletiram no âmbito da Administração Pública e nos denominados interesses públicos, conforme se extrai do art. 174 do Código de Processo Civil e dos artigos 26 e 27 da Lei nº 13.665/2018 (LINDB).

Por seu turno, a transposição do modelo tradicional do processo civil, caracterizado pelo método “ganha-perde” e pela solução adjudicada através da sentença, para o novo conceito de acesso à justiça pelo sistema de multiportas é de fundamental importância nos processos estruturais, nos quais o Juiz passa a exercer uma função mediadora, buscando uma solução negociada e renegociável, na qual se busca atender aos interesses de todos os envolvidos, conhecido pelo método “ganha-ganha” (COELHO, 2017).

Nesta inteligência, tratando-se de litígios complexos, como os que envolvem a concretização de políticas públicas, é recomendável que as multipolaridades envolvidas contribuam para a solução da controvérsia. Como descreve Osna, o processo deve ser utilizado como “palco de negociações e de debates prospectivos, procurando uma regulação razoável” (2022, p. 500).

Trata-se, portanto, de um procedimento que contribui para a efetividade das decisões, pois através deste “ativismo judicial dialógico” (PAIXÃO, 2018) e prospectivo viabiliza-se o acompanhamento e revisão da implementação da política pública ou a reorganização de atos de gestão em desconformidade, com a devida reestruturação da irregularidade sedimentada.

Ademais, somente através de uma atividade escalonada e participativa torna-se possível verificar se o plano inicialmente definido para reestruturação do problema mapeado, objeto da lide, encontra-se adequado, viabilizando o monitoramento e alterações no curso da implementação da solução eleita até a efetiva resolução do problema estrutural.

Neste sentido, Vitorelli elenca como um dos principais desafios do processo estrutural a necessidade de “avaliação dos resultados da implementação” do plano inicialmente planejado e sua “reelaboração” em processos cíclicos até a regularização da estrutura burocrática e “obtenção do resultado social desejado” (2018), o que torna tais processos tão complexos.

Portanto, ultrapassada a discussão acerca da admissibilidade de intervenção do Judiciário nos casos de omissões inconstitucionais da Administração Pública na implementação e reorganização de políticas públicas, a sua atuação de forma subsidiária, dialógica e prospectiva permite um menor impacto no orçamento do executivo, harmoniza-se com o princípio da separação das Funções do Estado e garante a eficácia das decisões judiciais, na medida em que os órgãos que

---

9 A consensualidade ganha destaque em diversos artigos do novo CPC (Lei nº 13.105/2015), quais sejam: arts. 3º, §2º; 139, inc. V; 334; 357, §2º; e 359.

10 Lei nº 13.140 de 26 de 2015: dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

deverão cumpri-la participam da sua construção.

### 3 – A IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO ESTRUTURAL

Consoante ponderado, o direito processual tradicional, pautado no modelo de relação jurídica, não se mostra adequado para a complexidade social. A conclusão indelével da insuficiência procedimental e da imperiosa necessidade de renovação constitui objeto de debate, constatando-se uma evolução paulatina no aporte instrumental do direito.

O amplo acesso à justiça gerou a multiplicação de demandas individuais, que comportariam solução coletiva, sobrecarregando o Poder Judiciário e prejudicando a efetividade das decisões.

De igual forma, no avanço da abordagem crítica, atualmente, vislumbra-se o tratamento de demandas policêntricas a partir de decisões focadas nos resultados produzidos, sem a preocupação da correção da situação propulsora dos problemas estruturantes. Sobre a insuficiência do modelo tradicional de processo, discorre Edilson Vitorelli:

Para que as técnicas processuais necessárias a uma transformação institucional fossem minimamente aplicáveis a um processo individual, ele teria que sofrer tantas adaptações que quase nada restaria do seu caráter individual. Intervenção do Ministério Público, criação de espaços participativos para oitiva de subgrupos afetados, direcionamento da fase probatória para demonstração do padrão de conduta institucional desviante, elaboração do plano de alteração da realidade e sua intervenção progressiva são necessidades corriqueiras de um processo estrutural, que não poderiam ser atendidas em um rito estritamente individual (VITORELLI, 2022. pg. 80).

Não se pode olvidar, ainda, que a tutela coletiva no Brasil recebe tratamento fragmentado, denominado Microssistema de Direito Processual Coletivo, constituído pelo Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública precipuamente, recebendo interferência de outros dispositivos esparsos acerca do direito transindividual.

O processo estrutural, no entanto, não possui previsão expressa na legislação ordinária, sendo contemplado no Projeto de Lei nº 1.641/2021, que renova a tentativa de condensação da legislação processual coletiva no Brasil.

Este diploma, apelidado de Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover, não traz o conceito de processo estrutural de forma expressa. O art. 26, § 5º, inciso II, do Projeto de Lei nº 1.641/2021<sup>11</sup> dispõe que a sentença poderá determinar a alteração em estrutura institucional, pública ou privada de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais, ou ainda, a adequada correção do estado de fato de violação sistemática de direitos.

A relevância do Processo Estrutural, *de lege ferenda*, mostra-se incontestável, sobretudo,

---

11 [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2001406](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406). Acesso em 23/03/2023.

em decorrência da necessidade de correção da base irradiante, que figura como elemento propulsor de incontáveis ações individuais, em detrimento da eficácia do sistema de justiça e da própria manutenção da solução política adotada pelo gestor.

Cabe, doravante, a indagação sobre a aplicação do modelo *de lege lata*, extraindo-se do ordenamento jurídico instrumentos adequados enquanto o Poder Legislativo busca interpretar a complexidade da vida social e os reclamos para a prestação jurisdicional adequada.

Não sem insurgência da doutrina positivista, autores como Edilson Vitorelli, Emerson Zanetti Jr, Osna, Fredie Didier Jr., dentre outros, reputam o ordenamento jurídico suficientemente aparatado para a solução de litígios policêntricos, como forma de superação de situações de irregularidades sedimentadas.

Importa sublinhar que os litígios complexos, aos quais se pretende aplicar o processo estrutural, não se encerram com providência única, razão pela qual se conclui que se trata de demanda estratificada, dividida em várias fases, que muito se aproxima do ciclo de políticas públicas, adotado por Secchi.

Leonardo Secchi simplifica a esquematização do ciclo de políticas públicas, dividindo-o nas seguintes fases: 1) identificação do problema; 2) formação de agenda; 3) formulação de alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; 6) avaliação; e 7) extinção (SECCHI, 2013).

Por outro lado, Edilson Vitorelli indica que o processo estrutural estabelece seu percurso, com as seguintes etapas de desenvolvimento: 1) a apreensão das características do litígio; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; 6) a implementação do plano revisto (VITORELLI, p. 69).

Em que pese não exista um processo linear e estanque, o ciclo de estratificação dos processos estruturais é um esquema de visualização e interpretação que se organiza, em fases sequenciais e interdependentes, mas sujeita a modificações em seu curso.

A estratificação proposta permite verificar que o comando judicial deverá declarar a existência do problema, que exija a solução estruturante, prosseguindo com o mapeamento, para delimitar todos os pontos afetados para a elaboração do plano.

A depender da complexidade da situação de desconformidade, o plano de transformação estrutural poderá ser firmado por terceiro, que atue de modo similar a um *special master*, por um administrador judicial ou mesmo por uma entidade criada especificamente para referida finalidade (VITORELLI, 2022, p. 283-298).

Em que pese se permita a implementação compulsória do plano, conforme indicado por Edilson Vitorelli, para se resguardar maior legitimidade do procedimento judicial, recomenda-se a solução concertada, com a participação de todos os potenciais interessados, concretizando-se as finalidades estampadas no art. 6º do Código de Processo Civil.

Em análise ao art. 6º do Código de Processo Civil, Alexandre Ávalo Santana indica a existência de “*uma comunidade de trabalho, na qual os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação*” (SANTANA, 2019, p. 53).

Note-se que se mostra “perfeitamente possível que, juntamente com ‘empoderamento’ do juiz, ocorra uma igual ou maior atribuição de poderes a outros sujeitos – inclusive às partes (autores e réus)”, cabendo ao Poder Judiciário o papel de indutor na concretização do plano elaborado para a solução da raiz do litígio irradiante (Marçal, 2019a, p. 86).

Com base em referidas premissas, possível asseverar que o desfecho satisfatório de referidas demandas exige a flexibilização de alguns institutos do direito processual, como a vinculação da sentença ao pedido firmado na petição inicial, isto porque o monitoramento poderá concluir que a estratégica indicada no plano de ação não surtiu os efeitos esperados.

Aponte-se, nesta conjuntura, que o art. 190 do Código de Processo Civil permite a formulação de negócios jurídicos processuais, com ajustes procedimentais. Ainda, do art. 191, § 2º, do mesmo código, emerge o cabimento de aplicação de calendário processual, de extrema valia no monitoramento das etapas convencionadas para a fase executiva.

Observa-se, igualmente, que o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil conferiu ao Magistrado poderes de adotar todas as medidas indutivas coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias à garantia de satisfação dos direitos do credor.

Adentrando brevemente no percurso do processo estrutural, informa-se que, tal qual o ciclo de políticas públicas, a fase de identificação, delimitação do problema, possui extrema relevância e servirá como guia de atuação a todos os sujeitos do processo.

Com a declaração do estado de coisas inconstitucional ou de irregularidade sedimentada, que se consubstancia na identificação do problema, passa-se à segunda fase do processo, com o mapeamento, em que se delimitará a extensão e complexidade da situação.

Anota-se que quanto mais concretos e quantificados os objetivos de reestruturação, mais fácil o monitoramento da eficácia do procedimento, assegurando-se eventuais ajustes.

Na etapa de construção de alternativas, engendram-se métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos, cabendo referida atividade preponderantemente ao gestor público. “*Esse modo de agir preserva, em primeiro lugar, as*



*competências do gestor institucional, que foi precipuamente encarregado dessa tarefa*”. A atividade de órgãos de fiscalização externa, dentre os quais o Poder Judiciário, restringe-se ao acompanhamento e a avaliação da razoabilidade da seleção promovida pela Administração Pública, em seu âmbito de discricionariedade (VITORELLI, 2022. p. 279).

Atente-se que não se verifica qualquer ofensa ao contraditório ou ampla defesa na fase de reconhecimento e declaração de desestruturação, tampouco, na formação do plano de ação ou eleição de estratégias.

Delimitado o problema, adentra-se na fase de efetiva reestruturação, em que os negócios jurídicos processuais alcançam especial relevo, ao lado de medidas executivas atípicas.

Observe-se que, no processo estrutural, abre-se a oportunidade de participação e empoderamento do cidadão, posto que viabiliza a oitiva de sujeitos não integrantes do processo ou mesmo delegação de atividades para órgãos externos ao Poder Judiciário, como a possibilidade de fiscalização do cumprimento das etapas acertadas no processo por Conselhos Técnicos.

A assertiva se pauta na constatação de que os processos estruturais *“possuem uma característica de que, com exceção da decisão-núcleo, algumas questões podem ser decididas fora do Judiciário, bem como alguns atos podem ser praticados por quem não seja sujeito do processo”* (MARÇAL, 2019b, p. 90).

Inclusive, a realização de audiências públicas e mesmo a nomeação de especialistas para atuação em algumas fases do processo estrutural afasta a alegação de que o Poder Judiciário não estaria adequadamente preparado para atuação em algumas demandas complexas, sobretudo, afetas à Administração Pública.

Reitere-se que, no caso de processos estruturais em que figure como parte a Fazenda Pública, o próprio ente público promoverá o mapeamento do problema, com todas as intercorrências e entraves, formulando o planejamento de atividades destinadas à solução.

Ao Poder Judiciário e aos demais órgãos de controle externo, caberá a avaliação da razoabilidade das metas eleitas pelo gestor e o prazo indicado para o vencimento das etapas. Portanto, declara-se a omissão ou a atuação deficiente e, na sequência, devolve-se a atuação ao administrador.

Advirta-se que, da mesma forma que no ciclo das políticas públicas indicados por Leonardo Secchi, a implementação da solução poderá demandar recuos, reavaliações e retomadas. No entanto, referida circunstâncias mostra-se inerente ao modelo avaliado e não se retira a utilidade e relevância.

Portanto, a plasticidade das normas processuais indicadas, conjugada com o procedimento dialógico e a racionalidade das decisões, dota o sistema de instrumentos suficientes para a solução

das demandas estruturantes, embora há de se ressaltar que “*não existem respostas simples para problemas complexos*” (VITORELLI, 2022, pg. 190).

FRANÇA e NOBRÉGA apontam a propensão judicial aos processos tradicionais, “*que beneficiam poucas pessoas e acarretam, aparentemente, poucos gastos ao cofre público, do que decisões estruturais, que demandam do julgador o desempenho de uma atividade difícil e por um considerável período de tempo*” (2022, p. 107).

Neste contexto, imprescindível a conscientização dos autores processuais, mormente, do Magistrado acerca da exigência de maior capacitação técnica, com desenvolvimento de outras habilidades, como de comunicação e gerenciamento. Salutar, de igual forma, a criação de núcleos de apoio técnico no âmbito dos Tribunais de Justiça para melhor aparelhamento da prestação jurisdicional. Enfim, a adoção do modelo estrutural reclamará maior dedicação e afinco, com exercício de atuação diferenciada do Poder Judiciário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Consoante se extrai do debate a que se propôs, o modelo tradicional do processo não se mostra adequado para a análise de processos complexos, com interesses policêntricos ou multipolares, sendo imperiosa a investigação de novos paradigmas processuais, inclusive, para a solução de demandas que abarcam a condução de políticas públicas.

Sobreleva-se, portanto, a discussão sobre um método dialógico de processo e que prime por efeitos prospectivos, que viabilize a solução da base de entraves importantes no âmbito da Administração Pública e, concomitantemente, contribua para a harmonização de princípios constitucionais em colidência, resguardando a Separação das Funções do Estado e a efetividade da prestação jurisdicional.

Neste passo, o estudo aponta que a estratificação da demanda e a construção concertada do processo estrutural figura como instrumento legítimo de intervenção do Poder Judiciário na gestão pública, permitindo o exercício do papel fiscalizatório e indutor, sem subtrair do administrador a elaboração das estratégias e condução efetiva das Políticas Públicas.

Dos inúmeros exemplos que se extrai da doutrina, achega-se à conclusão de que se apresentam ao Poder Judiciário demandas que exigem a aplicação do modelo de processo estrutural, cabendo aos intervenientes a análise da conveniência, dificuldades e, sobretudo, a potencialidade de solução de irregularidades, que possuem por característica o condão de propagar a distribuição de incontáveis ações individuais, com o risco à segurança jurídica, por decisões contraditórias, além de dismantelar o planejamento formulado pelo Gestor Público.

Certamente, o processo estrutural não constitui panaceia para adequação de Políticas

Públicas. Trata-se, na verdade, de abordagem inovadora, com aptidão de ofertar resposta concertada, com o empoderamento dos intervenientes do processo e uma forma de harmonização entre princípios constitucionais que diuturnamente ingressam em rota de colisão: a Separação das Funções do Estado e a proteção a direitos fundamentais e sociais tutelados pela Constituição Federal.

Por certo, não se pode ignorar que se trata de processo complexo, o que implica maior aporte temporal e financeiro, destoando da concepção rasa de solução rápida do litígio.

Consequentemente, imprescindível a conscientização dos integrantes do Poder Judiciário acerca da relevância do modelo estrutural, mormente na solução da causa de problemas replicadores de demandas, ainda que a atividade demande capacitação e dedicação mais aprofundada, com o acúmulo de conhecimentos multidisciplinares.

Aliás, o novo modelo de demanda poderá exigir, inclusive, a criação de núcleos especializados no âmbito do Poder Judiciário, como aquele destinado à intervenção em conflitos fundiários existente no Estado do Paraná. Destaca-se que referido núcleo possui, dentre as suas atividades, as visitas técnicas às ocupações urbanas e rurais e a intensa interlocução com as partes, órgãos de Estado e os movimentos sociais. Referido projeto, inclusive, obteve o XIII Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como toda construção sólida, demanda-se amplo debate para o aprimoramento do modelo, com a evolução paulatina do importante instrumento processual para a tutela de direitos.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. *Revista de Processo*, v. 225, p. 389–410, 2013. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000186c6ac8c8f3d328dc5&docguid=I2e67ef50445111e3b768010000000000&hitguid=I2e67ef50445111e3b768010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=32&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Desmistificando os processos estruturais—“processos estruturais” e “separação de poderes”**. *Revista de Processo*, v. 331, p. 239–259, 2022. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewpm/documents/brazil/pt/pdf/other/repro-331-desmistificando-os-processos-estruturais-processos-estruturais-e-separacao-de-poderes.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis**, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

BRITO, Jaime Domingues. DE SOUZA, Willian Alves. **Controle Judicial do Orçamento Público: Instrumento para Efetivação de Políticas Públicas na Educação**. REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 7, n. 3, p. 1103-1126, 2021. <file:///C:/Users/ancc/Downloads/632-Texto%20do%20Artigo-3024-2991-10-20211230.pdf>. Acesso em 20 mar. 2023.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CAMBI, Eduardo.; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. **Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais**. *Revista de Processo*, v. 289, p. 473–507, 2019. Disponível em: <[https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Media%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_de\\_direitos\\_sociais\\_-\\_art.\\_2019.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Media%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_de_direitos_sociais_-_art._2019.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2023.

COELHO, Renata Moritz Serpa. **Atualidades sobre a mediação de conflitos no Brasil a partir de 2015**. *Revista de Processo*, v. 272, p. 453–463, 2017. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000186ad8e4de23d69c1c5&docguid=I61ba7c00951611e79908010000000000&hitguid=I61ba7c00951611e79908010000000000&spos=2&epos=2&td=3592&context=343&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. **Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 217, p. 243-255, 2018. [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p243.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos Estruturais**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 459–492.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **UMA PROPOSTA PARA O ACESSO À JUSTIÇA ISONÔMICO: PROCESSOS ESTRUTURAIS ENQUANTO CAMINHO PARA A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 37, p. 87-116, set. 2022. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2433>>. Acesso em: 25 fev. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC**. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARÇAL, Felipe Barreto. **DEVERES COOPERATIVOS DO MAGISTRADO NO**

**PROCESSO ESTRUTURANTE: da cooperação com as partes à cooperação com outros órgãos judiciais ou extrajudiciais), por meio de atribuição de competências e delegações.** In: Civil Procedure Review. VITORELLI, Edilson. Et al. (Coord) Salvador, Editora JusPODIVM. 2019. [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com). Acesso em 20 mar. 2023.

MARTINS, Tiago do Carmo. **O judiciário pode resolver problemas estruturais?** *Revista de Processo*, v. 338, 2023. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=I7dfe3af0b93211ed980088eb975cfc64>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

MOSSOI, Alana Caroline; MEDINA, José Miguel Garcia. **Os obstáculos ao processo estrutural e decisões estruturais no direito brasileiro.** *Revista dos Tribunais* | vol, v. 1018, 2020. [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63643636/MEDINA\\_-\\_OS\\_OBSTACULOS\\_AO\\_PROCESSO\\_ESTRUTURAL\\_E\\_DECISoes\\_ESTRUTURAIIS\\_NO\\_DIREITO\\_BRASILEIRO20200616-41466-1c2oqwc-libre.pdf?1592308201=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOS\\_OBSTACULOS\\_AO\\_PROCESSO\\_ESTRUTURAL\\_E\\_D.pdf&Expires=1679867146&Signature=gH0caNPrGdD1BoJgpNTaf1lokkgA-Z3JHRQ~mneLIW2y2Tm6pDVm0VCD4WvsW-OeQaKyVixjEQvTcn4nkG4g6ZcDmevtF32oDyPOcJPUyU2BzHLqinw~Te2SCISS3h62w1SCtmnSZkCMYWh~r9SrK8CP09rMu4zmLN~AawYzLxhFVikylUG2we5vfjLwUH4mj5MEdPwBNFge9OnoNS6MwxAyh9rWrSt16pwPAkTKffkbHZgPLv5EWytaGITpgoKI1J0VYimwt9FynFL8s7U~ntD1YBFMTbk4gPGiZCA3RDO8zvnyps2kLMrHxJxgE-dFsL~eG3JdLM3FcJLk1E9g](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63643636/MEDINA_-_OS_OBSTACULOS_AO_PROCESSO_ESTRUTURAL_E_DECISoes_ESTRUTURAIIS_NO_DIREITO_BRASILEIRO20200616-41466-1c2oqwc-libre.pdf?1592308201=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DOS_OBSTACULOS_AO_PROCESSO_ESTRUTURAL_E_D.pdf&Expires=1679867146&Signature=gH0caNPrGdD1BoJgpNTaf1lokkgA-Z3JHRQ~mneLIW2y2Tm6pDVm0VCD4WvsW-OeQaKyVixjEQvTcn4nkG4g6ZcDmevtF32oDyPOcJPUyU2BzHLqinw~Te2SCISS3h62w1SCtmnSZkCMYWh~r9SrK8CP09rMu4zmLN~AawYzLxhFVikylUG2we5vfjLwUH4mj5MEdPwBNFge9OnoNS6MwxAyh9rWrSt16pwPAkTKffkbHZgPLv5EWytaGITpgoKI1J0VYimwt9FynFL8s7U~ntD1YBFMTbk4gPGiZCA3RDO8zvnyps2kLMrHxJxgE-dFsL~eG3JdLM3FcJLk1E9g) &Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 13 mar. 2023.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. **O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil.** *Revista de Processo*, v. 276, p. 505–522, 2018. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad82d9a00000186ad98252fd2fde9bb&docguid=I91381e80031911e89b19010000000000&hitguid=I91381e80031911e89b19010000000000&spos=1&epos=1&td=38&context=419&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. **Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias.** *Argumenta Journal Law*, p. 33–45, 2014. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

OSNA, Gustavo. **NEM “TUDO”, NEM “NADA” – DECISÕES ESTRUTURAIIS E EFEITOS JURISDICIONAIIS COMPLEXOS.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos Estruturais**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 493–516.

OSUNA, Néstor. **Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia.** *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, v. 5, 2015. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Comentários ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.**

8058/2014 e ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 736/2015: O estado de coisas inconstitucional e a prorrogação da jurisdição em processo estrutural. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45188>>. Acesso em: 04 mar. 2023.

SANTANA, Alexandre Ávalo. NETO, José de Andrade (Coord). **Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. Vol. 1.** 2ª Edição. Campo Grande: Contemplan, 2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos.** 2ª edição. São Paulo, Cengage Learning, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7277465>>. Acesso em: 03 mar. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** **Revista de Processo.** v. 284, p. 333–369, 2018. Disponível em: <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60712061/vitorelli\\_-\\_LEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_SERIO\\_PROCESSO\\_ESTRUTURAL\\_PROCESSO\\_coletivo\\_processo\\_estrategico20190926-18785-1dqvis6-libre.pdf?1569508934=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLEVANDO\\_OS\\_CONCEITOS\\_A\\_SERIO\\_PROCESSO\\_ES.pdf&Expires=1678203835&Signature=fTxsHBPrNOUEyl8wmo268j5mmXKzuQeu7SE7BdcvpTKTTa2k-nZy7xu9I0H8Rhc2HptCEQWETHpR7\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60712061/vitorelli_-_LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_coletivo_processo_estrategico20190926-18785-1dqvis6-libre.pdf?1569508934=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES.pdf&Expires=1678203835&Signature=fTxsHBPrNOUEyl8wmo268j5mmXKzuQeu7SE7BdcvpTKTTa2k-nZy7xu9I0H8Rhc2HptCEQWETHpR7_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)>. Acesso em: 03 mar. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural.** Teoria e Prática. 3ª Edição. Editora JusPODIVM. São Paulo, 2022.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo.** Thomson Reuters Brasil, 2022. p. RB–3.3. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/272787512/v3/page/RB-3.1>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

# A ONERAÇÃO DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL DEFRENTE À TRIBUTAÇÃO DOS PRODUTOS ESSENCIAIS FEMININOS

Camila Cristina Alves RIBEIRO<sup>1</sup>  
Tauany Prado Oliveira Da SILVA<sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa visa analisar o sistema tributário brasileiro, diante o consumo e a opressão às mulheres negras no Brasil, perante a sua tributação exorbitante sobre os produtos essenciais femininos. Formulando o seguinte questionamento: como o racismo e o machismo do sistema tributário brasileiro onera as mulheres negras diante da tributação sobre o consumo e especificadamente sobre produtos essenciais femininos? Visando como objetivo geral a análise do sistema tributário defrente sua forma regressiva e indireta, possuindo deste modo uma exorbitante tributação sobre o consumo, tendo como consequência a isso, a segregação das mulheres negras, uma vez que para sua sobrevivência com dignidade possui diversos empecilhos, bem como o racismo, machismo e sexismo. Diante dos objetivos específicos, se analisa o estudo de princípios tributários, bem como o princípio seletivo, que retrata a essencialidade dos produtos, de modo que os que se fazem indispensáveis possuem uma tributação significadamente inferior. A inobservância de tal princípio sobre produtos como absorvente higiênico, dentre outros cosméticos femininos são objetos de discussão no presente estudo. Tal análise fora possível pela natureza descritiva de tal pesquisa, juntamente do método hipotético-dedutivo e pesquisa documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Absorvente Higiênico. Machismo. Mulheres Negras. Opressão. Racismo. Sexismo. Sistema Tributário Brasileiro.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the Brazilian tax system, in the face of consumption and the oppression of black women in Brazil, in the face of its exorbitant taxation on essential feminine products. Formulating the following question: how does the racism and machismo of the Brazilian tax system burden black women in the face of taxation on consumption and specifically on women's essential products? Aiming as a general objective the analysis of the tax system facing its regressive and indirect form, having in this way an exorbitant taxation on consumption, having as a consequence the segregation of black women, since for their survival with dignity has several obstacles, as well as racism, machismo and sexism. In view of the specific objectives, the study of tax principles is analyzed, as well as the selective principle, which portrays the essentiality of the products, so that those that are indispensable have a significantly lower taxation. The non-observance of such principle on products such as sanitary napkins, among other feminine cosmetics, are discussed in this study. This analysis was made possible by the descriptive nature of this research, together with the hypothetical-deductive method and documentary research.

**KEY WORDS:** Black Women. Brazilian Tax System. Oppression. Racism. Machismo. Sexism. Toilet Tissue.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como instrumento de estudo o sistema tributário brasileiro. Partindo de uma análise antropológica, o qual permita o entendimento de modificações deste mesmo sistema. É sabido que a tributação sobre o consumo no Brasil detém de uma exorbitante

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos- UNIFIO

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos.

porcentagem, algo aproximado à 43%, ou seja, quase a metade da arrecadação tributária no país, é sobre o consumo.

Inobstante ao citado anteriormente, o sistema tributário brasileiro é fortemente regressivo, fazendo com que conseqüentemente, pessoas que recebem menos tenham que gastar mais, no sentido de que o sistema regressivo proporciona ao cidadão a ausência de poder de compra e respectivamente, ao consumo. Uma vez que o sistema tributário brasileiro é indireto e regressivo, ao recair diretamente sobre o consumo causa uma maior oneração aos mais pobres.

Após realizada a observação sobre tais perspectivas, formulou-se o seguinte questionamento: como o racismo e o machismo do sistema tributário brasileiro onera as mulheres negras diante da tributação sobre o consumo e especificadamente sobre produtos essenciais femininos?

Diante da realidade contemporânea do Brasil, as mulheres negras ocupam o espaço de pobreza e miséria no país, através de suas heranças escravocratas, fazendo com que as mesmas se limitem a alcançar o êxito da liberdade econômica e conseqüentemente a isso, tais perspectivas relacionam a mulher negra como cidadãs incapazes de sobreviver, ausentando deste modo as premissas básicas da dignidade da pessoa humana. Tais dados apresentados no presente estudo demonstram como a tributação brasileira impede a mulher a evoluir, defronte a isto, muitas ficam à margem da sociedade, uma vez que a tributação no país é incabível à elas. De modo que, o Brasil, sendo um país em desenvolvimento possui tributações superiores à países desenvolvidos, corroborando a um cenário utópico financeiro, onde a mulher recebe menos e necessariamente precisa arcar com tributações exorbitantes, bem como a tributação sobre o absorvente higiênico- tal produto possui uma carga tributária de 34,48%, consideravelmente superior ao estimado e possibilitado às cidadãs brasileiras. Portanto é uma infeliz realidade que precisa urgentemente ser periciada.

O objetivo desta presente pesquisa visa a análise do sistema tributário brasileiro, diante de seu regime regressivo e indireto, fazendo com que, apenas a sua estruturação já demonstra afrontamento à classe baixa, próxima da pobreza, em especificado, à mulher negra, como tal será sondado na presente pesquisa. Portanto, o propósito da presente análise se torna à visível oneração do sistema tributária às mulheres negras, demonstrando a partir de fontes históricas como a herança escravocrata desta, contribui para sua consecutiva opressão durante os séculos.

Diante do exposto, o presente estudo possui a natureza descritiva, partindo da premissa da descrição das características do sistema tributário brasileiro, estabelecendo uma relação entre a tributação brasileira sobre o consumo e a oneração das mulheres negras no país. Objetivando a análise defronte em conformidade com o método hipotético-dedutivo, propiciando a identificação



do problema da tributação exorbitante sobre os produtos essenciais femininos, diante da pobreza localizada na comunidade de mulheres negras, pelos de seus antepassados históricos. Por conseguinte, o estudo se fez presente pela pesquisa documental, pela seleção difusa de dados, noticiados, artigos, teses e referências bibliográficas. Para que a partir do exposto, seja possível a pontuação para a desoneração das mulheres negras diante da tributação brasileira.

Considerou-se por fim, a existência da problemática da tributação exorbitante do país como estruturação do racismo e machismo diante da mulher negra, de modo que, os produtos essenciais para as mulheres possuem uma extrema arrecadação fiscal, bem como o absorvente higiênico, dentre outros. Fazendo com que se torne plausível a medida de exoneração tributária sobre tais produtos indispensáveis, visando o princípio da seletividade, de igual modo, o cenário econômico dos mais pobres, neste caso, das mulheres negras.

## 1 ORIGEM DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O sistema tributário nacional muito se derivou do período imperial, o qual esteve em vigor até a década de 30. Época em que redondamente a economia se provia da agrícola e a maior fonte de receita pública era do comércio externo, de igual modo à arrecadação de impostos de importação<sup>3</sup>.

A premissa do imposto sobre o consumo, onde o mesmo, será objeto de análise no presente artigo, originou-se desde 1892, em uma tributação sobre o fumo. Inobstante, previamente ao fim deste século, a tributação sobre consumo firmou-se a outros produtos, estabelecendo, assim, o imposto sobre consumo<sup>4</sup>. Tributo este que no ano de 2019 incidiu em média de 43,3% sobre o valor dos bens ou serviços<sup>5</sup>.

Em 01 de dezembro de 1965 ocorreu a promulgação de uma reforma do sistema tributário nacional, referida da constituição federal de 1946. Tal reforma, essencialmente, desejava a redução do número de impostos, onde a centralização localizou-se na carga tributária da União, acarretando que os estados e municípios se tornaram a cada dia dependentes das transferências intergovernamentais voluntárias. Estas mesmas transferências são caracterizadas para propostas

---

3 VERSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas**. Texto para discussão n° 405. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td\\_0405.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf). Acesso em: 02 mar. 2023. 1996, p.2

4 VERSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas**. Texto para discussão n° 405. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td\\_0405.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf). Acesso em: 02 mar. 2023. 1996

5 YOUNG, Victor Augusto Ferraz. **O Brasil tem a maior carga tributária do mundo?** Sobre economia e muitas outras coisas. Blogs Unicamp. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2022/05/02/o-brasil-tem-a-maior-carga-tributaria-do-mundo/#:~:text=Conforme%20a%20tabela%2C%20os%20impostos%20incidem%20com%20mais,sido%20esta%20incid%C3%Aancia%20ainda%20maior%20em%20anos%20anteriores>. Acesso em: 21 março de 2023.

específicas, a determinado tipo de investimento, de modo que haja cooperação e auxílio. Desde que estes investimentos transferidos não sejam os mesmos destinados ao Sistema único de Saúde (SUS), segundo a Lei complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>6</sup>.

Esta reforma tributária de 1965 se fez consistente até a Constituição Federal de 1988, com a reforma dela.

A Constituição de 1988, em seu capítulo tributário, manteve-se em sua parcialidade estruturalmente parecido à Emenda nº 18 de 1965. O Imposto de Renda e o Imposto sobre Produtos Industrializados continuou sendo excessivamente uma das maiores formas de arrecadação da União. O que concerne à arrecadação dos estados, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias passou-se a propiciar como Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. A maior preocupação visível do legislador se dá pela ênfase em promover uma acentuada descentralização dos recursos tributários, para que, deste modo, possa promover o fortalecimento financeiro dos estados e municípios. Não obstante ao desejo do legislador, visualizou-se a rigorosidade da Constituição Federal no quesito criação de novos impostos<sup>7</sup>.

No início de determinadas revoluções tributárias apresentadas, a sua compensação contemporânea consiste em grupos de tributos que pessoas físicas e jurídicas devem pagar para o respectivo governo. De modo que é possível tal pagamento ao governo municipal, estadual e bem como federal. O atual sistema tributário detém de longas listas de tributos, visto que há a divisão em impostos, taxas e contribuições.

## 2 A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NA RENDA DA POPULAÇÃO

A tributação brasileira incidente sobre o consumo representa, contemporaneamente, segundo dados apresentados pela revista “El País”<sup>8</sup>, cerca de 43% do total- ou seja, quase metade da arrecadação brasileira. Fazendo com que no mínimo se torne curioso o conhecimento desta porcentagem em países mais desenvolvidos que o Brasil.

Em países desenvolvidos, aqueles que integram a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)- a título de exemplo- bem como o Canadá. O Canadá atualmente detém de uma taxa média de 23,5% de tributação sobre o consumo. Já nos Estados

---

6 BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 De maio De 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília. Presidência da República 2000.

7 DORNELLES, Francisco. **O sistema tributário da Constituição de 1988.** 2008. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2924273/mod\\_resource/content/0/Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Brasileiro%20de%201988%20%28%20Dornelles%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2924273/mod_resource/content/0/Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Brasileiro%20de%201988%20%28%20Dornelles%29.pdf). Acesso em: 02 mar. 2023.

8 WESTIN, Ricardo. **Por que a fórmula de cobrança de impostos do Brasil piora a desigualdade social.** El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-29/por-que-a-formula-de-cobranca-de-impostos-do-brasil-piora-a-desigualdade-social.html>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

Unidos, esta mesma taxa ocupa uma porcentagem de 17,5%. <sup>9</sup>Concluindo que, o Brasil, assim sendo um país em desenvolvimento, detém de tributos superiores a àqueles que já se estabelecem como desenvolvidos.

Uma curiosidade acerca da falsa sensação existente entre os brasileiros, é sobre a afirmação de que os produtos comprados diretamente dos Estados Unidos são “mais baratos”, mas o mesmo se encontra erroneamente pontuado, uma vez que na realidade está nos tributos impostos sobre o consumo, onde o mesmo é inferior.

Tal tributo onera os mais pobres de cada país, essencialmente o Brasil. Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em 2010, a população brasileira foi estimada cerca de 190 milhões, e destes, cerca de 16,2 milhões eram considerados miseráveis, logo, em extrema pobreza. Fazendo com que este sistema afete diretamente os pobres, bem como afirma Valcir, Pedro e Sandra do Grupo de Pesquisas Estado, Constituição e Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Tomando como base o salário-mínimo, por exemplo, observa-se que as famílias com renda de até dois salários-mínimos pagam 48,8% da sua renda em tributos. Já as famílias com renda acima de 30 salários-mínimos pagam aproximadamente 26,3%<sup>14</sup>, poupando relativamente mais<sup>10</sup>.

Portanto, bem como alvo de análise crítica do presente estudo, o sistema majoritariamente presente no Brasil, sobre o consumo, acaba por, a cada dia, onerar e desestimular os mais pobres.

### 3 REGRESSIVIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO

No Brasil, o sistema tributário é regressivo, ou seja, essa sistemática permite que se cobre mais, a àquele que menos recebe. Ou seja, “o tributo é regressivo à medida que tem uma relação inversa com o nível de renda do contribuinte”<sup>11</sup>.

Inobstante ao que foi tratado no parágrafo anterior, a estrutura brasileira faz com que seja benéfico, no sentido de espelhar o interesse de um inferior número de grupos, logo, das classes dominantes que possuem um controle sobre as ideologias econômicas nacionais. Defronte ao retratado, este sistema regressivo, faz com que, aqueles que possuem maior influência econômica detenham um acúmulo de renda e patrimônio, fazendo com que os mais pobres se segregam entre

---

9 WESTIN, Ricardo. **Por que a fórmula de cobrança de impostos do Brasil piora a desigualdade social**. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-29/por-que-a-formula-de-cobranca-de-impostos-do-brasil-piora-a-desigualdade-social.html>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

10 D' ARAÚJO, Sales J. Pedro. PAULINO, Da F. Regina Sandra. GASSEN, Valcir. **Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos**. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/GDHZYgw9JCNWF4LWkF6wbsn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 mar. 2023.

11 GOULARTI, G. Juliano. **Sistema tributário regressivo e desigualdades sociais no Brasil**. Plataforma política social.: Caminhos para o desenvolvimento. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/sistema-tributario-regressivo-e-desigualdades-sociais-no-brasil/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

si, e os ocupantes da melhor classe econômica social, se estabeleçam sobre a tranquilidade<sup>12</sup>.

De maneira resumida, a progressividade atinge essencialmente aquele que irá pagar o tributo, logo, o contribuinte. Como anteriormente fora devidamente explicado o funcionamento da regressividade, a sua síntese no Brasil, retrata que, quem tem menos irá pagar mais.

O primeiro ponto da regressividade do sistema tributário, é a majoritária carga tributária no consumo, acarretando menos tributos sobre a renda e na propriedade.

Quando- a título de exemplo- o Estado distribui subsídios diretamente aos pobres, todavia, é extraviado a utilização de indivíduos de classes dominantes, ocorre por ocorrer uma oneração aos mais pobres. Bem como as Universidades Públicas, ocupadas por uma grande maioria de pessoas expressamente detentoras de patrimônios e possibilidades financeiras. Descaminhando da principal finalidade do subsídio.

Por conseqüente ao explanado na presente análise, além dos mais ricos serem beneficiados pela estruturação regressiva do sistema tributário brasileiro, ocorre ainda, a realidade de que, os mesmos, não pagam tributos como o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, sobre os seus respectivos jatinhos, *jet ski* ou até mesmo de suas lanchas<sup>13</sup>. Logo, há diversas fontes de benefícios aos dominantes, fazendo com que os mais pobres, a base da classe social, seja segregada cotidianamente. Localizando a base desta sociedade, encontra-se majoritariamente as mulheres negras e pobres.

## 4 A MULHER NEGRA NO CONTEXTO HISTÓRICO

### 4.1 Mulher negra no contexto escravocrático

A sociedade escravista brasileira era estruturada de forma estrita e de certo modo organizava-se para que cada indivíduo ocupasse seu lugar assim determinado, conforme seus preceitos e valores, permitindo a diferenciação social que decorria da condição social que cada cidadão possuía.

No período da escravidão a cor da pele definia àqueles que eram detentores, de fato, de direitos e garantias sociais, perpetuando uma hierarquia social onde, os brancos eram considerados superiores aos negros.

Sob essa perspectiva encontra-se a mulher negra escrava, sendo inserida em um nível

---

12 GOULARTI, G. Juliano. **Sistema tributário regressivo e desigualdades sociais no Brasil**. Plataforma política social: Caminhos para o desenvolvimento. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/sistema-tributario-regressivo-e-desigualdades-sociais-no-brasil/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

13 ODAIR MATIAS. **Lanchas, jatos, iates são isentos de IPVA. Saiba sobre os R\$ 2bi de isenção aos mais ricos**. 2018. Acesso em: <https://odairmatias.com.br/posts/detalhes/1822>. Acesso em; 03 mar. 2023.

social inferior, tanto por ser negra quanto por ser mulher e além, ser escrava. O contexto histórico onde elas estavam vinculadas agregavam os elementos propícios para a exploração, tanto econômica quanto sexual, bem como o desprezo que acarretava por pertencerem à classe inferior da sociedade<sup>14</sup>.

As condições de vida das mulheres negras eram precárias, de modo que eram reduzidas a condição de máquinas humanas para o trabalho, sendo privadas de todos seus direitos civis e sujeitas ao poder, ao domínio e a propriedade dos seus senhores.

O trabalho exercido pelas mulheres negras era da mesma proporção dos realizados pelos homens, sem diferenciação de gênero e capacidade física, eram sujeitas a trabalhos braçais e situações insalubres, eram exploradas tanto profissionalmente/economicamente quanto sexualmente:

No que dizia respeito ao trabalho, a força e a produtividade sob a ameaça do açoite eram mais relevantes do que questões relativas ao sexo. Nesse sentido, a opressão das mulheres era idêntica à dos homens. Mas as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros maus-tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas. A postura dos senhores em relação às escravas era regida pela conveniência: quando era lucrativo explorá-las como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modos cabíveis apenas às mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente à sua condição de fêmeas<sup>15</sup>.

A escravidão se caracterizou pela sujeição da mulher negra aos seus senhores, de modo que não eram apenas escrava propriedade, mas também eram sujeitas a situação de que suas vontades eram submetidas àquilo que o “dono” almejava.

As mulheres negras durante o período da escravidão eram consideradas como mercadorias para serem comercializadas, de modo que possuíam marcas a ferro e fogo, como “registro” de que cada uma pertencia a determinado proprietário. Foram trazidas para o Brasil com o objetivo de desempenhar todas as atividades de engenho, sendo responsáveis pelos cuidados da agricultura, pecuária, extração de ouros, pedras preciosas, bem como exerciam as funções de doméstica na casa dos senhores<sup>16</sup>.

Realizavam todos os tipos de afazeres e serviços braçais, eram as principais responsáveis pelos trabalhos domésticos, atividades como cozinheira, faxineira, até mesmo ama de leite se fizeram comum nesse período, realizavam tais atividades sem que houvesse remuneração ou direitos básicos do trabalho, eram consideradas meros objetos de exploração:

Desde a arrumação dos quartos às artes culinárias, ali estava ela: a mulher negra. Sempre atenta e submissa e como uma máquina incansável, não parava nunca. Não tinha folga, nem

14 DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe**. 1º Edição. São Paulo. Boitempo Editorial. 2016, p.30

15 DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe**. 1º Edição. São Paulo. Boitempo Editorial. 2016, p.25

16 SILVA, Gomes da Kathiusy. **Escravidão, Escravizadas e a Família Escrava: Mulher negra na formação da família escrava**. XIV encontro de história da Anpuh-MS. 2018. Disponível em: [http://www.encontro2018.ms.anpuh.org/resources/anais/9/1535599459\\_ARQUIVO\\_EnsaioFamiliaescrava.pdf](http://www.encontro2018.ms.anpuh.org/resources/anais/9/1535599459_ARQUIVO_EnsaioFamiliaescrava.pdf). Acesso em: 04 mar. 2023.

férias, nem salário. Cozinhas, lavava, passava, costurava, cuidava da casa e da família. Sob as ordens da sua senhora, a negra via seus dias passar naquele suplício sem fim, sem esperanças, e muitas vezes aceitava sua condição e ainda tinha amor e carinho pela mesma família que a explorava, humilhava e lhe dava castigos<sup>17</sup>.

Os afazeres domésticos e o cuidar dos filhos dos seus senhores tornaram rotina na vida dessas mulheres que faziam parte do cotidiano das Casas Grandes, mesmo sendo consideradas inferiores na cadeia social, eram elas que amamentavam os filhos das mulheres brancas:

O sinhozinho branco já nascia necessitando da negra. Era ela quem o alimentava com seu próprio leite. Enquanto a senhora branca, na sua fraqueza genética, ou talvez comodidade, se apresentasse incapacitada, era a ama negra que cuidava do recém-nascido, lhe prestando todos os cuidados necessários<sup>18</sup>

A condição sob a qual viviam as mulheres negras eram precárias, estavam à mercê da discriminação tanto por ser mulher quanto por ser negra, eram desprovidas de direitos e garantias, tratadas como mero objetos de exploração, sendo designadas desde o seu nascimento para um lugar determinado e específico da sociedade, sendo este delimitado conforme sua condição social.

Àquelas que nascessem negras o futuro já estaria vinculado com o trabalho escravo e com a vida precária, sem oportunidades e desprovidas de direitos, sendo submissas aos senhores e automaticamente pertencentes a classe mais subalterna da sociedade.

#### 4.2 Mulher negra pós abolição

No dia 13 de maio de 1888 foi sancionada a Lei Áurea, Lei Imperial nº 3.353, ratificada pela Princesa Isabel, consolidando assim a abolição da escravidão no Brasil.

A norma sob a qual se extrai da determinada Lei, baseia-se na ideia de imediata extinção da escravatura, desse modo, cada porta das grandes fazendas sob as quais eram habitadas as mulheres negras, bem como as senzalas onde permaneciam - na maioria das vezes -, foram sendo abertas e conseqüentemente pela primeira vez, as mulheres negras escravas puderam irromper e expressar de fato suas vontades, como forma de materializar as diretrizes impostas pela Lei Imperial<sup>19</sup>.

A liberdade sob a qual a Lei ofertou emerge também uma problemática de grande valia, de modo que, àqueles que foram libertos da escravatura não possuíam o básico para construir uma vida digna em sociedade, permanecendo de igual modo na base da pirâmide social.

Os resquícios de uma era sob a qual reflete a imposição de um sistema escravocrático

---

17 FRANÇA, Elizete. **A importância da mulher negra na casa grande**. Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/18538>. Acesso em: 03 mar. 2023. 1996, p.15

18 FRANÇA, Elizete. **A importância da mulher negra na casa grande**. Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/18538>. Acesso em: 03 mar. 2023. 1996, p.40.

19 MONTEIRO, C. Fontes Patrícia. **Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea**. *Meritum*- Belo Horizonte- v. 7- n. 1- p. 355-387- jan./jun. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Magalu/Downloads/1208-Texto%20do%20Artigo-1788-1-10-20120817.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023.

emerge a situação de vulnerabilidade das mulheres negras, pois após serem libertas, continuaram à mercê dos que ocupavam o topo da pirâmide social, haja vista a ausência de intelecto e artifícios básicos para uma convivência social e uma vida digna em sociedade. As mulheres negras não desfrutavam de conhecimentos pois na era da escravidão não tiveram a oportunidade de estudar – de forma a serem tratadas como meros objetos e não sujeitos de direitos - nem tampouco possuíam documentos, moradia e dinheiro para conquistarem seus caminhos conforme almejavam, ocasionando certa dependência no quesito empregatício e social, pois com a ausência desses elementos dificultou-se o acesso a adquirirem algo na sociedade.

O papel ocupado pela mulher negra após a abolição da escravidão no Brasil mostra-se similar aos que ocupava no passado, pois, após a abolição, a dificuldade de ocupar um lugar digno na sociedade corrompeu-se, de certo modo que, as mulheres negras mesmo depois da conquista de sua liberdade, carecia de uma assistência social para poder viver em sociedade, ainda que livres mantinham-se como “reféns” da elite branca<sup>20</sup>

A inserção das mulheres na sociedade pós-abolição no viés de “liberdade”, permeia uma visão errônea, pois transparece a ideia de que com a liberdade poderiam, de fato, concretizar a vivência de um sujeito de direitos, com condições benevolentes e necessárias que merecem.

Não obstante, a dificuldade de acesso aos âmbitos profissionais devido à falta de experiência, e quando, conseguiam, de certo modo, serem inseridas à determinado mercado de trabalho, deparavam com condições precárias, fazendo com que perpetuasse a permanência das mulheres como seres inferiores, incumbidas a permanecerem na base da pirâmide social, ocupando cargos e sendo sujeitas às condições contingentes de trabalho, sendo desvalorizadas em todas as esferas que se possam imaginar, desde a sua inserção em um cargo precário sob o qual mantêm-se similar aos que ocupava na era da escravidão, bem como em sua remuneração. Conforme salienta Ângela Davis: “Embora fossem nominalmente livres, elas eram tão exploradas em suas condições de trabalho e em seus baixos salários que a associação com a escravidão era automática”<sup>21</sup>.

O período da pós abolição no que concerne às mulheres negras emerge as poucas oportunidades de um recomeço congruente na vida de cada uma, reforçando a idealização de um projeto advindo do Estado Brasileiro para melhor integrar essas mulheres e para proporcionar melhores condições de vida. Porém, tal fato não ocorreu, deixando com que as mesmas, permanecessem “perdidas” na sociedade, sem expectativas de melhoras.

A ocupação das mulheres negras em determinado postos de trabalho -bem como de todos

---

20 BORTONCELLO, Sara Carolina N. **Gênero, Cor e Classe: a invisibilidade da mulher no Pós- abolição**. História e Democracia: precisamos falar sobre isso. Guarulhos-SP. 2018. Disponível em: [https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843\\_ARQUIVO\\_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhernopos-abolicao.pdf](https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843_ARQUIVO_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhernopos-abolicao.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

21 DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe**. 1º Edição. Boitempo Editorial. São Paulo. 2016, p.53

os negros escravos- gerava, de certa forma, uma preocupação na elite branca brasileira, pois não queriam que os mesmos ocupassem tal posição, mas queriam “embranquecer” a sociedade, com a justificativa de que a sociedade africana eram naturalmente “atrasadas”, a ideia da sociedade ser composta por mulheres e homens negros propiciava a preocupação da elite, pois acreditavam que assim o Brasil se tornaria um país “atrasado”, conforme o trecho abaixo suscita:

A teoria brasileira do “branqueamento (...)” baseava-se na presunção branca, às vezes, pelo uso dos eufemismos “raça mais adiantada” e menos adiantada” e pelo fato de ficar em aberto a questão de ser a inferioridade inata. À suposição inicial, juntavam-se mais duas. Primeiro – a população negra diminuía progressivamente em relação à branca por motivos que incluíam a suposta taxa de natalidade mais baixa, a maior incidência de doenças e a desorganização social<sup>22</sup>.

A pós-abolição e a liberdade dos que viviam à margem da escravatura, elucidada o regresso das mulheres negras, pois mesmo livres estavam incumbidas a permanecer em um lugar já determinado, sendo este similar ao que ocupava na era da escravidão, pois careciam de recursos básicos para sua inserção na sociedade com uma vida digna, não possuindo um recomeço íntegro para sua integralização.

### 4.3 Mulher negra na contemporaneidade

O contexto social sob o qual as mulheres negras estão inseridas hodiernamente concretiza a continuidade de uma herança escravocrata vivenciada por elas.

O papel social concedido as mulheres negras encontram-se dominante sobre a condição de mulher negra, pois ao se deparar com uma mulher negra, automaticamente associa-se a assalariada, exercendo atividades como serviços gerais, empregada doméstica, faxineira, a “babá”, reforçando a ideia de que suas heranças históricas estão no cotidiano e nas experiências da mulher negra perante a sociedade contemporânea<sup>23</sup>.

Mesmo após a abolição da escravatura a sociedade em si emerge resquícios dessa era, a posição sob a qual se localiza as mulheres negras reflete tal afirmação “A elite branca brasileira já tinha em sua própria sociedade os elementos necessários para forjar sua ideologia racial. Tinha aprendido desde o período colonial a ver os negros como inferiores”<sup>24</sup>.

A problemática em prol da questão da inferioridade da população negra está presente na

---

22 SKIDMORE, 1989, p.81 *apud* OLIVEIRA, Idalina A. M. **A ideologia do branqueamento na sociedade brasileira.** Santo Antônio do Paraíso- PR. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1454-6.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023. 2008, p. 9.

23 PEREIRA, Bergman de Paula. **De escravas a empregadas domésticas- A dimensão social e o “lugar” das mulheres negras no pós- abolição.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PucSP. Disponível em: <https://escrivencia.files.wordpress.com/2012/04/de-escravas-a-empregadas-domc3a9sticas.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023.

24 VIOTTI, 1998 *apud* NASCIMENTO, André José do. MEDEIROS, Maria da Gloria de. **O fim da escravidão e as suas consequências.** Disponível em: <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.309.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023. p. 313



sociedade contemporânea, pois desde os seus primórdios a sua cor da pele serve como requisito para exclusão e discriminação, delegando a população negra condições similares aos que ocupava na era da escravatura:

*Embora juridicamente capazes de ocupar um espaço na sociedade, os negros eram, de fato, dela excluídos e impedidos de desfrutarem de qualquer benefício social, foram marginalizados, estigmatizados, marcados pela cor que os diferenciava e discriminados por tudo quanto essa marca pudesse representar. Desde então, libertados do cativo, mas jamais libertos da condição de escravos de um estigma, os negros têm sofrido toda sorte de discriminação, que tem como base a ideia de serem os negros seres inferiores, portanto, não merecedores de possibilidades sociais iguais<sup>25</sup>.*

Os reflexos advindos da abolição da escravidão perpetua na vida das mulheres negras até os dias atuais, pois na época exerciam todo e qualquer tipo de atividade, tanto braçal quanto doméstico, e por conseguinte, o trabalho como serviçal doméstica foi uma recorrência na vida dessas mulheres, pois com o passar do tempo, e mesmo com o fim da escravatura as mulheres negras permaneceram executando esses trabalhos, como exemplo, indo as casas grandes para fazer determinada limpeza, fazer a comida dos seus respectivos patrões, ou seja, apesar de todo processo histórico, muitas coisas continuaram, de certa forma, da mesma maneira que era no período escravista, apenas com algumas configurações diferentes.

## **5 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE PRODUTOS FEMININOS E SUA ONERAÇÃO ÀS MULHERES NEGRAS**

O princípio da seletividade irá analisar a questão da essencialidade, ou seja, se analisará os produtos que são essenciais para a vida humana. Portanto, quanto maior for o índice de essencialidade- ou usual- para a sobrevivência da vida humana, será designado como um produto indispensável, onde o mesmo, terá consequência por tal terminologia. Este princípio da seletividade retrata que quanto mais essencial for um produto, menos carga tributária ele deve obter e inversamente a isto, quanto menos essencial for o produto, mais carga tributária irá conter no mesmo.

Não obstante ao retratado anteriormente, o princípio da seletividade irá sondar a essencialidade, portanto, o quanto essencial será o produto para a sobrevivência humana. As alíquotas- determinados impostos- bem como, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, Imposto sobre Produtos Industrializados, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, serão distribuídas proporcionalmente à sua essência.

Obstante a isto, quando menos essencial tal produto for para a sobrevivência humana,

---

25 NOGUEIRA 1998 apud BORTONCELLO, Sara Carolina N. **Gênero, Cor e Classe: a invisibilidade da mulher no Pós- abolição.** História e Democracia: precisamos falar sobre isso. Guarulhos-SP. Disponível em: [https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843\\_ARQUIVO\\_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhermopos-abolicao.pdf](https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843_ARQUIVO_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhermopos-abolicao.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023. 2018, p. 6

aplicará a ele, mais cargas tributárias. Bem como também, produtos prejudiciais à vivência humana, também dotará uma carga tributária elevada, para que com isto, ocorra a desestimulação para a compra deste produto.

A base legal de tais disposições se encontra no artigo 153 §3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) § 3º O imposto previsto no inciso IV: I – será seletivo, em função da essencialidade do produto”<sup>26</sup>.

Para elucidar tal assunto, disserta o escritor Luis Eduardo Schoueri:

A ideia é bastante intuitiva: IPI e ICMS são clássicos impostos sobre o consumo, i.e., conquanto cobrados do vendedor, são concebidos para atingir a renda do consumidor, no ato do consumo. Ocorre que enquanto no imposto sobre a renda auferida, pode-se conhecer a capacidade contributiva, no caso dos impostos sobre o consumo, essa identidade não é imediata. Aliás, mesmo do ponto de vista histórico, os tributos sobre o consumo eram desenhados de modo a não se conhecerem os consumidores. Surgiram justamente porque os integrantes da nobreza e do clero não eram atingidos por impostos diretos, em virtude de sua imunidade. Daí a tributação sobre o consumo atingir a todos, sem distinção. Ora, não se conhecendo quem é o consumidor, corre-se o risco de se atingir a renda de quem não tenha capacidade contributiva. Daí a ideia de seletividade: idealmente os produtos essenciais, porque consumidos até por quem está no seu mínimo existencial, não são tributados, enquanto os bens supérfluos o são. Nota-se que o constituinte pressupõe uma relação entre a essencialidade e a capacidade contributiva do consumidor<sup>27</sup>.

Observa-se a coexistência de responsabilidade do Estado para com a dignidade da pessoa humana. Uma vez que os produtos essenciais à dignidade da pessoa humana são respeitados constitucionalmente, em Lei Maior. Entretanto, mesmo que seja garantido tal direito a todos os cidadãos brasileiros, por conseguinte, a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”<sup>28</sup>, há controvérsias que demonstram a inaplicabilidade de tal direito aos indivíduos brasileiros.

Uma vez que garantido constitucionalmente que os produtos essenciais são expressamente dotados de menos tributação, há outra perspectiva de que o Brasil é o país que mais tributa sobre o absorvente higiênico. Sendo este um produto essencial às mulheres, visando que se trata de uma parte do ciclo feminino, um processo fisiológico que nada se trata por opção e sim por natureza, se tornando por este motivo imprescindível à mulher.

A tributação sobre o absorvente higiênico, segundo dados retirados do site “Impostômetro”, o mesmo, detém de uma carga tributária de 34,48%. Seguindo a regra do princípio da seletividade, logo analisando a essencialidade do produto, esta porcentagem se torna superior à

26 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 15 de mar. 2023.

27 SCHOUERI. 2022, p. 454 apud VIANA, Victória A. **Tributação e Gênero: o fenômeno da tributação rosa e seus impactos**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/30390/1/Artigo%20cient%c3%adfico%20-%20Vict%c3%b3ria%20Almeida%20Viana.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023

28 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 15 de mar. 2023.

água mineral, onde o mesmo detém de 31,50% de tributação<sup>29</sup>. Ou seja, é possível realizar a análise de que o absorvente se torna tão imprescindível quanto a água mineral, uma vez que o ser humano em dias quentes necessita ingerir água para se manter hidratado, a mulher, essencialmente, necessita da utilização de absorventes mensalmente.

Outrossim à comparação realizada anteriormente seja de certa relevância polêmica, a tributação sobre o balão de borracha- popularmente conhecida como “bexiga” - é ainda menor que a tributação sobre os absorventes. Feita tal análise é possível a observação de que a bexiga possui uma tributação de 34%. Ou então, a equiparação com uma ingênua pelúcia de brinquedo, com uma tributação de 29,92%<sup>30</sup>. Os números por si só revelam a tamanha discrepância existente entre um produto supérfluo, com um produto essencial as mulheres.

Estudos comprovam tal indispensabilidade do absorvente às mulheres, um estudo realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e do Fundo de População das Nações Unidas, “Pobreza menstrual no Brasil: Desigualdade e violações de direitos”, revelando que 60% das meninas já deixaram de comparecer às aulas ou em outros lugares por causa da pobreza menstrual<sup>31</sup>. Uma notícia publicada pela Folha De São Paulo dá voz à algumas mulheres que explanam suas tristes experiências em seus ciclos menstruais, na escola.

Em vários ciclos eu não tinha absorvente, usava panos cortados, que lavava para reutilizar, papel higiênico e até mesmo outros papéis, como jornal e folhas diversas que conseguisse. A opção dos papéis era péssima, porque feria a virilha pelo atrito, mas era menos humilhante do que um pedaço de pano com sangue cair da minha calcinha. Quando possível eu me escondia em casa durante a menstruação. Faltar na escola era uma estratégia<sup>32</sup>

É possível a elucidação de que a tributação em excesso em um produto essencial como os absorventes higiênicos, despreza o princípio da seletividade. Uma vez que, os mesmos, detêm de indispensabilidade à mulher.

Tal dessemelhança de tratamento fora citada anteriormente uma vez que, produtos masculinos possuem uma tributação menor aos femininos, até mesmo, produtos que possuem a mesma finalidade para ambos, sendo a autoestima e preservação da higiene humana. Bem como,

---

29 RELAÇÃO DE PRODUTOS. **IMPOSTÔMETRO**. 2023. Disponível em: <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

30 RELAÇÃO DE PRODUTOS. **IMPOSTÔMETRO**. 2023. Disponível em: <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

31 UNICEF. **Mais de 60% de adolescentes e jovens que menstruam já deixaram de ir à escola ou a outro lugar que gostam por causa da menstruação, alertam UNICEF e UNFPA**. “Enquete realizada via plataforma U-Report Brasil com 1,7 mil pessoas revela experiências, impressões e desafios de adolescentes e jovens no Brasil sobre a menstruação”, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-60-por-cento-de-adolescentes-e-jovens-que-menstruam-ja-deixaram-de-ir-a-escola-ou-a-outro-lugar-por-cao-da-menstruacao>. Acesso em: 04 mar. 2023.

32 OLIVEIRA, Rebeca. **Pobreza Menstrual: leitoras relatam o que fizeram na falta de absorventes**. Folha de S. Paulo. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/autores/rebeca-oliveira.shtml>. Acesso em: 04 mar. 2023.

defronte ao explanado, produtos como espuma para barbear que possui uma tributação de 42,56%, comparado à maquiagens nacionais que possuem tributos de 51,41%<sup>33</sup>. Ambos os produtos, são responsáveis para a garantia de uma boa imagem social, todavia, suas tributações são exorbitantemente distintas. Tais pontuações são responsáveis pelo entendimento de que, a garantia constitucional de seletividade de produtos não está produzindo eficácia e se quer sua aplicabilidade.

Em um estudo apresentado pelo jornal Nexo, traz a referência de que as mulheres possuem um gasto em sua vida, em média, calculado de até R\$ 4.849,00 de impostos sobre absorventes íntimos, ou seja, um gasto em sua essência, significativo, essencialmente quando analisado tal cálculo às mulheres negras, sendo elas, objeto de estudo na presente pesquisa.

O imposto sobre absorventes é uma taxa que será cobrada de mulheres, em média, dos 12 aos 51 anos de vida. Supondo valores médios de um ciclo menstrual de 28 dias, com a menstruação durando 5 dias e com o uso de 4 absorventes por dia, o total de imposto que cada cidadã paga ao governo durante a vida irá variar de R\$ 852 a R\$ 4849, dependendo do preço e modelo do produto<sup>34</sup>

Não obstante, com a informação de que uma mulher, cidadã brasileira possa gastar cerca de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a questão se agrava uma vez que se questiona este cenário às mulheres negras. As mesmas que sempre foram posicionadas em um cenário de precariedade e submissão, localizadas na base da pirâmide social.

Apresentadas tais bases informativas, é possível a afirmação de que o sistema tributário brasileiro possui resquícios machistas de uma era patriarcal, uma vez que produtos para a mulher, e até mesmo para a sua autoestima e cuidados femininos são inobservados, trazendo uma especulação de tributos inalcançáveis às mulheres, especificadamente, à mulher negra.

A mulher negra por sua vez, bem como salientado em uma cerimônia de lançamento da Liga Acadêmica de Enfermagem em Saúde da População Negra (Laespne) da UFRJ, é a massa corpórea da pobreza no Brasil, “A pobreza no Brasil tem cor: ela é hegemonicamente negra”<sup>35</sup>. Portanto, a mulher negra ocupa o maior espaço de pobreza no Brasil, formulando uma precariedade e oneração das mesmas, pelo sistema tributário brasileiro.

Outrossim a isto, ao tentar se inserir no campo profissional se depara com situações impertinentes, pois na maioria dos casos, encontrará sempre as mesmas oportunidades, onde o trabalho é mais precário e mais informal. Como por exemplo, oportunidades de emprego apenas no ramo doméstico, ramo este o qual ela lutou para erradicar, lutou para sair de casa e ser

33 RELAÇÃO DE PRODUTOS. **IMPOSTÔMETRO**. 2023. Disponível em: <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

34 ALMEIDA, Rodolfo. MARIANI, Daniel. OSTETTI, Vitória. **O imposto sobre o absorvente no Brasil e no mundo**. Jornal Nexo. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69906/0>. Acesso em: 20 mar. 2023.

35 SINTUFRJ. Sindicato Dos Trabalhadores em Educação Da Universidade Federal do Rio De Janeiro. **A pobreza no Brasil tem cor: ela é hegemonicamente negra**. 2020. Disponível em: <https://sintufrj.org.br/2020/11/a-pobreza-no-brasil-tem-cor-ela-e-hegemonicamente-negra/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

independente, para ser digna de um salário remunerado e justo, um trabalho que fizesse com que ela tivesse maiores chances de progredir profissionalmente. Todavia pela escassez da escolaridade e qualificações, a mulher negra permanece na base da pirâmide social.

Portanto, as mesmas, se localizam-se na base da pirâmide social, tendo que suportar as exorbitantes tributações- analisando que o seu salário é inferior aos homens brancos e negros e por último de igual maneira, inferior às mulheres brancas, fazendo com que, a mesma, se proponha a esquivar-se do racismo, feminismo e sexismo do sistema tributário brasileiro.

Quando se analisa o sistema tributário brasileiro, como fora estudado, a tributação se encontra fortemente regressiva, bem como já citado, atingindo desta forma, essencialmente, a população pobre, o qual já fora explanado, a população majoritariamente negra. Uma vez que recebe menos, há menos oportunidades de emprego e é constantemente vítima do racismo estrutural no Brasil. Perante a isto, a mulher negra é a que mais sofre sobre a tributação em produtos básicos, de higiene e beleza. Onerando a população negra no Brasil.

## **6 EXONERAÇÃO DOS TRIBUTOS CONCERNENTES AOS PRODUTOS FEMININOS ESSENCIAIS**

Com base no que foi redigido anteriormente, nota-se como a tributação reflete um cenário de desigualdade no contexto em que a mulher vive, pois está inserida em um ambiente desigual comparada ao homem, principalmente quando se refere aos tributos referentes a renda e consumo de cada uma.

A premissa de que a tributação deve respeitar um dos princípios basilares da Constituição Federal se mantêm em erro, pois percebe-se que há divergências no quesito igualdade, uma vez que, homens e mulheres não estão como seres detentores de um tratamento singular, refletindo tal premissa em todos as esferas da sociedade.

O modo como a tributação intervém de maneira negativa às mulheres perpetua a ideia de que um modelo atual resolveria tal problemática.

Percebe-se que existem tributos “sob o consumo”, porém, pode-se dizer que existem certos “consumos” que são imprescindíveis na vida de uma mulher e que não se trata de apenas uma opção em obtê-lo, mas sim necessidade. Porém, o tributo sob determinado produto é vultoso, fazendo com que haja certa dificuldade de adquirirem, por exemplo, o absorvente higiênico<sup>36</sup>.

A adversidade em conseguir ou não adquirir determinado produto-considerado essencial-na vida das mulheres permeia a situação de como a sociedade, mesmo com certa evolução, mantêm

---

36 MORAES, Roberta Raísa Lacerda. **O sistema tributário brasileiro e a desigualdade de gênero**. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/26735/1/Roberta%20Raisa%20Lacerda%20Moraes\\_artigo.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/26735/1/Roberta%20Raisa%20Lacerda%20Moraes_artigo.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

uma estruturação desigual, pois desde a era colonial as mulheres são inseridas em ambientes inferiores, e hodiernamente o cenário se assemelha, pois o cargo sob a qual é designada no mercado de trabalho geralmente se equipara a inferioridade e conseqüentemente uma remuneração baixa.

A questão das mulheres no mercado de trabalho influencia significativamente sobre a problemática em relação aos tributos, pois, geralmente o salário disponibilizado a elas não condiz com as alíquotas direcionadas aos produtos essenciais para uma sobrevivência digna em sociedade.

Determinados produtos de cunho feminino estão vinculados a uma tributação elevada, fazendo com que a maioria das mulheres não tenham acesso, mesmo sendo produtos essenciais, pois, devido à condição de vida não podem sequer comprá-los. Portanto, na maioria das vezes a mulher é a fonte precípua de renda na casa, sendo ela a única que trabalha e de certo modo, é a única a organizar e cuidar das situações burocráticas, bem como zelar pela criação dos filhos, perpetuando então grande dificuldade em obter determinado produto essencial para si<sup>37</sup>.

Os produtos femininos, desde os essenciais até os que são considerados supérfluos carecem de uma revisão, pois as alíquotas sobre os mesmos são elevadas, enraizando mais uma

vez a desigualdade na sociedade, pois ao se referirem a produtos femininos, automaticamente a tributação é maior, ficando os produtos masculinos isentos<sup>38</sup>.

A questão de como permitir que o acesso aos produtos básicos de saúde seja efetivo para todas as camadas sociais, bem como a erradicação exagerada dos tributos seja reformulada, consiste em um modelo atual, a fim de garantir de fato, o direito a igualdade para as mulheres frente ao sistema de tributação brasileiro, considerado desproporcional pelo presente artigo.

A problemática em relação aos produtos femininos hodiernamente alcançou uma conquista, devido ao Decreto Lei 11.432 de 8 de março de 2023<sup>39</sup>, sancionado pelo atual presidente da república -Luiz Inácio Lula Da Silva-, o qual dispõe sobre a dignidade menstrual, permitindo que mulheres possam ter acesso gratuito ao produto básico e essencial da saúde, que é o absorvente higiênico. Uma vez que, devido as condições sob as quais viviam não eram capazes de adquirir o básico para sua sobrevivência, haja vista o valor vultoso que o produto possuía, refletindo também sua carga elevada de tributação sob o mesmo.

Com o decreto lei<sup>40</sup>, percebe-se que existe uma expectativa de melhora no viés da tributação frente aos produtos femininos. Um modelo atual, onde os produtos essenciais não

---

37 LIMA, Juliana Aparecida. **Discriminação de gênero no Direito Tributário Brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-10082021-174554/pt-br.php>. Acesso em: 20 mar. 2023.

38 LIMA, Juliana Aparecida. **Discriminação de gênero no Direito Tributário Brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-10082021-174554/pt-br.php>. Acesso em: 20 mar. 2023.

39 BRASIL. **Decreto Lei nº 11.432 de 8 de março de 2023**. Regulamenta a Lei nº 14.214, de 6 de outubro de 2021, que institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. Presidência da República. Brasília. 2023.

40 BRASIL. **Decreto Lei nº 11.432 de 8 de março de 2023**. Regulamenta a Lei nº 14.214, de 6 de outubro de 2021, que institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. Presidência da República. Brasília. 2023.

sofressem determinada tributação seria uma solução viável e justa, pois assim erradicaria a estruturação da sociedade que é marcada pelo machismo e a desigualdade.

A efetivação de um modelo que alcança toda sociedade seria, de fato, a concretização de uma sociedade igualitária, pois, assim, todas as esferas sociais seriam detentoras dos direitos básicos, pois devido o valor alto de determinados produtos essenciais, excluem uma parcela da sociedade que não possuem uma condição financeira decente, permitindo então que haja uma hierarquia no tocante aos direitos e acessos básicos que uma mulher possa possuir.

Por fim, a erradicação de tributos voltados aos produtos básicos seria a solução viável para que se chegue de fato a uma satisfação do bem comum, pois o Estado tem como finalidade alcançar e efetivar o bem comum, dessa forma, com a exclusão de tributos aos produtos essenciais, concretizaria sua finalidade com harmonia e igualdade para a sociedade como um todo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme ratificado no presente estudo, percebe-se que a sociedade brasileira é marcada pela estruturação do machismo, racismo e também, por desigualdades como um todo, haja vista resquícios de uma era sob a qual as mulheres negras eram submissas aos homens e não eram consideradas sujeitos de direitos.

Desde a era colonial, a mulher é inserida em um nível social inferior- e se tratando de mulheres negras, tal premissa é maior- e hodiernamente nota-se que as semelhanças voltadas ao passado estão presente na sociedade brasileira, pois a inserção da mulher no âmbito empregatício certamente é voltada aos afazeres similares ao que ocupava na era da escravidão, inserida em ambientes como a que limpa, que cuida, e conseqüentemente recebendo uma remuneração mais baixa.

O contexto sob o qual a mulher está inserida na sociedade brasileira, traz a reflexão da desigualdade em relação ao sistema tributário brasileiro, pois percebe-se que no passado a presença do machismo era modesto e os dias atuais muito se assemelha à antigamente, pois a existência do machismo se perpetua, e no tocante aos tributos depositados a sociedade, os que possuem cargas mais elevadas de tributação, são os aplicados sob os produtos femininos, sendo os produtos masculinos isentos, concretizando mais uma vez a presença do machismo.

Os produtos femininos considerados básicos e essenciais para uma saúde digna não são acessíveis para todas as mulheres, haja vista que uma parcela significativa da sociedade não detém de uma condição financeira propícia para obter determinados produtos, pois o valor agregado é vultoso, o que conseqüentemente reflete sob a tributação do produto, que por sua vez, é desproporcional.

O tributo brasileiro onera os mais pobres e conseqüentemente desestimulam e faz com que permaneçam na base da pirâmide social, estruturando de certo modo, uma hierarquia social, onde apenas algumas camadas da sociedade são garantidoras, de fato, dos direitos sociais e por consequência as camadas sociais que estão à mercê de uma situação mais precária não conseguem usufruir dos mesmos direitos.

Nesse sentido, a Constituição Federal traz em um dos seus princípios tidos como fundamentais para a sociedade, o direito a igualdade em todos os âmbitos sociais, porém, o presente estudo pontua que há certa contrariedade em relação ao princípio basilar da lei maior, haja vista a presença de uma tributação elevada sob os produtos de cunho feminino, caracterizando uma desigualdade e a não efetivação do princípio fundamental.

Os produtos femininos essenciais, como título de exemplo, o absorvente higiênico, possui uma tributação significativamente alta, tanto pelo valor ofertado quanto pela própria tributação depositada, permitindo com que muitas mulheres não tenham acesso ao básico da saúde, pois com o valor elevado dificulta a compra pela mesma, perpetuando uma grande insatisfação e descaso com os direitos básicos que uma mulher deve possuir.

A problemática em relação aos tributos sobre o consumo e a renda e a sua oneração sobre as mulheres no Brasil, carece de uma revisão e de uma solução para que se efetive de fato uma sociedade solidária, harmônica e justa, de certo modo, um modelo atual onde todos pudessem usufruir dos mesmos direitos seria uma resposta viável para as desigualdades que se alastram na sociedade direta ou indiretamente.

A concretização de um modelo sob o qual determinasse a erradicação da tributação brasileira sob os produtos essenciais permitiria que tais produtos fossem acessíveis à todas as camadas sociais, inclusive àquelas que são diretamente afetadas por serem vulneráveis economicamente, assim, todos da sociedade, sem distinção de nenhuma esfera social, seriam garantidores dos direitos básicos, especificadamente às mulheres, pois são sobre elas que a tributação se acentua.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodolfo. MARIANI, Daniel. OSTETTI, Vitória. **O imposto sobre o absorvente no Brasil e no mundo.** Jornal Nexo. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69906/0>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. **Impostômetro.** 2023. Disponível em: <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BALEIRO, Aliomar. DERZI, Misabel. **Direito Tributário Brasileiro CTN Comentado.** 14<sup>a</sup>



Edição. Editora Forense LTDA. 2018.

BORTONCELLO, Sara Carolina N. **Gênero, Cor e Classe: a invisibilidade da mulher no Pós-abolição. História e Democracia: precisamos falar sobre isso.** Guarulhos-SP. 2018. Disponível em: [https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843\\_ARQUIVO\\_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhernopos-abolicao.pdf](https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1534811843_ARQUIVO_Genero,CoreClasse-ainvisibilidadedamulhernopos-abolicao.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 15 de mar. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.432 de 8 de março de 2023.** Regulamenta a Lei nº 14.214, de 6 de outubro de 2021, que institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. Presidência da República. Brasília. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 4 De maio De 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília. Presidência da República 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm). Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 5.172, De 25 de Outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília. Presidência da República. 1966.

D' ARAÚJO, Sales J. Pedro. PAULINO, Da F. Regina Sandra. GASSEN, Valcir. **Tributação sobre Consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos.** 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/GDHzYgw9JCNWF4LWkF6wbsn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 mar. 2023.

DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe.** 1º Edição. São Paulo. Boitempo Editorial. 2016.

DORNELLES, Francisco. **O sistema tributário da Constituição de 1988.** 2008. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2924273/mod\\_resource/content/0/Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Brasileiro%20de%201988%20%28%20Dornelles%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2924273/mod_resource/content/0/Sistema%20Tribut%C3%A1rio%20Brasileiro%20de%201988%20%28%20Dornelles%29.pdf). Acesso em: 02 mar. 2023.

FRANÇA, Elizete. **A importância da mulher negra na casa grande.** Universidade Federal de Uberlândia. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/18538>. Acesso em: 03 mar. 2023.

GOULARTI, G. Juliano. **Sistema tributário regressivo e desigualdades sociais no Brasil.** Plataforma política social: Caminhos para o desenvolvimento. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/sistema-tributario-regressivo-e-desigualdades-sociais-no-brasil/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

LIMA, Juliana Aparecida. **Discriminação de gênero no Direito Tributário Brasileiro.** 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-10082021-174554/pt-br.php>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MONTEIRO, C. Fontes Patrícia. **Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea.** Meritum- Belo Horizonte. Disponível em: <file:///C:/Users/Magalu/Downloads/1208-Texto%20do%20Artigo-1788->

1-10-20120817.pdf. Acesso em: 03 mar. 2023. v. 7- n. 1- p. 355-387- jan./jun. 2012.

MORAES, Roberta Raísa Lacerda. **O sistema tributário brasileiro e a desigualdade de gênero.** Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/26735/1/Roberta%20Raisa%20Lacerda%20Moraes\\_artigo.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/26735/1/Roberta%20Raisa%20Lacerda%20Moraes_artigo.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

NASCIMENTO, André José do. MEDEIROS, Maria da Glória de. **O fim da escravidão e as suas consequências.** Disponível em: <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.309.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023. p. 313

ODAIR MATIAS. **Lanchas, jatos, iates são isentos de IPVA. Saiba sobre os R\$ 2bi de isenção aos mais ricos.** 2018. Acesso em: <https://odairmatias.com.br/posts/detalhes/1822>. Acesso em; 03 mar. 2023.

OLIVEIRA, Idalina A. M. **A ideologia do branqueamento na sociedade brasileira.** Santo Antônio do Paraíso- PR. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1454-6.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2023. 2008, p. 9

OLIVEIRA, Rebeca. **Pobreza Menstrual: leitoras relatam o que fizeram na falta de absorventes.** Folha de S. Paulo. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/autores/rebeca-oliveira.shtml>. Acesso em: 04 mar. 2023.

PEREIRA, Bergman de Paula. **De escravas a empregadas domésticas- A dimensão social e o “lugar” das mulheres negras no pós- abolição.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PucSP. Disponível em: <https://escrivencia.files.wordpress.com/2012/04/de-escravas-a-empregadas-domc3a9sticas.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023.

PORTAL TRIBUTÁRIO. **Classificação dos Tributos no Brasil.** Disponível em: <https://www.portaltributario.com.br/tributos/classificacao.html>. Acesso em: 12 março de 2023.

SCHOUERI. 2022, p. 454 apud VIANA, Victória A. **Tributação e Gênero: o fenômeno da tributação rosa e seus impactos.** Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/30390/1/Artigo%20cient%c3%adfico%20-%20Vict%c3%b3ria%20Almeida%20Viana.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023

SILVA, Gomes da Kathiusy. **Escravidão, Escravizadas e a Família Escrava: Mulher negra na formação da família escrava.** XIV encontro de história da Anpuh-MS. 2018. Disponível em: [http://www.encontro2018.ms.anpuh.org/resources/anais/9/1535599459\\_ARQUIVO\\_EnsaioFamilia\\_escrava.pdf](http://www.encontro2018.ms.anpuh.org/resources/anais/9/1535599459_ARQUIVO_EnsaioFamilia_escrava.pdf). Acesso em: 04 mar. 2023.

SINTUF RJ. **A pobreza no Brasil tem cor: ela é hegemonicamente negra.** 2020. Disponível em: <https://sintufRJ.org.br/2020/11/a-pobreza-no-brasil-tem-cor-ela-e-hegemonicamente-negra/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

UNICEF. **Mais de 60% de adolescentes e jovens que menstruam já deixaram de ir à escola ou a outro lugar que gostam por causa da menstruação, alertam UNICEF e UNFPA.** 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-60-por-cento-de-adolescentes-e-jovens-que-menstruam-ja-deixaram-de-ir-a-escola-ou-a-outro-lugar-por-causa-da-menstruacao>. Acesso em: 04 mar. 2023.

VERSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século**: anotações e reflexões para futuras reformas. Texto para discussão n° 405. Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td\\_0405.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf). Acesso em: 02 mar. 2023

WESTIN, Ricardo. **Por que a fórmula de cobrança de impostos do Brasil piora a desigualdade social**. El País. 29 maio de 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-29/porque-a-formula-de-cobranca-de-impostos-do-brasil-piora-a-desigualdade-social.html>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

YOUNG, Victor Augusto Ferraz. **O Brasil tem a maior carga tributária do mundo?**. Blogs Unicamp. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2022/05/02/o-brasil-tem-a-maior-carga-tributaria-do-mundo/#:~:text=Conforme%20a%20tabela%2C%20os%20impostos%20incidem%20com%20mais,sido%20esta%20incid%C3%Aancia%20ainda%20maior%20em%20anos%20anteriores>. Acesso em: 21 março de 2023.

# A APLICAÇÃO BRASILEIRA, NO ÂMBITO AMBIENTAL, DO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO DE RETROCESSO

Paulo Cezar de Carvalho ALVES<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo propõe-se realizar uma análise do princípio da proibição do retrocesso, especificando e descrevendo sua aplicação no sistema dos direitos fundamentais, primeiramente, de forma mais generalizada. Outrossim, somada à descrição geral do princípio, far-se-á uma análise sobre o meio ambiente como direito fundamental, o qual ensejará um estudo pormenorizado acerca da aplicação deste importante princípio fundamental no âmbito ambiental, entendendo a posição e desenvolvimento doutrinários que levaram o Supremo Tribunal Federal a adotar e aplicar tal princípio em julgado de notável importância. Com isso, baseado na bibliografia concernente e em método dedutivo, serão apresentados o princípio da proibição do retrocesso de forma mais geral, sua aplicação doutrinária na esfera ambiental – motivada pelo entendimento de encarar o meio ambiente como direito fundamental - e a adoção desta visão acadêmica pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão que aplica o princípio da proibição do retrocesso ambiental também será comentada. Tudo isto, com o intuito de demonstrar a importância deste princípio no contexto atual de arrefecimento de medidas de proteção ambiental e deterioração do meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ambiental; proibição de retrocesso; direitos fundamentais; direito constitucional

## ABSTRACT

This article proposes to carry out an analysis about the principle of prohibition of retrocess, specifying and describing your application in the fundamental rights system, firstly, in a general form. Furthermore, added to the general principle's description, it will be made an analysis about the environment as fundamental right, which it will provide a dissected study about the application of this important fundamental principle in the environmental scope, understanding the doctrinal position and development that took the Supreme Court to adopt and apply the principle in important judgments. With that said, based on an appropriated bibliography and deductive method, it will be presented the principle of prohibition of retrocess in a general form, your doctrinal application in the environmental scope – motivated by the comprehension of face the environment as fundamental right – and the adoption of this academic vision by the Supreme Court, which decision that applies the principle of prohibition of environmental retrocess will be commented too. All that, with the objective of demonstrate the importance of this principle in the atual context of decreasing of the environmental protection measures and environmental's destruction.

**KEY-WORDS:** environmental right; prohibition of retrocess; fundamental rights; constitutional right.

## INTRODUÇÃO

O sistema dos direitos humanos e fundamentais encontra-se em franca ascensão desde o período do pós-Segunda Guerra Mundial, cujos efeitos motivaram a criação de uma tutela universal

---

<sup>1</sup> Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro da linha de pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB). Email: pc.carvalhoalves@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9023123504060685>.

e rígida de direitos básicos destinados a todos cidadãos. Estes direitos possuem e se baseiam em vigas mestras, parâmetros básicos de constituição e exercício, chamados de princípios, que, sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída e, a despeito de sua baixa densidade e grande generalidade, são dotados de juridicidade e poder normativo, por estarem, atualmente, no pice do ordenamento, que lhe assegura papel privilegiado, em razão de estarem tutelados em cartas constitucionais e serem as bases para a formação da legislação infraconstitucional.

Um dos princípios de direitos fundamentais que se destaca no amplo rol de garantias é o da proibição de retrocesso, que tem sua origem na jurisprudência europeia, tendo como missão principal a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, preservando conquistas adquiridas e não deixando que as mesmas sejam solapadas ou substituídas por outras menos protetivas. Em última análise, o princípio de proibição de retrocessos importa em impedir que medidas executivas ou legislativas avancem sobre garantias já integradas ao patrimônio jurídico da sociedade e consolidadas, diminuindo-as. Ou seja, a vedação do retrocesso tem incutida em si a ideia de caminhar sempre para frente quando se trata de direitos fundamentais.

Considerando que a nossa Constituição, com endosso da doutrina e da jurisprudência, coloca o meio ambiente – assim como sua preservação e equilíbrio – como direito fundamental, vale dizer que o princípio de proibição de retrocessos, apesar de comumente associado aos direitos sociais (de segunda dimensão), transborda os limites dos mesmos, alcançando o direito ambiental e vedando os retrocessos que o atingem, em razão de o direito ao meio ambiente equilibrado ser constitucionalmente tutelado e, conseqüentemente, constituir-se como direito fundamental, o que autoriza a incidência do princípio de proibição de retrocesso.

Desta feita, como será melhor dissertado adiante, o princípio de proibição de retrocesso é vital à proteção e funcionamento dos direitos fundamentais como um todo, porém, adquire notoriedade ainda maior no âmbito do direito ambiental, pois nele encontramos dificuldades peculiares e específicas. A vedação do retrocesso tem papel ainda mais central no direito ambiental, pois as ameaças contra o mesmo são, muitas vezes, implícitas e insidiosas, não atacando somente direitos e garantias materiais, mas também solapando instrumentos de exercício da tutela ambiental e desmontando procedimentos de controle. Com isso, o princípio de proibição de retrocesso se apresenta como salvaguarda contra as ameaças às garantias ambientais apresentadas alhures, ameaças estas que advêm de conjunturas políticas, econômicas e sociais, as quais acabam por dificultar o combate à deterioração ambiental, devido ao seu caráter crônico.

Dado o panorama geral sobre o princípio e demonstrada a aplicabilidade do mesmo no direito ambiental, convém dizer que o objetivo do presente trabalho – que se pauta pelo método indutivo e pelo embasamento na bibliografia pertinente – é analisar o princípio da proibição de

retrocessos, definindo-o genericamente, para, em seguida, analisar a visão da doutrina ambiental-constitucional acerca do mesmo, que impulsionou decisões importantes do Supremo Tribunal Federal. Além de comentários a julgado específico da Corte Suprema, pretende-se apresentar a interrelação da vedação do retrocesso com outros princípios fundamentais e a importância de sua aplicação no atual cenário brasileiro de avanço do retrocesso legislativo e da deterioração ambiental.

## **I – DEFINIÇÃO GERAL DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSOS**

Adentrando no desenvolvimento e no esboço geral do princípio em tela, convém dizer que a ideia da vedação do retrocesso tem sua origem na jurisprudência europeia, principalmente nas da Alemanha e de Portugal, países em que as conquistas sociais já atingiram patamares bastante elevados (e mais avançados do que no Brasil), onde, em decorrência crise do Estado de bem-estar social, começou a discussão sobre a possibilidade de restrição de conquistas sociais arraigadas, a qual foi afastada em razão da criação e aplicação da proibição de retrocesso. Este conceito, apesar de não estar expressamente enunciado nas legislações em geral, é um princípio sistêmico, ético e que decorre de um desenho institucional que preze pela proteção dos direitos fundamentais.

O princípio de proibição de retrocessos importa na proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais por meio da vedação à supressão de conquistas estabilizadas. O conceito do princípio é dissertado com solar clareza pelo professor Walter Claudius Rothenburg (2011, p. 1040), que traz à baila o caráter protetivo da vedação do retrocesso, inclusive, jogando luz na necessidade de proibir a revogação de normas sem contrapartidas que continuem a preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais:

Representando marcos da conquista civilizatória, os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos: o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação. Há aqui uma proteção traduzida pela proibição de retrocesso, sendo que essa eficácia impeditiva (negativa) é imediata e por si só capaz de sustentar um controle de constitucionalidade (tanto em relação à ação quanto à omissão indevidas).

Perceba-se que, no plano normativo, a eficácia impeditiva de retrocesso fornece diques contra a mera revogação de normas que consagram direitos fundamentais, ou contra a substituição daquelas por outras menos generosas para com estes; e, no plano dos atos concretos, a proibição de retrocesso permite impugnar, por exemplo, a implementação de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais..

Assim, fica explícito que o princípio da proibição de retrocessos impõe, com força principiológica e normativa que lhe é pertencente, que as conquistas concernentes aos direitos humanos e fundamentais, já amplamente aceitas e aplicadas pelo ordenamento acabam por constituir um patrimônio jurídico da sociedade, o qual não pode ser simplesmente revogado, sem que haja avanço, ou, ao menos, medida substitutiva que mantenha o nível de proteção anterior, sem

ferir o núcleo essencial do direito em questão.

Na esfera constitucional brasileira, o princípio do não retrocesso está associado ao estabelecimento de cláusulas pétreas ou núcleo duro, como no Brasil (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, inciso I) em que os direitos e garantias individuais não são passíveis de emenda.

Com isso, devido ao caráter fundamental do princípio de vedação de retrocesso, o mesmo deve servir como parâmetro para a legislador infraconstitucional, que deve concretizar princípios e mandamentos fundamentais, constitucionais por meio da legislação infraconstitucional. Contudo, o praticante da atividade legislativa só estará autorizado a dispor sobre direitos fundamentais, se não retroceder sua extensão e garantias. Caso haja retrocesso, sem política substitutiva que, no mínimo, mantenha a proteção que havia anteriormente, é dever do Poder Judiciário invalidar a medida que esteja criando o atraso, lançando mão da vedação de retrocessos e da necessidade de progressão dos direitos fundamentais. Cita-se:

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”. (BENJAMIN, 2012. p. 64)

Desta forma, o que se vê é que se o retrocesso advier de uma revogação de norma protetiva, é dever do Judiciário invalidar tal supressão, principalmente se a mesma não tiver substituição efetiva e tiver como resultado diminuição concreta de direitos fundamentais já incorporados e consolidados. Na prática, a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar, o que deve ser repellido por ação do Judiciário.

A título de complementação e desfecho do conceito do princípio de proibição de retrocessos, vale trazer a visão de Gomes Canotilho (2003, p. 339-340), que, focando mais nos direitos sociais, reforça o caráter de garantia do núcleo essencial de direitos humanos já consagrados e a necessidade de compensação em caso de medidas supressivas. Porém, o doutrinador adiciona à vedação de retrocesso um caráter de garantia democrática, pregando que o conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brechar planos políticos e discricionários que enfraqueçam os direitos fundamentais:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei da seguridade social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos

ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Com a definição do princípio posta, é necessário tocar em questão recorrentemente suscitada pela doutrina: a previsão e a alocação do princípio de proibição de retrocesso. São muito problematizadas a fundamentalidade e constitucionalidade da vedação do retrocesso, em decorrência de não haver referência e previsão expressa do princípio na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional, o que é utilizado para descaracterizar e arrefecer sua força normativa e principiológica.

Porém, não obstante à ausência de previsão, a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência expressa em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e diálogo abrangente do ordenamento:

O princípio da proibição de retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.59)

Com isso, podemos dizer que, apesar de o princípio não estar explícito, detém plena aplicabilidade, porque é consequência do sistema jurídico-constitucional, constituindo-se como princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional. Inclusive, o doutrinador francês Michel Prieur (2012, p. 17), utilizando o termo “não regressão”, vai além, pregando que “a não regressão é mais que implícita, é ética, prática e quase judiciária”.

Entretanto, apesar da fundamentalidade do princípio da proibição de retrocesso, o mesmo não é absoluto e não escapa à mutabilidade, que é característica intrínseca e essencial ao direito. O que se pretende dizer, em última análise, é que a vedação de retrocesso não constitui um limite intransponível ao legislador, o qual tem a prerrogativa de alterar a legislação, inclusive restringindo alguns benefícios, desde que não afete o núcleo essencial do direito em análise.

Esta ideia de mutabilidade e certa discricionariedade quando se trata de proibição de retrocesso – flexibilidade que é menos presente no âmbito ambiental – é consignada pelo Supremo Tribunal Federal, que, por meio da pessoa do Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.350, assentou que “o princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais” (BRASIL, 2014). A doutrina



também apoia o caráter não absoluto do princípio de proibição de retrocesso, apregoando que não é possível engessar a ação legislativa e administrativa, portanto, não é possível impedir ajustes e mesmo restrições (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 302).

Assim, dado um panorama geral do princípio de proibição de retrocesso, passaremos ao objetivo principal do presente trabalho: a vedação de retrocesso no âmbito ambiental, apresentando a visão da doutrina acerca do princípio explanado e problematizando questões estruturais e filosóficas presentes no direito ambiental brasileiro.

## **II – O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO ÂMBITO AMBIENTAL**

Em verdade, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental decorre diretamente do princípio da proibição de retrocesso social, sendo que sua incidência no âmbito ambiental é autorizada pelo entendimento conjunto de encarar o meio ambiente, assim como sua preservação e equilíbrio, como direito humano e fundamental.

Adentrando, primeiramente, no meio ambiente como direito humano, é ponto pacífico que o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável se constitui como de terceira dimensão, pois tem por destinatário o gênero humano, sendo tutelado de forma coletiva, em razão de seu caráter difuso e da ideia de transindividualidade que o permeia (SARLET, 2011, p. 34).

Além de ser direito humano, o direito ao meio ambiente reforça o caráter de interdependência possuído pelos demais direitos humanos, pois, indiscutivelmente, há uma retroalimentação entre direitos humanos e direito ao meio ambiente, pois este é condição existencial daqueles, ou seja, “os direitos humanos são a alma e o direito ao meio ambiente o corpo, necessitando caminhar juntos para que se tenha vida” (IBRAHIN, 2012, p. 7549). Sobre a interrelação intrínseca entre direitos humanos e direito ambiental, é necessário dizer que: “o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado configura-se uma extensão ou corolário lógico do direito à vida, sem a qual nenhum ser humano pode vindicar a proteção dos seus direitos fundamentais violados”. (MAZZUOLI, 2006, p. 56). Assim, fica claro que o objetivo primeiro do sistema dos direitos humanos é garantir o direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam, o que só pode ser alcançado no gozo de um ambiente equilibrado e saudável (MOLINARO, 2007, p. 113).

Esta visão proferida pela doutrina é nitidamente acompanhada por diversos tratados e documentos internacionais de grande importância e aderência, que colocaram como direito basilar o meio ambiente global viável, a proteção da biodiversidade e o equilíbrio ecológico, os quais são garantidos por meio da imposição de um dever à comunidade e ao Estado de promover estas garantias em favor das presentes e futuras gerações (IBRAHIN, 2012, p. 7554).

Do ponto de vista da Teoria dos Direitos Fundamentais e mesmo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é adequado o tratamento integrado e interdependente dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, a partir da sigla DESCAs, ou seja, como direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, de modo a contemplar a evolução histórica dos direitos fundamentais e humanos, incorporando a tutela do ambiente em tal núcleo privilegiado de proteção da pessoa. Nesse sentido, o Protocolo de São Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) incorpora a compreensão acerca dos DESCAs, apontando, no bojo do seu texto, que “toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” (art. 11.1), bem como que “os Estados-Partes promoverão a proteção e melhoramento do meio ambiente” (11.2) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 90).

No campo nacional, o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado é um direito fundamental, considerando que é previsto na Carta Magna e enquadrado como tal em seu artigo 225, que assegura e inaugura o meio ambiente equilibrado não somente como um direito, mas também como dever que é imposto ao Estado e à sociedade civil. Ademais, o notável dispositivo constitucional estabeleceu um arcabouço de princípios e regras em matéria de tutela ambiental, assim, reconhecendo o caráter vital da qualidade ambiental para o desenvolvimento humano.

Na esteira do artigo 225, da Carta Magna, Anizio Pires Gavião Filho coloca que o dispositivo, em se tratando de meio ambiente, impôs um novo modelo de atuação do Estado, que passou a se pautar pelas características de: recusa da estatização, na medida em que colocou a tutela ambiental como função de toda a sociedade, e não somente do Estado, fazendo jus à transindividualidade presente neste direito de terceira dimensão; insuficiência da visão liberal, pois o Estado não pode agir mais na forma apregoada pela visão weberiana, na qual o poder público só seria competente como mero reconhecedor de direitos naturais e como Estado policial e mediador eventual de conflitos e inseguranças sociais, confiando na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas; abertura ambiental, no sentido de possibilitar ao povo que o mesmo obtenha informações do Estado sobre a gestão ambiental; participação popular nos procedimentos administrativos que tratam da questão ambiental, visando à sua defesa; associacionismo social, no sentido de conceder à sociedade organizada a possibilidade da mesma de se valer dos instrumentos da democracia para pressionar o legislador e o administrador nas questões ambientais. (FILHO, 2005, p. 24).

Assim, uma vez estabelecido um Estado socioambiental de direito e reconhecido no sistema jurídico pátrio o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, deverá ser impedido que a atividade do legislador ou intérprete venha a suprimir ou reduzir tal direito fundamental,

ocasionando um retrocesso a que se refere a sua tutela positiva. Este impedimento deve ocorrer por meio da aplicação do princípio de proibição de retrocesso socioambiental, que é autorizado a incidir no âmbito ambiental, considerando que a Carta Magna tutelou o meio ambiente:

Assim, a garantia da proibição de retrocesso socioambiental seria concebida no sentido de que a tutela normativa ambiental – tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional – deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior aquele verificado hoje. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 155)

Com isso, fica patente que a proibição de retrocesso socioambiental obriga o Estado a não piorar as condições normativas e administrativas hoje existentes, desaguando em retrocesso, mas também, indo além, impõe ao poder público, no contexto ambiental, o dever de aprimorar constantemente as condições normativas. Desta forma, a retrogradação normativa na esfera ambiental só deve ocorrer caso seja minuciosa e constitucionalmente justificada, ou seja, como dita Jorge Reis Novais (2004, p. 309), o legislador pode optar, amplamente, por outro tipo de arranjo normativo, por modificá-lo ou substituí-lo, por conferir-lhe um diferente grau, medida ou ritmo de realização; o que não é permitido – com exceção de casos de restrição com justificção constitucional bastante e pura - é suprimir a realização que um direito socioambiental já obteve e cristalizou.

Neste diapasão, admitindo que o primeiro objetivo do direito ambiental é contribuir à reação contra a degradação ambiental e esgotamento dos recursos naturais, a vedação de retrocesso encarna importância tremenda, portanto, não pode se tratar mais de simples cláusula de direito ambiental, mas de princípio geral deste ramo, pois representa a salvaguarda dos progressos obtidos para evitar ou limitar a deterioração do meio ambiente (PRIEUR, 2012, p. 11).

Outrossim, Patryck Ayala (2012, p. 220) dispõe sobre a importância do princípio de proibição de retrocesso para assegurar condições mínimas de existência humana, pregando que a vedação de retrocesso admite uma “dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência.”

Contudo, é necessário dizer que, apesar de decorrer da sua aplicação na esfera social, o princípio de proibição de retrocessos, no âmbito ambiental, enfrenta dificuldades peculiares e que impõem condições distintas e mais complexas para cumprir seu dever primordial de manutenção de avanços civilizacionais.

As ameaças contra o meio ambiente possuem algumas facetas e são, na maioria das vezes, insidiosas; a proteção do meio ambiente enfrenta ameaças políticas, na medida em que há alas

ideológicas que propagam a ideia de que há um inchaço legislativo no ordenamento ambiental, o que insufla uma vontade de simplificação do quadro legislativo por meio de uma desregulamentação em matéria ambiental, em prejuízo das normas jurídicas ambientais consagradas nos planos internacional e nacional (PRIEUR, 2012, p. 9).

Há também ameaças de natureza econômica, já que discursos que pregam que as normas de proteção ambiental são óbice ao livre desenvolvimento econômico e à luta contra pobreza, ou seja, o que ocorre é que, no atual contexto de crise econômica e pressão da opinião pública para cortar despesas, é sugerido o corte de gastos com regulamentação e proteção ambiental, sob a alegação de não essencialidade dos valores ambientais protegidos em relação a outros valores sociais colocados como prioritários (ARAGÃO, 2012, p. 2).

Além do que, há ameaças psicológicas, na medida em que a compreensão do quadro ambiental requer estudo, considerando que a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo e interdisciplinar, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental (PRIEUR, 2012, p. 9).

Estas dificuldades peculiares legitimam ainda mais a aplicação do princípio de proibição de retrocesso socioambiental, já que se está perante um contexto mais grave e ameaçador a um bem constitucionalmente tutelado. Desta forma, a despeito da presença da mutabilidade inerente ao direito, tendo em vista a presença destas ameaças, a margem de manobra do legislador, no âmbito ambiental, é ainda mais limitada em razão dos perigos enfrentados e da situação alarmante vivida atualmente. Assim, segundo Canotilho, o princípio de proibição de retrocesso adquire maior força principiológica no âmbito ambiental:

a liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da proteção ambiental, sendo-lhe vedado adotar novas políticas que traduzam em retrocesso retroativo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral. (CANOTILHO, 2007, p. 5)

Ademais, além das dificuldades já suscitadas, o meio ambiente enfrenta uma ameaça existencial e vital que não se faz presente em outras esferas – principalmente na dos direitos sociais. É notório que vivemos uma situação global de degradação e piora constantes da situação ambiental, o que pode ser visto facilmente pelo aquecimento global galopante e a diminuição da biodiversidade. Assim, em razão da urgência do quadro ambiental, os progressos hoje vistos devem ser fortemente assegurados, já que um retrocesso de regulamentação e proteção ambiental pode representar um risco significativo e existencial à vida sadia e equilibrada.

Desta forma, este princípio – inicialmente adstrito aos direitos de segunda dimensão –

transborda ao direito ambiental e tem mais força nele, pois o cenário atual é de inadmissibilidade de recuo legislativo, pois muitas espécies e ecossistemas foram extintos ou estão em via de extinção, tocando a barreira limítrofe de perigo; com isso, não deve haver mais espaço para avanço da deterioração em razão da sensibilidade dos limites postos (BENJAMIN, 2012, p. 54).

Assim como na esfera social, a aplicação da vedação de retrocesso, na esfera ambiental, traz benefícios no que tange a direitos e garantias, como a preservação da segurança jurídica, a afirmação do patrimônio jurídico consolidado ao longo do percurso histórico-civilizatório, respeito com os compromissos assumidos e manutenção dos avanços civilizacionais (ARAGÃO, 2012, p. 7). Contudo, para além destes benefícios já citados, o princípio de proibição de retrocesso, na seara ambiental, atinge benefícios que não são alcançáveis em outros ramos do direito.

Dito isto, é necessário dizer que a vedação de retrocesso traz benefícios de ordem econômica, pois, no Brasil, parte do orçamento é destinado para financiar atividades que, sem cuidado, podem resultar em forte devastação da natureza, como, por exemplo, a mineração e o agronegócio predatório, que são financiados por subsídios, empréstimos e isenções. Além do financiamento de atividades degradantes, há gastos também na recuperação de vegetação e áreas de proteção, assim como em obras infraestruturais para prevenir ou remediar perda de vidas e de patrimônio causadas por enchentes, assoreamento de rios, deslizamentos de encostas e outros eventos de devastação. Sendo assim, tendo em vista estes gastos vultuosos, o cumprimento do princípio de proibição de retrocesso socioambiental em tal cenário não acrescentaria custos e só economizaria despesas presentes e futuras, evitando desastres e gastos para financiamento de atividades poluentes por meio da garantia do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado (BENJAMIN, 2012, p. 57).

A vedação de retrocesso também carrega consigo um caráter assecuratório da dimensão intergeracional presente no direito fundamental ao meio ambiente, na medida em que contribui na busca constante de um nível mais rigoroso de proteção ambiental, de modo a arrefecer os efeitos das práticas destrutivas do passado e manter um nível de equilíbrio ambiental aceitável para as futuras gerações (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 158).

Assim, ainda no aspecto intergeracional, é inadmissível que se retroceda a condições ambientais prévias àquelas que se desfrutavam agora, impondo às gerações futuras um meio ambiente com maior grau de esgotamento e menor preservação. O progresso (em termos fáticos e normativos), aqui compreendido na perspectiva de um dever de desenvolvimento sustentável, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 94).

Desta forma, depreende-se do todo que a aplicação do princípio de proibição socioambiental é de suma importância para assegurar, inclusive, o mínimo existencial ecológico, pois impõe ao Estado que não elimine ou diminua a suficiente qualidade de vida ambiental capaz de sustentar uma vida digna.

Outrossim, a vedação age no campo da dimensão ecológica a ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas, que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares e existenciais, ação essa que se dá por meio de posições defensivas (preservação e defesa de garantias) e prestacionais (criação de infraestrutura e arcabouço legislativo necessários para existência). (AYALA, 2012, p. 219-221).

Tendo sido exposta a definição do princípio de proibição de retrocesso de forma geral, seguida de suas dificuldades, importância e nuances no âmbito ambiental, passar-se-á, a título de exemplificação, a analisar como estas visões doutrinárias acerca da vedação na seara ambiental foram aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal em um caso atual e específico de notável importância.

### **III – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 4717**

Inicialmente, convém dizer que a nossa Carta Magna foi elaborada pelo signo do neoconstitucionalismo, que traz consigo o pós-positivismo como seu marco teórico, o qual tem por característica essencial a atribuição de normatividade aos princípios (BARROSO, 2005, p. 5). Desta forma, houve o reconhecimento da juricidade e força normativa dos princípios, que passaram a ser positivados pela Constituição brasileira, cuja previsão autorizou que estes princípios – incluindo o da proibição de retrocesso – tivessem aplicabilidade jurídica (ROTHENBURG, 1996, p. 200).

Desta forma, admitindo a força normativa concedida ao princípio de proibição de retrocesso pelo ordenamento como um todo, o mesmo começou a ser aplicado pelos tribunais. A aplicação do princípio se dá no exame de legalidade e constitucionalidade em mudanças legislativas, ou, até mesmo mudanças de procedimento e de instrumentos que possam importar em retrocesso da proteção do meio ambiente sadio e equilibrado. Em um primeiro momento, deve-se atentar para os resultados práticos da medida legislativa ou de procedimento, para, posteriormente, realizar-se uma interpretação do direito ambiental à luz da Constituição, que consagra implícita e normativamente a vedação de retrocesso socioambiental. Nesta frequência, ante a afetação do núcleo essencial do direito ambiental (violação da tutela), a ação do Poder Público deve ocorrer a fim da manutenção da proteção do meio ambiente. Cita-se:

Diante da insuficiência manifesta de proteção, há violação do dever de tutela estatal, e,

portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 140)

Diante deste quadro de juízo de constitucionalidade tendo como base a observação quanto ao retrocesso socioambiental, se faz necessário dizer que a aplicação do princípio de proibição de retrocesso socioambiental se deu inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou a vedação como fulcro em diversos julgados; assim, nesta parte do trabalho, o foco estará voltado para a análise da aplicação do princípio de proibição de retrocesso socioambiental pelo STF, mais especificamente na recente e notável Ação Direta de Inconstitucionalidade 4717.

No julgamento da ADI 4717, houve o juízo de constitucionalidade acerca da medida provisória 558/2012, convertida na lei 12.678/2012, que alterou os limites dos parques nacionais da Amazônia, dos Campos Amazônicos, Mapinguari, das Florestas Nacionais de Itaituba I, Itaituba II e do Crepori da área de proteção ambiental do Tapajós. Essas áreas foram alteradas buscando a construção de cinco hidrelétricas. Na data do julgamento, das cinco hidrelétricas previstas, duas estavam prontas e em funcionamento. A Tabajara estava na fase final de expansão de terra. Sobre as outras duas: uma estava sem licença ambiental e a outra também em fase de construção. Necessário dizer que, com a ação da medida provisória, houve uma redução extensa dos biomas, considerando que foram alteradas sete unidades de conservação (BRASIL, 2018).

Inicialmente, a Ministra Relatora Cármen Lúcia consignou a possibilidade excepcional de exame jurisdicional de medida provisória em casos de manifesta ausência dos requisitos básicos; baseado nisso, decidiu que houve a inobservância dos requisitos de relevância e urgência preconizados pelo artigo 62, da Carta Magna.

Outrossim, entrando no mérito e citando expressamente o princípio de proibição de retrocesso socioambiental, o STF consumou que foi indevida a alteração de reservas florestais à revelia do devido processo legislativo formal, definindo que as alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012, com exceção do acréscimo à área do Parque Nacional dos Campos Amazônicos, importaram em substancial diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação, desaguando em ofensa frontal ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, em decorrência de terem atingido o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição da República.

Contudo, as alterações das áreas sob análise já tinham se consumado e possibilitado a construção das hidrelétricas e os danos ambientais decorrentes da mesma. Assim, em razão de os

resultados materiais já estarem postos e irreversíveis, não foi permitida a invalidação dos efeitos produzidos pela norma impugnada, dada a impossibilidade material de reversão ao *status quo ante*.

A despeito de não ter havido a possibilidade da invalidade dos efeitos da norma, a decisão do STF contribuiu para o fortalecimento da vedação de retrocesso ambiental, e, conseqüentemente, para a blindagem normativa da legislação ecológica, evitando recuos que possam comprometer a integridade dos ecossistemas capazes de levar espécies da fauna e da flora à extinção, o que é particularmente relevante na perspectiva de redução do regime de proteção de unidades de conservação (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 6).

Apesar da impossibilidade da invalidade, a ADI 4717 contribuiu com o princípio de retrocesso socioambiental e promoveu inovação e avanço jurisprudenciais, na medida em que deixou patente que, a partir de seu julgamento, não é mais permitida a edição de medida provisória que importe na diminuição da proteção ambiental. Este entendimento decorre da interpretação do artigo 225, § 1º, inciso III, da Constituição<sup>2</sup>, que assegurou que mudanças legislativas que resultassem em retrocesso ambiental só poderiam ser feitas por meio de lei formal, com o devido rito e participação de toda sociedade. Isso porque, por se tratar de um direito que pertence a toda a coletividade, sua mudança deve se dar por meio de discussões que abarquem a participação da sociedade, e não por um ato unilateral do Chefe do Poder Executivo, sem o crivo inicial do Congresso Nacional, e, conseqüentemente, sem participação plural da sociedade. Diante disso, esta nova leitura implica que a alteração ou supressão desses espaços geográficos de grande valor socioambiental só poderia ser feita mediante a edição de lei em sentido formal (SELLMANN, 2018, p. 185).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto pelo artigo, depreende-se que o princípio de proibição de retrocesso, surgido primeiramente para assegurar avanços civilizacionais na esfera dos direitos sociais, é de suma importância nos sistemas de direitos humanos e fundamentais, pois representa proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo salvaguarda de aspectos basilares do ordenamento jurídico, como segurança jurídica, o patrimônio jurídico-político e os avanços percebidos na história. Mais genericamente, é possível dizer que o dever essencial do princípio de

---

2 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;



proibição de retrocesso é impossibilitar que mudanças legislativas retirem direitos e ataquem conquistas sociais e políticas cristalizadas e já englobadas no contexto social. Desta forma, apesar de estar implícito em documentos constitucionais, sendo decorrente do desenho institucional e do compromisso de avanço constante de direitos fundamentais, a vedação de retrocesso tem aplicabilidade e força principiológica incontestáveis para impedir que o núcleo essencial de um direito fundamental seja inviabilizado e seja limitado o seu desfrute.

Outrossim, este princípio nascido pela ação da jurisprudência constitucional europeia tem aplicação original na esfera social, sendo utilizado para barrar medidas governamentais que buscavam suprimir garantias já arraigadas socialmente. Após este primeiro momento de surgimento e consolidação, a vedação de retrocesso – inicialmente social – passa a ser aplicado no âmbito ambiental, de modo a proteger o meio ambiente de iniciativas que desaguassem em retrocesso. Contudo, esta aplicação só está autorizada a ocorrer pois houve uma mudança de paradigmas que colocou o meio ambiente como direito humano e fundamental, atribuindo ao mesmo a classificação de terceira dimensão, em razão de ter como destinatário o gênero humano como um todo.

Desta forma, além de ser direito humano e fundamental – em razão de estar tutelado em documentos internacionais e domésticos – o meio ambiente equilibrado tem relação de interdependência com outros direitos, pois é condição existencial para uma vida digna e saudável, constituindo-se como substrato para que outros aspectos e direitos fundamentais sejam constituídos e desfrutados com dignidade.

Seguindo a tendência encampada pelos tratados internacionais, a Carta Magna também tutelou o meio ambiente sadio e equilibrado, deixando claro que o meio ambiente é um direito atribuído a um sujeito plural sobre bem de uso comum e de caráter indisponível e titularidade difusa.

Sendo assim, a partir do consenso de que o meio ambiente é um direito fundamental, é autorizada a ação de todos os princípios e características inerentes a um direito constitucionalmente tutelado, inclusive a proibição de retrocesso, a qual, na esfera ambiental, serve para materializar a intangibilidade de um mínimo ecológico por meio da garantia do núcleo essencial do direito ao meio ambiente. Em suma, o princípio de proibição de retrocesso assume força normativa também na seara ambiental, assegurando que conquistas concernentes à proteção, preservação e ao uso racional do meio ambiente sejam mantidas por meio da impugnação de normas inconstitucionais (que agridam o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado), de forma a auxiliar na necessidade expressa de constante melhora nas condições ambientais.

Neste piso, foram erguidas decisões judiciais de diversos tribunais que se valeram do princípio da proibição de retrocesso socioambiental para invalidar medidas do Poder Público que

implicassem em retrocesso no desfrute do meio ambiente sadio e em proteção deficiente do mesmo.

A fim de exemplificar e demonstrar brevemente como ocorre a aplicação da vedação de retrocesso socioambiental na prática, optou-se por realizar uma análise acerca da ADI 4717, que decretou a inconstitucionalidade de medida provisória convertida em lei, que alterou áreas de preservação ambiental para a construção de usinas hidrelétricas. Nesta ação, verificou-se que houve retrocesso na proteção e preservação ambientais, chegando a ocorrer ofensa direta ao núcleo essencial do direito ao meio ambiente; além da inconstitucionalidade da medida, a ação realizou verdadeira inovação, deixando determinado que mudanças legislativas ambientais não podem mais ser realizadas via medida provisória, mas somente por meio de lei formal com o devido debate legislativo e participação popular.

Por conseguinte, resta claro que o objetivo do presente trabalho foi cumprido, pois foi possível realizar a descrição geral do princípio de proibição de retrocesso, bem como suas dificuldades e especificidades decorrentes de sua aplicação no âmbito ambiental, o que só possível em razão de o meio ambiente sadio e equilibrado ser um direito fundamental. Assim, mediante a pormenorização do princípio, nas esferas social e ambiental, analisou-se caso prático e específico, onde a vedação de retrocesso socioambiental foi usada como fulcro, de modo a demonstrar o impacto e força práticos e reais que o princípio pode assumir em um cenário de degradação e ataques constantes sofridos pelo meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e maré de simplificação: fundamento e limites da proibição de retrocesso. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1 – 33, 2012.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito fundamental ao ambiente e a proibição de retrocesso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL, 2012. **Anais [...]**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25 – 65, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 240, p. 1 – 42, abr./jun. 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL, 2012. **Anais [...]**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4350**. Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 23 de outubro de 2014. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393783> >. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4717**. Procurador Geral da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 de abril de 2018. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743> >. Acesso em: 18 mar. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

IBRAHIN, Francini Imene Dias. A relação existente entre o meio ambiente e os direitos humanos: um diálogo necessário com a vedação de retrocesso. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v.1, n. 12, p. 7547 – 7616, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1176 p.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: Proibição de Retrocesso**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição do retrocesso Ambiental. *In*: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL, 2012. **Anais [...]**. Brasília: Senado Federal, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, vol. 1, p. 1033 – 1048, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 29, p. 199 – 238, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. *In*: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL, 2012. **Anais [...]**. Brasília: Senado Federal, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O Supremo Tribunal Federal e a proibição do retrocesso ecológico**. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/direitos-fundamentais-supremo-tribunal-federal-proibicao-retrocesso-ecologico> >. Acesso realizado em 14 mar. 2022.

SELLMANN, Milena Zampieri. A vedação de edição de medidas provisórias que diminuem a proteção ao meio ambiente. **Revista Culturas jurídicas**, v. 5, n. 11, p. 170 – 196, mai./ago. 2018.

# **A BALANÇA ENTRE INTERDEPENDÊNCIA, HARMONIA E DISCRICIONARIEDADE NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Maria Fernanda PIRES

## **RESUMO**

O presente trabalho pretende enfatizar o liame existente entre Interdependência, Harmonia e Discricionariedade dos Poderes, partindo do pressuposto da teoria do Barão de Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”. Pretende-se ilustrar como a tripartição de poderes não anula a vinculação dos atos administrativos, pelo contrário, assume sua responsabilidade normativamente para o benefício da própria sociedade. A doutrina tradicional administrativa por muito tempo defendeu a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, sob o argumento de que tal atividade representaria uma violação ao princípio da separação dos poderes, passando o Judiciário a legislar. Demonstrar-se-á que tal posicionamento é fortemente combatido pela doutrina e jurisprudência recentes, com o principal argumento de que não se pode blindar o Poder Executivo, principalmente quando seus atos ferem direitos e princípios constitucionais. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivos descritivos e com procedimentos documentais e bibliográficos.

**PALAVRAS-CHAVE:** discricionariedade; harmonia; separação dos poderes.

## **ABSTRACT**

The present work intends to emphasize the existing link between Interdependence, Harmony and Discretion of the Powers, starting from the presupposition of the theory of Baron de Montesquieu in his work “The Spirit of the Laws”. It is intended to illustrate how the tripartition of powers does not annul the binding of administrative acts, on the contrary, it assumes its responsibility normatively for the benefit of society itself. . The traditional administrative doctrine for a long time defended the impossibility of the Judiciary interfering in the merits of the administrative act, under the argument that such activity would represent a violation of the principle of separation of powers, leaving the Judiciary to legislate. It will be shown that such a position is strongly opposed by recent doctrine and jurisprudence, with the main argument that the Executive Branch cannot be shielded, especially when its acts violate constitutional rights and principles. For that, a qualitative approach method was used, of a basic nature, with descriptive objectives and with documental and bibliographical procedures.

**KEY WORDS:** discretion; harmony; separation of powers;

## **INTRODUÇÃO**

A independência entre os Poderes não é absoluta, é limitada pelo sistema de freios e contrapesos, de origem norte-americana. Esse sistema prevê a interferência legítima de um Poder sobre o outro, nos limites estabelecidos constitucionalmente. Com a atuação da Administração Pública por meio de atos administrativos vinculados ou discricionários iremos analisar como essa atuação é baseada em conveniência e oportunidade.

As origens da separação dos poderes remontam Aristóteles, com a obra "A Política".

Posteriormente, o tema também foi trabalhado por John Locke e, finalmente, por Montesquieu, em sua célebre obra "O espírito das leis". A ideia da divisão de poderes defendida e plenamente absorvida desde o início do constitucionalismo é, ainda hoje, uma das marcas e limites ao poder do Estado. Suas funções ficam distribuídas em três diferentes órgãos, cabendo-lhes criar as normas jurídicas, executá-las e resolver os conflitos sociais.

O tema gera muita controvérsia e apesar de ser extremamente importante para a vida prática é, atualmente, pouco estudado entre os especialistas, no que diz respeito à atitude esperada pelo Administrador Público, ou seja, sob essa óptica o trabalho tem por objetivo trazer esclarecimento sobre como a separação de poderes é harmônica com a prática da discricionariedade de atos administrativos e acima de tudo como não viola os limites normativos estabelecidos por cada poder.

Diante do exposto, o trabalho analisou inicialmente a tripartição dos poderes, por intermédio da teoria do Barão de Montesquieu, trazer como sua teoria foi aperfeiçoada para atender aos anseios da sociedade atual. Por conseguinte, foram analisados os aspectos gerais sobre os atos administrativos, destacando-se os elementos presentes nos vinculados e nos discricionários. Posteriormente, passou-se à análise do mérito do ato administrativo, aprofundando o estudo sobre a discricionariedade.

Por fim, foi posta a possibilidade de controle judicial do ato discricionário, baseando-se a apreciação em posicionamentos da doutrina e dos tribunais superiores. A pesquisa foi utilizado o método de abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivos descritivos e com procedimentos documentais e bibliográficos, baseada no levantamento de doutrinas e jurisprudências sobre o tema proposto.

## **MONTESQUIEU E A BALANÇA DOS PODERES**

Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, foi um filósofo crítico da monarquia absolutista vigente em seu país. Para ele, são três as principais formas de governo, a República, a Monarquia e o Despotismo.

A República pode variar em República Democrática (Indireta), na qual a cidadania é exercida de forma mais ampla, baseada na igualdade, e a República Aristocrática, quando a cidadania é reduzida, e a política é feita por membros da aristocracia. Deste ponto, a Democracia é regida pelo princípio da virtude, ou seja, aqueles que de alguma forma são considerados aptos a exercer o governo.

Além disso, na Monarquia o governante é apenas uma pessoa, o monarca. Porém, deve-se respeitar as leis, restringindo a sua ação. Em seguida, o modelo do Despotismo é aquele, em que o

governante se coloca acima das leis, governando de forma absoluta. Por isso, o seu princípio é baseado no medo.

Montesquieu diz que as formas de governo podem fracassar se estiverem submetidas a corrupção, quando os governantes, principalmente de governos democráticos e monárquicos não exercem os seus poderes como é previsto nas suas respectivas leis, ultrapassando os seus limites. Para o filósofo, é preciso combater o governo despótico, que mantém o poder absoluto em mãos, delegando a poderes específicos. Assim, haverá a separação em três, harmônicos, porém independentes entre si em sua obra “O Espírito da Leis” (1748).

Há, em cada Estado, três espécies de poderes. O poder Legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder Executivo das que dependem do Direito Civil. (MONTESQUIEU, 1748, p.156)

O Poder Executivo, estará sob responsabilidade do governante (monarca ou regente), com o objetivo de administrar o Estado, o Poder Legislativo, que estará sob responsabilidade do parlamento, sendo responsável pela elaboração das leis, e o Poder Judiciário, que estará sob a responsabilidade dos magistrados, responsáveis pela fiscalização e cumprimento das leis. Alguns opositores da teoria, no ápice das ondas iluministas entenderam que a tripartição de competências seria uma divisão do próprio Estado, no sentido de ente político, ainda que abstrato, uno.

O que se pretendeu à época foi a divisão de tarefas estatais especializadas de tal forma que as relações sociais, cada vez mais complexas, não sofressem prejuízo com eventual inércia em termos de ações e decisões oriundas de uma única fonte, o Estado centralizado. (WIERGERINCK, 2005, p.1)

O mais discutido, portanto, é o emprego da palavra “poder” em lugar de “função”. Parece-nos mais correto afirmar uma tripartição de poderes, entre legislar, julgar e administrar. Dessa maneira, o mais conexo com a realidade estaria do emprego da expressão “Separação das Funções do Estado”, e não dos Poderes.

Naturalmente no Estado Moderno Democrático, o qual é perpetuado no Brasil, para sua instalação e aderência foi necessária a ocorrência de adaptações na forma de governar para que atendesse os anseios da sociedade. Por isso, além das funções típicas dos poderes, também temos as atípicas ou derivadas dos demais órgãos. Não raro, temos episódios da atuação de um ou mais poderes em competência de outros, como exemplo, a interferência do Poder Judiciário no mérito dos atos administrativos.

E trabalhar em harmonia não significa trabalhar isoladamente, ou mantendo a boa vizinhança porque “silenciosa e não perturba com seus problemas.” Trabalhar em harmonia é muito mais do que tolerar. Tolerar é conviver sem concordar e sem colaborar. Trabalhar em harmonia é interagir, colaborar, ter paciência com as dificuldades alheias e auxiliar quando possível. Trabalhar em harmonia, enfim, não é invadir competência, mas cooperar para que cada qual exerça a sua com independência e acima de tudo, excelência. (WIERGERINCK, 2005, p.5)

A separação dos poderes poderia ser um empecilho para o controle judicial do ato

administrativo. Contudo, a separação das funções estatais entre legislativa, executiva e judiciária não impede o controle judicial, pois a atividade jurisdicional do Estado, por meio do Judiciário, na solução da lide entre particulares ou entre particulares e órgãos estatais ou entre os próprios órgãos estatais, é compatível com o sistema, porque o controle último dos órgãos estatais procede-se pelo processo judicial (SANTIN, p.138,2013).

Com a existência de três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) não impede a apreciação do ato administrativo. Isso não quebra a separação dos poderes, até porque o mais adequado é a divisão de funções entre os órgãos públicos (SANTIN, p.138, 2013).

Modernamente, a separação de poderes não é vista como algo rígido. Com efeito, o poder político é uno, indivisível; assim, o que pode ser objeto de separação são as funções estatais (e não o poder político). Assim, apesar de a Constituição falar em três Poderes, na verdade ela está se referindo a funções distintas de um mesmo Poder: a legislativa, a executiva e a judiciária. A separação é um princípio cujo objetivo é evitar arbitrariedades e o desrespeito aos direitos fundamentais; ele se baseia na premissa de que quando o poder político está concentrado nas mãos de uma só pessoa, há uma tendência ao abuso do poder.

A harmonia entre os três poderes não fica abalada com o controle judicial, porque o próprio Judiciário está em consonância com o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou de acesso à justiça, com o Estado Democrático de Direito (Art. 1º, caput, CF) e o cumprimento integral de suas funções. A Constituição Federal Brasileira de 1988 não faz nenhum tipo de vedação à intersecção dos poderes, até mesmo prevê o acesso à justiça na lesão ou ameaça de direito, não restringiu à origem privada a lesão ou ameaça e muito menos restringiu os aspectos formais ou materiais do ato administrativo.

Os controles políticos e administrativos são os mais utilizados para o controle das políticas públicas e dos serviços públicos. São controles preponderantes. Mas não impedem o controle judicial. Há convivência entre todos os tipos de controle, que não excluem nem impedem a atuação dos demais órgãos. (SANTIN, p.139, 2013)

O controle judicial tem legitimidade constitucional, porque os constituintes estabeleceram na letra da lei a acessibilidade à justiça na lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV, CF). Com isso, o controle judicial dos atos administrativos é benefício à população, em prol da cidadania. Como um todo, os atos se tornaram um benefício e complemento do sistema tripartido adotado. A união entre os poderes e a vinculação administrativa serve como alavanca para que as decisões sejam mais fundamentadas e pensadas para a sociedade.

## **ATO ADMINISTRATIVO**

A doutrina apresenta vários conceitos para os atos administrativos, oscilando entre entendimentos restritivos e ampliativos da atuação administrativa. O que se pode afirmar, diante dos



diversos posicionamentos, é que se trata da manifestação de vontade da administração pública, ou seja, é o meio pelo qual a administração pública, direta ou indiretamente, exerce os atos públicos, conforme se observa na doutrina destacada:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa condição, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2014, p. 165).

[...] atos jurídicos emitidos por agentes públicos lato sensu (incluídos os que atuam por delegação), no exercício de 52 atribuições específicas (inconfundíveis com os jurisdicionais e legislativos), cuja referência há de ser imantada por princípios e objetivos de envergadura constitucional (FREITAS, 2013, p. 331).

Tratando-se de atos praticados no exercício da função pública, em busca do interesse público, estando sujeitos predominantemente ao regime de direito público (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 416), cabe ressaltar que os atos administrativos são típicos do Poder Executivo, mas poderão ser também executados pelos Poderes Legislativo e Judiciário nos atos de gestão, na categoria de atos atípicos (MEDAUAR, 2004, p. 158).

Todos os atos administrativos (vinculados e discricionários) devem ser praticados respeitando os requisitos de validade, quais sejam: competência, forma, motivo, objeto e finalidade. Os elementos poderão ser vinculados (competência, forma e finalidade) ou discricionários (motivo e objeto), significando dizer, que alguns elementos são impostos pelo legislador, sendo de observância obrigatória, sob pena de nulidade, ao passo que outros poderão ser praticados com alguma margem de liberdade.

Diante do que se expõe, todo ato administrativo deverá ser praticado por agente competente e determinado pela lei. Tal ato deverá produzir efeito prático, e esse efeito tem a obrigatoriedade de ser lícito, moral e possível. Assim, a Administração Pública, por meio de suas autoridades e órgãos, utiliza-se do chamado ato administrativo para expressar as decisões tomadas, as quais produzem “efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.” (MEDAUAR, 2006, p. 135)

Todo ato será praticado por um motivo ou uma causa, ou seja, a situação que autoriza (escolha do administrador) ou ordena (expresso em lei) a prática do ato. Por fim, todo ato deve ser acompanhado de uma finalidade, que é o atendimento do interesse público. A finalidade é elemento vinculado também nos atos discricionários, pois em nenhuma hipótese se admitirá ato da Administração sem atendimento dos interesses da coletividade. (DESTRO, p.53, 2018)

Nesse sentido, Carvalho Filho (2008, p. 92) ensina que o primeiro aspecto fundamental para a elaboração de um ato é o de que “a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta”. Por conseguinte, o autor leciona que “seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público” (p. 92).

No mesmo prisma, existem também atributos que devem ser considerados. O primeiro a ser tratado quando se fala em um ato administrativo é o da presunção de legitimidade, ou como prefere Maffini (2008, p. 85) “presunção de validade”; consistindo no fato de que, uma vez praticado, o ato administrativo guardará em seu favor a presunção de que foi praticado de acordo com a ordem jurídica.

Um segundo atributo é a imperatividade, ou seja, eles devem ser praticados independentemente ou até mesmo de modo contrário à vontade de seus destinatários. Por outro lado, é importante salientar que o administrador pode negar-se ao cumprimento de ordem legal. Como terceiro seguimento do ato administrativo, tem-se a autoexecutoriedade, que significa que “os atos administrativos podem ser praticados e seus efeitos concretizados independentemente da intervenção do Poder Judiciário” (MAFFINI, 2008, p. 88).

E, por fim, Di Pietro (2002, p. 193) também destaca a existência de mais um atributo, a tipicidade, pela qual “o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”. Refere a autora tratar-se de um atributo que se constitui numa “garantia para o administrado” (p. 193), impedindo que a Administração pratique atos sem que haja previsão em lei. (WEIZENMANN, p.67, 2009)

Por fim, o mérito do ato administrativo constitui-se na possibilidade de “avaliação dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (MEIRELLES, 2006, p. 154-155). Destaca-se que nos atos denominados vinculados, ou seja, nos quais o motivo e o objeto já vêm predeterminados na lei, “não há falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais” (MEIRELLES, 2006, p. 155). Ao contrário, nos denominados discricionários, a Administração Pública decide, livremente, sobre o motivo e o objeto dos atos que praticar. Portanto, tem-se que o mérito do ato administrativo “consiste em instituto diretamente.

## **DISCRICIONARIEDADE: DECISÃO BASEADA EM CONVINIÊNCIA E OPORTUNIDADE**

Os aspectos polêmicos em torno do tema da discricionariedade administrativa aparecem justamente, no entender de Calcini (2003, p. 95-96), “à medida que mudam os contornos do Estado”. Verifica-se, por exemplo, que a intervenção do Estado nas mais diversas áreas da sociedade, com a finalidade de assumir prerrogativas que antes não lhe competiam, tem-se mostrado de forma crescente e significativa ao longo das últimas décadas. Em virtude disso, ou seja, da intensa atuação da Administração Pública, “certos aspectos, cada vez mais, deixam de poder ser regulamentados em sua totalidade pela legislação. Verifica-se, com isso, um crescimento no uso de

conceitos indeterminados e fórmulas genéricas por parte do legislador” (HARGER, 1998, p. 12).

A administração Pública atua e se manifesta por meio de atos administrativos, sendo esses atos vinculados ou discricionários. No entanto, grande parte da doutrina tradicional administrativa por muito tempo defendeu a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, sob o argumento de que tal atividade representaria uma violação ao princípio da separação dos poderes, passando o Judiciário a legislar. Os atos não poderiam sofrer controle do Poder Judiciário, salvo nos casos de legalidade, pois a discricionariedade estaria unicamente vinculada à vontade da Administração.

Por sua vez, a discricionariedade será onde atuará o agente público com liberdade, sempre nos limites legais, respeitando os critérios de conveniência (quando o ato atende ao interesse público) e oportunidade (aquele é o melhor momento para prática do ato) (WIERGERINCK, 2005, p.5). Com relação aos elementos que compõem o mérito do ato administrativo, o motivo é a causa, o que justifica a prática do ato.

E mesmo que o princípio da discricionariedade do ato administrativo pudesse ser extraído do fundamento da harmonia e interdependência dos poderes (art. 2º, CF), o princípio da eficiência dos serviços de segurança pública deve prevalecer, porque específico, claro e harmônico com todo o sistema constitucional, a começar pela obrigação estatal de prestação de segurança pública (art. 144, CF) e o direito social de segurança (art. 6º, CF), além de inserido perfeitamente no Estado Democrático de Direito e nos fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e m, CF), e compatível com a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária e promoção do bem de todos (art. 3º, I e IV, CF). No fornecimento de segurança pública o princípio da eficiência deve ser decisivo para a exigência de serviço público de boa qualidade, não podendo a discricionariedade ser escudo para eventual discussão do assunto em juízo, porque o acesso à justiça é garantia fundamental (art. 5º, XXXV, CF). (SANTIN, 2013, p.142)

Já o objeto é o conteúdo do ato. Para Mello (2007, p. 383), o objeto é aquilo sobre que o ato dispõe, ou seja, não há ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. Por esse motivo é considerado por alguns doutrinadores como “condição” ou “pressuposto de existência do ato”.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração, incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”. (MEIRELLES, 2014, p. 171)

Do exposto surge a indagação: Até que ponto é possível rever uma decisão baseada em conveniência e oportunidade? A grande questão está na análise pelo Poder Judiciário do mérito existente nos atos discricionários, visto que, todos os atos deverão ser analisados pelo Poder Judiciário, com base nos princípios constitucionais.

Todos os atos administrativos são vinculados, variando apenas a intensidade da vinculação. Cabe ao administrador sempre realizar a melhor escolha na busca de efetivação das políticas públicas. Portanto, tudo está sob controle, sendo essencial para a legitimação do ato administrativo a conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de

todos, de forma que todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção, incumbindo ao administrador a busca da melhor decisão, a escolha ótima, em consonância com normas e princípios constitucionais, vinculantes de toda atuação administrativa (SANTIN, 2013, p. 143).

A significação fundamental da discricionariedade, portanto, é a possibilidade de se ter mais de uma alternativa de escolha no exercício da função administrativa, para determinado caso concreto, respeitados os limites da legalidade (DI PIETRO, 2001).

Em razão da não separação absoluta das três funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), verifica-se que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também poderão exercer a discricionariedade, mas nunca em decorrência das funções que lhe são próprias. Portanto, essa competência poderá ser exercida por esses dois poderes em virtude de possuírem dentre suas atribuições tarefas tipicamente administrativas.

Em síntese, o ato deve ser realizado pela Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário a função de controlar o ato discricionário. Fazendo com que se cumpra a letra da Constituição, principalmente os direitos fundamentais. Apenas com essa intersecção entre os poderes, poderemos alcançar a harmonia para os comandos da sociedade. Assim, haverá discricionariedade nas hipóteses em que a lei expressamente conceder liberdade de atuação ao administrador ou, nos casos em que se mostre necessário interpretar conceitos jurídicos indeterminados.

## **CONCLUSÃO**

É entendimento que se deve interpretar as normas para aplicá-las ao caso concreto, lembrando que a lei obriga a todos e também o administrador público e o Estado. Somente em casos extremos, ou seja, somente quando de nenhuma forma a norma possa ser conciliável com a Constituição, ou seja, somente quando contiver vício flagrantemente inconstitucional será possível a sua recusa. Isto porque, gozando da presunção de constitucionalidade, a regra é a sua aplicação.

Temos que o Estado Democrático brasileiro se utiliza da separação dos três poderes como argumento preponderante para a não utilização por parte do administrador público de atos administrativos, porém, a própria norma é capaz de prever tal possibilidade. Sendo assim, é inquestionável.

Os atos administrativos serão utilizados por meio de conveniência e oportunidade para o próprio benefício da sociedade, pois o administrador irá analisar o caso concreto e disso tirar uma conclusão alicerçada nos limites que a lei lhe permite. Por todo o exposto, a conclusão é no sentido de que o ato deverá ser realizado pela Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário a função de controlar o ato discricionário, anulando-o, se necessário, fazendo com que a atuação

administrativa ocorra em respeito à Constituição, principalmente aos direitos fundamentais.

A escolha pelo Poder Judiciário feriria de morte a discricionariedade, que tem como fundamento a possibilidade de se praticar o ato de acordo com as necessidades do caso concreto. Não há dúvida de que o administrador possui maiores informações e elementos para decidir com base na conveniência e na oportunidade, atingindo de maneira mais efetiva o interesse da coletividade, função que deve permanecer.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018. Recurso online.
- ACKEL FILHO. D. **Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública**. Revista dos Tribunais, ano 79, julho de 1990, vol. 657. p. 50. 2.
- ARRUDA. J. J. De A. **História Moderna e Contemporânea**. 5ª ed. :Editora Ática – 1976.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 13, n. 50, p. 55-64. 1976.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1091 92.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 2ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 1987, volume 1, pag. 169.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed, p. 543.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. Recurso online.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Objectivity and Truth: You'd Better Believe it**. Philosophy and Public Affairs, v. 25, n. 2, Spring, 1996, p. 87-139
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARENZENA, Sulen. **A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais**. Revista de direitos e garantias fundamentais, Espírito Santo, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, 2007.
- FINNIS, John. **Fundamentos da Ética**. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- FONTE, Felipe de Melo. **A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 91- 125, 2008.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 379-399 (Controle sistemático dos atos administrativos vinculados e dos atos de discricionariedade, item 6.4).
- FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria lingüística. O prescritivismo universal de Richard Hare**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.
- FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo**. A Exaustão de um Paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Ainda o Direito Posto e o Direito Pressuposto ou Marx, Sartre e Charles de Gaulle. Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional**. Direito Penal. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 42, p. 11-32, 2008.

KOZICKI, Katya. **Existe uma resposta certa para o Direito e a democracia? Repensando as relação entre o Direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, n. 54, p. 39-56, 2001.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KUHN, Thomas S. **Algo Más Sobre los Paradigmas.** Trad. Roberto Helier. In: KUHN, Thomas S. *La Tensión Esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio em el ámbito de la ciencia.* México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Trad. Alexandre Krug. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado do governo.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** 2. ed. reimp. Barcelona: Ariel, 1976.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAIS. **Carlos Blanco de. Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio.** Coimbra: Coimbra, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTINS, Flavio A. N. J. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. MACCORMICK, Neil. *Direito, interpretação e razoabilidade.*

MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 14. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- NASCIMENTO, Elyesley Silva do. **Curso de Direito Administrativo**. Niterói – RJ: Editora Impetus, 2013
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Recurso online. OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. Controle da Discricionariedade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004
- PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo da suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.
- RESURREIÇÃO, V. C. L. **Estado de direito, separação de poderes e controle de constitucionalidade da norma pelo administrador destinatário** Gilson César Cardoso de Souza, 16ª ed, São Paulo: Perspectiva, 2001.
- RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2ª edição. São Paulo. Cengage Learning, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTIN, Valter Foletto **Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013. Itens 5.1.1. Separação, interdependência entre poderes, e 5.1.2. Discricionariedade, p. 137-143.
- TRUBEK, David M. 1971. **Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change**. In Yale Law School Studies in Law and Modernization 3, Bulletin no. 72 and 73.
- VELOSO, Juliano Ribeiro Santos **Direito ao planejamento**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- WEIZENMANN, M. **Limites e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. UNIVATES, 2009.
- WIEGERINCK, J. A. **Tripartição do poder: o balanço entre harmonia e independência**. Consultor Jurídico, 2005.



# ENTREGA LEGAL: O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO Nº 485/2023 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Júlia Mariana Cunha PERINI<sup>1</sup>  
Daniela Braga PAIANO<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho visa abordar a temática da possibilidade de entregar para adoção filho recém-nascido, denominada 'entrega legal', evitando-se eventual abandono ou burla no processo de adoção. Objetiva-se, com isso, analisar o papel dos órgãos que integram a rede de proteção da implementação das regras e normativas previstas na Resolução nº 485/2023 do Conselho Nacional de Justiça, sobretudo, no sentido de se efetivar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo de premissas gerais e aplicando-as ao caso em concreto. 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. A partir dos estudos, conclui-se que a Resolução nº 485/2023 publicada pelo Conselho Nacional de Justiça é um importante instrumento para regulamentar e padronizar o processo de aplicação do art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo os Tribunais de Justiça brasileiro e os órgãos municipais que integram a rede de proteção promover as adequações necessárias a fim de que seja garantido à criança o direito à convivência familiar, de preferência com a família natural e, excepcionalmente, em família substituta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Entrega Legal. Resolução nº 485/2023. Conselho Nacional de Justiça. Criança e Adolescente. Sistema de Garantia de Direitos.

## ABSTRACT

This research aims to study the possibility of giving up a newborn child for adoption, called 'legal surrender', avoiding possible abandonment or fraud in the adoption process. The objective is, therefore, to analyze the role of the institutions that make up the protection network for the implementation of the rules and regulations provided for in Resolution No. 485/2023 of National Council of Justice. For that, the deductive method is used, starting from general premises and applying them to the concrete case. While the methodology is mainly based on the analysis of works on Civil and Constitutional Law and related areas of law, on the legislative examination and resolutions of the National Council of Justice. From the studies, it is concluded that Resolution n. 485/2023 published by the National Council of Justice is an important instrument to regulate and standardize the process of application of art. 19-A of the Statute of the Child and Adolescent, and the Brazilian Courts of Justice and the municipal bodies that make up the protection network must promote the necessary adjustments so that the child is guaranteed the right to family life, preferably

- 
- 1 Júlia Mariana Cunha Perini, Mestranda 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). Pesquisadora no projeto de pesquisa "Contratualização das relações familiares e sucessórias", cadastrado sob o n. 12475 na PROPPG da UEL. Endereço eletrônico: juliamarianaperini@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/7695140861104576>
  - 2 Daniela Braga Paiano, Pós-doutora e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito de São Paulo – USP. Professora na graduação em Direito e no 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](mailto:danielapaiano@hotmail.com), <http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>

with the family and, exceptionally, in a substitute family.

**KEYWORDS:** Legal Surrender. Resolution No. 485/2023. National Council of Justice. Child and teenager. Rights Guarantee System.

## INTRODUÇÃO

O tema objeto deste estudo visa retratar a importância e a possibilidade jurídica de um recém-nascido ser entregue, nos termos legais, tão logo ele nasça. Denomina-se como ‘entrega legal’ casos em que mães desejam fazer a entrega voluntária de seus filhos para adoção logo após seu nascimento.

Para que isso seja possível, é necessária a manifestação da vontade, livre e consciente, pela genitora, antes ou logo após o nascimento da criança, perante o Poder Judiciário, garantindo-se o direito de arrependimento após a confirmação do interesse em audiência.

Sabe-se, ainda, que tanto a Constituição Federal de 1988 como o Estatuto da Criança e do Adolescente (de 1990), assim como o Código Civil de 2002, protegem a criança e o adolescente, garantindo-lhes, entre outros direitos, a convivência familiar.

Com base nisso, o art. 19-A do ECA prevê o rito para se efetivar a denominada ‘entrega legal’. Contudo, o processo previsto nos parágrafos do referido dispositivo normativo não foi suficiente para disciplinar a atuação, em todos os órgãos envolvidos, surgindo inúmeras falhas e distorções, com a infringência de direitos da personalidade - intimidade e privacidade - das partes envolvidas, as quais vieram inclusive a repercutir na mídia, como no caso que se mencionará abaixo.

Um desses casos foi o da atriz Klara Castanho, que após ter sido vítima de estupro e engravidado, optou por realizar a entrega da criança à adoção, nos termos do art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, no decorrer do processo houve o vazamento dos dados, supostamente por funcionários do hospital, infringindo assim o desejo da genitora de manter o sigilo do processo.

Atualmente, a Resolução n. 485/2023 do CNJ foi publicada com o objetivo de padronizar e coordenar a atuação do Poder Judiciário com os órgãos da rede de proteção que integram a política de atendimento, em especial os da área da saúde e assistência social, bem como de se efetivar o direito de permanência da criança junto à família, seja ela natural ou adotiva, de forma a evitar o acolhimento institucional.

Com isso, destaca-se a importância de se discutir o direito à convivência familiar como um direito fundamental, a fim de que a criança e adolescente possam se desenvolver de forma plena.

## 1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição Federal consagra no art. 227 a convivência familiar e comunitária constitui um direito fundamental da criança e do adolescente de crescer e se desenvolver no seio familiar. Trata-se de um direito essencial para o desenvolvimento da criança e do adolescente, uma vez que estes não podem ser concebidos apartados de sua família, do contexto sociocultural e de vida.<sup>3</sup>

Em consonância, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação semelhante ao texto constitucional, prevê nos arts. 4º e 19 o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, bem como o de “ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”<sup>4</sup>

No âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança destaca, desde o seu preâmbulo, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar de modo a lhes prover um ambiente propício à boa educação e desenvolvimento:

[...] Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados nas Cartas das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.<sup>5</sup>

Do mesmo modo, o 6º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança enfatiza a importância de a criança ser criada e educada no seio de uma família, para seu completo e harmonioso desenvolvimento:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.<sup>6</sup>

Além disso, a Convenção Relativa à Promoção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Convenção de Haia, em 1993, incorporada ao sistema legislativo pelo Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999, reconhece em seu preâmbulo que “para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em

3 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 259-262.

4 BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) Acesso em: 25 mar. 2023.

5 BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

6 ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

clima de felicidade, de amor e de compreensão”.<sup>7</sup>

Assim, observa-se que, no plano do direito interno, o direito à convivência familiar é tutelado por princípios e por regras específicas, sendo dirigido à família, ao Estado e à sociedade como um todo. Segundo Paulo Lôbo a convivência familiar deve ser compreendida como sendo:

[...] a relação afetiva diuturna e duradoura entre as pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude dos laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam a separação dos membros da família no espaço físico, mas sem perda de referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíprocas e solidariamente acolhidas e protegidas.<sup>8</sup>

Nesse sentido, tem-se que a família, em conjunto com o Estado e a sociedade são juridicamente responsáveis por garantir à criança e ao adolescente uma vida digna e um desenvolvimento pleno e saudável. A família, especificamente, constitui a instância básica de convivência, pois é o local onde são transmitidos valores e condutas pessoais, no qual é desenvolvido e mantido o sentimento de pertencimento.

De acordo com Teixeira e Rettore, a vivência no seio familiar constitui, além de um direito, uma “necessidade humana de troca de experiências e aprendizado a partir do convívio e interação social e familiar”<sup>9</sup>. Por seu conteúdo metajurídico, traduz-se na transmissão de conhecimentos e experiências, na formação ética e moral da criança e do adolescente, cujo conteúdo jurídico se perfaz em presença e na contribuição para o processo educacional.<sup>10</sup>

Outrossim, acrescentam que a correlação existente entre os membros de uma entidade familiar influencia diretamente a formação da personalidade da criança e do adolescente, além dos efeitos que geram também na personalidade dos adultos envolvidos, gerando assim a convivência intergeracional, que “se traduz em presença dos membros da família extensa na vida das crianças e dos adolescentes, acaba por influenciar positivamente o processo educacional dos menores.”<sup>11</sup>

Assim, compreende-se que crescer e ser criado no seio de uma família é uma necessidade vital de todo o ser humano, ainda mais nos primeiros anos de vida, pois a criança precisa de cuidados especiais e de proteção para que possa alcançar o pleno desenvolvimento.<sup>12</sup>

De acordo com Donald Woods Winnicott o ambiente familiar afetivo que satisfaça as

---

7 BRASIL. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. **Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

8 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

9 TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado; RETTORE, Ana Cristina de Carvalho. Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas. **Civílistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civílistica.com/os-reflexos-do-conceito-de-familia-extensa/>. Acesso em: 30 mar. 2023, p. 9-10.

10 Idem.

11 Idem.

12 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 265.

necessidades da criança e, mais tarde do adolescente, constitui a base para o desenvolvimento saudável ao longo de todo o ciclo vital. Assim, tanto a imposição de limites, quanto o cuidado e a afetividade são fundamentais para a construção da subjetividade e para o desenvolvimento saudável das habilidades necessárias à vida em comunidade.<sup>13</sup>

Além disso, pondera que as experiências vividas no convívio familiar resultam na capacidade de as crianças e os adolescentes se sentirem amados, de cuidar, se preocupar e amar o outro, de se responsabilizar por suas próprias ações e sentimentos. Essas vivências são importantes para que se sintam aceitos nos círculos de convivência que passarão a integrar ao longo do desenvolvimento da socialização e da autonomia.<sup>14</sup>

O sentimento de pertencimento a um grupo familiar “favorece a assimilação e a sua identificação com os valores e normas daquele agrupamento, criando relações de afeto, de confiança, de lealdade e de solidariedade, sendo essencial para a construção da identidade de cada um”.<sup>15</sup> Portanto, é por meio da convivência familiar que se inicia a socialização da criança, a qual vai “paulatinamente se alargando para as relações com os vizinhos, com a escola, com o bairro, com as comunidades religiosas e com os espaços de lazer”.<sup>16</sup>

Nesse sentido, observa-se que a convivência comunitária é tão importante quanto a familiar, uma vez que as relações de cuidado e proteção vão além dos laços de consanguinidade, se estende também aos vizinhos, membros da família extensa e entre outros. Acerca do assunto, Jacyara C. Rochaël Nasciutti sustenta que:

A relação com colegas, professores, vizinhos e outras famílias, bem como da utilização das ruas, quadras, praças, escolas, igrejas, postos de saúde e outros, crianças e adolescentes interagem e formam seus próprios grupos de relacionamento. [...] Na relação com a comunidade, as instituições e os espaços sociais, eles se deparam com o coletivo – papéis sociais, regras, leis, valores, cultura, crenças e tradições, transmitidos de geração a geração – expressam sua individualidade e encontram importantes recursos para seu desenvolvimento.<sup>17</sup>

Percebe-se, portanto, que a convivência comunitária contribui para o fortalecimento dos vínculos familiares e para a inserção social da família. Ademais, pelo princípio da solidariedade e pela característica de interdependência inata dos seres humanos a sociedade como um todo compartilha dessa responsabilidade, tendo em vista que a criança e o adolescente, por serem

---

13 WINNICOTT, Donald Woods. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 129-138.

14 Idem.

15 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 30 mar. 2023, p. 10-11.

16 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 270.

17 NASCIUTTI, Jacyara C. Rochaël. A Instituição como Via de Acesso à Comunidade. In: CAMPOS, Regina Helena de Freitas (org.). **Psicologia Social Comunitária: da Solidariedade à Autonomia**. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 100-126.

dependentes, frágeis e vulneráveis a todos os riscos e perigos, necessitam dessa proteção integral.<sup>18</sup>

A sociedade, em conjunto com o Estado, tem a obrigação de propiciar cuidados especiais à criança e ao adolescente. Em particular, a responsabilidade dos entes governamentais para com a proteção da criança e do adolescente consiste, na concepção de Maria José Constantino Petri, na elaboração de leis sobre a “adoção de medidas que colaborem para que as crianças e adolescente possam ter acesso a seus direitos e receber a proteção integral que necessitam”.<sup>19</sup>

Nesse sentido, tem-se que o direito à convivência familiar, compreendido como um direito de toda a população infantojuvenil, independentemente de origem, etnia ou classe social, é imprescindível para a formação e manutenção de vínculos e tem como intuito assegurar que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família, ou seja, fazer com que se sintam pertencentes àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, respeitando, sobretudo, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua autonomia.<sup>20</sup>

Conclui-se, portanto, que o direito à convivência familiar e comunitária compõe o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o crescimento no âmbito familiar se trata de uma necessidade vital dos seres humanos, cabendo ao Estado dar o apoio necessário às famílias, suprindo os recursos necessários, a fim de que os vínculos familiares sejam preservados. É fundamental o investimento estatal em políticas públicas de apoio sociofamiliar para fortalecer os vínculos familiares, e garantir à criança e ao adolescente o convívio na família e na comunidade.

## **2 PLANO NACIONAL DE PROMOÇÃO E DEFESA DO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA**

O final da década de 1980 e início da década de 1990 foi marcado por mudanças no cenário legislativo no Brasil. No ano de 1988 houve a promulgação da Constituição Federal, em 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1993 da Lei Orgânica de Assistência Social e, por fim, em 1990 houve a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Com o advento dessa legislação, passou-se a reconhecer e a preconizar a família como uma estrutura vital e local indispensável à humanização e socialização da criança e do adolescente, ou seja, como o espaço ideal e privilegiado para o desenvolvimento integral desses indivíduos.<sup>21</sup>

18 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 259-262.

19 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 259-262.

20 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. *op. cit.*, p. 19.

21 FURTADO, Antonia Gomes; MORAIS, Klenia Souza Barbosa de; CANINI, Raffaella. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: construção histórica do Brasil.** Serviço Social Revista, Londrina, v. 19, n.1, p. 131-154, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/23712>. Acesso em: 26 mar. 2023, p. 11.

Nesse contexto, a fim de priorizar a promoção, a proteção e a defesa dos direitos da criança e do adolescente, em especial da convivência familiar e comunitária, o Governo Federal criou em outubro 2004 uma comissão encarregada da elaboração do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), que foi aprovado no ano de 2006 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONADA) e pelo o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).<sup>22</sup>

Em análise à parte inicial da redação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), observa-se que logo na apresentação são descritos os procedimentos de elaboração, os objetivos e as estratégias do plano, que consistem basicamente na prevenção do rompimento dos vínculos familiares, na formulação de políticas públicas voltadas para a proteção da criança e do adolescente e no investimento do Estado para que haja o retorno à família natural. Veja-se:

Este Plano constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A manutenção dos vínculos familiares e comunitários – fundamentais para a estruturação das crianças e adolescentes como sujeitos e cidadãos – está diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família.<sup>23</sup>

As estratégias, objetivos e diretrizes deste plano estão fundamentados primordialmente na prevenção ao rompimento dos vínculos familiares, na qualificação do atendimento dos serviços de acolhimento e no investimento para o retorno ao convívio com a família de origem. Somente se forem esgotadas todas as possibilidades para essas ações, deve-se utilizar o recurso de encaminhamento para família substituta, mediante procedimentos legais que garantam a defesa do superior interesse da criança e do adolescente.<sup>24</sup>

Além disso, para cumprimento dos objetivos e estratégias estabelece como forma operacional nove diretrizes, quais sejam: centralidade da família nas políticas públicas; primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à equidade de gênero e às particularidades das condições físicas, sensoriais e mentais; fortalecimento da autonomia da criança, do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto de vida; garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos Programas de Famílias Acolhedoras e de Acolhimento Institucional de crianças e de adolescentes; reordenamento dos programas de Acolhimento

---

22 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, p. 267-268.

23 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Secretaria Especial de Direitos Humanos. *op. cit.*, p. 13.

24 Idem.

Institucional; adoção centrada no interesse da criança e do adolescente; controle social das políticas públicas.<sup>25</sup>

Percebe-se, portanto, que o PNCFC corrobora a necessidade de efetivação do direito à convivência familiar e comunitária para todas as crianças, estabelecendo medidas para se evitar o acolhimento institucional e conseqüentemente o rompimento dos vínculos familiares. Sobre o assunto Maria José Constantino Petri sustenta que:

As estratégias e objetivos desse plano estão voltados principalmente para a prevenção do rompimento dos vínculos familiares, para a qualificação dos serviços de acolhimento, investindo sempre na possibilidade do retorno ao convívio com a família de origem. Em última instância, esgotadas todas as possibilidades de retorno, é que se aconselha o encaminhamento para família substituta, respeitados todos os procedimentos que garantem a defesa do superior interesse da criança e do adolescente.<sup>26</sup>

A preocupação dos elaboradores do plano de prevenir o rompimento dos vínculos familiares está fundamentada em estudos de vários autores, unânimes na afirmação de que a separação da criança ou do adolescente do convívio com a família, seguida de provável institucionalização, pode ter conseqüências negativas sobre seu desenvolvimento, sobretudo se não for acompanhada de cuidados adequados, cuidados esses que devem ser despendidos por um adulto com quem possam manter uma relação afetiva estável, até que uma possível reintegração ao convívio familiar seja efetivada.<sup>27</sup>

Com efeito, denota-se que para a efetivação do direito à convivência familiar e alcance dos objetivos previstos no plano, o Estado, por meio de políticas públicas de cunho assistencial e social, deve auxiliar no fortalecimento da família e no resgate dos vínculos familiares de pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade, garantido para tanto o acesso a serviços de saúde, educação de qualidade, geração de emprego e renda, entre outros.

Assim, a materialização do direito à convivência familiar e comunitário depende do desenvolvimento de ações intersetoriais, amplas e coordenadas que envolvam todos os níveis de proteção social e busquem promover uma mudança não apenas nas condições de vida, mas também nas relações familiares para o reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos.<sup>28</sup>

Por derradeiro, vale ressaltar que como reflexo das mudanças trazidas pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, em agosto de 2009 foi aprovada a Lei nº 12.010 que alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo sobre normas que regulamentam o processo de adoção, bem

---

25 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Secretaria Especial de Direitos Humanos. *op. cit.*, p. 69-74.

26 PETRI, Maria José Constantino. *op. cit.*, p. 268.

27 *Idem.*

28 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Secretaria Especial de Direitos Humanos. *op. cit.*, p. 68.



como do atendimento de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento familiar com o objetivo de promover a garantia do direito à convivência familiar.

### 3 DO PAPEL DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/98) institui mecanismos destinados a promoção dos direitos da criança e do adolescente previstos no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, com a exposição de normas sobre as quais deverá se assentar a política de atendimento.

De acordo com Patrícia Silveira Tavares, a política de atendimento da criança e do adolescente consiste no “conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinado à tutela dos direitos da população infanto-juvenil, permitindo, dessa forma, a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica”.<sup>29</sup>

Assim, ao estabelecer essa nova forma de tratamento das políticas públicas de proteção, a Carta Magna abarcou a doutrina da proteção integral, já consagrada na normativa internacional, segundo qual crianças e adolescentes “possuem o status de sujeitos de direitos, dignos de proteção especial, em razão da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, independentemente de sua situação socioeconômica”.<sup>30</sup>

Os principais aspectos dissonantes da política de atendimento são definidos pela Constituição Federal, no art. 227 e seus parágrafos, que estabelece o seu público-alvo todas as crianças e adolescentes, a necessidade de difusão das decisões e operacionalização das ações entre os entes federativos, competindo somente à União o estabelecimento de seus delineamentos gerais e, por fim, a imprescindibilidade da participação da sociedade em sua gestão.<sup>31</sup>

O § 7º do referido dispositivo constitucional, cumulado com o art. 204, tratam especificamente das normas concernentes à política de atendimento das crianças e dos adolescentes e preconiza como principais diretrizes as mesmas atreladas à política de assistência social, a descentralização político-administrativa e a participação popular.<sup>32</sup>

A descentralização político-administrativa é compreendida como a “distribuição do poder por todas as entidades federativas, que, atuando de forma harmônica e complementar, responsabilizam-se pela definição e pela execução da política de atendimento”<sup>33</sup> e a participação

---

29 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621800/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

30 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. *op. cit.* E-book.

31 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. *op. cit.* E-book.

32 BRASIL. (5 de outubro de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mar. 2023.

33 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. *op. cit.* E-book.

popular, por sua vez, consiste no “chamamento da sociedade a colaborar no processo de formulação das políticas públicas, bem como a controlar as ações governamentais em todos os níveis.”<sup>34</sup>

Com a mudança trazida pela Constituição Federal, deixa de subsistir o antigo modelo da política de atendimento, marcado pela visão centralizada vertical, assistencialista e correicional-repressivo construído sob a égide do Código de Menores.<sup>35</sup> A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/98) foi o passo subsequente na instituição de uma nova ordem jurídico-social e, conseqüentemente, de uma nova política de atendimento.

Com o fito de normatizar as diretrizes e linhas de ação, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu no art. 86 que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente será realizada através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.<sup>36</sup>

Por conseguinte, o art. 87, inc. VI do referido Estatuto estabelece as linhas de ação da política de atendimento, dentre elas a estipulação de políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar, de modo a garantir o exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes.<sup>37</sup>

No que diz respeito às diretrizes para operacionalização da referida política, o legislador trouxe atribuições para as três esferas governamentais - União, Estados e os Municípios - e promoveu a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar, criando assim o Sistema de Garantia de Direitos (art. 88 do ECA). Conforme o art. 1º da Resolução Conanda nº 113/06 o Sistema de Garantia dos Direitos, constitui-se na

articulação e integração das instâncias públicas governamentais e sociedade civil na aplicação dos instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.<sup>38</sup>

Nesse sentido, compreende-se que o conjunto de elementos – órgãos, entidades, programas e serviços – que formam o Sistema de Garantia dos Direitos, se desenvolvido de forma estratégica, de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais)<sup>39</sup>, é capaz de tornar efetiva a Doutrina da Proteção Integral,

---

34 Idem.

35 Idem.

36 BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 25 mar. 2023.

37 Idem.

38 BRASIL. **Resolução n.º 113, de 19 de abril de 2006**, dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-no-113-de-19-04-06-parametros-do-sgd.pdf/view>. Acesso em: 29 mar. 2023.

39 Idem.

garantindo a todas as crianças e adolescentes os direitos previstos em lei.

Percebe-se, portanto, que ao privilegiar a política de atendimento, com a destinação de Políticas Públicas destinadas à proteção dos direitos infanto-juvenil em todas as esferas de governo, o legislador fortalece a compreensão de que a família e a comunidade exercem papel fundamental no crescimento e na formação da criança e do adolescente, sendo a institucionalização a última alternativa, quando da promoção e da defesa de seus direitos.

#### **4 RESOLUÇÃO N. 485/2023 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A EFETIVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

A família, conforme abordado acima, é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro como o princípio basilar da sociedade, sendo o *locus* privilegiado da proteção e do cuidado da criança e do adolescente. Como desdobramento, instituiu-se a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa, sendo primordial a garantia do crescimento e do desenvolvimento da criança e do adolescente no âmbito familiar permeado de afeto e cuidados mútuos.

Desde o nascimento, a família é o principal núcleo de socialização da criança, tendo em vista sua situação de vulnerabilidade e imaturidade. Os primeiros anos de vida são marcados pela dependência do ambiente e dos cuidados dos pais ou substitutos. A relação afetiva estabelecida nos primeiros anos de vida e os cuidados recebidos na família têm consequências importantes sobre a condição de saúde e desenvolvimento físico e psicológico da criança, pois é na primeira infância que o indivíduo faz aquisições importantes, desenvolvendo comportamentos dos mais simples aos mais complexos.<sup>40</sup>

O desenvolvimento saudável nesta etapa da vida aumenta as possibilidades do indivíduo de enfrentar as condições adversas no futuro. Desse modo, a família exerce papel essencial junto ao desenvolvimento da socialização, pois é nesse ambiente que a criança aprenderá a respeitar e introduzir regras, limites e proibições necessárias à vida em sociedade.<sup>41</sup>

Ocorre que, há casos em que a família não consegue fornecer este suporte necessário para a formação e desenvolvimento de seus filhos. Tal fato deve-se aos problemas sociais, econômicos, políticos, culturais entre outros que afetam diretamente a capacidade dos membros familiares de se responsabilizar pela efetivação dos direitos básicos desses indivíduos.

Nesse viés, Sérgio Luiz Kreuz descreve que situações ensejadoras de vulnerabilidade

---

40 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Plano\\_Defesa\\_CriançasAdolescentes%20.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf). Acesso em: 25 mar. 2023, p. 26.

41 Idem.

familiar, como pobreza, negligência, maus tratos, alcoolismo, uso de entorpecentes, violência física e psicologia, geralmente estão interligadas e culminam na desestrutura familiar, que causa a desproteção de crianças e adolescentes.<sup>42</sup> Há casos também que envolvem repetição de ciclos de abandono entre os entes familiares, o que provoca uma fragilidade e perpetuação de violências intergeracionais.<sup>43</sup>

Dessa forma, a fim de garantir e conciliar os direitos da genitora e do nascituro, em 2017 houve a inclusão do art. 19-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei nº 12.509 que regulamentou o instituto da Entrega Voluntária para Adoção, popularmente conhecido como “Entrega Legal”.

Conforme o referido dispositivo, a gestante ou mãe que manifeste o interesse em entregar o nascituro ou o recém-nascido para adoção deve ser encaminhada à Justiça da Infância e Adolescente para dar início ao processo de entrega, o qual envolve, a oitiva por equipe interprofissional vinculada à autoridade judicial que elabora relatório prévio, o qual subsidiará a decisão de encaminhamento para a rede de proteção, conforme disposto na política de atendimento, para acompanhamento de saúde e assistência social.

Contudo, o processo previsto nos parágrafos do referido dispositivo normativo não foi suficiente para disciplinar a atuação e o processo, em todos os órgãos envolvidos, surgindo inúmeras falhas e distorções, com a infringência de direitos da personalidade - intimidade e privacidade - das partes envolvidas, as quais vieram inclusive a repercutir na mídia.

Um dos casos aqui já comentado foi o da atriz Klara Castanho que foi vítima de estupro e engravidou. Por consequência, optou pela realização da entrega da criança à adoção, nos termos do art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, no decorrer do processo houve o vazamento dos dados, como dito, supostamente por funcionários do hospital, infringindo assim o desejo da genitora de manter o sigilo do processo.

Nesse sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao conceder o habeas corpus pela flagrante irregularidade no processo de entrega voluntária disciplinado no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No referido caso foi considerada ilegal a decisão que determinou a busca e apreensão da criança logo após o parto, sem qualquer assistência pela rede de proteção, afrontando assim as previsões legais que garantem a proteção e o melhor interesse da criança. Assim consta no voto do relator:

[...] não se pode descurar que, **nos termos do art. 19-A do ECA, a genitora tem o**

42 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, p. 41.

43 STRECHT, Pedro. **Crescer Vazio:** repercussões psíquicas do abandono, negligência e maus tratos em crianças e adolescentes. 4. ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2002, p. 60-61.

**legítimo direito de manifestar o interesse em entregar seu filho para adoção antes mesmo do nascimento, hipótese em que deverá ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude para que seja ouvida pela equipe profissional, considerados eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal.** Ora, se é garantido à genitora o direito de manifestar sua intenção de entregar o filho à adoção, não se mostra plausível que o Poder Judiciário, em uma tutela de urgência, em cognição sumária, determine a retirada abrupta do recém nascido do acolhimento materno nos momentos seguintes ao nascimento, mesmo que se considere a ilegalidade da pretensão de adoção *intuito personae*. Importante deixar assente que não houve nenhum ato concreto de prejuízo à saúde do menor, nem mesmo potencial, pois ainda que a entrega do recém-nascido à prima e sua companheira tivesse ocorrido de forma irregular, dever-se-ia aguardar o nascimento e a sua efetiva ocorrência, tendo em vista a maternidade ser capaz de modificar os sentimentos de qualquer ser humano [...] **caberia ao Juízo da Infância e Juventude cumprir a determinação legal e primeiramente encaminhar a mãe à equipe profissional para investigar os motivos para a entrega à adoção, para que somente depois fossem tomadas outras medidas, em observância aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança.** Registre-se que, ao contrário do que argumentou a Magistrada a quo, ao se determinar a busca e apreensão do menor ainda dentro do hospital, afastando-o do colo materno já nos seus primeiros dias de vida, não se está protegendo o melhor interesse da criança nem se preservando sua integridade física e psicológica, sendo possível, na verdade, causar traumas irreversíveis, sobretudo pela importância fundamental da presença da mãe para o processo de formação do ser humano. [...] **Dessa forma, deve-se ter em mente que um dos direitos básicos da criança e do adolescente é o de ser criado e educado no seio de sua família natural e, apenas excepcionalmente, em família substituta, sobretudo porque a adoção é medida extrema e admissível somente quando esgotados os recursos para manutenção do menor na família natural ou extensa** (art. 39, § 1º, do ECA). [...] **A decisão de origem se mostra ilegal e teratológica,** não havendo dúvidas de que o simples fato de "existirem 171 pretendentes na fila da adoção, neste município, prontos a receberem imediatamente a criança com o perfil do menino, os quais se encontram nessa condição há aproximadamente 08 (oito) anos aguardando" (e-STJ, fl. 869), não pode, de modo algum, justificar a remoção de uma criança da guarda de sua mãe logo após o parto, ainda no hospital. Aliás, **esta Corte Superior já se manifestou por diversas vezes que o acolhimento institucional de menor é medida excepcional, devendo, sempre que possível, ser prestigiada a permanência da criança ou adolescente em âmbito familiar, ainda que sob o regime de guarda de fato, o qual poderá, posteriormente, ser regularizado, inclusive por meio de adoção, considerando que a observância ao cadastro de adoção não é absoluta.** Vê-se, ainda, bastante complexidade no trabalho do Poder Judiciário, que tem sido instado a se manifestar sobre a forma de materialização do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente em cada caso concreto, notadamente nas hipóteses de burla ao cadastro de adoção, o que evidencia a necessidade de o legislador atuar de forma mais efetiva na subsunção da norma à realidade social. Importante assinalar que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser observado pelo Estado, pois busca o bem-estar de menores desamparados e deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal. Contudo, essa finalidade legítima não justifica o meio ilegítimo para penalizar aqueles que se esquivam das regras relativas à adoção, mormente quando a decisão judicial implica evidente inversão do intuito protetivo da norma, causando prejuízo psicológico ao hipervulnerável. [...] - grifo nosso<sup>44</sup>

Diante da gravidade dos fatos, fez-se necessária a regulamentação do processo pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de padronizar e coordenar a atuação do Poder Judiciário com os órgãos da rede de proteção que integram a política de atendimento, em especial os da área da saúde e assistência social.

---

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 776.461/SC.** Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 29/11/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203208642&dt\\_publicacao=01/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203208642&dt_publicacao=01/12/2022). Acesso em: 01 abr. 2023.

Para tanto, em 18 de janeiro de 2023 foi publicada a Resolução n° 485/2023 do CNJ, com intuito de regulamentar o processo de entrega voluntária para adoção, desde a manifestação da vontade pela gestante até a concretização ou não do ato, a fim de minimizar possíveis falhas existentes, tanto no tratamento dado pela rede de proteção, quanto pelo judiciário.

Da análise da parte inicial, vislumbra-se que o parâmetro central adotado pelo Conselho Nacional de Justiça foi a manutenção e proteção do direito à convivência familiar, tanto é que se utilizou como base para formulação de normativa dos dispositivos da Constituição Federal<sup>45</sup>, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>46</sup> e da Lei n. 13.257/2016<sup>47</sup> que tratam justamente da garantia da vivência no seio da família de origem e, excepcionalmente, em família adotiva.

No art. 2° é disciplinado o processo, desde a manifestação da vontade pela gestante perante os órgãos que integram a rede de proteção - política de atendimento, como hospitais, maternidades, unidades de saúde, conselhos tutelares, Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS), instituições de ensino ou demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos - até a finalização do procedimento perante o judiciário, com o encaminhamento da criança à adoção.<sup>48</sup>

Para assegurar que a entrega voluntária seja dada a partir de manifestação de vontade livre e consciente, garante-se à gestante orientação, sem constrangimentos e sem pré-julgamentos, com equipe interprofissional - psicólogo, assistente social, entre outros -, que emitirá ao final relatório circunstanciado com análise completa das condições emocionais e psicológicas, dentre outras informações relevantes, que subsidiará ao final a sentença pela extinção do poder familiar ou pela manutenção, no caso de desistência do processo (art. 4° da Resolução 485/2023 do CNJ).

Outro ponto crucial trazido pela resolução foi a garantia do direito ao sigilo do nascimento

---

45 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.

46 Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: [...] VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...] X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

47 Art. 5° Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

48 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *op. cit.*

da criança. No art. 5º, traz-se a previsão de que a gestante criança ou adolescente tem o direito ao sigilo, inclusive em relação aos seus genitores, devendo, nesse caso, ser representada pelo Defensor Público ou advogado a ela nomeado. O direito ao sigilo abrange também prontuários médicos e da finalidade do atendimento à gestante/parturiente nas unidades de saúde, maternidades e perícias médicas de autarquias previdenciárias, notadamente quando noticiada a intenção de entrega para adoção.

Caso não seja solicitado o sigilo, a rede de proteção estará autorizada a realizar buscas por familiares extensos com quem a gestante tenha relação de afinidade, no prazo de 90 (noventa) dias para, serem ouvidos perante autoridade judicial e manifestarem interesse na guarda ou adoção da criança (art. 5º, §§ 3º e 4º da Resolução 485/2023 do CNJ).

Além de tais previsões procedimentais, está previsto no art. 6º uma série de direitos à gestante e ao nascituro, dentre eles: a) o direito à assistência da rede de proteção, inclusive atendimento psicológico nos períodos pré e pós-natal; b) o direito de atribuir nome à criança, colhendo desde logo suas sugestões, bem como a forma como será atribuído esse nome caso ela não o faça; c) o direito da criança de conhecer suas origens (ECA, art. 48); d) o direito da criança de preservação de sua identidade (art. 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança); e) o direito de a genitora ou parturiente deixar informações ou registros que favoreçam a preservação da identidade da criança, seja sobre o histórico familiar, da gestação e de sua decisão de entrega, seja sobre dados que possam ser úteis aos cuidados da criança, como os relativos a históricos de saúde da família de origem, ou outros que lhe pareçam significativo; e f) o direito de gozo de licença-saúde após o parto e que a razão da licença será mantida em sigilo.<sup>49</sup>

Com o nascimento da criança ou em se tratando de criança já nascida quando da judicialização, a autoridade judiciária determinará o acolhimento familiar ou, não sendo este possível, o acolhimento institucional, com respectiva emissão da guia de acolhimento no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento e designará audiência para ratificação do consentimento sobre a adoção, em até 10 (dez) dias (art. 9º da Resolução 485/2023 do CNJ).

Caso a genitora ratifique o desejo de entregar a criança para adoção, a autoridade judiciária homologará a entrega e declarará a extinção do poder familiar, nos termos do art. 166, § 1º, II do ECA. Após o ato, os genitores podem exercer o arrependimento, de forma simplificada e diversificada, mediante mera certidão cartorária ou informação à equipe técnica, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar, conforme preveem os art. 19-A, § 8º e art. 166, § 5º, ambos do ECA.

Se houver a retratação ou arrependimento, a criança será mantida ou entregue

---

49 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *op cit.*

imediatamente aos genitores, salvo decisão fundamentada, e a família será acompanhada por um período de 180 (cento e oitenta) dias (art. 19-A, § 8º do ECA). No caso de decurso do prazo, sem manifestação dos genitores, o juízo determinará a inclusão imediata da criança no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, para adoção por pessoas habilitadas (art. 11 da Resolução 485/2023 do CNJ).

Depreende-se, portanto, que a Resolução nº 485/2023 publicada pelo Conselho Nacional de Justiça é um importante instrumento para regulamentar e padronizar o processo de aplicação do art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em que pese recente a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, espera-se que os Tribunais de Justiça brasileiro e os órgãos municipais que integram a rede de proteção promovam as adequações necessárias a fim de que seja garantido à criança o direito à convivência familiar, de preferência com a família natural e, excepcionalmente, em família substituta.

## **CONCLUSÃO**

Conforme aqui exposto, tanto a criança quanto o adolescente tem direito fundamental à convivência familiar. Esse direito é garantido em normas internacionais quanto em normas internas do Brasil – Constituição Federal, ECA, Código Civil e normativas do CNJ.

Com o intuito de garantir e conciliar os direitos da genitora que não deseja ficar com a criança após o nascimento e do filho, em 2017 houve a inclusão do art. 19-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei nº 12.509 que regulamentou o instituto da Entrega Voluntária para Adoção, popularmente conhecido como “Entrega Legal”.

A partir dos estudos, compreende-se que nos casos de entrega voluntária para adoção, previsto no art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Poder Judiciário e os demais órgãos que integram o Sistema de Garantia de Direitos devem ter como foco central, além da efetivação e respeito do desejo da genitora em entregar o nascituro para adoção, buscar os meios mais eficazes de garantir o direito à convivência familiar da criança.

Mesmo tendo o aparato legislativo para a garantia do sigilo quando da entrega da criança, uma situação, envolvendo uma atriz, acabou sendo veiculada, indevidamente, na mídia. Com isso, diante da gravidade dos fatos, fez-se necessária a regulamentação do processo pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de padronizar e coordenar a atuação do Poder Judiciário com os órgãos da rede de proteção que integram a política de atendimento, em especial os da área da saúde e assistência social.

Em 18 de janeiro de 2023 foi publicada a Resolução nº 485/2023 do CNJ, com intuito de regulamentar o processo de entrega voluntária para adoção, desde a manifestação da vontade pela



gestante até a concretização ou não do ato, a fim de minimizar possíveis falhas existentes, tanto no tratamento dado pela rede de proteção, quanto pelo judiciário.

Para tanto, é imprescindível que sejam observados todos os procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Resolução nº 485/2023 do Conselho Nacional de Justiça - que veio para aprimorar e padronizar os procedimentos perante os órgãos judiciais e extrajudiciais - com o intuito de evitar possíveis nulidades e irregularidades processuais, o que implicaria em demora na finalização dos trâmites e afastamento da criança, ainda nos seus primeiros dias de vida, da família, seja ela natural, extensa ou substituta.

Outrossim, deve-se ter cautela na forma de aplicação do referido processo de entrega voluntária, pois além do direito à convivência familiar, há outros que devem ser levados em consideração no momento da aplicação da norma legal, dentre eles os princípios constitucionais do melhor interesse e da proteção integral.

Conclui-se, deste modo, que, para a efetivação desse direito à convivência familiar, a mãe que deseja entregar seu filho recém-nascido para adoção, precisa ter assegurado, de modo efetivo, o sigilo no procedimento e o empenho de todas as pessoas da rede que trabalham para que a criança seja recebida com celeridade em seu novo lar. Faz-se necessário o empenho de todos os envolvidos para que a legislação seja cumprida de forma efetiva!

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. (5 de outubro de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 25 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999. **Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3087.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Resolução n.º 113, de 19 de abril de 2006**, dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao->

social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-no-113-de-19-04-06-parametros-do-sgd.pdf/view. Acesso em: 29 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Cadernos/Plano\\_Defesa\\_CriancasAdolescentes%20.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf). Acesso em: 25 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 776.461/SC.** Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 29/11/2022. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203208642&dt\\_publicacao=01/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203208642&dt_publicacao=01/12/2022). Acesso em: 01 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 485 de 18 de janeiro de 2023.** Dispõe sobre o adequado atendimento de gestante ou parturiente que manifeste desejo de entregar o filho para adoção e a proteção integral da criança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1451502023012663d29386eee18.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

FURTADO, Antonia Gomes; MORAIS, Klenia Souza Barbosa de; CANINI, Raffaella. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes:** construção histórica do Brasil. Serviço Social Revista, Londrina, v. 19, n.1, p. 131-154, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/23712>. Acesso em: 26 mar. 2023.

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.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621800/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

NASCIUTTI, Jacyara C. Rochael. A Instituição como Via de Acesso à Comunidade. In: CAMPOS, Regina Helena de Freitas (org.). **Psicologia Social Comunitária:** da Solidariedade à Autonomia. Petrópolis: Vozes, 1996.

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.

STRECHT, Pedro. **Crescer Vazio:** repercussões psíquicas do abandono, negligência e maus tratos em crianças e adolescentes. 4. ed. Lisboa: Assírio & Alvim, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Broxado; RETTORE, Ana Cristina de Carvalho. Os reflexos do conceito de família extensa no direito de convivência e no direito de visitas. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/os-reflexos-do-conceito-de-familia-extensa/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

WINNICOTT, Donald Woods. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

# O NOVO ENSINO MÉDIO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL OU REAFIRMAÇÃO DE DESIGUALDADE?

Ana Clara Raimundo ZANETE<sup>1</sup>  
Arthur Rafael Flores PEROLE<sup>2</sup>

## RESUMO

Pela presente pesquisa busca-se entender se o Novo Ensino Médio, instituído pela Lei 13.415/2017 reforça desigualdades e contradiz previsões constitucionais. Aplicando-se o método científico hipotético-dedutivo, inicia-se com a síntese dos conceitos de educação e as previsões da nova lei, apresenta-se depois a realidade educacional no país, as diferenças entre instituições públicas e privadas e, por fim, discute-se a aplicação prática do novo modelo nas diferentes realidades brasileiras. Demonstrou-se, ao final, que a nova lei reforçou desigualdades, uma vez que decidiu, sem considerar a participação popular e as diferenças entre escolas públicas e privadas, um modelo único que privilegia ainda mais alunos de escolas com mais recursos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Educação; Reforma do ensino médio; Desigualdade.

## ABSTRACT

This research seeks to understand whether the New High School, instituted by Law 13.415/2017, reinforces inequalities and contradicts constitutional provisions. Applying the hypothetical-deductive scientific method, it begins with the synthesis of the concepts of education and the predictions of the new law, then presents the educational reality in the country, the differences between public and private institutions and, finally, discusses the practical application of the new model in the different Brazilian realities. It was demonstrated, in the end, that the new law reinforced inequalities, since it decided, without considering popular participation and the differences between public and private schools, a unique model that favors even more students from schools with more resources.

**KEYWORDS:** Constitution; Education; High school renovation; Inequality.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.415/2017, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e estabeleceu uma mudança na estrutura do ensino médio no Brasil, posta em prática no início do ano de 2022, levantou inúmeras questões que passaram a ocupar o debate do meio científico, inclusive o do Direito.

A Constituição Federal (CF), promulgada em 1988, topo do organograma jurídico do país, traz em suas entranhas encravado o direito à educação como preceito fundamental social.

Na órbita do tema educação, surgem alguns questionamentos: a nova lei garante, de fato, o acesso à educação ou colabora com o descumprimento dos preceitos fundamentais?

---

1 Ana Clara Zanete. Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Jacarezinho-PR). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8584110795469463>. E-mail: [anaclararaimundo@gmail.com](mailto:anaclararaimundo@gmail.com)

2 Arthur Rafael Flores Perole, Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Jacarezinho-PR). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0283257560487562>. E-mail: [adrmflores@icloud.com](mailto:adrmflores@icloud.com)

Partindo desta premissa, em observância ao cenário de organização jurídica do Brasil, a presente pesquisa se desenvolve da seguinte forma, dividida em três partes.

A priori, desenvolve-se na forma em que a educação no Brasil está organizada e as mudanças acrescidas pela nova lei. A educação como direito fundamental e garantia constitucional.

Em seguida, a questão dicotômica entre o Ensino Público e Privado é levantada, com dados que comprovam que a educação pública neste país é desvalorizada e questionando se o ‘Novo Ensino Médio seria funcional para as duas esferas ou valorizaria o ensino privado.

Um dos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da isonomia, que incumbe ao Estado a função de tratamento equânime aos que estão sob jurisdição brasileira. Tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de forma diferente, na medida de suas diferenças. Cabe ao Estado a criação de mecanismos para gerar a igualdade. Outro ponto tratado nesta parte.

Em última parte, avaliamos a aplicação prática do novo ensino médio nas diferentes realidades existentes no Brasil e suas consequências. Afirmam as desigualdades ou garantem a educação?

O presente artigo pretende, à luz da Constituição Federal e ensinamentos dos intelectuais, analisar a aplicação ou a inobservância dos princípios da Carta Magna. A educação é direito fundamental e deve ser defendido em sua integralidade.

Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, pontuou de maneira salomônica o papel da educação na formação da cidadania: “Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto!” (BRASIL, 1988b, p. 14.380).

Mais do que uma simples pesquisa, este artigo pretende colaborar com a formação da cidadania, democracia e semear o pensamento crítico no que diz respeito à igualdade e à defesa dos direitos.

Por fim, é válido destacar que a presente pesquisa desenvolveu-se pelo método hipotético-dedutivo, a partir da pesquisa de obras, artigos, informações governamentais e na própria legislação que englobam o tema pesquisado.

## **2. O DIREITO À EDUCAÇÃO E A LEI FEDERAL Nº 13.415/2017**

O direito a educação é concebido a partir de sua indispensabilidade na formação do cidadão e na transformação da sociedade. Através da educação, o indivíduo capacita-se intelectualmente, desenvolve sua autonomia e senso crítico, aprimorando habilidades e competências.

No Brasil, a educação é classificada como um direito fundamental social nos termos do artigo 6.º da CF, regida pelos parâmetros estabelecidos no Capítulo III, artigos 205 a 214. Em seu artigo 205 prevê:

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).

Nesse contexto, tem função de prestação social, conforme ensina J.J. Canotilho, por: (I) ser exigível diretamente como um direito social originário; (II) sua formalização deve ser prescrita pela via legislativa, sob pena de omissão constitucional, além de exigir a participação igual nas prestações criadas pelo legislador e, por fim, (III) tem uma dimensão objetiva que vincula o poder público a criar “*políticas públicas socialmente ativas*”, com instituições, serviços e fornecimento de prestações (2017, p. 408).

Em complemento, segundo artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, no seguinte contexto:

(I) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (II) direito de ser respeitado por seus educadores; (III) direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; (IV) direito de organização e participação em entidades estudantis; (V) acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (BRASIL, 1990).

Diante de todas essas previsões, para regulamentar o Sistema educacional no Brasil foi aprovada em dezembro de 1996 a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, conhecida como LDB. Considerada a mais importante lei brasileira que se refere a educação, foi criada para garantir o direito a toda população de ter acesso a educação gratuita e de qualidade. Incentivou a valorização dos profissionais da educação e estabeleceu o dever da União, do Estado e dos Municípios com a educação pública.

A LDB 9394/96 é também chamada de Carta Magna da Educação. Inspirada e defendida pelo antropólogo Darcy Ribeiro, que conseguiu manter suas ideias em um texto legal e bem sintetizado, permitindo uma generalização e flexibilidade e com repercussões políticas. (FAGUNDES, 2008).

Mesmo após a criação da LDB, as discussões sobre educação no Brasil permaneceram constantes. Inúmeros seguem sendo os desafios encontrados, de ordens estruturais, pedagógicos, financeiros, sociais e culturais.

Diante desse contexto e em meio a percepção de uma estagnação dos índices de desempenho dos estudantes brasileiros e da constatação de que entre as etapas da educação básica, o ensino médio era o período marcado pelas maiores taxas de abandono, reprovação e distorção

idade-série (atraso escolar de dois anos ou mais), surgiram as ideias de uma reestruturação do Ensino Médio.

O novo modelo é fruto da Medida Provisória (MP) 746/2016 editada pelo então presidente Michel Temer. Como se sabe, trata-se de um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência para o país. Produz efeitos imediatos, ou seja, já vale ao mesmo tempo em que tramita no Congresso, mas depende de aprovação da Câmara e do Senado para que seja transformada definitivamente em lei.

Imediatamente após a sua edição, a MP 746/2016 foi submetida à comissão mista do Congresso Nacional. A relatoria da comissão mista era do senador Pedro Chaves (PSC/MS), o qual elaborou parecer favorável em relação a edição da Medida. Verificado o atendimento aos mandamentos constitucionais: houve atendimento aos requisitos de urgência e relevância para a edição da MP, a norma não trata de assunto vedado a medida provisória e cumpre diretriz prevista no inciso IX do art. 24 da CRFB/88, que preceitua a competência da União para legislar sobre educação. Quanto à relevância e à urgência, seus fundamentos são buscados pelo relator na evasão escolar, no desempenho fraco dos estudantes mensurado através de avaliação externa a que as escolas se submetem, além do incremento na abrangência da educação básica:

Além desse significativo contingente de jovens fora da escola, há de se considerar que aqueles que se matriculam também encontram uma situação difícil: os escores do ensino médio no Ideb estão estagnados desde 2011. Em português e matemática, a situação é ainda mais preocupante, pois o desempenho nas duas áreas do conhecimento é menor hoje do que em 1997. Faltam infraestrutura, professores e conexão com a vida real. Como resultado, dos cerca de 8 milhões que se matriculam, apenas cerca de 1,9 milhão conclui esse nível de ensino. Além disso, lembremos que 82% dos jovens na idade entre 18 e 24 anos estão fora do ensino superior. Nesse sentido, acreditamos que a MPV nº 746, de 2016, atende aos requisitos de urgência e relevância, exigíveis para a edição de medidas provisórias, nos termos do art. 62 da CF (BRASIL, 2016a).

Por outro lado, a Medida Provisória foi alvo de polêmicas por parte de entidades ligadas à educação, as quais alegaram que o debate da proposta foi prejudicado pela imposição de uma MP. Vale ressaltar também que uma possível reformulação do ensino médio começou a ser discutida no Congresso em meados de 2013, sob forma de projeto de lei que não avançou.

Desse modo, mesmo submetida a polemicas, discussões e até Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, a Medida Provisória 746/2016 foi convertida em lei (13.415/2017) em menos de seis meses.

A lei alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB nº 9394/96), estabeleceu uma mudança na estrutura do ensino médio e instituiu uma política de fomento às escolas de ensino médio em tempo integral. Em sua Ementa descreve o seguinte:

Altera as Leis n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da

Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral (BRASIL, 2017).

Entre as mudanças previstas, está a transformação progressiva da carga horária, obrigando escolas públicas e particulares a ampliarem de 800 para 1.000 horas anuais. O antigo ensino médio somava 2.400 horas nos três anos, isto é, 800 horas por ano. Agora, serão três mil horas de aulas no período ao longo dos três anos.

A nova legislação prevê também uma nova organização curricular, que contemple uma Base Nacional Comum Curricular (BNCC), ou seja, um conjunto de orientações que norteiam a (re)elaboração dos currículos de referência das escolas. Prevê também a oferta de diferentes possibilidades de escolhas aos estudantes, os itinerários formativos, com foco nas áreas de conhecimento e na formação técnica e profissional. As disciplinas tradicionais passam a ser agrupadas em áreas do conhecimento, como linguagens, matemática, ciências da natureza e ciências humanas.

Em relação aos chamados itinerários formativos, trata-se de um conjunto de disciplinas, projetos, oficinas, núcleos de estudo, entre outras situações de trabalho, que os estudantes poderão escolher no ensino médio. Além do mais, foi concedida autonomia as redes de ensino para definição de quais os itinerários formativos irão ofertar.

Cada rede de ensino tem a liberdade de distribuir a carga horária dos itinerários da maneira como julgar ideal. O ensino de língua portuguesa e matemática foi estipulado como obrigatório nos três anos do ensino médio, sem a definição de um número mínimo de aulas dessas disciplinas por semana. Estipulou-se também a obrigatoriedade do ensino da língua inglesa desde o 6º ano do ensino fundamental até o ensino médio. Os sistemas de ensino poderão ofertar outras línguas estrangeiras se assim desejarem, preferencialmente o espanhol.

Como exposto, sancionado em 2017 o Novo Ensino Médio entrou em vigor em 2022 e prevê uma implementação gradual até 2024.

### **3. A DICOTOMIA: ESCOLAS PÚBLICAS E PRIVADAS**

Uma relevante discussão que permeia o espaço científico da área é a dicotomia da Educação Pública e Privada.

O Sistema Educacional brasileiro permite que a iniciativa privada possua instituições de ensino, possibilitando a escolha entre o sistema Público e Privado, de acordo com a realidade financeira de cada família. Contudo, apesar de garantia legal de igualdade dos educandos, a realidade é uma grande diferença entre a qualidade de ensino.



No Brasil, são mais de 180 mil instituições de ensino, sendo 42 mil de rede privada. São, aproximadamente, 51 milhões de alunos matriculados, sendo que aproximadamente 17% fazem parte da rede particular de ensino (AGÊNCIA BRASIL, 2022).

Embora seja superior a quantidade de alunos de instituições públicas, a presença de alunos no Ensino Superior Público é inversamente proporcional. Segundo matéria do Jornal da USP, uma pesquisa feita pela Pró-Reitoria de Graduação, da mesma universidade, no vestibular de 2016, apenas 34,6% dos alunos aprovados na Instituição são provenientes de instituições de ensino básico públicas (JORNAL DA USP ESPECIAL, 2017).

Com esses dados, resta claro a desigualdade entre os dois sistemas, mas como isso se dá?

A começar pela estrutura física. Segundo levantamento realizado pelo Melhor Escola, menos da metade das escolas públicas de ensino básico dispõe de tratamento de esgoto, sendo que, nas instituições privadas, o número de 46,7% sobe para 89% (MELHOR ESCOLA, 2020). O saneamento básico é constituído pela distribuição de água potável, tratamento de esgoto, drenagem urbana, coleta de lixo e entre outros, e, a falta de quaisquer desses itens impacta de forma direta a qualidade de vida das pessoas e cerceia direitos.

Concomitantemente, em pesquisa feita pelo movimento Todos pela Educação, apenas 4,5% das instituições públicas do país têm todos os itens de infraestrutura previstos em lei, pelo Plano Nacional de Educação (PNE) (AGÊNCIA BRASIL, 2016). A pesquisa foi feita com base no Censo Escolar de 2015 e levou em conta o acesso a energia elétrica; abastecimento de água tratada; esgotamento sanitário e manejo dos resíduos sólidos; espaços para a prática esportiva e para acesso a bens culturais e artísticos; e, equipamentos e laboratórios de ciências. Foi considerada ainda a acessibilidade às pessoas com deficiência.

Apesar de não ser unânime no meio científico a ideia de que a melhor infraestrutura tenha relação com a qualidade de ensino, muitos estudiosos afirmam a máxima, partindo da premissa da desigualdade social do país, que possui relação direta com a falta de infraestrutura.

Outro fator que agrega para o aumento da desigualdade é a valorização e capacitação dos profissionais.

A rede pública de ensino, nos tempos de outrora, teve seus profissionais extremamente valorizados, principalmente em questões financeiras e sociais. Como costumam recordar com honra alguns saudosistas, no século passado a profissão do magistério tinha alto valor na sociedade, equiparando-se aos altos cargos da sociedade, podendo, assim, esbanjar certo status quo, que na atualidade inexistia na profissão. Contudo, os índices educacionais eram extremamente limitados.

Na época, famílias mais abastadas, que possuíam condições financeiras para educar seus filhos e se preocupavam com a qualidade de ensino, matriculavam estes em escolas particulares

para lhes garantir preparo para o ingresso nas universidades e maiores oportunidades no mercado de trabalho. Podemos ver que a cultura da dicotomia entre o ensino público e privado não é recente.

Atualmente, apesar dos índices apontarem um avanço gigantesco no acesso à educação e os professores possuem maior capacidade pedagógica, a valorização dos profissionais da área, em instituições públicas, é cada vez menor.

Apesar de fixado o piso salarial, os professores encontram entraves com os Estados e Municípios no repasse dos valores e aumentos garantidos. A má remuneração destes profissionais faz com que busquem alternativas para aumentarem a sua renda, expandindo a sua jornada, com acúmulo de dois ou até três períodos de trabalho. Buscam, inclusive, alternativas na rede privada de ensino, que podem oferecer melhor pagamento em relação às horas trabalhadas.

O professor de rede pública encontra-se, muitas vezes, limitado às estruturas que o Estado proporciona, com desvalorização salarial e problemas, até mesmo de saúde, acarretados pelas condições de trabalho. O esgotamento profissional pelo acúmulo de funções levam o profissional a desenvolver síndromes e doenças, como a síndrome de Burnout, depressão, ansiedade e afins, acarretando na diminuição do desempenho de quem está acometido. Segundo pesquisa realizada com 9557 profissionais pelo Nova Escola, 72% dos professores tiveram a saúde mental afetada após a pandemia da COVID-19, nos mostra o Jornal Estadão (ESTADÃO, 2021).

Por outro lado, a rede privada busca eficiência no trabalho, escolhendo, assim, os profissionais que formarão o corpo docente, sem a obrigatoriedade da fixação, escolhendo, sempre, aquele que lhes traz mais resultados. Diferentemente do educador público que depende do Estado para lhe proporcionar melhores condições de trabalho, ao professor de escola privada lhe é garantida melhores condições, pois, a razão pela qual os pais optam por matricular seus filhos nestas instituições são justamente essas melhores condições, ou seja, são a fonte de sustento da rede privada de ensino. O Estado “não depende” da educação para a sua manutenção, onde, apesar de ter o dever de amparar, entende que esta é um gasto, não proporcionando, da maneira que deve, condições melhores aos alunos e educadores.

Tendo em vista a óbvia desigualdade entre esses sistemas, surge o questionamento: o Novo Ensino Médio não aumentará as desigualdades já existentes? Não estaria, a lei, favorecendo a rede particular e, conseqüentemente, os alunos com maiores condições financeiras?

Ora, se apenas 4,5% das escolas públicas do Brasil possuem a infraestrutura ideal prevista pelo PNE, como acima elencado, qual seria a porcentagem de escolas que possuem a estrutura para oferecer um itinerário para áreas específicas? Segundo pesquisa da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no final de 2022, 3,4 mil escolas no País (2,5%) não tinham acesso a rede de energia elétrica, 9,5 mil (6,8%) não dispunham de acesso à Internet e 46,1 mil (33,2%) não

possuíam laboratórios de informática (BRASIL, Agência Nacional de Telecomunicações).

Alem da diferença geral das escolas do Brasil, a mesma pesquisa feita pela Anatel revela uma desigualdade regional onde, sem energia elétrica, quatro estados tinham mais de 10% das escolas: Acre (35,3%), Roraima (21,5%), Amazonas (19,9%) e Pará (12,2%). Seis estados brasileiros, ainda, têm mais de 10% das escolas sem acesso à internet: Acre (46,0%), Amazonas (40,9%), Roraima (36,1%), Pará (27,9%), Amapá (27,5%) e Maranhão (11,9%). No Estado do Acre, 90,9% das escolas não possuem laboratório de informática. Maranhão (89,6%) e Pará (86,1%) são o segundo e terceiro com o maior percentual de escolas sem laboratório no País.

Em artigo escrito por Luíz Gomes, publicado em agosto de 2022 (GOMEZ, Luíz. 2022), intitulado “ESCOLHA PARA QUEM? NOVO ENSINO MÉDIO APROFUNDA ABISMO ENTRE REDES PÚBLICA E PRIVADA”, comentava sobre a Escola Presidente Roosevelt, de Porto Alegre - RS, uma das escolas escolhidas para testar o projeto do Novo Ensino Médio, ainda no ano de 2020. O diretor da Escola, Márcio Koehn de Freitas, após os três anos de teste do projeto, avaliar que os estudantes que participaram do piloto, não tiveram, de fato, liberdade nas escolhas sobre o itinerário, se limitando ao imposto pela Secretaria de Educação, que, simplesmente impôs, sem capacitar os profissionais para as novas modalidades, sem disponibilizar material didático ou ampliar a infraestrutura da escola.

O mesmo artigo, por sua vez, traz a realidade de uma instituição privada, o Colégio Farroupilha, coordenado por Daiane Modelski. Neste, a proposta do Novo Ensino Médio foi devidamente concretizada. Os alunos puderam optar por áreas como Estatística aplicada à pesquisa científica; Comunicação e expressão; Ateliê de linguagens visuais; Escape Room: atualidades por meio da gamificação; Ciência forense; Cultura maker e prototipagem digital; entre outros; tendo a real possibilidade de escolha, sem limitação. Quanto aos profissionais, a coordenadora revelou que a maioria dos profissionais do novo projeto já eram funcionários do Colégio, mas que foram capacitados para tais funções. Além de parcerias com Instituições de Ensino Superior.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, dispõe sobre o princípio constitucional da igualdade. Pressupõe-se, neste princípio, o tratamento isonômico, ou seja, tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de maneira diferente, nas medidas de suas desigualdades. Cabe, ao Estado, proporcionar mecanismos para a solução de conflitos sociais. Proporcionar mecanismos para que os menos favorecidos tenham iguais condições. Vejamos:

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 [...]

Alexandre de Moraes, em seu livro ‘Direito Constitucional’, edição de 2002, diz que o

princípio constitucional de igualdade é operado de duas maneiras. Pelo legislador, na criação de leis ou atos normativos, que impede a criação de tratamentos desiguais em relação a pessoas que se assemelham. Por outro lado, atua também pelo intérprete da Lei, autoridade pública que cria mecanismos de equiparação dos desiguais.

Com isso, caberia ao Estado a criação de mecanismos para diminuir essa desigualdade, não aumentá-las. Surge, então, o questionamento: a nova legislação, que pouco foi discutida com quem de fato interessa, os alunos e professores, está de acordo com o que compete ao Estado?

#### **4. APLICAÇÃO DA LEI E A REAFIRMAÇÃO DE DESIGUALDADES**

Em primeira análise, foram discutidos os antecedentes, surgimento e previsões da Lei 13.415/2017, modificadora da estrutura do Ensino médio do Brasil. Em seguida, abordadas as diferenças de ensino, disposição e configuração nas escolas públicas e privadas, passa-se agora a efetiva aplicação do novo dispositivo de Lei na realidade das instituições pelo país.

Desloca-se, no momento, para uma discussão a respeito da aplicação prática das novas estipulações para o ensino médio no país. Iniciando pela definição dos conceitos de igualdade, sua discussão inserida na realidade educacional do Brasil e abordando, posteriormente, pontos específicos do novo ensino e suas consequências para instituições públicas e privadas.

Conforme já mencionado, em seu artigo 5º, *caput*, a Constituição Federal dispõe que todos os indivíduos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Contudo, ao analisar sistematicamente o que diz a Carta Magna, observa-se a consagração não somente de uma mera igualdade perante a lei, mas uma igualdade substancial entre os indivíduos, profunda e real.

Por meio da leitura deste dispositivo, percebe-se claramente que o princípio da igualdade foi adotado integralmente sob seu duplo aspecto: formal e material. Assim, esse princípio é informador de toda a ordem jurídica e deve ser considerado um princípio de justiça social (CANOTILHO, 1998, p. 420-423).

Por igualdade formal ou igualdade jurídica compreende-se puramente o tratamento equânime conferido por lei aos indivíduos. Em contrapartida, a igualdade material, denominada também por igualdade real ou substancial é a concretização prática da igualdade, visando igualar indivíduos que essencialmente são desiguais.

Apoiada na proposição de Aristóteles de que devemos tratar “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (ARISTÓTELES, 2013, p. 99-100), a igualdade material considera a necessidade do legislador de se atentar as desigualdades vigentes para adequar o direito as peculiaridades dos indivíduos.

No mesmo sentido, Marcelo Novelino (2010, p. 392) afirma que “a igualdade não deve ser

confundida com homogeneidade”. Dessa forma, as diversidades são aceitas e a lei pode e deve estabelecer distinções, já que os indivíduos são diferentes em sua essência, devendo os iguais serem tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente, de acordo com as duas diferenças.

Ainda sobre a confusão entre o princípio constitucional da igualdade e a homogeneidade da sociedade ressalta Marcelo Neves:

Outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade. A homogeneidade estratificada pré moderna é incompatível com o princípio da igualdade (2001. p. 334).

Dessa forma, é admitida a não simplificação das diversidades e a aceitação da necessidade de uma igualdade substancial. Há ainda, no seio social, indivíduos e grupos historicamente mais vulneráveis ou que necessitam de tratamento diferenciado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito. Portanto, não se pode conceber que sejam os mesmos tratados pelo Ordenamento Jurídico como se idênticos fossem.

No presente estudo, ao se analisar as novas disposições previstas no Novo Ensino médio e sua relação com a desigualdade no país, alguns pontos merecem destaques. Preliminarmente, como já observado, a realidade educacional no Brasil, no caso em questão, no período do ensino médio, não é homogênea, e diversas são as dificuldades e desequilíbrios encontrados.

Ao se tratar da educação, conforme previsão constitucional do artigo 205 já citado, seus objetivos primordiais são o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Em seu artigo 214, inciso V, a Constituição também prevê uma promoção humanística, científica e tecnológica do país no plano nacional de educação (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a educação não é meramente uma transmissão de conteúdos engessados, mas a formação efetiva de cidadãos autônomos. Não somente a preparação para o trabalho deve ser valorizada, mas também a manifestação do pensamento e o incentivo para que o aluno desenvolva sua capacidade crítica.

Nesse contexto, ressalta-se a função social da educação, como instrumento para a superação real das desigualdades, com o reconhecimento, por exemplo, do papel estratégico das instituições da educação básica no aprimoramento de valores como a solidariedade.

Para tanto, é essencial que as escolhas relacionadas a educação sejam feitas em âmbito democrático, conforme o princípio constitucional do pluralismo político, presente no artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal. Através de debates públicos, com a devida comunicação entre Estado, instituições de educação básica, movimentos sociais e população geral, todos em prol de

uma sociedade mais consciente. Dessa forma, a função social da educação é formar cidadãos autônomos, que sabem se posicionar ideologicamente, socialmente e politicamente através do pensamento crítico.

Ao analisar o Novo Ensino médio, discussões surgem em relação ao confronto de sua formação e continuidade com o percurso democrático e dialógico considerado adequado pelos históricos setores da educação brasileira, conhecedores dos objetivos traçados para enfrentar os reais problemas estruturais diagnosticados.

De sua construção à implementação, a nova lei não foi submetida a debates democráticos, com professores, estudantes, diretores e especialistas no assunto. Pelo contrário, foi guiada pela Medida Provisória 746/2016, com caráter de execução obrigatória. Nunca, desde a redemocratização, foram usadas medidas provisórias para implementar reformas dessa dimensão.

Em relação as inovações propostas, já exemplificadas no primeiro capítulo do presente estudo, sabe-se que desde o retorno presencial após a pandemia, o programa atravessa diferentes níveis de implementação, variando de estado para estado.

No novo modelo, cada colégio deve escolher entre os itinerários formativos elaborados por sua rede estadual, o mínimo de duas opções para oferecer aos alunos. Com isso, ao invés de uma grande turma ter a mesma aula às 8h, como de costume, agora serão dois grupos menores, um, por exemplo, que optou por matemática, e outro por linguagens. Isso exige da escola o fornecimento de duas salas de aula disponíveis no mesmo horário, no entanto, sabe-se a infinidade de escolas públicas carentes dessa infraestrutura necessária.

Vale ressaltar também como o aumento da carga horária de 4 horas diárias, para uma previsão de 7 horas ao dia (turno integral) em 2024, não é atrativo para os alunos mais pobres que necessitam trabalhar. Torna-se mais dificultoso para eles conciliar os estudos e o trabalho, o que aumenta o risco de evasão escolar em áreas como maior índice de pobreza e de adolescentes impossibilitados de abandonar seus empregos para uma integral dedicação escolar.

Os alunos que se encontram nas escolas públicas em cidades menores, com recursos ainda mais escasso acabam por possuir um “cardápio” de itinerários formativos mais enxuto. Dessa forma, são prejudicados em relação aos alunos de escolas privadas ou de municípios maiores.

Corre-se o risco de os itinerários formativos estimularem a exclusão social, considerando a suntuosa diferença entre o que colégios particulares e públicos podem ofertar. O que já era extremamente desigual passa a ganhar uma nova razão e meio de se perpetuar.

O estudo “Novo Ensino Médio e indução de desigualdades escolares na rede estadual de São Paulo”, divulgado através de uma Nota Técnica da Rede Escola Pública e Universidade (REPU) comprovou a limitadíssima “liberdade de escolha” dos estudantes, já que esta depende

muito mais das condições materiais das escolas (salas de aula disponíveis, equipes docentes) e de fatores relacionados à gestão escolar, do que de fato da escolha individual dos estudantes. (REPU, 2022).

Em termos gerais, os dados analisados na Nota Técnica mostraram, que os estudantes mais pobres da rede estadual – particularmente os do Ensino Médio noturno – são sempre mais prejudicados: têm menos possibilidades de escolha, mais aulas sem professores e a oferta de expansão da carga horária mais prejudicada.

Em relação a estímulos para que o aluno siga para o ensino superior, o novo modelo não auxilia os mais pobres. Com a existência de disciplinas optativas profissionalizantes, o acesso precoce do jovem no mercado de trabalho é facilitado.

Por fim, a nova Lei cria constantes polêmicas e obteve como resultado a publicação através do Ministério da Educação de uma portaria suspensora do cronograma de implementação do Novo Ensino Médio por 60 dias. O novo governo abriu uma consulta pública para avaliar e reestruturar a política nacional. Na prática, a suspensão do cronograma não muda a rotina nas escolas, que continuarão seguindo o Novo Ensino Médio.

## **5. CONCLUSÃO**

A Carta Magna de 1988 prevê a educação como direito fundamental. Diante dos achados, observa-se que o que fora encravado no sistema jurídico brasileiro, pensado pelo constituinte e que seria dever do Estado assegurar, está se distanciando da sua concretização, ao passo que legislações como essas são inclusas em nosso ordenamento.

Os precedentes da criação da legislação puderam, de certa forma, prever o seu funcionamento e para quem lhe serviria. De uma medida provisória, para aprovação no Congresso em seis meses. A falta de diálogo com os reais interessados e a falta de preparo no sistema educacional culminaram na colaboração da violação dos direitos.

A dicotomia, já existente e antiga, entre a educação pública e privada, com a nova lei, está mais evidente, de modo que os estudantes de instituições privadas, que já são beneficiados por sua posição econômica, são ainda mais beneficiados com o novo sistema, aumentando a lacuna entre a qualidade de ensino que a instituição pública oferece. O dever do Estado é proporcionar isonomia entre os cidadãos, e não o contrário, como no caso abordado.

Ademais, a situação já existente de desvalorização dos profissionais se agravou com a nova lei, com o aumento de carga horária e, conseqüentemente, o acúmulo de funções. Como dito, acarretando, até mesmo, na saúde dos profissionais.

A educação, que deveria cumprir sua função social na diminuição das desigualdades, acaba

por acentuar esta triste realidade que a Constituição busca erradicar.

Diante das evidências, resta claro que a implementação do novo ensino médio, no Brasil, corrobora com o aumento das desigualdades e distorce o papel do Estado de protetor dos direitos individuais, com garantia isonômica. O que percebemos, é o favorecimento da população abastada e da rede privada, que possui condições para o desenvolvimento do programa, enquanto as instituições públicas, que é carente de recursos, fica cada vez mais marginalizada.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Apenas 4,5% das escolas têm infraestrutura completa prevista em lei, diz estudo.** Levantamento feito pelo movimento Todos pela Educação mostra. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-06/apenas-45-das-escolas-tem-infraestrutura-completa-prevista-em-lei-diz#>> Acesso em: 11 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Censo Escolar: mais de 650 mil crianças saíram da escola em três anos.** Censo Escolar: mais de 650 mil crianças saíram da escola em três anos. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2022-01/censo-escolar-mais-de-650-mil-criancas-sairam-da-escola-em-tres-anos>> Acesso em: 11 abr. 2023.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Em 2022, Brasil registrou 9,5 mil escolas sem acesso à internet.** Números consolidados pela Anatel e disponibilizados no portal da instituição vão subsidiar ações para a promoção da conectividade nas escolas. Disponível em: <<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/em-2022-brasil-registrou-9-5-mil-escolas-sem-acesso-a-internet>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Assembléia Nacional Constituinte.** Ata da 341a Sessão, em 5 de outubro de 1988. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, 5 out. 1988b.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul.1990.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.415/2017 de 16 de fevereiro de 2017.** Dispõe sobre a reforma do ensino médio brasileiro, Brasília DF, 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Complementação de Voto (apresentado em 30-11-2016) na Medida Provisória nº 746 de 2016.** Da COMISSÃO MISTA, sobre a Medida Provisória nº 746, de 22 de setembro de 2016, que "Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências. 2006. Disponível em:



<<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/126992>>. Acesso em: 12 abril 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

DELBONI, Carolina. **Estadão**. Pesquisa mostra que 72% dos professores enfrentam problemas de saúde mental. Falta de estrutura educacional, conhecimento das ferramentas digitais e sobrecarga na rotina escolar agravou estado de saúde mental de 72% dos professores. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/emails/carolina-delboni/pesquisa-mostra-que-72-dos-professores-enfrentam-problemas-de-saude-mental/>>\_Acesso em: 11 abr. 2023.

FAGUNDES, Augusta Isabel Junqueira. LDB – **Dez anos em ação**. Disponível em: <<http://www.ipae.com.br/ldb.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2023.

GOMEZ, Luíz. SINPRO-DF. **ESCOLHA PARA QUEM? NOVO ENSINO MÉDIO APROFUNDA ABISMO ENTRE REDES PÚBLICA E PRIVADA**. Disponível em <<https://www.sinprodf.org.br/escolha-para-quem-novo-ensino-medio-aprofunda-abismo-entre-redes-publica-e-privada/>> Acesso em: 11 abr. 2023.

JORNAL DA USP ESPECIAL. **Presença de alunos de escola pública nas unidades é desigual**. Em três unidades, metade dos ingressantes vem da rede pública de ensino. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/especial/presenca-de-alunos-de-escola-publica-nas-unidades-e-desigual/>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

MELHOR ESCOLA. **Apenas 56,6% das escolas brasileiras possuem acesso à rede de esgoto**. Levantamento realizado pelo Melhor Escola aponta infraestrutura precária nas instituições de Ensino Básico no Brasil. Disponível em <<https://www.melhorescola.com.br/artigos/apenas-566-das-escolas-brasileiras-possuem-acesso-a-rede-de-esgoto>> Acesso em: 11 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13a edição, São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Marcelo. **Justiça e diferença numa sociedade global complexa**. In: SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Ed. UnB, 200.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010. p. 392.

REDE ESCOLA PÚBLICA E UNIVERSIDADE. **Novo Ensino Médio e indução de desigualdades escolares na rede estadual de São Paulo [Nota Técnica]**. São Paulo: REPU, 02 jun. 2022. Disponível em: <[www.repu.com.br/notas-tecnicas](http://www.repu.com.br/notas-tecnicas)>.

# CRIMINALIZAÇÃO EM AMBIENTE ESCOLAR: UMA ANÁLISE DA FALHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS PARA PREVENIR A VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS

Joice Silva COSTA

## RESUMO

A violência nas escolas brasileiras tem se tornado um problema cada vez mais frequente e preocupante. Ataques armados, bullying, ameaças e agressões verbais e físicas são apenas alguns exemplos dessa epidemia de violência que tem afetado estudantes, profissionais de educação e famílias em todo o país. Em meio a esse cenário, a discussão sobre a criminalização de jovens e adolescentes tem ganhado força, mas será que essa é realmente a melhor solução para o problema. O objetivo do artigo é conscientizar a sociedade sobre a gravidade desses problemas e promover iniciativas de prevenção e combate à violência nas escolas. O artigo deve chamar a atenção para a importância de investimentos em políticas públicas e de proteção aos direitos dos estudantes, professores e funcionários. A metodologia aplicada foi a abordagem dedutiva, a partir de pesquisa documental, artigos. Já a pesquisa foi qualitativa, através de análises documentais e interpretações retiradas de doutrinas, leis e notícias sobre casos recentes. Neste texto, vamos refletir sobre a criminalização como uma abordagem para o combate à violência e aos ataques no ambiente escolar, buscando entender suas implicações e limitações e propondo alternativas mais efetivas e inclusivas.

**PALAVRAS CHAVE:** Ataque nas escolas. Criminalização. Descentralização. Políticas públicas.

## ABSTRACT

Violence in Brazilian schools has become an increasingly frequent and worrying problem. Armed attacks, bullying, threats and verbal and physical aggression are just a few examples of this epidemic of violence that has affected students, education professionals and families across the country. In the midst of this scenario, the discussion about the criminalization of young people and adolescents has gained strength, but is this really the best solution to the problem? The objective of the article is to make society aware of the seriousness of these problems and to promote initiatives to prevent and combat violence in schools. The article should draw attention to the importance of investing in public policies and protecting the rights of students, faculty and staff. The applied methodology was the deductive approach, based on documentary research, articles. The research was qualitative, through document analyzes and interpretations taken from doctrines, laws and news about recent cases. In this text, we will reflect on criminalization as an approach to combating violence and attacks in the school environment, seeking to understand its implications and limitations and proposing more effective and inclusive alternatives.

**KEY WORDS:** Attack on schools. Criminalization. Decentralization. Public policy.

## INTRODUÇÃO

A criminalização nas escolas brasileiras tem sido tema de discussão entre autoridades, educadores, pais e alunos. Muitos argumentam que criminalizar jovens e adolescentes é a única forma de combater a violência e ataques que ocorrem no ambiente escolar. Porém, outros questionam a eficácia dessa abordagem e apontam suas limitações.

A criminalização consiste em responsabilizar alunos por atos violentos ou criminosos cometidos no ambiente escolar, e aplicar medidas punitivas como prisão, internação em unidades socioeducativas, ou até mesmo processo criminal. Essa abordagem tem como objetivo coibir a violência nas escolas e proteger a comunidade escolar, mas na prática apresenta algumas limitações.

Em primeiro lugar, a criminalização não resolve as causas subjacentes da violência. Muitas vezes, os jovens envolvidos em atos violentos têm histórico de vulnerabilidade social, ausência de políticas públicas de segurança e educação adequada, além de problemas de saúde mental. Ademais, o sistema penal brasileiro apresenta falhas graves, como superlotação das prisões e falta de políticas de ressocialização. Dessa forma, a criminalização pode simplesmente transferir o problema para outro local, sem solucioná-lo.

Em segundo lugar, a criminalização pode discriminar grupos vulneráveis, como jovens negros, pobres e moradores de periferias. Estudos mostram que esses grupos são mais suscetíveis a serem criminalizados do que jovens brancos e de classe média, mesmo quando cometem os mesmos tipos de atos violentos.

Atualmente, a criminalização e os ataques em ambiente escolar têm se tornado um problema cada vez mais frequente e urgente em todo o mundo. Diante dessas circunstâncias seria uma epidemia de invisibilidade na infância e adolescência já que quase todos os casos são cometidos por ex-alunos que sofrem ou sofreram bullying de forma sistêmica, problemas mentais ou sofrimento emocional. A violência nas escolas não afeta apenas os estudantes, mas também professores e funcionários, além de causar danos graves ao ambiente educacional.

Existem diversas razões que contribuem para a ocorrência de crimes e ataques em escolas, sendo as principais a violência nas comunidades em que as escolas estão localizadas, como também a falta de investimentos em programas de prevenção contra a violência.

Além disso, é importante lembrar que a violência em escolas não se trata apenas de agressões físicas, mas também de ataques verbais, bullying, discriminação e assédio moral.

A ocorrência dessas ações criminosas em ambientes escolares além de afetar a saúde física e mental dos alunos, prejudica também a qualidade do ensino recebido, uma vez que a falta de segurança influencia diretamente nos métodos de ensino, proposta pedagógica e na concentração dos alunos.

A problemática dá-se que os pais e a sociedade em geral, se unam para combater à violência escolar, investindo em programas de orientação e conscientização aos estudantes, além de fomentar a cultura da paz e respeito mútuo.

Diante da problemática anteriormente exposta surgiram as seguintes hipóteses, é fundamental investir em formação de professores e na implementação de práticas pedagógicas

inclusivas, capazes de contemplar a diversidade de realidades e necessidades dos estudantes. Essa medida é fundamental para combater a invisibilidade desses jovens no ambiente escolar, visto que muitas vezes as políticas de educação não são capazes de atender a todas as demandas.

Além disso, é fundamental a criação de políticas públicas que visem a melhoria do ambiente escolar, garantindo maior segurança às escolas, promovendo o diálogo entre alunos, professores e pais, e criando um espaço de aprendizagem saudável e seguro para todos. Dessa forma, poderemos contribuir para a criação de um futuro mais justo e pacífico para as próximas gerações.

O objetivo do artigo é conscientizar a sociedade sobre a gravidade desses problemas e promover iniciativas de prevenção e combate à violência nas escolas. É necessário abordar as diversas formas de violência que ocorrem nesses espaços e apontar soluções que contribuam para a criação de um ambiente escolar seguro e de aprendizagem saudável para todos os envolvidos. Ademais, o artigo deve chamar a atenção para a importância de investimentos em políticas públicas e de proteção aos direitos dos estudantes, professores e funcionários.

No tocante ao objetivo, percebe-se que a descentralização da gestão escolar em escolas públicas no Brasil pode promover uma maior autonomia e participação das comunidades locais na administração e tomada de decisões educacionais, buscando dar mais espaço e poder para que os gestores escolares possam tomar decisões que melhor atendam às necessidades específicas de suas escolas, bem como permitir uma maior articulação entre profissionais, pais e alunos nas decisões e desenvolvimento do processo educacional.

Assim, a escolha do tema é justificada pelo fato da criminalização poder gerar um ambiente de medo e tensão nas escolas, afetando negativamente o clima escolar. Em vez de criar um ambiente de diálogo, prevenção e resolução pacífica de conflitos, a criminalização pode levar alunos e educadores a se sentirem mais ameaçados e acuados.

Cumprir mencionar, que foi utilizado o método dedutivo a partir de pesquisa documental. Analisaram-se normas que tratam sobre o tema, além do posicionamento de órgãos específicos, como Unesco, pesquisas a respeito do assunto, trabalhos acadêmicos, entre outras fontes de informação e reflexão, preferencialmente de data recente, com fim de erigir hipóteses para responder os problemas levantados na Introdução. A pesquisa científica não trata somente de aprofundar o conhecimento empírico, mas busca conhecer além do que se vê. Suas características são acumulativas (somam conhecimento), útil para a sociedade, analítico, comunicação (por ela propaga o conhecimento). Por fim, define como qualitativa a pesquisa que estabelece uma relação entre o mundo e o pesquisador.

Desse modo, é preciso buscar alternativas à criminalização para combater a violência nas

escolas brasileiras. Medidas como prevenção, educação para a paz, resolução pacífica de conflitos, inclusão social pode ser mais eficaz, justa e sustentável. É importante que a sociedade e o governo trabalhem juntos para construir uma cultura de paz, igualdade e respeito mútuo nas escolas, visando criar um ambiente seguro, acolhedor e saudável para todos.

## **1 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DE ALUNOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL**

As escolas são espaços de aprendizado, desenvolvimento e convivência social, mas para muitos alunos em situação de vulnerabilidade social, isso nem sempre é uma realidade. A violência, a falta de recursos e a falta de oportunidades muitas vezes empurram esses jovens para uma vida delinquente. Por isso, as políticas públicas para prevenção da criminalização de alunos em situação de vulnerabilidade social em ambiente escolar são importantes para mudar essa realidade.

Uma das principais medidas que pode ser tomada nesse sentido é investir em programas de assistência social para os alunos mais vulneráveis. Isso pode ser feito por meio de parcerias entre as escolas, as famílias e os órgãos públicos. Essa assistência pode incluir desde distribuição de alimentos, uniformes e material escolar, até programas de reforço escolar e de atendimento psicológico.

Além disso, é importante investir em projetos de capacitação para os professores e demais profissionais da escola. Eles precisam ser preparados para identificar sinais de problemas e estar aptos a lidar com situações de conflito de forma adequada. Também é fundamental que as escolas tenham um trabalho de prevenção ao bullying, uma vez que isso pode ser um fator de risco importante para a criminalização dos estudantes.

A criação de espaços para o diálogo e para o debate também pode ser uma medida importante para prevenção da criminalização dos alunos em ambiente escolar. É possível criar espaços de escuta, onde os jovens possam falar abertamente sobre suas angústias e preocupações. Dessa forma, será possível identificar situações de vulnerabilidade mais rapidamente e traçar soluções para evitar que esses alunos caiam na criminalidade.

Nesta seara, a oferta de cursos técnicos e profissionalizantes pode ser uma alternativa importante para manter esses jovens longe da criminalidade. Cursos de empreendedorismo, projeto cultural, música e tecnologia, por exemplo, podem ser atrativos para esses jovens, que terão um incentivo a mais para permanecerem na escola e desenvolverem seus projetos de vida.

Em suma, a criminalização de alunos em situação de vulnerabilidade social em ambiente escolar é um problema que exige uma abordagem complexa. É preciso uma ação integrada de diversos órgãos públicos para mudar essa realidade. Mas, aplicando políticas públicas que protejam

os alunos e lhes ofereçam um futuro melhor, é possível reduzir os índices de criminalidade e transformar a vida desses jovens.

### **1.1 Bullying e suas consequências na criminalização de jovens no ambiente escolar**

O bullying é um problema recorrente nas escolas e pode ter consequências graves na vida dos jovens. De acordo com um estudo realizado por Figueiredo (p, 91, 2013), o bullying pode levar a uma série de problemas emocionais, como depressão, ansiedade e baixa autoestima, além de afetar o rendimento escolar.

No entanto, os efeitos do bullying podem ir além da escola. Um artigo publicado na Revista Brasileira de Adolescência e Conflitualidade (2017,online) aponta que o bullying pode contribuir para a criminalização de jovens em situação de vulnerabilidade social. Segundo a autora, o bullying pode aumentar a probabilidade de que esses jovens se envolvam em comportamentos delinquentes, uma vez que eles podem buscar na violência uma forma de se defender e de recuperar sua autoestima.

As consequências do bullying na vida dos jovens foram estudadas também por Olweus (1993, online), que constatou que as vítimas de bullying têm uma probabilidade maior de se envolverem em comportamentos agressivos posteriormente e transtornos psíquicos. Esses comportamentos podem levar à criminalização dos jovens quando eles recorrem à violência para lidar com a situação de vulnerabilidade e de falta de apoio social.

Para combater o bullying e suas consequências na criminalização dos jovens, é importante que as escolas adotem políticas eficazes de prevenção e intervenção. Um estudo realizado por Tuzzo e outros (2019, online) mostra que estratégias como o envolvimento dos pais e o desenvolvimento de intervenções em grupo têm um impacto positivo na redução do bullying e de suas consequências a longo prazo.

Não obstante, o bullying é um problema que afeta muitos jovens em todo o mundo, e sua relação com a criminalização dos adolescentes é uma preocupação crescente na área de políticas públicas. É importante que os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para prevenir o bullying e proteger os jovens, para que esses problemas não se perpetuem na vida desses indivíduos.

### **1.2 A influencia das redes sociais na violencia e criminalização em ambiente escolar**

A popularização das redes sociais trouxe novos desafios para a escola, especialmente em relação à violência entre os alunos, as redes sociais podem ser um fator significativo na disseminação da violência entre os jovens, já que essas plataformas permitem a perpetuação de

mensagens de ódio e o compartilhamento de material violento.

Essa violência virtual pode ter consequências reais na vida dos alunos, pois as vítimas de bullying que também sofrem cyberbullying têm maiores níveis de ansiedade e desesperança em relação ao futuro. Além disso, a violência em redes sociais pode ter um impacto a longo prazo na autoestima e na saúde mental dos jovens.

A relação entre as redes sociais, a violência e a criminalização dos alunos também pode levar a uma “cultura da violência”, onde os jovens internalizam e replicam comportamentos agressivos. Essa cultura pode ser um fator significativo no aumento da criminalidade entre os jovens.

Para enfrentar esses desafios, é importante que a escola adote políticas de prevenção e intervenção que levem em conta o papel das redes sociais na violência entre os alunos. Um estudo realizado por Machado e outros (2019, online) mostra que treinamentos para professores e palestras para alunos sobre o uso responsável das redes sociais podem ter um impacto positivo na redução da violência e de sua consequente criminalização.

Enfim, as redes sociais se tornaram um elemento importante na vida dos jovens, e sua influência na violência e criminalização em ambiente escolar deve ser levada em consideração pelas políticas públicas e pelas instituições educacionais. É fundamental que a escola adote estratégias eficazes para prevenir e combater a violência nas redes sociais e para proteger a saúde mental e física dos alunos.

## **2 A CRIMINALIZAÇÃO E OS ATAQUES**

A criminalização e os ataques nas escolas são temas que têm sido amplamente discutidos nos últimos anos. Desde a tragédia ocorrida na escola Sandy Hook, em 2012, nos Estados Unidos, até os recentes casos de ataques em escolas brasileiras, como o ocorrido na cidade de Realengo, Rio de Janeiro, em 2011, o assunto se tornou um ponto de preocupação para governos, escolas e sociedade em geral.

A violência nas escolas é um problema que tem recebido cada vez mais atenção nos dias atuais. Alguns estudos apontam que ela ocorre em diversos níveis, seja através de conflitos entre alunos, bullying, agressões físicas e verbais, além da presença de armas e drogas.

Segundo pesquisa realizada pela UNESCO em 2019, a violência escolar tem se tornado uma preocupação crescente em todo o mundo. Em países como Brasil, México e Colômbia, por exemplo, a violência nas escolas tem sido um dos principais fatores que impedem o desenvolvimento do ensino. (UNESCO, 2019, online).

Nos últimos anos, o Brasil tem sido palco de diversos ataques de criminalidade nas escolas,

o que tem gerado grande preocupação das autoridades e da sociedade em geral. Entre os casos mais recentes, destacam-se o ataque ocorrido em abril de 2021, na cidade de Saudades, em Santa Catarina, em que três crianças e duas professoras foram mortas em uma creche, e o ataque ocorrido em maio de 2021, na cidade de São Paulo, em que um adolescente invadiu uma escola e matou duas pessoas.

No dia, 23 de julho de 2021, dois alunos de uma escola em Blumenau, em Santa Catarina, foram atacados com golpes de faca dentro da instituição. De acordo com as informações fornecidas pela Polícia Militar, a motivação do ataque foi uma briga entre os estudantes envolvidos. Ambos foram encaminhados para o hospital com ferimentos, mas sem risco de morte. O autor dos golpes, também menor de idade, foi apreendido pela PM. (G1, 2021, online)

Já em 5 de março de 2019, um ataque a tiros em uma escola estadual em Suzano, em São Paulo, chocou o país e deixou 10 mortos, entre alunos e funcionários. O autor dos tiros, que também era ex-aluno da instituição, cometeu suicídio após o ataque. A tragédia reabriu o debate sobre a necessidade de medidas para prevenir esse tipo de violência nas escolas brasileiras. (G1, 2019, online).

O estudo “Ataques a escolas: fatores de risco e prevenção”, de Maria Luiza Gutiérrez, (p. 962, 2018), destaca a importância de se compreender os fatores de risco para a ocorrência de ataques em escolas, bem como as estratégias de prevenção.

Segundo o livro “Criminalização e escola: a violência como política criminalizante”, de Sérgio Salomão Shecaira e Ana Cláudia Bastos de Pinho (2004, online), a criminalização nas escolas se manifesta de diversas formas, como através do tratamento dado a alunos e educadores por parte das autoridades policiais e judiciais, além da prática de medidas punições excessivas e a falta de diálogo e de políticas efetivas para lidar com o problema.

No livro “Educação é paz: prevenção da violência na escola”, de Silvia Ramos (2013, online), é destacada a necessidade de uma educação comprometida com a paz e com a tolerância, que possa ajudar os alunos a lidar com as diferenças e a resolver conflitos de forma pacífica.

O livro “Escola Sem Violência: construindo relações de paz”, de Eunice Maria Moreira (2018, online), traz uma abordagem mais prática, com sugestões de atividades e estratégias que podem ser adotadas pelas escolas para prevenir e combater a violência, além de promover o diálogo e a empatia entre os alunos.

O livro “A escola e a violência contra educadores,” de José Paulo Daltozo e Carlos Eduardo Vergani (DALTOZO, 2021, online), traz um panorama sobre a violência contra os profissionais da educação e aponta a necessidade de ações concretas de proteção e valorização desses profissionais, além de políticas públicas integradas que possam prevenir e combater a



violência nas escolas.

De acordo com os autores, a falta de políticas públicas efetivas, a ausência de diálogo entre alunos, professores e gestores, a discriminação de gênero, raça e classe social, além do acesso às armas e às drogas são alguns dos fatores que contribuem para a violência escolar.

Entre os fatores de risco apontados pelos autores, estão a alienação, o isolamento social dos alunos, a vulnerabilidade emocional, além da facilidade e da falta de controle no acesso a drogas e armas.

O estudo ressalta ainda que as estratégias de prevenção devem envolver ações de caráter educativo, que promovam a cultura da paz e da resolução de conflitos de forma pacífica, além de medidas de segurança que visem controlar o acesso das armas e reforçar a proteção dos espaços escolares.

Segundo especialistas, a falta de políticas públicas efetivas para prevenir a violência nas escolas e a facilidade de acesso às armas são algumas das causas para os ataques. Além disso, a vulnerabilidade emocional dos agressores e a discriminação e bullying dentro das escolas também podem contribuir para esses episódios.

Diante dessa realidade, diversas organizações têm se mobilizado em prol da prevenção da violência nas escolas. O movimento Escolas Transformadoras, por exemplo, propõe uma educação baseada no diálogo, na empatia e na colaboração, que visa transformar o ambiente escolar em um espaço seguro e acolhedor para todos.

Outras iniciativas incluem a adoção de medidas de segurança, como o controle de acesso às escolas e a instalação de câmeras de vigilância, além da capacitação de professores e funcionários para lidar com situações de conflito e violência.

Apesar dos esforços, é evidente que ainda há um longo caminho a percorrer para garantir a segurança e a proteção nas escolas brasileiras. É necessário o envolvimento de toda a sociedade na luta contra a violência e a criminalidade, com a implementação de políticas públicas integradas que visem à prevenção e à erradicação desses problemas.

Nesta seara, a violência nas escolas é um problema complexo que requer ações integradas entre governo, escolas, famílias e comunidades. A educação, tanto em sala de aula quanto fora dela, é uma ferramenta essencial para prevenir e combater a violência escolar e promover uma cultura de paz.

Assim sendo, a criminalização e os ataques são problemas graves que afetam não apenas os alunos, mas também os educadores e a comunidade em geral. Para enfrentá-los, é necessário o envolvimento de todos os setores da sociedade e a adoção de medidas integradas que promovam a cultura da paz e da tolerância, além de garantir a segurança e a proteção dos espaços escolares.

## **2.1 Legislação brasileira nos crimes contra ataques em escolas**

A legislação brasileira prevê sanções penais para os crimes cometidos em ataques às escolas. A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que prevê a proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, também contempla a proteção das crianças e adolescentes nas escolas, considerando-as um ambiente doméstico.

Além disso, a Lei nº 13.260/2016, conhecida como Lei Antiterrorismo, prevê sanções penais para grupos extremistas que planejem ou executem ações violentas em qualquer local, incluindo as escolas. A pena prevista é de até 30 anos de prisão para quem promove, financia ou integra esse tipo de organização.

No entanto, é importante lembrar que a prevenção dos crimes e a proteção das vítimas não dependem apenas da legislação. É necessário que haja um trabalho conjunto entre as autoridades e a sociedade para promover a cultura de paz e evitar a violência nas escolas.

Para tanto, é preciso investir na formação e capacitação de professores e diretores, bem como na implementação de políticas públicas que visem à prevenção da violência e ao fortalecimento das relações interpessoais na escola. Além disso, é fundamental promover campanhas de conscientização para os alunos sobre a importância de respeitar as diferenças e conviver harmoniosamente com os colegas.

Dessa forma, é possível construir um ambiente escolar saudável e acolhedor, onde todos possam se sentir protegidos e respeitados. A legislação, por sua vez, deve ser vista como uma ferramenta complementar para garantir que os responsáveis pelos crimes sejam punidos de acordo com a gravidade de seus atos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído em 1990, é a principal legislação brasileira relacionada à proteção e aos direitos das crianças e dos adolescentes. Dentre as diversas disposições do ECA, há várias que tratam de crimes praticados nas escolas brasileiras.

O Artigo 5º do ECA estabelece que nenhuma criança ou adolescente será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão. O Artigo 18º determina que é dever de todas as pessoas zelar pelo cumprimento dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes. E o Artigo 53º prevê que é obrigação do Estado, da sociedade e da família assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, entre outros.

No contexto específico dos crimes praticados nas escolas, o ECA traz algumas disposições que merecem destaque. O Artigo 232º prevê que é proibido o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante como formas de disciplina nas escolas. Esse tipo de violência pode

ser caracterizado como maus-tratos, sujeito a pena de detenção de 2 a 4 anos, conforme previsto no Artigo 136º do Código Penal.

Por sua vez, o Artigo 241º do ECA prevê pena de reclusão de 4 a 8 anos para quem produz, reproduz, distribui, vende ou divulga imagens ou vídeos que contenham cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente. Esse tipo de crime pode acontecer em ambientes como a própria escola ou nas redes sociais e é considerado uma forma de violência sexual.

Outro tipo de violência que pode ser praticado nas escolas é o bullying, definido como a prática de atos de violência, intencionais e repetidos, entre alunos. Embora o ECA não trate diretamente desse assunto, especialistas afirmam que essa prática pode ser enquadrada em outras formas de violência previstas na legislação, como a psicológica e a verbal, que têm punições previstas nos Artigos 232º e 136º do ECA, respectivamente.

Dessa forma, é importante que a legislação se mantenha atualizada e que as violências praticadas nas escolas sejam devidamente identificadas e punidas, garantindo um ambiente seguro e saudável para as crianças e os adolescentes no Brasil.

### **3 SOLUÇÃO E PREVENÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO E ATAQUES**

A criminalização e os ataques em escolas brasileiras são problemas graves que têm preocupado pais, educadores e autoridades. Para prevenir essas situações e garantir um ambiente escolar seguro para todos, é preciso buscar soluções integradas e efetivas.

Uma das medidas mais importantes é a educação para cidadania e valores. O currículo escolar deve incluir disciplinas e atividades que estimulem a reflexão sobre a importância do respeito, da tolerância, da empatia e do diálogo para a construção de uma sociedade mais justa e pacífica. Além disso, é importante que as escolas ofereçam orientação e apoio psicológico para os alunos que enfrentam problemas de bullying, violência doméstica, abuso ou outras formas de violação de direitos.

Outra solução é investir em medidas de segurança. Câmeras de vigilância, portões de acesso controlado, detectores de metal e presença de guardas ou policiais podem ajudar a inibir a ação de criminosos e a proteger os alunos e os colaboradores. No entanto, essas medidas devem ser aplicadas com cuidado para não criar um ambiente opressivo e de desconfiança.

Também é importante investir na formação de professores e profissionais que atuam nas escolas, para que saibam identificar sinais de violência, agressividade ou crises emocionais nos alunos e intervenham de forma adequada e preventiva. Além de que, práticas que incentivem a participação dos alunos, a cooperação e o diálogo, como projetos de mentoria, clubes de debates e atividades artísticas, podem contribuir para a construção de uma cultura de paz e de respeito nas

escolas.

No entanto, é fundamental que as políticas públicas e as autoridades estejam atentas aos fatores sociais, culturais e econômicos que podem aumentar o risco de violência nas escolas. Questões como desigualdade social, exclusão, falta de oportunidades e acesso precário aos serviços públicos devem ser enfrentadas de forma integrada e estratégica.

Em resumo, para prevenir a criminalização e os ataques em escolas brasileiras, é preciso investir em educação para cidadania, medidas de segurança adequadas, formação de profissionais, práticas de prevenção e valorização dos direitos humanos. Somente assim será possível garantir um ambiente escolar seguro e acolhedor para todos.

### **3.1 A invisibilidade da criança e do adolescente**

A invisibilidade da criança e do adolescente dentro das escolas é uma realidade preocupante em nosso país. Muitos estudantes vivenciam essa situação devido à falta de políticas públicas efetivas para garantir uma educação de qualidade e inclusiva. Diante disso, é fundamental refletir sobre as possibilidades e desafios para combater a invisibilidade desses jovens no ambiente escolar.

Essa realidade reflete-se na baixa qualidade da educação oferecida, que muitas vezes não é capaz de atender às necessidades desses jovens e pode levá-los à evasão escolar.

Nesse sentido, é importante destacar a importância de se garantir políticas públicas que possam promover a inclusão social e educacional dessas populações vulneráveis. Uma das principais medidas é a criação de programas de incentivo à permanência escolar, que ofereçam apoio financeiro e pedagógico para que os estudantes possam concluir seus estudos.

Outrossim, é fundamental investir em formação de professores e na implementação de práticas pedagógicas inclusivas, capazes de contemplar a diversidade de realidades e necessidades dos estudantes. Essa medida é fundamental para combater a invisibilidade desses jovens no ambiente escolar, visto que muitas vezes as políticas de educação não são capazes de atender a todas as demandas.

Por fim, é importante destacar que a invisibilidade da criança e do adolescente na escola é um problema que precisa ser enfrentado coletivamente, por meio da participação da sociedade civil e das políticas públicas. O desafio é garantir uma educação inclusiva, democrática e de qualidade, capaz de promover o desenvolvimento integral das novas gerações.

### **3.2 Descentralização da administração nas escolas públicas**

A descentralização em escolas públicas do Brasil é uma temática que vem sendo discutida

há anos. As políticas educacionais voltadas para a descentralização objetivam aproximar a gestão dos processos escolares da comunidade, garantir uma maior autonomia às escolas e facilitar a tomada de decisões mais assertivas e rápidas.

No entanto, essa descentralização não é uma tarefa fácil. É necessária uma gestão qualificada, formação de equipes mais autônomas e o estabelecimento de um diálogo eficaz entre as escolas, a comunidade e a administração pública.

Diversos estudos vêm sendo realizados sobre a descentralização em escolas públicas do Brasil. Um deles é o trabalho de Lúcio, (p. 286, 2012), que destaca a importância da autonomia financeira, administrativa e pedagógica das escolas para a obtenção de um sistema educacional de qualidade. Outro trabalho relevante é o de (FRANCO, 2014, online), que analisou a experiência de gestão escolar em São Paulo e apontou o potencial da gestão participativa nas escolas para melhorar a qualidade do ensino.

A abordagem da descentralização em escolas públicas também foi tema de uma dissertação de mestrado publicada por (PEREIRA, 2018, online). O autor defende a necessidade de uma gestão mais colaborativa e transparente nas escolas, com estabelecimento de metas e objetivos claros.

Em suma, a descentralização em escolas públicas do Brasil é um desafio que requer uma abordagem mais participativa, transparente e colaborativa. É importante que sejam desenvolvidas políticas educacionais que garantam autonomia financeira, pedagógica e administrativa, além de envolver a comunidade escolar na tomada de decisões e na gestão dos processos escolares.

A descentralização da administração da escola pública no Brasil é um processo complexo e desafiador, envolvendo aspectos financeiros, políticos, culturais e educacionais. Várias são as dificuldades enfrentadas nesse processo, que tem por objetivo garantir uma gestão mais eficiente e eficaz das escolas públicas brasileiras, proporcionando uma educação de qualidade para todos os alunos.

Uma das principais dificuldades diz respeito à falta de recursos financeiros e materiais para as escolas, especialmente as que estão localizadas em regiões mais carentes. Muitas vezes, a descentralização da administração implica na transferência de responsabilidades do governo central para os municípios e estados, que quase sempre não têm condições financeiras de garantir o funcionamento de todas as unidades escolares sob sua jurisdição. Isso pode levar à falta de investimentos em infraestrutura, equipamentos, materiais didáticos, formação continuada para os docentes, entre outros aspectos que são fundamentais para o sucesso do processo educacional.

Além disso, a descentralização também enfrenta resistências políticas, já que muitos gestores públicos temem perder poder e controle sobre as escolas e seus recursos. Essa resistência

pode levar a um conflito entre o poder central e as administrações locais, prejudicando o andamento do processo de descentralização.

Outra dificuldade é a necessidade de mudanças culturais e educacionais para que a descentralização seja bem-sucedida. É preciso que todos os envolvidos no processo educacional, gestores, docentes, funcionários, pais e alunos, compreendam as novas regras e as vantagens da descentralização, além de estarem preparados para assumir novas responsabilidades e compromissos.

Diante dessas dificuldades, é importante que os gestores públicos invistam em políticas e ações que garantam a participação ativa de todos os envolvidos no processo educacional e que contemplem as necessidades específicas de cada escola. A formação de redes de colaboração entre escolas, municípios e estados pode ser uma saída para superar as dificuldades enfrentadas na descentralização da administração da escola pública.

O objetivo central da descentralização da gestão escolar em escolas públicas no Brasil é promover uma maior autonomia e participação das comunidades locais na administração e tomada de decisões educacionais. A descentralização busca dar mais espaço e poder para que os gestores escolares possam tomar decisões que melhor atendam às necessidades específicas de suas escolas, bem como permitir uma maior articulação entre profissionais, pais e alunos nas decisões e desenvolvimento do processo educacional.

A descentralização da gestão escolar é vista como uma ferramenta importante para tornar as escolas mais responsivas às necessidades dos alunos. A partir do momento em que a tomada de decisões é descentralizada, os professores, diretores e coordenadores de escolas têm mais liberdade para liderar mudanças e inovações pedagógicas, direcionando recursos e planejando atividades para atender às necessidades dos alunos locais. Além disso, as escolas se tornam mais responsáveis e transparentes sobre o desempenho educacional, e devem agir para alcançar melhores resultados.

A ideia é que a descentralização da gestão escolar possa engajar as comunidades locais, tornando-as mais envolvidas e participantes do processo educacional. As comunidades, portanto, passam a ter um papel mais ativo na tomada de decisões, contribuindo para a construção de políticas educacionais mais relevantes e comprometidas com o sucesso dos alunos. Assim, espera-se que a gestão escolar descentralizada possa contribuir para uma melhoria significativa da qualidade da educação, aumentando a equidade e a inclusão de todos os alunos nas escolas públicas do Brasil.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da crescente incidência de violência e ataques em escolas brasileiras, é importante refletir sobre as causas e as soluções para esse problema. A criminalização de jovens e adolescentes

tem sido um tema recorrente nas discussões sobre a segurança pública, mas é necessário entender que a violência nas escolas não pode ser resolvida apenas com medidas de repressão.

É preciso compreender que a violência nas escolas reflete a violência presente na sociedade como um todo, e está relacionada a questões como o acesso precário à educação de qualidade, a desigualdade social, a violência doméstica, o abuso e a falta de oportunidades. Acredita-se que além disso, a violência nas escolas também está relacionada a fatores psicológicos e emocionais, como a falta de apoio e orientação para lidar com conflitos e frustrações.

Diante desse cenário, é necessário buscar soluções que combinem medidas de prevenção e segurança com a promoção de valores como o respeito, a tolerância e a empatia. Esse trabalho deve envolver todos os atores envolvidos no ambiente escolar, desde os professores e funcionários até os alunos e suas famílias, além das autoridades responsáveis pela gestão da educação e da segurança pública.

A criminalização de jovens e adolescentes não pode ser vista como a única solução para a violência nas escolas. É preciso investir em medidas de prevenção, como a educação para cidadania e o apoio psicológico, além de medidas de segurança adequadas e formação de profissionais que atuam nas escolas. A construção de uma cultura de paz e de respeito nas escolas passa pela valorização dos direitos humanos, do diálogo e da cooperação, e pela promoção de políticas públicas que busquem enfrentar as desigualdades e exclusões sociais.

Verificou-se que o ambiente escolar é um espaço que deveria ser inclusivo e acolhedor para todos os seus frequentadores, especialmente para as crianças e adolescentes que passam grande parte do seu tempo nesse contexto. No entanto, a realidade é que muitas vezes esses sujeitos são invisibilizados e suas vozes não são ouvidas ou valorizadas. É fundamental que a escola se transforme em um ambiente mais democrático e horizontal, que garanta a participação ativa dos estudantes em todas as esferas decisórias da instituição. Somente assim será possível promover uma educação mais humana e igualitária, capaz de formar cidadãos críticos e conscientes de seus direitos e deveres na sociedade.

Em resumo, considera-se que é preciso olhar para a violência e os ataques no ambiente escolar de forma ampla e integrada, e buscar soluções que busquem lidar de forma adequada com a complexidade do problema. O objetivo deve ser a promoção de um ambiente escolar seguro e acolhedor para todos, em que a violência e a criminalização sejam combatidas de forma efetiva e sustentável.

Conclui-se que a descentralização nas escolas públicas do Brasil é um processo fundamental para alcançar melhorias significativas na qualidade da educação. A transferência de poder e recursos para as escolas permite uma administração mais eficiente e adaptada às

necessidades locais, o que pode levar a uma maior participação da comunidade escolar e melhores resultados de aprendizagem para os alunos. No entanto, é necessário garantir que a descentralização ocorra de maneira responsável, com a implementação de políticas de monitoramento e avaliação adequadas. Além disso, é preciso reconhecer que a descentralização sozinha não é suficiente para resolver todas as deficiências do sistema de educação pública. É preciso promover políticas mais abrangentes e integradas, que considerem questões como financiamento adequado, formação de professores, tecnologia educacional e inclusão social. Ao promover a descentralização aliada a essas políticas, é possível garantir uma educação pública de qualidade e mais inclusiva para todos os alunos do país.

## REFERENCIAS

BBC, **ataques nas escolas brasileiras**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57080796>. Acesso em: 11 de abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Apoio à Gestão Educacional. **Gestão da educação: orientações e referências para a formação de gestores**. Brasília: Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação, 2006.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Diretoria de Apoio à Gestão Educacional. **Guia para a elaboração do projeto político-pedagógico da escola Brasília**: Ministério da Educação, 2007.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. Diretoria de Apoio à Gestão Educacional. **Indicadores da qualidade na educação básica: gestão educacional**. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

BRZEZINSKI, Iria; HECKERT, Ana Luísa Fayet. **Gestão escolar: descentralização e participação da comunidade**. Educação & Sociedade, Campinas, v. 24, n. 82, p. 1013-1039, 2003.

DALTOZO, José Paulo; VERGANI, Carlos Eduardo. **A escola e a violência contra educadores**. São Paulo: Páginas e Letras, 2021.

ESCOLAS, **escolas transformadoras**. Disponível em: <https://www.escolastransformadoras.com.br/>. Acesso em: 11 abr. 2023.

FIGUEIREDO, S. S. **Bullying: riscos e consequências para o desenvolvimento infantil**. Temas em Psicologia, v. 21, n. 1, p. 91-100, 2013.

FRANCO, C. F. Ensino Médio: **gestão escolar em São Paulo: análise das estratégias de gestão democrática nas escolas**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-22052015-110336/>. Acesso em: 11abr. 2023.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.



G1 São Paulo. **Ataque a escola em Suzano:** o que se sabe até agora sobre o tiroteio que deixou mortos e feridos. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2019/03/13/ataque-a-escola-em-suzano-o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-o-tiroteio-que-deixou-mortos-e-feridos.ghtml>. Acesso em: 11abr. 2023.

G1 Santa Catarina. **Alunos são atacados a faca dentro de escola em Blumenau, SC.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/07/23/alunos-sao-atacados-a-faca-dentro-de-escola-em-blumenau-sc.ghtml>. Acesso em: 11Abr. 2023.

GUTIÉRREZ, Maria Luiza et al. **Ataques a escolas:** fatores de risco e prevenção. Revista Ibero-americana de Estudos em Educação, v.13, n.4, p. 962-979, 2018.

LÚCIO, V. et al. **A descentralização da gestão escolar e a promoção da qualidade da educação.** Cadernos de Pesquisa em Educação, v. 33, n. 119, p. 269-286, jul./set. 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cp/article/view/44651>. Acesso em: 11abr. 2023.

MACHADO, H. R., Lopes, E. A., Corrêa, P. C., & Silveira, J. D. **Programa para prevenção da violência mediada pelas tecnologias de informação e comunicação (ProTIC):** um estudo piloto. Estudos de Psicologia (Campinas) 2019.

MENEZES-FILHO, Naércio Aquino. **Descentralização da gestão escolar no Brasil:** o que os resultados de avaliações nos dizem?. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação, v. 28, n. 2, p. 269-286, 2012.

MONTEIRO, T. M. S.; SOARES, C. R. **Violência na escola:** uma perspectiva brasileira. Revista de Estudos Universitários, n. 38, p. 51–68, 2012.

MOREIRA, Eunice Maria. **Escola sem violência:** construindo relações de paz. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2018.

OLWEUS, D. **Bullying at school:** What we know and what we can do. Oxford: Blackwell, 1993.

PARO, Vitor Henrique. **Gestão democrática da escola pública, São Paulo:** Ática, 2006.

PEREIRA, J. C. **A descentralização da gestão escolar:** estudo de caso em escolas públicas do município de Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/handle/1843/ECAP-AY6MWD/disserta\\_\\_o\\_jose\\_carlos\\_final\\_231017.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/handle/1843/ECAP-AY6MWD/disserta__o_jose_carlos_final_231017.pdf?sequence=1). Acesso em: 11 abr. 2023.

RAMOS, Sílvia. **Educação é paz:** prevenção da violência na escola. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ROMANELLI, Geraldo. **Questões atuais da educação, São Paulo:** Cortez, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Criminalização e escola:** a violência como política criminalizante. São Paulo: Cortez, 2004.

THEGUARDIAN, **crianças e professores mortos em ataques a escola prejudicam a confiança na segurança do Brasil.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2021/may/04/attack-on-school-brazil-kills-children-and-teachers>. Acesso em: 11 abr. 2023.

UNESCO. **Violência escolar e bullying.** 2019. Disponível em:

<<https://en.unesco.org/themes/bullying-and-school-violence>>. Acesso em: 11 abr. 2023.

# INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A LIBERDADE EM XEQUE: DA RELAÇÃO ENTRE AMBAS E A EXCLUSÃO ECONÔMICA E SOCIAL DELAS DECORRENTES COMO VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE

Bruna Caroline Lima de SOUZA<sup>1</sup>  
Dirceu Pereira SIQUEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

A garantia dos direitos sociais no Brasil é previsto constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais, porém, no Brasil, tais direitos ainda acabam por figurar como direitos sem plena eficácia, sob o argumento de ausência de disponibilidade de recursos públicos suficientes. Em contrapartida, a liberdade vigora no ordenamento jurídico brasileiro como um direito inerente a pessoa humana e como um direito fundamental individual que, em tese, é de aplicação imediata e independente do custeio público para a sua efetivação. Diante desse cenário, a presente pesquisa busca responder aos questionamentos: a inefetividade dos direitos sociais pode afetar a liberdade dos indivíduos e causar exclusão social? Há violação de direitos da personalidade nesse contexto? Tem-se, deste modo, como objetivo geral analisar se a inefetividade dos direitos sociais pode colocar em risco a liberdade dos indivíduos e causar exclusão econômica e social e, se esse contexto, traz como consequência a violação à direitos da personalidade e como objetivos específicos: a) analisar se há relação entre os direitos sociais e a liberdade e, se há, o que a inefetividade desses direitos afeta no âmbito da liberdade; b) analisar se e, se sim, como a inefetividade dos direitos sociais produz exclusão econômica e social; c) analisar se e como esse conjunto pode implicar em violação a direitos da personalidade, partindo da tutela reservada a tais direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tal análise, utilizar-se o método hipotético-dedutivo e a metodologia pautada na técnica de revisão bibliográfica, utilizando-se de livros e artigos, físicos ou virtuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos sociais; Liberdade; Autodeterminação; Exclusão social; Direitos da personalidade.

## ABSTRACT

The guarantee of social rights in Brazil is constitutionally provided for as fundamental rights and guarantees, however, in Brazil, such rights still end up appearing as rights without full effectiveness, on the grounds of lack of availability of sufficient public resources. On the other hand, freedom prevails in the Brazilian legal system as a right inherent to the human person and as a fundamental individual right that, in theory, is immediately applicable and independent of public funding for its effectiveness. Given this scenario, this research seeks to answer the questions: can the

---

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES (Modalidade Bolsa/ PROSUP); Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR), na condição de bolsista CAPES (modalidade Bolsa/PROSUP); Bacharel em Direito na mesma instituição, na condição de Bolsista PROUNI; Advogada; Endereço profissional: Rua Neo Alves Martins, 989, apto 1104, Zona 3, Maringá/PR, CEP 87050-110; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3486-9268>; CV: <http://lattes.cnpq.br/7078079716125246>; Endereço Eletrônico: [brunacarolinelimadesouza@gmail.com](mailto:brunacarolinelimadesouza@gmail.com).

2 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 Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar); Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Endereço eletrônico: [dpsiqueira@uol.com.br](mailto:dpsiqueira@uol.com.br).

ineffectiveness of social rights affect the freedom of individuals and cause social exclusion? Is there a violation of personality rights in this context? Thus, the general objective is to analyze whether the ineffectiveness of social rights can jeopardize the freedom of individuals and cause economic and social exclusion and, if this context, brings as a consequence the violation of personality rights and as specific objectives : a) to analyze whether there is a relationship between social rights and freedom and, if so, what the ineffectiveness of these rights affects in terms of freedom; b) analyze whether and, if so, how the ineffectiveness of social rights produces economic and social exclusion; c) analyze whether and how this set may imply violation of personality rights, based on the protection reserved for such rights by the Brazilian legal system. For such an analysis, use the hypothetical-deductive method and the methodology based on the bibliographic review technique, using books and articles, physical or virtual.

**KEYWORDS:** Social rights; Freedom; Self-determination; Social exclusion; Personality rights.

## INTRODUÇÃO

A garantia dos direitos sociais no Brasil é previsto constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais, porém, no Brasil, tais direitos ainda acabam por figurar como direitos sem plena eficácia, vez que condicionados ao orçamento público disponível e a decisões administrativas com vistas a sua efetivação por meio de políticas públicas.

Deste modo, direitos como saúde, educação, alimentação, moradia, entre outros, são condicionados a deliberações e orçamentos públicos, e que, sob o argumento do alto custo para a efetivação de tais direitos, os mesmos acabam não sendo efetivados de forma concreta ou quando são, tal efetivação normalmente se dá de modo deficitário, prejudicando a efetiva garantia desse direito a todos, especialmente àqueles que dependem precipuamente do agir estatal para o acesso a tais bens básicos.

Todavia, a inefetividade dos mesmos acarreta consequências sociais, que ultrapassam os limites da própria garantia dos direitos sociais, atingindo outros direitos precípuos a pessoa humana.

Em contrapartida, a liberdade vigora no ordenamento jurídico brasileiro como um direito inerente a pessoa humana e como um direito fundamental individual que, em tese, é de aplicação imediata e independente do custeio público para a sua efetivação.

Nesse contexto, a presente pesquisa busca responder aos questionamentos: a inefetividade dos direitos sociais pode afetar a liberdade dos indivíduos e causar exclusão social? Há violação de direitos da personalidade nesse contexto?

Desta forma, tem-se como objetivo geral analisar se a inefetividade dos direitos sociais pode colocar em risco a liberdade dos indivíduos e causar exclusão econômica e social e, se esse contexto, traz como consequência a violação à direitos da personalidade. Já de forma específico, tem-se como objetivos: a) analisar se há relação entre os direitos sociais e a liberdade e, se há, o que a inefetividade desses direitos afeta no âmbito da liberdade; b) analisar se e, se sim, como a

inefetividade dos direitos sociais produz exclusão econômica e social; e, c) analisar se e como esse conjunto pode implicar em violação a direitos da personalidade, partindo da tutela reservada a tais direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para viabilizar tais análises, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo e a metodologia pautada na técnica de revisão bibliográfica, de forma a seguir um caminho metodológico adequado as análises propostas e a fundamentação adequada de tais análises. Para a metodologia adotada, utilizar-se principalmente livros e artigos, físicos ou virtuais, entre esses últimos aqueles disponibilizados em banco de dados nacionais ou estrangeiros, tais como o Google Acadêmico, Scielo e Ebsco, em revistas eletrônicas de alta qualidade ou em bibliotecas virtuais de universidades, especialmente os disponibilizados na Biblioteca Virtual da Universidade Cesumar – UNICESUMAR.

Para a escolha dos textos que fundamentarão a pesquisa considerar-se-á a qualidade dos textos e a investigação dos mesmos acerca de algum ou vários dos pontos analisados no artigo, e, nas bases virtuais, utilizar-se-á para a pesquisa palavras-chave relacionada as análises, em especial os termos: direitos sociais; liberdade; direitos sociais e liberdade; inefetividade dos direitos sociais; pobreza; exclusão social; direitos da personalidade. Entre os textos encontrados, serão utilizados apenas aqueles que contribuirão efetivamente para a análise das propostas investigadas no artigo.

## 1. DIREITOS SOCIAIS E LIBERDADE: UMA RELAÇÃO DE INTERDEPEDÊNCIA?

Os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro atualmente correspondem aos direitos “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” (art. 6º, “caput”, CRFB) e podem ser “entendidos como prestações positivas enunciadas no texto constitucional e oferecidas pelo Estado com o fim de que todos tenham garantidos os meios básicos à subsistência digna, livre das privações materiais que aviltam o ser humano”<sup>3</sup>.

Os direitos sociais possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos e tendem a realizar a igualização de situações desiguais, atrelando-se, assim, ao direito de igualdade<sup>4</sup>, o qual, com o advento do Estado Social, em que a lógica é interventiva e exige que o Estado “melhore” as condições de vida dos cidadãos<sup>5</sup>, não figura mais em uma perspectiva de igualdade formal, posto

---

3 NASCIMENTO, Marilza Ferreira do; MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo. Os direitos sociais no Brasil e as constituições de 1934 e de 1988: a atualização de uma memória. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 19, n. 33, p. 217-231, jan./jun. 2022, p. 221. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/10617/6767>. Acesso em: 06 abr. 2023.

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 286.

5 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** – Teoría del garantismo penal. 10.ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 864.

que compreendeu-se que a generalidade da lei não era suficiente para que houve a salvaguarda de uma igualdade (real)<sup>6</sup>.

Desta forma, os direitos sociais exigem uma atuação positiva por parte do Estado objetivando a plena concretização desses direitos<sup>7</sup> e, com isso, o alcance de uma igualdade que seja material e isonômica para todos.

Todavia, os direitos sociais não são importantes apenas em razão da sua relação com o direito à igualdade, na medida em que “valem como pressupostos do gozo de garantias individuais, proporcionando assim condição mais compatível com o exercício da liberdade”<sup>8</sup> e vigoram, assim, como “basilares para o próprio exercício das liberdades”<sup>9</sup>.

Nesse sentido:

[...] as liberdades substantivas são basicamente garantidas pelos direitos sociais. **Claro que as restrições às liberdades políticas e civis representam, sem qualquer dúvida, outra forma de interceptação do desenvolvimento. Entretanto, é relevante registrar que são os direitos sociais que garantem a substância para que elas sejam exercidas.** Em outros termos, não há que se falar em direitos civis e políticos se à população não estão asseguradas as condições materiais básicas para o seu alcance.<sup>10</sup> – destaque nosso.

A liberdade, em sentido amplo, pode ser definida como a condição daquele que é livre, a autodeterminação, a capacidade de agir por si, a independência e a autonomia<sup>11</sup>. É um termo que do grego *eleuthería* e designa o homem livre, enquanto que no latim, a etimologia da palavra encontra-se relacionada ao adjetivo *liber* (deriva de liberto)<sup>12</sup>.

Deste modo, ela pressupõe uma capacidade de agir, uma autodeterminação do indivíduo em relação a sua vida e uma liberdade para as suas escolhas, pressupondo que o indivíduo possua uma autonomia que o torne, de fato livre. Todavia, esta liberdade substantiva do indivíduo não se mantém por si só, pois elas implicam no necessário acesso a elementos basilares para que elas se tornem efetivas.

Isto porque, “as liberdades dependem também de outros determinantes, como as

6 BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos sociais em tempos de crise:** ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2017, p. 110.

7 MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 17, n. 1, p. 111-134, jan./jun. 2016, p. 115. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/750>. Acesso em: 06 abr. 2023.

8 SANTOS, Luiz Antonio. Reflexão crítica sobre os direitos sociais frente a crise relacionada ao covid 19 no Brasil. **IDP Law Review**, v. 1, n. 2, p. 56-77, 2022, p. 60. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5657>. Acesso em: 06 abr. 2023.

9 BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos sociais em tempos de crise:** ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2017, p. 113.

10 CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie**, v. 15, n. 29, p. 1-25, 2016, p.15. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 06 abr. 2023.

11 JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

12 MORA, J. F. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões [...] públicas)”<sup>13</sup>, de modo que a liberdade, de modo geral, não sobrevive por si só, pois ela depende do acesso a outros direitos para que ela tenha forma e efetividade na vida dos indivíduos.

E entre esses outros direitos, encontram-se os direitos sociais como elemento basilar para o exercício da liberdade, em razão não apenas da função desses direitos de auxiliar na promoção de uma igualdade material, diminuindo as diferenças existentes entre os indivíduos da sociedade, mas também como forma da própria emancipação da liberdade, real, das pessoas, uma vez que “constringem a liberdade, a privação de necessidades básicas, como a fome, o não acesso a serviços de saúde e educação, o desemprego, a insegurança econômica e social”<sup>14</sup>.

Assim, a noção de liberdade enquanto poder efetivo de realizar o que escolheria é uma parte importante da concepção geral de liberdade, e o aspecto referente ao bem-estar é precipuamente importante em problemas como os atinentes a seguridade social, ao alívio da pobreza, a remoção da desigualdade econômica acentuada e, de maneira geral, na busca da justiça social<sup>15</sup>

Nesta toada, a relação entre os direitos sociais e a liberdade se mostram como interdependentes, na medida em que são os direitos sociais que permitem com que a liberdade seja, de fato, livre de condições que a privem de sua materialidade e amplitude, permitindo aos indivíduos que possam viver com autonomia, autodeterminação e possuam plena capacidade de agir, ao revés, é com a liberdade que se permite que as pessoas façam escolhas que visem a uma melhora de seu bem-estar e ajudem na superação das desigualdades existentes.

Ademais, coaduna com esta perspectiva os ensinamentos de Amartya Sen<sup>16</sup>, que propõe o desenvolvimento como liberdade, destacando a necessidade de integrar na análise do desenvolvimento outras esferas, como a social e a política, trazendo uma proposta que estabelece a qualidade de vida e a liberdade das pessoas como fins do desenvolvimento<sup>17</sup>, e no qual argumenta

---

13 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17-18.

14 CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie**, v. 15, n. 29, p. 1-25, 2016, p.15. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 10 abr. 2023.

15 ROQUE, Augusto. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**: uma aplicação dos conceitos de Amartya Sen à educação de adultos. Dissertação – Mestrado em Administração de Empresas – Centro Universitário da FEI. 153.f. São Paulo, 2009, p. 30. Disponível em: <https://repositorio.fei.edu.br/bitstream/FEI/198/1/fulltext.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

16 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

17 WALTENBERG, Fábio Domingues; MARTINS, Fernanda Scarparo. O papel da educação no desenvolvimento como liberdade: uma análise comparada de Finlândia e Coreia do Sul. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 56, p. 283-321, out./dez. 2020, p. 285. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/1116/568>. Acesso em: 11 abr. 2023.

que “a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social”<sup>18</sup>.

A visão adotada por Sen sobre a liberdade, envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas têm, considerando as suas circunstâncias pessoais e sociais<sup>19</sup>.

De tal forma, a liberdade efetiva também encontra-se relacionada a retirada de restrições sobre a vida das pessoas, especialmente as restrições atinentes a pobreza, a falta de oportunidades, a ausência de acesso a direitos e bens básicos para que haja o desenvolvimento pessoal do ser humano, de forma que a ausência de direitos básicos como os direitos sociais garantidos constitucionalmente pelo art. 6º da Constituição Federal, implica também na limitação da liberdade individual de cada cidadão.

## 2. INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E EXCLUSÃO ECONÔMICA E SOCIAL

Nesse cenário, e em que pese a própria liberdade dos indivíduos esteja precipuamente ligada as garantias dos direitos sociais, “no Brasil, a efetivação dos direitos econômicos e sociais ainda se mantém como meta para a redução de desigualdades sociais e regionais e par o pleno respeito à pessoa humana”<sup>20</sup>, pois se tratam de “um conjunto de direitos que exigem a realização de autênticas prestações de serviços por parte do Estado, com o fim de suprir ou incrementar direitos de igualdade”<sup>21</sup> e, inclusive, direitos de liberdade, conforme já delineado.

Assim, “a efetividade dos direitos sociais é condicionada pelas limitações da disponibilidade financeira do Estado e das demais entidades públicas”<sup>22</sup>, vez que todo direito social implica em um custo<sup>23</sup>.

Ademais, Nogueira<sup>24</sup> ensina que a dificuldade em alocar direitos sociais antecede a necessidade de deslocamento de quantias expressivas de recursos públicos, dentre eles os

---

18 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

19 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31.

20 FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direitos Humanos, econômicos, sociais e culturais. **Prim@Facie**, v. 5, n. 8, p. 36-46, 2006, p. 42. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/7182/4322>. Acesso em: 11 abr. 2023.

21 LIBERATI, W. D. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

22 BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2017, p. 145.

23 SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na Área de Saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n.1, p. 257-282, jan./abr. 2017, p. 259. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/858>. Acesso em: 12 abr. 2023.

24 NOGUEIRA, Marco Aurélio. Os Direitos sociais como causas cívicas. **Saúde e Sociedade**, v. 11, n. 1, p. 15-24, 2002, p. 18. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.

php?script=sci\_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=pt&nrm=isso. Acesso em: 12 abr. 2023.



financeiros, humanos, técnicos, organizacionais, entre outros, e como são de natureza ampla, acabam quase sempre afetando interesses já estabelecidos, necessitando de acordos e pactos sociais e de decisões administrativas, que acabam dificultando a implementação dos direitos sociais.

Desta forma, o Brasil enfrenta o dilema de haver direitos sociais constitucionalmente previstos, mas que não possuem a sua garantia concreta à todos que dependem do acesso à esses direitos por meio do Estado, situando os direitos sociais em um panorama em que se figuram como direitos de precípua importância para a vida da população, mas que o Estado acaba falhando na garantia desses direitos de forma qualitativa e plena, demonstrando um quadro de uma vasta ineficácia de tais direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal cenário e ineficácia acaba gerando inúmeras consequências maléficas a vida dos cidadãos que dependem precipuamente dessa atuação positiva do Estado na garantia da educação, da saúde, da alimentação, da moradia, etc., para que tenham tais direitos de modo acessível e possam se desenvolver de forma livre, igualitária e emancipadora. Tal contexto é ainda mais temeroso ao levar em consideração “a realidade brasileira de extrema desigualdade e pobreza”<sup>25</sup>, em que a maior parte da população depende da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas que se referem a educação, saúde e moradia<sup>26</sup>, para que possua o acesso a bens tão necessários.

Nesse caminho, “a pobreza pode traduzir-se numa privação ou numa insuficiência no acesso à bens fundamentais (v.g. alimentação, saúde) que põem em causa a própria sobrevivência”<sup>27</sup> e pode ser situada não apenas ao fator atinente a baixa renda, mas também a questões relacionadas à dependência do acesso a serviços públicos para obter o acesso a bens fundamentais, como a saúde, a educação, a alimentação, entre outros<sup>28</sup>.

Nesta toada, destaca-se a concepção de Amartya Sen acerca da pobreza como privação de capacidades:

[...] a pobreza pode sensatamente ser identificada em termos de privação das capacidades, com a abordagem concentrando-se em privações intrinsecamente importantes, em contrapartida com a renda baixa, cujo valor é apenas de forma instrumental; b) existem outras influências sobre a privação de capacidades, portanto sobre a pobreza real, além do

---

25 MAIA, Mário Sérgio Falcão; BARACHO, Hertha Urquiza. A efetividade dos direitos sociais no Brasil: comentários sobre o papel do judiciário. **Prim@ Facie**, v. 6, n. 10, p. 53-68, 2007, p. 56. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/6535>. Acesso em: 12 abr. 2023.

26 SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599, p. 587.

27 LOUREIRO, João Carlos. Responsabilidade (s), pobreza e mundo: para uma tópica (inter)constitucional da pobreza. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. **Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 395 – 424, p. 409.

28 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema. **Revista Meritum**, v. 15, n. 1, p. 179-199, jan./abr. 2020, p. 192. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7873>. Acesso em: 12 abr. 2023.

baixo nível de renda, já que esta não é o único instrumento de geração de capacidades; c) a relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos, aduzindo que o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional.<sup>29</sup>

Assim, para o teórico, a pobreza extrema, manifestada na forma de privação de liberdade econômica, pode acabar tornando uma pessoa indefesa em relação a outros tipos de liberdade, como a social<sup>30</sup>, de forma que a pobreza não acarreta apenas em consequências econômicas, mas também até em questões sociais.

Desta forma, a pobreza acaba por figurar como uma forma de exclusão social, advinda de uma distribuição desigual de elementos cruciais para que haja uma vida digna, bens esses que correspondem à capacidade que os indivíduos, famílias e comunidades detêm de suprir suas necessidades básicas<sup>31</sup>, necessidades essas que se situam, em sua maioria, em direitos sociais, como saúde, alimentação, moradia, educação, etc.

Nesse contexto, a inefetividade dos direitos sociais corrobora demasiadamente com a ampliação dos níveis da pobreza e com a privação não apenas dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, mas também impetram violações sob diversos aspectos da liberdade dos indivíduos e a privações em sua capacidade de desenvolvimento enquanto pessoa e enquanto ser social, gerando uma reiterada exclusão econômica e social em face de inúmeras pessoas na sociedade que além de possuírem o acesso financeiro a bens básicos, também são desprovidas do acesso a tais bens pelo Estado, em razão da inefetividade estatal na garantia de direitos sociais básicos.

Essa exclusão econômica e social em decorrência da inefetividade estatal na garantia dos direitos sociais acabam trazendo prejuízos e consequências maléficas às pessoas que são excluídas, isto é, especialmente aos pobres, vez que ao mesmo tempo em que situam-se dentro da sociedade e da comunidade, encontram-se fora dela em razão da exclusão causada por essa pobreza e ineficácia de direitos essenciais para ampliar a igualdade e a liberdade dos indivíduos.

### **3. O PRODUTO DESSES FENÔMENOS COMO VIOLADOR A DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Conforme se vislumbrou anteriormente, os direitos sociais mantêm uma íntima relação não apenas com o direito à igualdade, mas também com o direito à liberdade, uma vez que tais

---

29 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 121.

30 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 23.

31 FERNANDES, David Augusto. Ânodo de sacrifício: a pobreza e a indignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 3, n. 48, p. 299-319, 2017, p. 309. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2182/1362>. Acesso em: 12 abr. 2023.

direitos são precípuos para que as pessoas possam ter plena capacidade de agir e de escolher, autodeterminação e independência, isto é, de serem livres de fato, de modo que a restrição em direitos basilares como os sociais para os indivíduos acabam por limitar essa liberdade, que fica restrita e não é exercida em plenitude e em toda a potencialidade.

Como consequência, a inefetividade dos direitos sociais a todos os indivíduos que dependem precipuamente do Estado para o acesso a tais bens elencados como direitos sociais, acaba por produzir uma limitação na esfera da liberdade desses indivíduos, contribuindo para um aumento reiterado da desigualdade e de pessoas em situação de pobreza e de extrema pobreza.

Todos esses fenômenos somados, acabam por produzir a exclusão econômica e social de inúmeros indivíduos, especialmente os que se situam nos patamares mais inferiores da sociedade em termos econômicos, fazendo com que tais pessoas, em que pese se situem dentro da sociedade, sejam “jogadas” a margem dessa mesma sociedade, totalmente excluídas, vivendo em um contexto de ausência de bens essenciais à vida e sem possuir, de fato, uma liberdade a ser exercida, pois as suas capacidades são totalmente limitadas em decorrência dessas condições já delineadas.

Deste modo, tal cenário já se mostrou demasiadamente violador em relação a liberdade e a própria manutenção do indivíduo dentro da sociedade, mas e em relação aos direitos da personalidade, será que os mesmos também são violados por todos esses fenômenos?

Para responder a esse questionamento, primeiramente necessário a compreensão acerca da personalidade e do que são os direitos da personalidade. A personalidade é definida por Rodrigues<sup>32</sup> como o “conjunto de caracteres do próprio indivíduo, perfazendo-se na parte intrínseca da pessoa humana”.

Diogo Costa Gonçalves<sup>33</sup>, por sua vez, defende que a personalidade pode ser compreendida como “o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”, enquanto Szaniawski<sup>34</sup> entende que “a personalidade humana consiste no conjunto de características da pessoa, sua parte mais intrínseca”.

Assim, e considerando a importância da personalidade como elemento intrínseco da pessoa, e que a ordem jurídica possui como destinatário o ser humano, a tutela dos direitos da personalidade se dá especialmente pela Constituição, por meio do reconhecimento do princípio da

---

32 RODRIGUES, Edgar Dener. A previdência social à luz da teoria dos direitos fundamentais: um direito da personalidade. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 1, n. 2, p. 207-223, jul./dez. 2015, p. 211. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

33 GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade**. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Editora Almedina, 2008, p. 68.

34 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

dignidade humana, vez que embora a Constituição da República Federativa do Brasil não possua um dispositivo codificando especificamente a tutelada da personalidade humana, ela acaba por reconhecer e tutelar um direito geral da personalidade por meio do referido princípio, o qual vigora como princípio fundamental diretor de todo o ordenamento jurídico e como cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade humana<sup>35</sup>.

Deste modo, e considerando que o vínculo entre a personalidade e pessoa é orgânico<sup>36</sup>, os direitos da personalidade, pautados no princípio da dignidade humana, visam proteger a “faculdade, assegurada a qualquer pessoa, de que sua personalidade possa se desenvolver em seus aspectos físicos, psíquicos e morais, de forma plena e com a mais liberdade possível”<sup>37</sup>.

Tais direitos encontram-se, assim, relacionados a concepção da proteção da pessoa naquilo que lhe é mais íntimo, ou seja, no seu livre desenvolvimento enquanto ser<sup>38</sup>, figurando-se como essenciais para o desenvolvimento e realização da pessoa, e garantem o respeito e gozo ao próprio ser da pessoa, em todas as dimensões, físicas e espirituais<sup>39</sup>.

Os direitos figuram, nesta toada, como “instrumento de promoção e emancipação da pessoa, considerada em qualquer situação jurídica que venha a integrar”<sup>40</sup>, devendo o direito geral de personalidade ser interpretado como “um direito de autodeterminação ético-existencial, na realização do seu projeto de vida, nas escolhas que pode fazer”<sup>41</sup>.

Assim, os direitos da personalidade, de forma geral, busca tutelar a personalidade humana, a pessoa e o desenvolvimento dessa personalidade, de forma a garantir que tal desenvolvimento se dê de forma livre e plena, de modo que a pessoa tenha garantida a sua dignidade humana, bem como possua autodeterminação e liberdade para as escolhas da vida, e para o seu desenvolvimento físico, mental e espiritual, buscando proteger a pessoa humana e a sua

---

35 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

36 CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 64.

37 BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de mobbing ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 473-487, dez. 2006, p. 475. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/322/181>. Acesso em: 13 abr. 2023.

38 CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 69.

39 FOLLONE, Renata Ap; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A perspectiva do direito de personalidade do idoso sob o fundamento da dignidade humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). **Democracia, cidadania e os direitos da personalidade**: uma releitura contemporânea. 1.ed. Birigui- SP: Boreal Editora, 2017, p. 314-330, p. 317.

40 TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002, p. 118.

41 MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 12, n. 1, p. 175-203, jan./jun. 2012, p. 187. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2354/1669>. Acesso em: 1 abr. 2023.

personalidade de forma integrada e com a maior dignidade e liberdade possível.

Nesse contexto, importante destacar que “a importância do desenvolvimento em geral, inclusive o desenvolvimento da personalidade, possui uma importante faceta social da ampliação do acesso a bens primários, tais como: alimentação, moradia, educação, trabalho e saúde”<sup>42</sup>, vez que a tutela da personalidade não deve ser contida em setores estanques, pois a pessoa, a luz do sistema constitucional, requer uma proteção integrada<sup>43</sup>.

Diante desse contexto da tutela dos direitos da personalidade humana, a restrição a qualquer aspecto da liberdade humana, que limite a autodeterminação, escolha de vida, e desenvolvimento livre da personalidade e da pessoa humana, acabam por violar também os direitos da personalidade, vez que obstaculiza a proteção integral da personalidade humana em razão dessas limitações a liberdade do ser humano e de seu desenvolvimento.

Deste modo, a inefetividade dos direitos sociais não implica apenas na ausência de efetividade desses direitos para a população e como violador da liberdade, da igualdade e como instrumento de exclusão econômica e social dos indivíduos, especialmente dos que se situam em nível de pobreza e extrema pobreza, como delineado anteriormente, mas também acaba por acarretar em violações reiteradas aos direitos da personalidade dos indivíduos, ao limitar o desenvolvimento livre e pleno da personalidade dos mesmos, bem como a sua autodeterminação, escolhas de vida e ao restringir o acesso a bens primários como alimentação, saúde, moradia, educação, precipuamente necessários para que esse desenvolvimento livre e pleno ocorra e para que a pessoa tenha a possibilidade de, de fato, autodeterminar-se e emancipar-se.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente verificou-se a intrínseca relação a liberdade, enquanto uma capacidade de agir, de escolher e de autodeterminação do indivíduo possui com os direitos sociais, na medida em que a ausência do acesso a esses direitos básicos acabam por privar o indivíduo de exercício de uma liberdade de fato, enquanto que o acesso a tais direitos permite que o indivíduo retire as barreiras que limitam a sua capacidade de autodeterminação e viabilize a liberdade seja por ele exercida livre de condições que privem a materialidade e amplitude desse direito.

Nesta toada, a ausência de acesso a bens basilares como os protegidos constitucionalmente como direitos sociais acaba por implicar em uma limitação da liberdade individual, pois limita a capacidade de agir, de fazer escolhas e de autodeterminação dos indivíduos, sendo que tal ausência

42 MARCO, Cristhian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 12, n.1, p. 13-49, jan./jun. 2013, p. 23. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93428124002.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

43 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. **Temas de direito civil**. v. 3, 1999, p. 26.

de efetividade dos direitos sociais por parte do Estado acaba por afetar especialmente os mais pobres, em especial no Brasil, em que o nível de desigualdade é latente e em que a maioria da população depende necessariamente do agir estatal para ter acesso a esses direitos básicos, em razão da ausência de condições econômicas para obtê-los por si só, o que acaba por promover uma exclusão não apenas econômica dessas pessoas, mas também social, vez que apesar de consideradas inclusas na sociedade, acabam ficando à margem dela.

Como reflexo, e em razão da tutela da personalidade humana proteger o desenvolvimento livre e pleno da pessoa humana, bem como a sua autodeterminação, liberdade de planos da vida e autonomia para as suas escolhas e ações, todo esse contexto se mostra também como violador aos direitos da personalidade e limitadores a proteção da pessoa e de sua personalidade.

Desta forma, é possível compreender que a inefetividade dos direitos sociais pode afetar a liberdade do indivíduo, pois esta, se exercida isolada de outros direitos básicos é limitada e insuficiente, bem como pode causar a exclusão social de inúmeras pessoas que não possuem o acesso a direitos tidos como fundamentais sociais por si só, dependendo do agir estatal na garantia dos mesmos e que, quando inexistente esse agir, os tornam vulneráveis também perante a sociedade e promovem a exclusão dos mesmos nesse seio, deixando-os a margem dessa sociedade. Todo esse conjunto acaba, assim, também se mostrando como violador aos direitos da personalidade dos indivíduos, afetando a sua capacidade de autodeterminação, de agir, de escolher e de desenvolver-se plenamente e livremente.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula; SANTOS, Luciany Michelli Pereira dos. O conceito aberto de desdobramento da personalidade e os seus elementos constitutivos nas situações de mobbing ou assédio moral. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 473-487, dez. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/322/181>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie**, v. 15, n. 29, p. 1-25, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 06 abr. 2023.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direitos Humanos, econômicos, sociais e culturais. **Prim@ Facie**, v. 5, n. 8, p. 36-46, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/7182/4322>. Acesso em: 11 abr. 2023.

FERNANDES, David Augusto. Ânodo de sacrifício: a pobreza e a indignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 3, n. 48, p. 299-319, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2182/1362>. Acesso em: 12 abr. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – Teoría del garantismo penal**. 10.ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 864.

FOLLONE, Renata Ap; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A perspectiva do direito de personalidade do idoso sob o fundamento da dignidade humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). **Democracia, cidadania e os direitos da personalidade: uma releitura contemporânea**. 1.ed. Birigui- SP: Boreal Editora, 2017, p. 314-330.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade**. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

LIBERATI, W. D. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2017.

LOUREIRO, João Carlos. Responsabilidade (s), pobreza e mundo: para uma tópica (inter)constitucional da pobreza. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M; LOUREIRO, João Carlos. **Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 395 – 424.

MAIA, Mário Sérgio Falcão; BARACHO, Hertha Urquiza. A efetividade dos direitos sociais no Brasil: comentários sobre o papel do judiciário. **Prim@ Facie**, v. 6, n. 10, p. 53-68, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/6535>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MARCO, Crithian Magnus de; CASTRO, Matheus Felipe de. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 12, n.1, p. 13-49, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93428124002.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 12, n. 1, p. 175-203, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2354/1669>. Acesso em: 1 abr. 2023.

MORA, J. F. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flavio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 17, n. 1, p. 111-134, jan./jun. 2016. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/750>. Acesso em: 06 abr. 2023.

NASCIMENTO, Marilza Ferreira do; MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo. Os direitos sociais no Brasil e as constituições de 1934 e de 1988: a atualização de uma memória. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, v. 19, n. 33, p. 217-231, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/10617/6767>. Acesso em: 06 abr. 2023.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Os Direitos sociais como causas cívicas. **Saúde e Sociedade**, v. 11, n. 1, p. 15-24, 2002, p. 18. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902002000100004&lng=pt&nrm=isso). Acesso em: 12 abr. 2023.

RODRIGUES, Edgar Dener. A previdência social à luz da teoria dos direitos fundamentais: um direito da personalidade. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 1, n. 2, p. 207-223, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ROQUE, Augusto. **DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE**: uma aplicação dos conceitos de Amartya Sen à educação de adultos. Dissertação – Mestrado em Administração de Empresas – Centro Universitário da FEI. 153.f. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://repositorio.fei.edu.br/bitstream/FEI/198/1/fulltext.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

SANTOS, Luiz Antonio. Reflexão crítica sobre os direitos sociais frente a crise relacionada ao covid 19 no Brasil. **IDP Law Review**, v. 1, n. 2, p. 56-77, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/article/view/5657>. Acesso em: 06 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na Área de Saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n.1, p. 257-282, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/858>. Acesso em: 12 abr. 2023.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema. **Revista Meritum**, v. 15, n. 1, p. 179-199, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7873>. Acesso em: 12 abr. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São



Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. **Temas de direito civil**. v. 3, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, ano 98, v. 364, nov./dez. 2002.

WALTENBERG, Fábio Domingues; MARTINS, Fernanda Scarparo. O papel da educação no desenvolvimento como liberdade: uma análise comparada de Finlândia e Coreia do Sul. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 56, p. 283-321, out./dez. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/1116/568>. Acesso em: 11 abr. 2023.

# O DEVER ESTATAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Octaviano de Biassio MAZZUTTI<sup>1</sup>  
João Vitor MEIRELLES<sup>2</sup>

## RESUMO

Na presente pesquisa, temos por escopo a análise dos direitos sociais, em vistas a possibilitar uma maior compreensão sobre sua natureza e implicações no Direito Constitucional, na Economia e Finanças Públicas e, sobretudo, na realização de ações estatais afirmativas, as quais revelam-se necessárias à sua efetivação daqueles perante as pretensões individuais. Conforme aqui expusemos, tradicionalmente associa-se esta categoria de direitos fundamentais à necessidade de uma postura estatal ativa, conquanto responsável pelo fornecimento das prestações materiais de que dependem os direitos de igualdade. Neste âmbito, averiguamos a evolução histórica dos mesmos até sua positivação na Constituição Federal brasileira e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos para, deste modo, expor a temática pertinente à efetivação dos direitos sociais, seja em relação à atuação do legislador ordinário, seja mediante Políticas Públicas promovidas pelo Executivo, ou mesmo através de decisões do Poder Judiciário. Destarte, os capítulos que se seguem promovem, inicialmente, a formulação de considerações gerais acerca dos direitos sociais e, em seguida, debruçam-se sobre as possibilidades de afirmação dos direitos sociais através da atuação dos Três Poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais; Políticas Públicas; Judicialização.

## ABSTRACT

In this research, we have as scope the analysis of social rights, enabling a greater understanding of their nature and implications in Constitutional Law, in the Economy and Public Finances and, above all, in the realization of affirmative state actions, which reveal themselves to be necessary for their assertion of those rights before the individual claims. As we have explained here, this category of fundamental rights is traditionally associated with the need for an active state posture, although responsible for providing the material benefits on which equality rights depend. In this context, we investigate their historical evolution until their positivization in the Brazilian Federal Constitution and in the International Treaties of Human Rights, in order to, in this way, expose the pertinent theme to the realization of social rights, either in relation to the performance of the ordinary legislator, or through Policies Public actions promoted by the Executive, or even through decisions of the Judiciary. Thus, the chapters that follow promote, initially, the formulation of general considerations about social rights and, then, focus on the possibilities of asserting social rights through the action of the Three Powers.

**KEYWORDS:** Social Rights; Public Policy; Judicialization.

## 1. INTRODUÇÃO

Por serem caracterizados essencialmente por sua dimensão *positiva/prestacional* — muito

- 
- 1 Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), e em História pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela mesma instituição, e pós-graduando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). E-mail: [tatamazutti@gmail.com](mailto:tatamazutti@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4273429908640620>.
  - 2 Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: [jvmeirelles82@gmail.com](mailto:jvmeirelles82@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3830151280310274>.

embora não se limitem à ela, como será abordado —, os direitos sociais estão intrinsecamente ligados ao poder estatal, gerando encargos financeiros aos entes federativos. Nesta lógica a pesquisa em questão analisou qual o grau de responsabilização e a extensão dos deveres estatais perante tais encargos; quais obrigações governamentais decorrem destes direitos; a posição destas mesmas obrigações em situações economicamente desfavoráveis; os modelos de Estado desenvolvidos na Idade Contemporânea e suas respectivas posições no tratamento dos direitos sociais; o cenário da judicialização dos direitos sociais e seu atual panorama na efetivação dos mesmos, dentre outros temas subjacentes.

Para a devida compreensão da natureza de tais direitos, entendeu-se indispensável alteração entre o cenário constitucional pátrio e o internacional, conjuntamente ao estudo histórico da construção desta categoria de direitos e seu desenvolvimento até sua elevação (hoje consensual) ao status de direitos fundamentais, por intermédio das Constituições promulgadas no século XX.

## **2. DIREITOS SOCIAIS: CONCEITOS, HISTÓRIA E PERSPECTIVAS**

Preliminarmente à análise constitucional dos direitos supramencionados, é indispensável o estabelecimento de conceitos básicos, bem como um breve esboço do desenvolvimento histórico dos mesmos.

Nesse sentido, pertinente a definição de Alexandre de Moraes ao afirmar serem direitos sociais aqueles direitos fundamentais do homem, de observância obrigatória em qualquer Estado Social de Direito, destinados à melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, promovendo a concretização da igualdade social (MORAES, 2017, p. 160). Analogamente posiciona-se Lenza (2017, p. 1250), pontuando que os direitos sociais “(...) apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida (...)”.

Tratam-se — como lecionou J.J.Gomes Canotilho em colóquio realizado na cidade de Madrid, em 1996, — de direitos cuja realização é demarcada pela: a) *gradatividade*; b) *dependência financeira* do orçamento público do Estado; c) *tendencial liberdade de conformação* pelo legislador ou administrador, no que toca às Políticas Públicas a serem assumidas; d) *insuscetibilidade de controle jurisdicional*, no que toca aos programas adotados pelo legislador ou administrador — ressalvados os casos de clara contradição às normas constitucionais (FERNANDES, 2023, p. 648).

Naturalmente, da própria essência dos mencionados direitos decorre o principal óbice em sua efetivação: *conciliar as necessidades prestacionais dos direitos sociais com as limitações*

orçamentárias que possui o Estado. Como expõe Marcelo Novelino (2021, p. 531, destaques do autor):

O atendimento a direitos como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF, art. 6º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (*direitos de promoção* ou *direitos prestacionais*). A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna. O custo da implementação e as limitações orçamentárias do Estado são fatores que contribuem para a menor efetividade dos direitos prestacionais (*status positivo*) em comparação com os direitos de defesa (*status negativo*), para os quais o ‘fator custo’ não costuma ser invocado como elemento impeditivo à plena concretização.

De forma geral, é perceptível nos Estados Sociais de Direito uma convergência no rol de direitos sociais — que perpassa a moradia, saúde, assistência social, educação e um mínimo existencial —, como assevera Jorge Reis Novais:

Assim, numa enumeração relativamente consolidada própria de Estado de Direito Social, independentemente da diferenciação de positivação constitucional, consideremos como direitos sociais como um todo [...] integrantes daquele *corpus* os seguintes: um direito à um mínimo vital ou existencial (ou mínimo para uma existência condigna); um direito à saúde (ou à proteção da saúde); um direito à habitação (ou à uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou formação). (NOVAIS, 2010b, p. 40-41).

Concebe-se igualmente a defesa dos referidos direitos, em âmbito nacional, mediante o artigo 6º da Constituição Federal, que dispõe nestes termos: “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, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).<sup>3</sup>

O estudo de tais direitos sob o enfoque histórico nos induz a duas observações substanciais: a primeira, de que os direitos sociais são extremamente recentes — e por vezes, não reconhecidos como fundamentais; e em segundo lugar que, durante longa data, foram interpretados e compreendidos em contraponto aos direitos de liberdade. Quanto à última observação, entendemos irretocáveis as lições dos ilustres constitucionalistas portugueses, Jorge Miranda e Jorge Reis Novais:

Nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que as pessoas só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de situações de necessidade e de desigualdades de facto — umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionamentos exógenos (econômicos, sociais, geográficos etc.) — e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política. (...) Os direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes

3 Por sua vez, os direitos sociais do trabalhador foram elencados nos arts. 7º a 11 da CRFB/1988, além de outros, previstos de maneira esparsa no texto da Carta, como é o caso do direito à saúde (art. 196), à seguridade social (art. 194), à educação (art. 205) e à cultura (art. 215) (FERNANDES, 2023, p. 648).

(...). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O escopo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade (MIRANDA, 2012, p. 100-101, destaques do autor).

Nos direitos de liberdade a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental, impondo, desde logo, aos poderes constituídos a obrigação de acatarem e garantirem a inviolabilidade e possibilidades jurídicas de realização e concretização do poder de autodeterminação individual assim, direta ou indiretamente, reconhecido. Por sua vez, nos direitos sociais a norma de direito fundamental impõe ao Estado um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinável de acesso ao bem protegido (NOVAIS, 2010a, p. 133-134).

Quanto à primeira observação supra, pontuamos que o reconhecimento dos direitos sociais no Direito Constitucional somente se deu em meio às disputas político-ideológicas do século XX, notadamente através da Revolução Russa de 1918. Assim, no particular dos direitos fundamentais, a Revolução Russa apresentou-se como alternativa ao modelo do Estado de Direito Liberal, promovendo um programa de funcionalização integral do exercício dos referidos direitos sob a ótica e interesse do regime político vigente (NOVAIS, 2010b, p. 17-18).

Em verdade, o *constitucionalismo social* possui uma trajetória que vai da doutrina ao texto legislativo, da utopia à realidade; e a esfera teórica em que desenvolveram-se as bases deste movimento é aquela em que prepondera o pensamento de igualdade aliado a uma noção de justiça. Significa dizer que, em sua concepção teórica, se combinam elementos doutrinários, ideológicos e utópicos, expressos por pensadores como Platão e Aristóteles, Rousseau e Marx, Tomás de Aquino e Proudhon *etc.* (BONAVIDES, 2010, p. 363).

De todo modo, o constitucionalismo social só toma feição concreta e definida, com sua certidão de estréia no campo da positividade, através da promulgação da Constituição Mexicana de 1917. Nesta, o tratamento normativo da matéria social manifesta-se precursoramente em seus artigos 3, 4, 5, 25 a 28, e 123, e prepara o cenário para a Constituição de Weimar — que como sabe-se, possibilitou a internacionalização deste modelo social de Estado —, promulgada dois anos depois, na Alemanha (BONAVIDES, 2010, p. 364).

A respeito desse momento histórico — de ascensão dos direitos fundamentais de segunda geração em virtude da crise da tradição do Estado Liberal —, encontra-se o magistério de Paulo Bonavides:

Os direitos de segunda geração (...) dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra

da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula. (...) uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra (BONAVIDES, 2017, p. 578).

Vislumbra-se, destarte, que os direitos sociais emergem como uma antítese ao posicionamento das Constituições burguesas desenvolvidas entre os séculos XVIII e XIX, que defendiam a *jusfundamentalidade* exclusiva dos direitos de liberdade:

Direitos fundamentais eram aí, essencialmente, as liberdades negativas que protegiam os cidadãos autossuficientes, mais precisamente as suas esferas de autonomia e liberdade pessoal (a vida, a liberdade, a propriedade), das interferências e invasões não programadas do Estado e da Administração. (NOVAIS, 2010b, p. 66).

Nessa altura, e no contexto da concepção liberal da Constituição e do Estado, providenciar o acesso ao gozo de bens econômicos, sociais e culturais era tarefa que incumbia a cada um no quadro de uma iniciativa individual prosseguida através do livre encontro no mercado, garantidas que estivessem, por parte do Estado, as condições da livre troca e da preservação da propriedade e apropriação privadas contra ameaças e agressões externas (NOVAIS, 2010b, p. 67).

O posicionamento presente nas Constituições liberais de outrora concedia primazia à abstenção estatal na vida econômica, cabendo aos cidadãos-burgueses, através do exercício da autonomia privada e do livre-mercado, a obtenção de bens como moradia, alimentação, saúde e educação. Vê-se, pois, que o caráter fundamental encontrava-se restrito às *liberdades negativas* que marcam o ideal liberalista.

Ora, com a ascensão da ideologia socialista e dos movimentos operários por intermédio da Revolução Russa, torna-se possível a configuração de um novo modelo de Estado, que visa abranger não somente ideais de liberdade, mas, simultaneamente, a garantia de direitos necessários para assegurar a dignidade humana, e o próprio exercício dessas liberdades.

Como demonstra Jorge Reis Novais (2010b, p. 69), no constitucionalismo do primeiro pós-guerra, através da crítica marxista à concepção burguesa dos direitos do homem, e pela emulação do constitucionalismo soviético, surgem Constituições de Estados Sociais que inovam ao reconhecer o caráter *fundamental* destes direitos.

Tal influência do pensamento soviético é, evidentemente, imprescindível à concretização do Estado Social e dos direitos dele advindos. Nota-se que a luta das classes trabalhadoras em conjunto com o desenvolvimento das teorias socialistas trazem em pauta a discussão sobre a unidimensionalização dos direitos do homem “egoísta” e a necessidade de complementar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão-burguês pelos direitos do proletário, o que só seria possível através da construção de uma nova sociedade. (CANOTILHO, 2002, p. 383).

Assim é que “a declaração de direitos sociais nos textos das Constituições se inicia no primeiro quartel do século XX, com as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919”

(NOVELINO, 2021, p. 531). Nesta lógica:

O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões da *resposta* do Estado Social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e autonomia do cidadão (e não já apenas do cidadão-burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social. Essa alteração de concepções sobre os direitos fundamentais (...) traduzida em várias novas Constituições de Estado Democrático do primeiro pós-guerra (México, Weimar, Finlândia, Espanha, Holanda) (...) (NOVAIS, 2010b, p. 69).

Como se sabe, no lapso temporal que engloba o século XIX e o início do século XX, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, viu-se a classe trabalhadora (dos EUA e dos Estados mais desenvolvidos da Europa Ocidental) em uma situação de verdadeira penúria. Encontrava-se despida da proteção das corporações de ofício e entregue à relação capitalista de trabalho, o qual dava-se em condições degradantes (FERREIRA FILHO, 2010, p. 60-61).

Em suma, a marginalização da classe operária revelou-se um importante móvel para a reformulação jurídica e política de que ora nos debruçamos. Neste cenário, as primeiras Constituições de Estado de Direito Social inovam ao reconhecer os direitos dos trabalhadores — que haviam sido excluídos pela sociedade anterior — e que não seriam realizáveis mediante uma perspectiva de confronto com o Estado, mas justamente, de *identificação* com o Estado — que agora estava nas mãos dos próprios titulares dos direitos sociais (NOVAIS, 2010b, p. 18).

Mais além, em decorrência do segundo pós-guerra, percebe-se uma significativa mudança que ocasiona a valorização da efetividade e justiça das Constituições e dos direitos fundamentais. Enaltecendo o *princípio da supremacia da Constituição* (formal e materialmente), reconhece-se que a Carta Magna, enquanto lei fundante de todo ordenamento jurídico, demonstra-se um forte mecanismo para a proteção e consagração dos direitos de igualdade. (NOVAIS, 2010b, p. 70).

Há de ter-se em vista, todavia, que os direitos sociais transcorreram uma fase inicial de duvidosa efetividade. Tal se deu, evidentemente, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis, seja por exiguidade, carência, ou mesmo limitação essencial de meios e recursos (BONAVIDES, 2017, p. 578-579).

Desta fase de juridicidade questionável, foram eles remetidos à esfera *programática*<sup>4</sup>: “Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os

---

4 Recordemos que *normas programáticas* são aquelas em que o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente o interesse, opta por fixar apenas diretrizes indicativas de fins e objetivos a serem perseguidos pelos Poderes Públicos. Vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais, as normas de princípio programático estão localizadas, sobretudo, nos Títulos VII e VIII, apresentando-se no texto constitucional mediante diretrizes e programas de ação (NOVELINO, 2021, p. 137).

direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador” (BONAVIDES, 2017, p. 579). A respeito, veja-se a abalizada síntese de Paulo Bonavides:

*A instabilidade e o compromisso* marcam (...) o constitucionalismo social desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar. (...) A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. De sorte que a eficácia das normas constitucionais volveu à tela de debate, numa inquirição de profundidade jamais dantes lograda. O drama jurídico das Constituições assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata de princípios à ordem concreta das normas (BONAVIDES, 2017, p. 236).

Este *status quo*, em nosso País, parece mostrar-se superado, sobretudo atentando ao conteúdo de nossa Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, § 1º, ao prever que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*” (BRASIL, 1988, destaque nosso). Nesta perspectiva:

O entendimento de que as normas de direitos sociais, por terem caráter meramente programático, são insuscetíveis de conferir direitos subjetivos adjudicados encontra-se superado. No contexto constitucional contemporâneo, a controvérsia não gira em torno da possibilidade de adjudicação, mas dos limites a serem observados por órgãos judiciais quando da implementação desses direitos. Ante o pleno reconhecimento da força normativa da Constituição, seria incompatível com o *princípio da inafastabilidade da função jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV) qualquer argumento no sentido de afastar a possibilidade de adjudicação dos direitos sociais, os quais possuem *dimensão subjetiva*, ou seja, conferem aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. (...) Em caso de omissão injustificável dos poderes públicos, não resta ao Judiciário senão assegurar o direito constitucionalmente consagrado (NOVELINO, 2021, p. 532, destaques do autor).

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2020).

Em âmbito internacional, não se podem olvidar os avanços promovidos pela elaboração do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*<sup>5</sup>, cuja finalidade precípua consiste, precisamente, na incorporação dos dispositivos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948) sob a forma de preceitos jurídicos obrigatórios e vinculantes. Noutros termos, ocupou-se da consagração de um rol de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability* (PIOVESAN, 2010, p. 178).

---

5 Em maio de 2019, o referido Pacto contava com a adesão de 160 Estados-partes numa sistemática que visa expandir e efetivar o elenco de direitos sociais, econômicos e culturais reconhecidos pela Declaração Universal (PIOVESAN, 2010, p. 178).



De todo o exposto, temos que o problema do constitucionalismo social contemporâneo reside no quadro interpretativo acerca do caráter normativo das Constituições. É dizer, concentra-se em determinar o caráter jurídico ou não das normas programáticas e, sobretudo, o grau de eficácia e aplicabilidade de todas as normas da Constituição.

Em suma, reconstruir o conceito jurídico de Constituição, de sorte que todo o texto constitucional tenha valor normativo, é a árdua tarefa de que se ocupa a doutrina de nosso tempo — e a resposta aparenta caminhar pelo reconhecimento da eficácia vinculante das normas programáticas, sob pena de obstar-se o reconhecimento da própria *natureza jurídica* da Constituição (BONAVIDES, 2017, p. 241-242).

### 3. ENCARGOS GOVERNAMENTAIS NA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Com isto posto, cumpre analisar as questões governamentais em suas relações aos direitos sociais, sobretudo no que toca aos deveres deles decorrentes. Como mencionado anteriormente, estes direitos são frequentemente compreendidos através de sua contraposição com os direitos de liberdade. Tradicionalmente, estes últimos impõem ao Estado apenas um dever *negativo*, ou seja, de *não-interferência*, para que sejam efetivados. Em sentido diverso, costuma-se crer que os direitos sociais se caracterizam por exigirem o contrário: uma atuação *positiva, prestacional*, do Estado, para a sua efetivação — mormente estejam indissociavelmente ligados a aspectos financeiros/orçamentários.

De fato, a implementação ou proteção de qualquer espécie de direito fundamental demanda, direta ou indiretamente, o direcionamento de recursos materiais e humanos. Todavia, no particular dos direitos sociais, “(...) o custo especialmente oneroso e a escassez de recursos orçamentários dificultam a concretização em níveis desejáveis e impõem ‘escolhas trágicas’, *por cada decisão alocativa de recursos envolver, implicitamente, uma dimensão desalocativa*” (NOVELINO, 2021, p. 531, destaques nossos).

Contudo, é de se notar que, muito embora o caráter positivo seja central na compreensão dos direitos sociais, a ele não se limitam:

Daí que os direitos sociais tendam a ser vistos e distinguidos por essa sua característica especial, ou seja, a que se revela na exigência de uma prestação estatal fatídica, com custo financeiro direto. Nesses termos, muito comuns, os direitos sociais caracterizar-se-iam por essa sua natureza de direitos positivos, dirigidos a um *facere* estadual, e, através dela, supostamente distintos e contrapostos à natureza *negativa*, exigindo mera abstenção estatal, que apresentariam os direitos de liberdade. No entanto, apesar de importante, ou até decisiva, essa característica não esgota o direito social. [...] Como acontece a todos os direitos fundamentais, vistos como um todo, numa compreensão própria do Estado Social de Direito [...] também os direitos sociais, tal como os de liberdade impõem ao Estado deveres de respeitar, de proteger, e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos [...]. (NOVAIS, 2010b, p. 43-44).

Desta forma nota-se que a atuação estatal perante os direitos sociais varia conforme circunstâncias concretas, podendo conceder primazia à dimensão positiva (relacionada às prestações e incentivos à obtenção de determinado direito social) ou à dimensão negativa (de respeito, não interferência). Ilustrando este raciocínio:

Por exemplo, se eu tiver uma habitação, própria ou arrendada, no direito social à habitação eu não relevo, para mim, pessoalmente, o direito à ajuda estatal para obter uma habitação, mas, eventualmente, valoro mais o direito a que o Estado respeite o acesso que já possuo ou que me proteja esse acesso de eventuais ameaças ou agressões provindas de entidades públicas ou privadas. Já se eu não tiver os necessários recursos econômicos, relevo nos direitos sociais sobretudo a dimensão de promoção estatal, de prestação fatídica, enquanto a dimensão de respeito ou a de proteção surge como de importância desvalorizada, acessória ou irrelevante se eu não tiver ainda, sequer, garantido o próprio acesso ao bem em causa. (NOVAIS, 2010b, p. 44).

Sobre isso, demonstra-se relevante a definição de “liberdade igual” manifesta por J.J Gomes Canotilho, traduzindo a necessidade de adaptação das dimensões jurídicas decorrentes da situação fática existente para os titulares dos direitos sociais, em conjunto à compreensão da natureza ambivalente dos mesmos:

A liberdade igual aponta para a *igualdade real* (art. 9º/d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho. (CANOTILHO, 2002, p. 476, destaque do autor).

Ainda, para o eminente doutrinador português, a valorização dos direitos sociais se traduz constitucionalmente mediante a consagração do *princípio da socialidade*, em grande parte dos Estados contemporâneos, como expressão do *princípio democrático* e do *princípio do Estado de Direito* (CANOTILHO, 2002, p. 333).

Desta forma, nota-se que o *princípio da democracia*, no âmbito dos direitos sociais, apresenta duas dimensões em relação aos anteriores: uma dimensão *teleológica*, em que a democracia econômica, social e cultural representa um *objetivo* a se realizar no contexto do processo público aberto — traduzindo a noção de *Estado social como processo*; e outra dimensão, *impositivo-constitucional*, tendo em vista que muitas das suas concretizações se firmam no cumprimento de fins e tarefas através de órgãos e entidades públicas. (CANOTILHO, 2002, p. 335).

Conforme exposto alhures, em atenção ao caráter *positivo-prestativo* destes direitos, o *princípio da democracia econômica e social* contém “uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (...).” (CANOTILHO, 2002, p. 336). Seguindo esta lógica, percebe-se que o

princípio se materializa simultaneamente como um instrumento de conformação social:

O princípio da democracia econômica e social constitui uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”. O princípio da democracia econômica e social impõe *tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre portugueses [...] (CANOTILHO, 2002, p. 336, destaques do autor).

Em atenção à importância basilar de tal princípio — da democracia econômica e social —, regulador da posição governamental perante os direitos sociais, dele decorre outro, destinado à garantia dos direitos adquiridos neste tema, assegurando as conquistas jurídico-sociais de então.

Historicamente, surge na Alemanha a chamada *teoria da irreversibilidade* ou *princípio da proibição do retrocesso* onde “as realizações do Estado social, apoiadas que estavam no correspondente princípio diretivo constitucional (...) estariam constitucionalmente protegidas contra eventuais retrocessos, que as afetassem no seu conteúdo essencial”. (NOVAIS, 2010b, p. 240). Este *princípio de não retrocesso social*, é magistralmente exposto nas lições de Canotilho:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da “evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais econômicos e económicos (ex: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. [...]. (CANOTILHO, 2002, p. 336-337, destaques do autor)

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei de segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples deste núcleo essencial. (CANOTILHO, 2002, p. 338).

Evidentemente, diante das variadas condições econômicas dos países, da incidência de crises, e também flutuações no mercado internacional, este princípio tem sido contemporaneamente interpretado de forma *relativa*. Assim, o contexto da proibição incide na relação com os demais direitos e garantias fundamentais, preservando-se estes de possíveis recessões.

Seguindo esta lógica de relativização, afirma Jorge Miranda: “(...) não se trata de proibição de retrocesso *absoluta*, mas tão só *relativa* (...), ou seja, que a proibição incide sobre retrocessos que afetem o *mínimo social*, (...) ou que afetem a *proteção da confiança*, a *igualdade* ou a *dignidade da pessoa humana*. (MIRANDA, 2012, p. 487-488, destaques do autor).

Igualmente, Jorge Novais aponta para a exigência constitucional de *não retrocesso* no que concerne o *mínimo social* como uma “(...) necessidade constitucional de garantia de um *standard mínimo* de condições materiais para o exercício dos direitos fundamentais clássicos” (NOVAIS,

2010b, p. 191).<sup>6</sup>

Sobre o *princípio da vedação do retrocesso* e sua posição na Constituição Federal brasileira, convém citar o magistério de Marcelo Novelino:

No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais. Haveria um retrocesso social se, por exemplo, o poder público decidisse fechar o único posto de saúde existente no Município sem adotar qualquer medida compensatória. (...) A exigência de que seja garantida certa estabilidade para as situações ou posições jurídicas resultantes de políticas públicas implementadas no âmbito de direitos fundamentais de caráter prestacional pode ser fundamentada em vários princípios consagrados na Constituição, dentre eles, o da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXXVI), o da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), o da máxima efetividade (CF, art. 5º, § 1º), o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), e o do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). (NOVELINO, 2021, p. 536-537).

Percebe-se que, ao mencionado princípio, encontra-se indissociavelmente atrelada a concepção de um *mínimo existencial*. Em que pese existam divergências doutrinárias quanto à determinação do que constituiria este mínimo, tende-se a vislumbrá-lo como “(...) um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna” (NOVELINO, 2021, p. 535).

Neste raciocínio:

[...] a perspectivação deste *mínimo existencial* como *último reduto*, como patamar de prestação mínima exigida por razões de sobrevivência física e moral como pessoa (daí a qualificação *existencial* ou *vital*, significando uma proteção contra ameaças à sobrevivência, uma garantia mínima da *existência fisiológica*), associado, portanto, à garantia dos pressupostos mínimos de uma sobrevivência digna e, logo, de alimentação, roupa, cuidados de saúde e de alojamento sem cuja existência a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida estariam ameaçados. (NOVAIS, 2010b, p. 195, destaques do autor).

Em vista disso, porquanto requisitem uma *destinação financeira variável e alheia a uma dimensão meramente jurídica*, os direitos sociais, econômicos e culturais são condicionados a uma *reserva do possível*. Este termo, cunhado pelo Tribunal Constitucional Alemão, exprime a ideia de que os direitos sociais eram por ela limitados na medida daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade (NOVAIS, 2010b, p. 90).

Nesta esteira, é possível sintetizar esta variante na própria noção de razoabilidade, que diz respeito à relação entre as necessidades individuais e possibilidades de prestação na situação concreta, conjuntamente às características particulares do titular de direito (NOVAIS, 2010b, p. 90).

A respeito:

A *reserva do possível* pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica

---

6 Perfila o mesmo raciocínio o Ministro Celso de Mello, ao sustentar a inexorabilidade da garantia de um mínimo existencial, ressaltando a “(...) impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.” (BRASIL, 2010).

oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional. (...) A estreita relação entre as circunstâncias econômico-financeiras e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, cuja implementação impõe prestações materiais por parte do Estado, sujeita-os às condições fáticas, econômicas e financeiras vigentes. A reserva do possível deve ser analisada sob três aspectos: I) a disponibilidade fática; II) a disponibilidade jurídica; e, III) a razoabilidade e proporcionalidade da prestação (NOVELINO, 2021, p. 533).

Em primeiro lugar, a *disponibilidade fática* representa a existência de recursos para o atendimento das demandas sociais, suscitando um amplo debate no que toca aos critérios utilizados para as escolhas estatais. Por sua vez, a *disponibilidade jurídica* relaciona-se com a existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas judicialmente do Estado — trata-se do *princípio da legalidade das despesas*. Derradeiramente, há de atentar-se à *proporcionalidade* da prestação e a *razoabilidade* de sua exigência (NOVELINO, 2021, 533-534). Do exposto, emerge a necessidade de sopesar-se fatores jurídicos e extrajurídicos na consecução da prestação estatal atinente ao direito social em espécie.

Ainda sobre a ponderação entre o aspecto jurídico e o econômico na *reserva do possível*:

Então, e uma vez que nas situações típicas do Estado social, pelo menos em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e, conseqüentemente, conflitos entre as opções públicas seletivas de alocação de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais e culturais (NOVAIS, 2010b, p. 91).

Tendo isso em conta, segundo Jorge Miranda, as normas constitucionais concretizadoras desses direitos podem ser classificadas em três situações, onde os deveres do Estado perante estas prestações variam conforme a disponibilidade orçamentária ou motivos de força maior:

1º) Quando se verificarem condições econômicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas se extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações. 2º) Ao invés, não se deparando tais condições – em especial por causa de recessão ou crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes. 3º) Situações de escassez de recursos ou de exceção constitucional [...] podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas hão de retomar a sua efetividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida coletiva. (MIRANDA, 2012, p. 494-495).

Outra observação basilar quanto à concessão de prestações e benefícios relacionados aos direitos sociais é de que estes devem ser analisados também em relação às condições do próprio titular de direito. Ora, não restam dúvidas em relação à *natureza jusfundamental* destes direitos, e assim sendo, são pertencentes a todos. Ocorre que no Estado Democrático de Direito, em virtude do próprio princípio de igualdade — sobretudo em sua feição material —, as prestações concedidas pautar-se-ão nas desigualdades econômicas entre os indivíduos, objetivando a construção de uma sociedade aberta e solidária (MIRANDA, 2012, p. 497).

Naturalmente, costumam-se apresentar três formulações de Estado, com deveres e pressupostos distintos em relação ao conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais: são eles o *Estado Mínimo*, o *Estado Marxista* e o *Estado Social*. O primeiro tende a atribuir todos os encargos decorrentes destes direitos aos indivíduos e grupos privados; o segundo, diversamente, delega-os ao próprio Estado; e o Estado Social — que vivenciamos contemporaneamente — pauta-se no compromisso de satisfação das necessidades básicas aos que não podem, por meios próprios, satisfazê-las (MIRANDA, 2012, p. 498).

Em termos simples, explico: por enquadrar-se na terceira hipótese, o nosso ordenamento jurídico pressupõe que *os que podem pagar, devem pagar*, enquanto *os que não podem pagar, não devem pagar*, ou, devem receber em troca prestações pecuniárias para que possam fazê-lo (MIRANDA, 2012, p. 499).

Por esta via, respeita-se o princípio da igualdade ao tratar *igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*; e, ao mesmo passo, promove-se um dos objetivos fundamentais da República, que nossa Carta Magna enuncia: “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. (...)” (BRASIL, 1988).

#### **4. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Como visto ao longo da exposição, os direitos sociais demandam uma prestação positiva por parte do Estado, isto é, exigem que este forneça os elementos suficientes para promovê-los. Porém, em diversas oportunidades, a falta de disponibilidade orçamentária — a alegada *reserva do possível* — impede a concretização de tais direitos, tanto no plano individual quanto no coletivo.

Em meio a isso, ante a omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo no cumprimento dos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade é imediata (artigo 5º, § 1º, CRFB/88), nota-se que o Poder Judiciário tem sido o alvo de inúmeras ações judiciais, para assegurar a concretização destes direitos. À vista disso, questiona-se, em um primeiro momento, se é legítima a atuação deste Poder, uma vez que legislar e remanejar o orçamento público não é uma de suas funções típicas.

Quanto ao ponto levantado, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Trata-se do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, em que o Poder Judiciário deverá se manifestar quando acionado pelo cidadão na busca de uma tutela jurisdicional. Acerca deste princípio, Dirley da Cunha Júnior ressalta que:

[...] o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção

do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça ao direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito. (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 647).

Verifica-se, então, que a própria Constituição Federal confere legitimidade ao Poder Judiciário nas demandas de reivindicação dos direitos sociais, à medida em que impôs a necessidade de um posicionamento jurisdicional toda vez que for impulsionado, como uma garantia constitucional expressa. Assim, diante da *inafastabilidade da jurisdição*, deverá se pronunciar e analisar se há viabilidade jurídica, ou não, no pedido do demandante.

Sustentando essa legitimidade, Daniel Sarmento expõe que:

Nesta lista de direitos a serem assegurados para a viabilização da democracia não devem figurar apenas os direitos individuais clássicos, como liberdade de expressão e direito de associação, mas também direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania. A ausência destas condições, bem como a presença de um nível intolerável de desigualdade social, comprometem a condição de agentes morais independentes dos cidadãos, e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade. Portanto, quando o Poder Judiciário garante estes direitos fundamentais contra os descasos ou arbitrariedades das maiorias políticas ou dos tecnocratas de plantão, pode-se dizer que ele está, a rigor, protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela. (SARMENTO, 2008, p. 561-562).

Apesar disso, Sarmento (2008, p. 562) ressalva que não é interessante atribuir ao Poder Judiciário toda a responsabilidade de garantir tais direitos, pois, sua atuação nestes casos, deve ser subsidiária ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo — a rigor, os responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas e do orçamento público —.

No Brasil, a primeira grande aparição do Poder Judiciário, em relação à *reserva do possível* e à tutela *do mínimo existencial*, se deu com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n.º 45. Sob a relatoria do Min. Celso de Mello, destaca-se a seguinte passagem de seu voto:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial

fundamentalidade (BRASIL, 2004).

Compreende-se, então, que a *reserva do possível* não pode ser utilizada como um “escudo” pelo Poder Público, no intuito de se desincumbir do ônus de prestar adequadamente os direitos sociais, especialmente aqueles que resguardam a noção do mínimo existencial, como o direito à educação básica e à saúde. À despeito, Luís Roberto Barroso aborda que o processo de judicialização de tais direitos é reflexo “de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Judiciário” (2012, p. 253). E complementa que isso decorre, sobretudo, de dois fatores, sendo eles:

[...] o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana — em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto — e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão (BARROSO, 2012, p. 254).

Atualmente, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem sido amplamente demandado para solucionar questões relativas aos direitos sociais, o que é decorrência direta dos fatores expostos alhures. Se, de um lado, a carta constitucional prevê uma série de direitos sociais que devem ser implantados pelo Estado; de outro lado, compete a Suprema Corte à guarda da Carta Magna brasileira (artigo 102, *caput*, da CRFB/88), sobretudo, pelos modelos de controle de constitucionalidade adotados no ordenamento jurídico pátrio, em que são frequentes os questionamentos acerca da constitucionalidade, ou não, das normas infraconstitucionais, perante o Poder Judiciário.

A situação é ainda mais ressaltada pelo controle difuso de constitucionalidade. Neste modelo, permite-se uma análise da constitucionalidade de atos ou omissões do Poder Público, de forma incidental no curso de uma demanda judicial, a ser proposta por qualquer indivíduo perante qualquer juiz ou Tribunal (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 282). Significa dizer que a declaração de constitucionalidade, ou não, da norma, não é o pedido final do demandante, mas, na verdade, uma questão prejudicial, que deve ser apreciada antes de decidir o feito.

Muito por isso, nota-se que uma alta quantidade de processos chegam para a apreciação do Supremo Tribunal Federal — sobretudo, em relação aos direitos sociais —, visto que é o órgão judiciário competente para fazer a última análise de tais questões, via Recurso Extraordinário, conforme prevê o artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988.



O controle concentrado de constitucionalidade, a seu turno, consiste na fiscalização das leis ou atos normativos do poder público pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, após o ajuizamento das ações diretas (ADI, ADO, ADC ou ADPF), o órgão judiciário irá aferir a constitucionalidade da norma impugnada de forma abstrata. Significa dizer que a lei será analisada em tese, na medida em que este pedido assume a natureza de questão principal do processo — e não incidental, como no controle difuso —. (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 305).

Quanto aos direitos sociais, o site do Supremo Tribunal Federal, em homenagem aos 130 (cento e trinta) anos de existência da Corte<sup>7</sup>, destaca alguns dos principais julgados relativos à temática, tais como: a ADPF 449/DF, a ADO 26/DF, a ADC 19/DF, a STA 175 Agr/CE, a ADI 3510/DF, ADPF 186/DF, a ADI 4277/DF, a ADI 5543/DF, a ADI 5035/DF, a ADI 5938/DF, a ADI 3357/RS, a ADC 41/DF e a ADPF 101/DF<sup>8</sup>.

Tendo isso em conta, fica evidente a importância da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, uma vez que, ante a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, é seu papel se posicionar perante as mais variadas questões e aplicar a interpretação mais favorável à Constituição Federal, de acordo com os parâmetros sociais e econômicos. Porém, como já advertiu o Min. Celso de Mello na ADPF 45, a situação econômica, relacionada à *reserva do possível*, não pode ser alegada como impedimento à efetivação dos direitos sociais, em especial aos que visam assegurar o *mínimo existencial*.

A judicialização, portanto, nada mais é do que levar questões de cunho político, social ou moral, para serem decididas pelo crivo do Poder Judiciário (BARROSO, 2012, p. 253), o que é evidentemente legítimo, considerando os fundamentos até então expostos. Porém, tal situação não pode ser confundida ao que é chamado de ativismo judicial. Este, por sua vez, diz respeito a uma postura proativa, por parte do intérprete, no momento de analisar as normas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 255), o que têm sido alvo de críticas<sup>9</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial pode ser visto em vários precedentes da Suprema Corte, dentre eles:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula

7 O portal em destaque é do ano de 2021.

8 Todas as temáticas já julgadas e mencionadas no texto, bem como seus respectivos Acórdãos estão disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/direitossociais.html>. Acesso em: 29 mar. 2023.

9 A título de exemplo, quanto às objeções, no ano de 2020, o Ministro João Otávio de Noronha, à época presidente do Superior Tribunal de Justiça, advertiu que “o Poder Executivo não ensina o Judiciário a julgar, o Judiciário não legisla e o Legislativo não governa. Nenhum poder diz ao outro o que fazer. É preciso respeitar a harmonia entre os poderes de acordo com os limites traçados na Constituição” (BRASIL, 2020).

de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador — como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município — como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde (BARROSO, 2012, p. 255).

À vista disso, nos casos envolvendo os direitos sociais, o intérprete não pode se olvidar que a relação entre cidadão — na posição de demandante — e o Estado — na posição de demandado — é dotada de desigualdade, pois o primeiro depende da implantação de políticas públicas por parte do segundo, para ter seu direito efetivado. Desse modo, a atitude proativa do Magistrado, doravante denominada de ativismo judicial, se destina a igualar as partes na relação processual ali vigente, assim como igualar aquele indivíduo aos demais cidadãos que podem gozar do direito que ele não desfruta (BECHARA et al., 2020, p. 12).

Daniel Sarmiento sugere que, em tais casos, o Poder Judiciário não atue de forma solitária, o autor entende que devem ser empregadas técnicas processuais voltadas ao diálogo interinstitucional. Veja-se o referido posicionamento:

Muito embora o mínimo existencial seja juridicamente exigível, nem sempre a forma mais adequada de assegurá-lo em juízo consiste na tutela jurisdicional tradicional, com a concessão da prestação reivindicada. Especialmente nos casos em que a lesão ao mínimo existencial decorra de problemas estruturais, cujo enfrentamento demande a correção ou formulação de políticas públicas complexas, a atuação solitária do Poder Judiciário pode não ser a solução ideal. Dois fatores importantes recomendam que, especialmente em casos dessa natureza, se dê preferência ao emprego de técnicas processuais mais flexíveis, permeadas pelo diálogo interinstitucional: (a) a existência, já destacada acima, de um espaço de livre conformação legislativa atinente à definição das políticas públicas voltadas à concretização do mínimo existencial; e (b) o reconhecimento de que a atuação judicial concertada com outros poderes e órgãos estatais pode gerar resultados mais eficientes para a garantia do mínimo existencial do que a adoção da postura mais tradicional, tendo em vista, especialmente, os déficits de capacidade institucional do Poder Judiciário para definição e controle de políticas públicas em comparação com as demais agências estatais (SARMENTO, 2016, p. 234-235).

Sob essa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário, quando feita em conjunto a outros órgãos estatais e governamentais, tende a ser mais eficaz. Nesse sentido, Daniel Sarmiento apresenta essa reflexão com base em uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob os autos de n.º 0150735-64.2008.8.26.0002, em que se discutia a falta de vagas nas creches do Município de São Paulo. Na oportunidade, o Tribunal obrigou o ente a criar, no mínimo, 150.000 novas vagas até o ano de 2016 e incluir isso em sua previsão orçamentária, mas, por outro lado, reconheceu a falta de conhecimento da Corte julgadora para definir como será cumprida a obrigação. Assim, determinou ao Município que criasse um plano para tanto, com o auxílio da Coordenadoria de Infância de Infância e Juventude do TJ/SP, da sociedade civil, da Defensoria Pública e do Ministério Público. (SARMENTO, 2016, p. 238).

O aludido autor, então, conclui que:

É que a importância dos direitos envolvidos, sob o ângulo jurídico ou moral, não é suficiente para eliminar a dificuldade prática que o Judiciário enfrenta para lidar com eles

de modo eficaz. A variável institucional não pode ser ignorada no plano da efetivação dos direitos, pois, do contrário, as intervenções jurisdicionais, mais do que ineficazes, podem se revelar até contraproducentes, sob a perspectiva dos próprios objetivos que visam promover.

Nesse cenário, o recurso a técnicas jurisdicionais flexíveis e dialógicas constitui alternativa importante, preferível tanto à omissão judicial quanto a um ativismo de resultados duvidosos. O Judiciário pode destravar bloqueios políticos e sociais existentes no equacionamento de certos temas, conferindo visibilidade a questões importantes ligadas ao mínimo existencial e forçando os demais poderes a agir sem, no entanto, apresentar soluções prontas para problemas altamente complexos, que muitas vezes ele não teria condições de elaborar a contento (SARMENTO, 2016, p. 239).

Logo, a proposta de um diálogo interinstitucional revela-se interessante para determinados casos mais complexos, em que o Poder Judiciário necessita agir de forma proativa para assegurar o direito social arguido, mas que requer auxílio de outros órgãos — como o Ministério Público, a Defensoria Pública, organizações especializadas na temática questionada, dentre outras —, para dar cumprimento a decisão de forma mais adequada e eficaz.

Isto posto, nota-se que o Poder Judiciário exerce papel relevante para a efetivação dos direitos sociais, dado que, muitas vezes, estes são relegados a segundo plano pelos Poderes Executivo e Legislativo, principalmente sob o argumento de que não há orçamento suficiente para concretizar todos os direitos previstos pela Constituição Federal. Assim sendo, a judicialização desses direitos impõe, por consequência, uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, mas que pode ser aprimorada se realizada à luz do diálogo interinstitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Através do estudo realizado, tornou-se possível a compreensão dos direitos sociais como responsáveis por promover o aprimoramento das condições de vida individuais, mediante prestações governamentais para o acesso de bens econômicos, culturais e sociais indispensáveis para a garantia da própria dignidade da pessoa humana e da afirmação do *princípio da igualdade*.

Pôde-se notar que este rol de direitos, diferentemente dos direitos fundamentais de liberdade, é marcado por sua recenticidade, tendo em conta que se desenvolveram no início do século passado mediante a ascensão da ideologia socialista após a Revolução Russa, como resposta ao ideal liberalista das Constituições dos séculos XVIII e XIX. Através desta nova perspectiva, os direitos fundamentais anteriormente restritos aos demandados pelo “cidadão-burguês” agora abrangem garantias essenciais ao proletariado, à classe trabalhadora.

Com isso, surge um novo modelo de Estado (o Social) que, de forma diversa ao Liberal e ao Marxista, incumbe-se da promoção de condições mínimas para os hipossuficientes. Tal Estado, para tanto, é constitucionalmente obrigado à promoção destas condições mínimas (caráter positivo), mas também à abstenção de interferência, bem como à proteção destes bens, quando já adquiridos

por seus titulares (caráter negativo).

Ainda, no intuito de garantir a proteção a este grupo de direitos, a doutrina discorre extensivamente sobre o *princípio do não retrocesso social*, que contemporaneamente é interpretado no sentido de impedir a supressão do *mínimo existencial*, uma vez que este manifesta o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Evidentemente, ainda que na condição de direitos fundamentais (sendo, portanto, pertencentes a todos), por demandarem inequivocamente despesas estatais, estes direitos se direcionam sobretudo àqueles que, por si próprios, não possuem autonomia financeira para a obtenção destes bens inalienáveis; estando, desta forma, subordinados à própria condição dos titulares de direitos e das possibilidades reais do Estado — a chamada *reserva do possível*.

Em vista disso, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais acionado para deliberar sobre os direitos sociais, sobretudo, em função da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo quanto à sua regulamentação. Assevera-se que a judicialização desses direitos impõe a necessidade de que o Poder Judiciário atue de forma ativa, dado que este não pode abster-se de prestar um posicionamento ante a ameaça ou lesão aos direitos fundamentais.

Desse modo, a proposta do diálogo interinstitucional se revela como proveitosa, a fim de ampliar o debate e trazer uma maior efetividade na implementação dos direitos sociais, quando feita pela via judicial, já que os julgadores nem sempre possuem o devido conhecimento sobre a temática enfrentada. À vista disso, a atuação conjunta entre outras instituições e órgãos especializados no assunto em conjunto ao Judiciário, tende a aprimorar as decisões judiciais e sua implementação no plano fático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECHARA, Gabriela Natacha; NARDO ANDREASSA, João Victor; DE ARÊA LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo. **A busca dos direitos sociais perante o Estado-juiz**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3261>>. Acesso em: 29 mar. 2023. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3261>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Estado**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Presidente do STJ critica ativismo judicial e defende harmonia entre poderes nos limites da Constituição**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>. Acesso em: 28 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário AgR 1.235.983/PE**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04.05.2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752676166>. Acesso em 20 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04.05.2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#:~:text=%2D%20Se%20o%20Estado%20deixar%20de,viola%C3%A7%C3%A3o%20negativa%20do%20texto%20constitucional>. Acesso em: 28 mar. 2023.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 482.611/SC**, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07.04.2010. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/violencia-sexual/jurisprudencia/re482611cm.pdf>. Acesso: 19 mar. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 553-586, 2008.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

# TRÁFICO DE PESSOAS E TRABALHO ESCRAVO: TUMOR EM METÁSTASE

Maria Clara Bianchi FIRMINO<sup>1</sup>  
Matheus Arcoleze MARELLI<sup>2</sup>

## RESUMO

A relação que se parece dicotômica entre tráfico de pessoas e trabalho análogo à escravidão, na verdade se mostra em consonância e de maneira uniforme. Apesar da abolição do regime escravista pelas mãos da Princesa Isabel em 13 de Maio de 1888, diversos casos ainda são registrados no Brasil de hoje.

Se fazer presente no Código Penal o Artigo 149-A a caracterização do tráfico de pessoas como crime, tal qual se é ratificado pelo Protocolo de Palermo, sua concepção como embrião de muitos casos de trabalho análogo à escravidão é importante para o desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e repressão a esses casos.

E, de maneira não menos importante, elencar as políticas públicas de órgãos já existentes, como Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que realiza operações de combate ao tráfico de pessoas e ao trabalho escravo, propondo soluções e melhorias através do SUAS, PAIF, CREAS e CRAS, é uma tarefa de diversos setores da sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas; Trabalho escravo; Tráfico de pessoas .

## ABSTRACT

The relationship between human trafficking and slavery may seem divaricate but, in fact, they are consonant and uniform. Although slavery in Brazil ended theoretically in May 13th, 1888 by the hands of Princess Isabel, to this day there are new cases of exploitation found and registered.

In the article 149-A of the Penal Code it is found the characterization of human trafficking as a crime in the same definition given in the Palermo Protocol, being conceived as the embryo of the many cases of nowadays slavery is important to develop new public politics to prevent future cases and repress the existing ones.

In the same importance, it is necessary to list the existing public politics and agencies, such as the Ministério Público do Trabalho (MPT) and the Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), both agencies are responsible to develop combat operations regarding human traffic and slavery and propose solutions and improvements using the several other agencies (such as SUAS, PAIF, CREAS and CRAS).

**KEYWORDS:** Human trafficking; Public politics; Slavery.

## INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas configura conduta antiga na história da humanidade, principalmente na história brasileira. Apesar de, na época, não configurar crime, desde a colonização, africanos foram traficados para o Brasil e posteriormente escravizados. Atualmente, a configuração do crime

---

1 Maria Clara Bianchi Firmino. Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Link Lattes: <<https://lattes.cnpq.br/5053765830983738>>. E-mail para contato: mariaclara.bianchi.f@gmail.com

2 Matheus Arcoleze Marelli. Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Bolsista PIBIC pela Fundação Araucária em Rotinas Trabalhistas: Direitos e Deveres Vol. IV. Link do Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9483076076495745>>. E-mail para contato: matarcmar@gmail.com.

possui outras finalidades, algumas mais sofisticadas – como a adoção ilegal – outras tão vis e repugnantes quanto à exploração sexual e a redução das vítimas a condições análogas a de escravos.

A legislação brasileira, apesar de punir a conduta, considerando-a crime, é extremamente defasada no quanto ao âmbito prevenção e resgate das vítimas. Apesar da constante criação de políticas públicas para combate dos casos, a inovação em meios do crime, e o aliciamento de pessoas em sua maioria em condições de extrema pobreza e vulneráveis, além do próprio medo de julgamento e represália das vítimas, tornam o crime ainda extremamente subnotificado e de difícil combate.

Percebe-se, portanto, a gigantesca ineficácia das políticas públicas atuais em entender que a principal fonte causadora do tráfico é a vulnerabilidade e pobreza da população, que, desesperada por tentar proporcionar melhor qualidade de vida para seus dependentes, torna-se vítima fácil de aliciadores, caindo em grandes esquemas de exploração – não apenas a sexual –, de onde é quase impossível obter êxito em sair.

Busca-se, a partir do presente estudo, fazer uma análise das condutas tipificadas no Código Penal, de alguns casos famosos descobertos envolvendo tráfico de pessoas redução à condição análoga a de escravo – casos envolvendo grandes empresas e até festivais de música como o Lollapalooza – e as políticas públicas existentes atualmente para combater o tráfico, de forma a encontrar possíveis novas soluções – mais eficientes – para a correta repressão e prevenção de tamanha violação de direitos humanos e fundamentais, tão amplamente defendidos e garantidos pela Constituição Cidadã.

## **1. TRÁFICO DE PESSOAS: ART. 149-A DO CÓDIGO PENAL**

Conforme estipulado pelo Protocolo de Palermo (promulgado no ano de 2000), o tráfico de pessoas consiste no:

(...) recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.

Na legislação brasileira, a definição de Tráfico de Pessoas encontra-se presente no art. 149-A do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei n. 13.344/2016 (Lei do Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil), responsável por alterar o tratamento penal dado à causa. Tal fato ocorreu devido a, anteriormente, o tráfico de pessoas ser tutelado pelos artigos 231 e 231-A do Código Penal, que dispunham sobre Tráfico de Pessoa para Fim de Exploração Sexual; ou seja, apenas era abarcada pela redação dos artigos mencionados os casos em que a vítima era explorada sexualmente



após ser traficada. Entretanto, com o surgimento de novas finalidades e propósitos atrelados ao delito – e até mesmo uma mudança no perfil das vítimas – a legislação foi atualizada.

Entretanto, apesar da alteração da redação, o elemento subjetivo para configuração do crime mantém-se o mesmo: o dolo específico – em outras palavras, a necessidade do dolo de praticar a conduta descrita no tipo penal associada a uma finalidade específica, quais sejam, as descritas no tipo penal:

**Art. 149-A.** Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

**I-** remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

**II-** submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo

**III-** submetê-la a qualquer tipo de servidão;

**IV-** adoção ilegal; ou

**V-** exploração sexual.

**Pena** - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

**I-** o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

**II-** o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

**III-** o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

**IV-** a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Importante pontuar que, apesar de ser mais amplamente conhecido como crime que transpõe os limites territoriais do país de origem da vítima, não é necessária a transposição de fronteiras internacionais para configuração do crime. Ainda, a anuência da vítima em ser traficada e ter sua dignidade violada não é suficiente para descaracterizar a prática criminosa; sobre o tema, já se manifestou o Conselho Nacional de Justiça:

Mesmo nessa situação, existe o crime, e a vítima é protegida pela lei. Considera-se que, nessa situação, o consentimento não é legítimo, porque fere a autonomia e a dignidade inerentes a todo ser humano. O tráfico de pessoas retira da vítima a própria condição humana ao tratá-la como um objeto, um produto, uma simples mercadoria que pode ser vendida, trocada, transportada e explorada. Portanto, o consentimento da pessoa, em uma situação de tráfico humano, não atenua a caracterização do crime.

Feitas as considerações iniciais, necessária agora abordagem mais minuciosa acerca das finalidades do tráfico humano.

## **1.2 Finalidades do tráfico de pessoas: para além da exploração sexual.**

O artigo aqui mencionado descreve a conduta criminosa de forma minuciosa, trazendo ainda formas equiparadas e causas de aumento de pena. De início, o *caput* é responsável por trazer a definição básica da conduta; dessa forma, percebe-se que o núcleo – em outras palavras, as ações (verbos) praticados que constituem crime – é o seguinte: *agenciar, aliciar, recrutar, transportar,*

*transferir, comprar, alojar ou acolher* pessoa, fazendo uso de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Partindo da análise deste pequeno trecho, percebe-se que o tipo penal é responsável por punir qualquer dessas condutas descritas, por considerar que sua prática constitui tráfico de seres humanos.

Todavia, para que de fato haja a tipificação do crime, é necessário que o agente pratique tais condutas à vista de alcançar uma das finalidades descritas – necessário frisar que o fim buscado pelo agente com o tráfico não precisa ser alcançado, sendo necessária apenas a existência do objetivo que, se alcançado, pode configurar novo crime. Importante pontuar que, a cada menção de tráfico humano, é imaginado um cenário de transporte de uma vítima do sexo feminino para o exterior, com promessas de trabalho e melhora das condições de vida, para exploração sexual, no entanto, apesar de ser, de fato, o cenário predominante, está longe de ser o único passível de ocorrer.

As finalidades apresentadas no artigo encontram-se descritas nos incisos I ao V, sendo elas: remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, de acordo com a legislação brasileira, apenas o Estado tem poder de intermediar o transplante de órgãos, dessa forma, essa finalidade geralmente encontra-se atrelada ao tráfico de órgãos; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal, popularmente conhecida como “adoção à brasileira”, sem a realização do devido procedimento legal necessário, consistindo apenas na entrega da criança a uma família; exploração sexual, casos mais difundidos, envolvem a utilização da vítima traficada geralmente em casas de prostituição; por fim, submeter a vítima a trabalho em condições análogas a de escravo, objeto de estudo do presente artigo.

### *1.2.1. Trabalho Análogo à Escravidão*

Necessário, portanto, pontuar o que é considerado pela legislação brasileira como trabalho análogo à escravidão. Atualmente, o termo trabalho escravo foi substituído por análogo à escravidão devido ao fato daquele remeter a época em que a escravidão era de fato legalizada e não combatida pelo ordenamento jurídico, enquanto este consiste na exploração do trabalhador de forma divergente aos princípios basilares da legislação.

O Código Penal, em seu art. 149, é o responsável por trazer as definições de condição análoga à escravidão:

**Art. 149.** Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

**Pena** - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

**§1º** Nas mesmas penas incorre quem:

**I** - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Partindo da análise do artigo supratranscrito, encontramos as seguintes condutas ali tipificadas como criminosas: “*submissão a trabalhos forçados ou jornada exaustiva*”, consiste em subjugar a vítima a trabalhos contra os quais – por uso de grave ameaça, violência, ou fraude da parte do empregador ou capataz – o empregado não pode oferecer qualquer tipo de resistência ou recusa, ou nas hipóteses em que se impõe a regra de trabalhar até alcançar a exaustão física; “*mediante a sujeição a condições degradantes de trabalho*”, casos em que o trabalhador é obrigado a laborar em condições subumanas, sem possibilidade de interrupção voluntária da relação trabalhista; “*mediante restrição, por qualquer meio, de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto*”, hipótese em que há clássica violação da liberdade do indivíduo, sendo ele obrigado a trabalhar sem possibilidade de deixar o local de trabalho até que ocorra a quitação da dívida – que não ocorre mediante entrega de dinheiro, mas sim compensação de débito, o que torna o adimplemento da obrigação extremamente árduo.

Outrossim, o parágrafo primeiro do artigo anteriormente citado é responsável por apresentar as figuras equiparadas, isto é, condutas, caso praticadas, incorrem na mesma pena daquelas previstas pelo *caput*, sendo elas: *Cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho e manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou apoderar-se de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho*. Note-se que, em ambos os casos, não é permitido ao empregado que saia do local em que exerce seus trabalhos. Sobre as condutas equiparadas, afirma Fernando Capez (2021, p. 328):

Estamos diante de crimes que podem ser praticados não só pelo empregador ou preposto, como também por qualquer pessoa a mando destes. Na primeira modalidade, pressupõe-se que o agente queira retirar-se do local de trabalho, mas não tenha condições materiais para fazê-lo, sendo-lhe negado tal direito. Na segunda modalidade, o agente exerce constante vigilância sobre o trabalhador, impedindo, com isso, que ele se evada do local de trabalho; ou então impede a sua retirada retendo os seus documentos (documento de identidade, carteira de trabalho, etc.) ou objetos pessoais (roupas, calçados etc.).

Mister destacar que, para a configuração de tal crime, não é necessário que o agente pratique todas as condutas ali descritas, bastando, portanto, a realização de apenas uma destas para que incorra em infração penal. Sobre isso, disserta Capez (2021, p. 327): “*Convém notar que basta a caracterização de uma dessas situações para que o crime se configure, não sendo necessária a coexistência de todas elas.*”.

É comum a existência de tráfico de pessoas associado a posterior redução da vítima à

condição análoga a de escravo em grandes fazendas do agronegócio brasileiro, conforme será analisado em casos concretos apresentados posteriormente.

Consoante o já anteriormente mencionado, para que se caracterize o crime de tráfico de pessoas, não há necessidade de concretização da finalidade almejada pelo agente e, portanto, em casos de posterior redução da vítima a condição análoga à de escravo, há a ocorrência de novo crime – em outras palavras, a escravização da vítima não é absorvida pelo tráfico de pessoas. Nas palavras de Fernando Capez (2021, p. 333):

Ocorre a consumação com a prática dos verbos nucleares do tipo associados à grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. A efetiva remoção dos órgãos, tecidos ou partes do corpo, a submissão efetiva a condição análoga à de escravo, a servidão, a adoção ilegal ou a exploração sexual não são necessárias para fins de consumação e podem caracterizar tipos penais autônomos.

### **1.3 Tráfico de Pessoas e Promoção de Migração Ilegal: Principais Diferenças**

Ao mencionar tráfico de pessoas, é sempre importante fazer sua diferenciação em relação a Promoção de Migração Ilegal, conduta descrita no art. 232-A do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

**Art. 232-A.** Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro: Incluído pela Lei nº 13.445, de 2017 Vigência Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I- o crime é cometido com violência; ou

II- a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes as infrações conexas.

Partindo da mera leitura dos artigos, simples perceber que, enquanto o tráfico de pessoas diz respeito às vítimas deslocadas para satisfação de finalidades específicas diversas, a promoção de migração ilegal abarca as condutas praticadas pelos chamadas “coiotes”, que auxiliam migrantes a transpor barreiras internacionais de forma irregular e promover sua entrada no país, com a intenção de obter vantagem econômica – é necessária a presença do dolo específico para que o agente seja punido.

Enquanto o art. 149-A tutela a própria liberdade da vítima, entendida como a pessoa traficada, o art. 232-A é responsável por tutelar a soberania estatal, tendo como vítima a própria figura do Estado.

## **2. A VULNERABILIDADE SOCIAL COMO PRINCIPAL ALICIADORA DAS VÍTIMAS**

Um dos principais fatores para a perpetuação do tráfico de pessoas e de sua posterior

redução à condição análoga a de escravo permanece sendo a vulnerabilidade social. Os traficantes utilizam-se, em sua maioria, de falsas promessas de empregos e melhora da qualidade de vida para atrair as vítimas e levá-las para locais de exploração. A maioria das vítimas encontra-se em condições de extrema pobreza, com família para sustentar: desesperados por prover comida para si e seus dependentes, tornam-se vítimas fáceis para aliciadores, adentrando ao sistema de tráfico e exploração, de onde poucos possuem êxito em sair.

A partir de uma simples análise dos dados apresentados, de fácil percepção que o racismo e a desigualdade social são fatores determinantes dentro dessa cadeia de exploração: tamanha violação de direitos humanos demonstra uma sociedade doente, cuja cultura normaliza e aceita a objetificação de pessoas em situações de vulnerabilidade social, tratadas como meros meios para obtenção de um fim, o lucro – percebe-se, portanto, que a herança colonial brasileira vai muito além de uma mera economia agrária, baseada principalmente em produção e exportação de *commodities*.

Conforme descrito no *caput* do art. 149-A, o tráfico pode ocorrer com o uso de violência, grave ameaça, coação, abuso ou fraude, no entanto, a última configura como estratégia mais utilizada pelos traficantes justamente pelas condições sociais em que as vítimas encontram-se, sendo facilmente ludibriadas por promessas de emprego, que podem ocorrer tanto presencialmente quanto pela utilização de plataformas digitais (meio que vem sendo cada vez mais utilizado para enganar as vítimas com falsas promessas de contratação). Feitas tais considerações, necessário agora partir para análise do perfil das vítimas.

## **2.1 Principal perfil das vítimas**

Conforme dados divulgados pelo *site* oficial da embaixada norte-americana, o perfil das vítimas varia de acordo com a finalidade do tráfico: por exemplo, enquanto voltado para a exploração sexual, a grande maioria das vítimas são mulheres jovens e transgênero, sendo estas últimas, atualmente, as que mais se encontram em posição vulnerável ao tráfico: em estudo realizado em 2019, apurou-se que 90% das mulheres transgênero no Brasil trabalhavam com prostituição, das quais mais da metade encontravam-se em situação vulnerável ao tráfico. A grande maioria das vítimas, em qualquer das modalidades de tráfico, são pretas ou pardas, muitas sendo afrodescendentes. Em muitos casos, com falsas promessas de uma carreira brilhante em áreas esportivas, por exemplo, muitas famílias são convencidas a venderem ou doarem os próprios filhos, acreditando que, com isso, estariam proporcionando melhores chances de vida para suas crianças.

Já o tráfico humano voltado para posterior servidão da vítima em trabalhos forçados, as vítimas constituem principalmente homens pardos e jovens, brasileiros ou estrangeiros, em setores de produção agrícola (tais como produção de açúcar, café, alho, carvão, entre outros), além de

setores industriais (como a indústria têxtil, que configura a maioria dos casos descobertos em São Paulo), construção civil, e outras pequenas empresas; já as mulheres traficadas geralmente são forçadas a trabalhos em âmbitos domésticos sendo, em sua maioria, invisibilizadas.

Importante destacar que, por inúmeros fatores, o tráfico de pessoas ainda é extremamente subnotificado em nosso país, o que impede uma melhor determinação do perfil das vítimas. Os principais motivos de subnotificação podem ser resumidos em: o receio de discriminação por parte da vítima, vergonha, desconhecimento de sua própria situação de exploração, falta de informação sobre os mecanismos de denúncia e o próprio medo de punição dos exploradores.

Entretanto, um perfil passível de ser traçado em praticamente todos os casos de exploração associado ao tráfico é de pessoas que já vêm de um histórico de violência, marginalização e violação de direitos, como por exemplo: trabalho infantil, violência doméstica, desemprego contínuo, baixa escolaridade, situação de rua, defasagem no acesso à saúde pública, subempregos, racismo, desconhecimento da legislação trabalhista e até mesmo desconfiança do poder público.

Dessa forma, por estarem constantemente em um ciclo de exploração e violência, muitas vítimas sequer entendem que as condições que se encontram e a violação a qual são submetidas diariamente. Tal naturalização por parte das próprias vítimas permite a percepção de que o tráfico de pessoas e a exploração posterior de seu trabalho constituem ato contínuo de violação, que se renova a cada dia que o trabalhador continua a viver em condições degradantes – já que a redução a condição análoga à de escravo constitui crime permanente. Já as parcelas das vítimas que entendem sua condição de exploração, todavia, são facilmente silenciadas pelo medo de retaliação, sentindo-se impotentes para ajudar sua própria família, ou até mesmo ameaçadas de morte.

### **3. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS EXISTENTES**

É importante salientar que diversos casos de tráfico de pessoas findado ao trabalho análogo à escravidão se perpetraram na história Brasileira, deixando esta marca de profunda dor para com os envolvidos e à sociedade como um todo.

O primeiro caso de trabalho análogo à escravidão denunciado no Brasil é datado de 1971, menos de 100 anos após a abolição do regime escravista, quando o Bispo D. Pedro Casaldáliga redigiu o a Carta Pastoral “Uma Igreja na Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social”, denunciando vítimas de escravização nos estados de Goiás, Mato Grosso e Pará.

Dada a sua repercussão pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sua Carta Pastoral tomou proporções nacionais e internacionais e D. Pedro Casaldáliga foi brutalmente perseguido pelo Regime Militar (1964-1985), sendo a feita uma intervenção militar na Prelazia em

1973, dotada de força e repressão, como demonstram denúncias feitas:

Nesta mesma manhã, o cap. Monteiro pediu ao Pe. Pedro Maria Chaves do escritório-arquivo da Prelazia para dar uma olhada nos papéis do Bispo... Pe. Pedro negou-se por ser assunto de responsabilidade do bispo. O cap. levou então o padre para conversar com o Cel. Euro e voltou de novo com o padre à casa da Prelazia ameaçando de que se as chaves não fossem entregues, a porta seria arrombada. O Padre retrucou, que ficava bem claro que tinha sido coagido. E entregou a chave. O cap. Monteiro levou 20 pastas do arquivo dizendo que seriam fotografados os documentos e devolvidos. Os militares depois de algum tempo devolveram o material apreendido. Já anteriormente a biblioteca da casa havia sido vasculhada por tenentes (Documento do Acervo da Prelazia de São Félix do Araguaia – A08.2.3, 1973: 3).

Anualmente, o Ministério do Trabalho e Emprego divulga a “lista suja” do trabalho escravo, expondo empresas e serviços que utilizam de mão de obra com trabalho análogo à escravidão, inserindo e removendo conforme o andamento das investigações.

### **3.1 Fazenda Brasil Verde**

Um dos casos mais famosos de tráfico de pessoas para trabalho análogo à escravidão foi descoberto já no ano de 1988 após denúncia feita pela Comissão Pastoral da Terra na Fazenda Brasil Verde, em Sapucaia (PA), de propriedade da Família Quagliato, expoente no ramo álcool-açucareiro.

Apesar disso, somente nos 1996 e 1997 o Ministério do Trabalho de fato fez fiscalizações na fazenda, constatando as mais diversas situações precárias dos trabalhadores agropecuários, e, após entrevistas com os escravizados, detectou-se o aliciamento em forma de tráfico: promessas de emprego a trabalhadores, nordestinos na maioria, que, ao chegarem no local prometido, eram apresentadas altas dívidas de viagem e alimentação.

Fato abrangido por Thais Lazzeri (Brasil, 2017) conta em entrevista com um resgatado da Fazenda no final do século passado.

Irmão mais velho de cinco, criados apenas pela mãe, Marcos seguiu, à risca, a estratégia que famílias rurais usam para sobreviver. Em Barras, interior do Piauí, migração é destino e fardo para a maioria, e não escolha. A memória, fresca, remete Marcos à primeira vez que aceitou “ir para o mundo”. Do trabalho, soube apenas o que ouviu na rádio local: nove meses com carteira assinada e um salário-mínimo, de R\$ 151. Numa terra em que a colheita traz algum dinheiro apenas na estação das chuvas, a oferta era salvação. “Meladinho”, apelido do aliciador que locou casa na cidade para arregimentar trabalhadores, pagou pelo anúncio. Num estado de dedos, reuniu dezenas de desempregados como Marcos.

No ano de 1998 o Estado Brasileiro foi denunciado pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por omissão na fiscalização e combate à situação análoga à escravidão dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde desde os indícios de seu conhecimento, ao final dos anos 1980.

Tentativas de acordo foram propostas pela Comissão, mas não aceitas ou renunciadas pelo

Estado Brasileiro ao longo do tempo. Em 2015, o caso foi remetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e, um ano depois, o país foi condenado por omissão e violação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; além disso, deverá reabrir todos os inquéritos de investigação dos casos em solo brasileiro, além de dever indenizar todos os trabalhadores resgatados.

Somente em 2020, 20 anos após o resgate dos trabalhadores, os proprietários da fazenda Brasil Verde tiveram a denúncia feita pelo Ministério Público Federal aceita pela Justiça Federal, com a acusação de aliciar trabalhadores, frustrar direitos trabalhistas e reduzir pessoas a condição semelhante à de escravo a 85 trabalhadores resgatados na propriedade localizada em Sapucaia (PA).

### **3.2 Vinícolas no Rio Grande do Sul**

Caso de recente notoriedade, uma operação feita pela Polícia Rodoviária Federal em parceria da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego, resgatou cerca de 150 trabalhadores em propriedade de uva na cidade de Bento Gonçalves (RS).

Em sua maioria negros e baianos, os trabalhadores eram aliciados por uma empresa terceirizada a grandes Vinícolas da região, objetivando a colheita da uva. Com a promessa de bons salários e excelentes condições de trabalho, os escravizados atravessavam o país e, chegando no local, possuíam pouca ou nenhuma remuneração, além de condições sanitárias insatisfatórias para moradia, trabalho e dignidade.

Ao ameaçarem deixar o local, eram coagidos com multas salariais exorbitantes, além de muita violência física e psicológica. O procurador do Ministério Público do Trabalho, Italvar Medina (Brasil, 2023), é enfático quanto à situação de tráfico de pessoas e trabalho análogo à escravidão.

Os trabalhadores foram aliciados, recrutados na Bahia, para em seguida serem transportados para o RS, onde foram alojados para fins de submissão ao trabalho análogo ao escravo e de servidão por dívidas. Essa conduta, inclusive, foi praticada mediante fraude, porque foram prometidas falsamente aos trabalhadores ótimas condições de trabalho e de remuneração, que não se verificaram na prática. Configura crime de tráfico de pessoas.

Semanas depois da Operação, as vinícolas envolvidas no caso assinaram um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) junto ao Ministério Público do Trabalho (MPT) para pagamento de indenização de R\$ 7 milhões, sendo o valor dividido entre os trabalhadores resgatados e entidades, projetos e fundos de combate ao tráfico de pessoas e ao trabalho análogo à escravidão.

### **3.3 Festival Lollapalooza**



Outro caso recente e de abrangência internacional foi relatado no Festival Lollapalooza em 2023. Durante a montagem do festival, cinco trabalhadores da empresa terceirizada Yellow Stripe foram resgatados pela Superintendência Regional do Trabalho no Estado de São Paulo, ligada ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Os trabalhadores, na maioria entre 22 e 29 anos, eram submetidos a jornadas de trabalho de 12h sem descanso, com péssimas condições sanitárias nas tendas de alimentação e dormitórios, além de banhos controlados de cinco minutos cada e sequer disponibilidade de papel higiênico, colchão e equipamentos de proteção individual.

Esse não foi o primeiro caso envolvendo o festival: em 2019, o jornal Folha de São Paulo denunciou que moradores de rua estavam sendo contratados para realizar a montagem dos palcos do evento, com uma jornada de trabalho de 12 horas diárias e pagamento de R\$ 50,00 por jornada, o que, na época, era R\$ 18,00 inferior ao piso estabelecido pelo estado de São Paulo.

## **4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO**

### **4.1 Políticas públicas já existentes**

É importante se dizer que, após com a ratificação do Protocolo de Palermo pelo Estado Brasileiro, diversas políticas de combate ao tráfico de pessoas e ao trabalho escravo foram feitas por diversos governos subsequentes.

Com a criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), o II Plano Nacional para Erradicação ao Trabalho Escravo, publicado em 2008, e o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2018) estipulam, como medidas preventivas, a reinserção dos trabalhadores e a repressão econômica aos empregadores que fazem uso do trabalho escravo e tráfico de pessoas; já como medidas repressivas, fiscalização a propriedades, resgate ao trabalhador e punição daqueles que praticaram os crimes em questão, feitas por órgãos especializados nas respectivas áreas.

Outro fato relevante é o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, que promove “serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais voltados à proteção social de famílias e indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade social e de risco social, e ou em situação de violação de direitos” (Brasil, 2021).

Para o acolhimento do trabalhador, utiliza-se o Serviço de Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) ou o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), oferecendo uma rede de profissionais da psicologia, assistência social e até medicina, oferecendo todo o amparo necessário a quem mais sofreu. É importante se salientar que, a

subsidiária do SUAS na localidade participa do planejamento de cada operação do Ministério do Trabalho.

Como plano de trabalho, o manual “O Sistema Único de Assistência Social no Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico de Pessoas”, feito pelo Governo Federal (Brasil, 2021), estipula algumas atribuições:

1. Troca de vivências e experiências acumuladas na trajetória de formação profissional de cada trabalhador;
2. Inclusão do tema nas capacitações permanentes da rede socioassistencial pelo órgão gestor local e mesmo nos planos de educação permanente;
3. Disponibilização pela gestão, aos profissionais do SUAS, de materiais, textos, legislações, regulações, cartilhas que contribuam para a discussão pelas equipes ou mesmo a formação de grupos de estudos; Nas situações em que for possível o planejamento prévio da operação entre as equipes do SUAS e dos Auditores-Fiscais do trabalho, as equipes devem ficar de pronto aviso para a acolhida inicial dos resgatados. A participação do SUAS no planejamento ainda é objeto de discussão e depende da avaliação dos riscos locais de vazamento de informações e de segurança das equipes. Este aspecto deve ser trabalhado nos fluxos entre os dois órgãos.
4. Acompanhamento dos profissionais iniciantes no SUAS por profissionais mais experientes para que esses gradativamente se apropriem das especificidades desses temas;
5. Organização de momentos de integração entre as equipes para troca de informações e estudos de casos atendidos pela rede;
6. Participação da equipe em formações, cursos, seminários, palestras e outros eventos ofertados pela rede intersetorial (órgãos de fiscalização, defesa, resgate, sociedade civil, entre outros);
7. Identificação de demandas de formação (aperfeiçoamento, capacitação mais específica decorrente da natureza do trabalho com esse público) e estabelecimento de parcerias com universidades, entre outras instituições, para formação que contemple complexidade do tema.

Outros órgãos, como o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), são essenciais para identificar as situações já existentes, servindo como grande apoio às famílias menos abastadas e mais vulneráveis às situações de tráfico de pessoas e trabalho análogo à escravidão.

#### **4.2 Perspectivas de Melhoras e Aprimoramento**

Em perspectiva global, muito se pensa e em relação ao combate e repressão ao tráfico de pessoas e ao trabalho análogo à escravidão. Porém, não somente nesta linha, o apoio à vítima é importante, seja para evitar que trabalhadores sejam aliciados, seja para reinseri-los na sociedade como um todo.

O apoio ao Ministério Público do Trabalho (MPT) e ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) se faz necessário, com direcionamento de recursos e reavaliação de metodologias de fiscalizações, se transformando em redes mais próximas de cidades menores e buscando mais auditorias nas empresas.

Outro ponto relevante é o maior aproveitamento do cadastramento do cidadão no Cadastro Único Nacional (CadÚnico), mapeando os mais vulneráveis e pobres, podendo criar, deste modo,

uma rede de cadastro mais facilitada aos programas assistenciais dos governos municipais, estaduais e Federal, tal qual o Bolsa Família.

Além disso, recuperar as pessoas da rua, vítimas de dependência de álcool e drogas, é vital para que a dignidade humana seja atingida. Modelos que já existiram, como o programa “Braços Abertos” da Prefeitura de São Paulo, criado pelo então prefeito e jurista Fernando Haddad (PT), retiraram pessoas da região conhecida como “Cracolândia”, oferecendo um teto, tratamento contra as drogas e trabalho digno, resultaram em 88% de eficácia para aqueles que aderiram ao programa.

## CONCLUSÃO

Analisando os fatos apresentados no artigo, principalmente relativos aos casos concretos e ao perfil das vítimas, percebe-se que a grande raiz do problema não se encontra unicamente nos aliciadores e, conseqüentemente, a erradicação é alcançada meramente com sua punição e maior fiscalização. Os agentes de ambos os crimes (Tráfico de Pessoas e Redução a Condição Análoga a de Escravo) aproveitam-se da situação de vulnerabilidade social das vítimas – seja por preconceito da sociedade, seja por pobreza e miséria – e, sob promessas de melhora das condições de vida, enganam as vítimas e conseguem levá-las para situações de maior exploração e objetificação, onde são tratadas como meros objetos de obtenção de lucro.

Dessa forma, simples perceber que para erradicação de tamanha exploração, faz-se necessária a criação de políticas públicas sociais que auxiliem a população vulnerável a sair do estado de vulnerabilidade social. De nada adianta a criação de políticas repressivas e punitivistas quanto ao tráfico de pessoas e imposição de trabalhos forçados se ainda resta grande parcela da população como vítimas em potencial devido à falta de recursos e desesperados por prover para suas famílias.

Crimes como os apresentados no presente artigo são como tumores intrínsecos a uma sociedade baseada no preconceito e no ódio, que se recusa a estender a mão e ajudar quem mais necessita. Para real erradicação do problema, é necessária toda uma reforma sociocultural, a punição por crimes tão vis deve andar de mãos dadas com a busca por uma sociedade mais igualitária e empática para que seja efetiva.

## REFERÊNCIAS

XXVIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 2015, Florianópolis. **Uma reflexão sobre a atuação de Dom Pedro Casaldáliga no período da ditadura civil-militar no Brasil.** Florianópolis: Disponível, 2015. Disponível em: [http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1434399833\\_ARQUIVO\\_artigodaAnpuh2015.pdf](http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1434399833_ARQUIVO_artigodaAnpuh2015.pdf). Acesso em: 20 mar. 2023.

ALESSI, Gil. **Exclusivo: Festival Lollapalooza é flagrado com trabalhadores escravizados em São Paulo**. 2023. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2023/03/exclusivo-festival-lollapalooza-e-flagrado-com-trabalhadores-escravizados-em-sao-paulo/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. **Tráfico de Pessoas: os aspectos jurídicos sociais da mercantilização da vida, função política do direito**. 2014. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Norte do Paraná - Uenp, Jacarezinho, 2014. Cap. 3.

BRASIL. EMBAIXADA E CONSULADO DOS EUA NO BRASIL. . **Relatório sobre o Tráfico de Pessoas 2022**: brasil. Brasil. 2022. Disponível em: <https://br.usembassy.gov/pt/relatorio-sobre-o-traffic-de-pessoas-2022-brasil/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL. MINISTÉRIO DA CIDADANIA. . **O Sistema Único de Assistência Social: no combate ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas. no Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico de Pessoas**. 2020. Disponível em: [http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2020/06/Combate\\_Trabalho\\_Escravo\\_01.06.pdf](http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2020/06/Combate_Trabalho_Escravo_01.06.pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 212**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2021. 603 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial, arts. 213 a 359-T**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2021. 672 p.

CASALDÁLIGA, Pedro. **Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social**. São Félix do Araguaia, 1971. (mimeo). Forense Universitária: 1982.

FERNANDES, Anais; DALL'AGNOL, Laísa. **Morador de rua ganha R\$ 50 por 12h de trabalho para montar palco do Lollapalooza**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/morador-de-rua-ganha-r-50-por-12h-de-trabalho-para-montar-palco-do-lollapalooza.shtml>. Acesso em: 24 mar. 2023.

HADDAD, Fernando. **De Braços Abertos fez 88% dos dependentes da Cracolândia diminuírem o vício**. 2022. Disponível em: <https://haddadoficial.com.br/criado-por-haddad-de-bracos-abertos-fez-88-dos-dependentes-da-cracolandia-diminuirem-o-vicio/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

LAZZERI, Thais. **Histórias de um país que não superou o trabalho escravo: fazenda brasil verde**. FAZENDA BRASIL VERDE. 2017. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/brasilverde/reportagem.html>. Acesso em: 23 mar. 2023.

MPF. **Caso Fazenda Brasil Verde**. 2017. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/entenda-o-caso-\\_fazenda-brasil-verde.pdf](https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/entenda-o-caso-_fazenda-brasil-verde.pdf). Acesso em: 23 mar. 2023.

MPF, Imprensa. **Justiça aceita denúncia do MPF por trabalho escravo na fazenda Brasil Verde (PA)**. 2020. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/justica-aceita-denuncia-do-mpf-por-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde-pa/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

NOGUEIRA, Christiane; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato; PLASSAT, Xavier. **TRÁFICO DE PESSOAS E TRABALHO ESCRAVO: além da interposição de conceitos**. Campinas: Trt, 2007. Disponível em: <https://trt15.jus.br/sites/portal/files/roles/trabalho-escravo/Artigos/Tr>

%C3%A1fico%20Pessoas%20e%20Trabalho%20Escravo.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

PONTES, Felipe. **Vinícolas devem pagar R\$ 7 milhões por caso de trabalho escravo no RS.** 23. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-03/vinicolas-devem-pagar-r-7-milhoes-por-caso-de-trabalho-escravo-no-rs>. Acesso em: 23 mar. 2023.

ROSA, Vitor; FOSTER, Gustavo. **Caso de trabalhadores resgatados no RS também configura tráfico de pessoas, diz procurador do MPT.** 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/03/04/caso-de-trabalhadores-resgatados-no-rs-configura-traffic-de-pessoas-diz-representante-de-forca-tarefa-contra-trabalho-escravo-do-mpt.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2023.

# CANNABIS MEDICINAL E ATIVISMO JUDICIAL: TENSÕES ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O DEBATE SOBRE POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

Carla Graia CORREIA<sup>1</sup>  
Guilherme Rocha KAWAUTI<sup>2</sup>  
Luiz Fernando KAZMIERCZAK<sup>3</sup>

## RESUMO

Diversos estudos a respeito do uso de *cannabis* medicinal apontam resultados positivos para pacientes que não encontram solução por meio dos métodos convencionais, entretanto, devido a criminalização da *cannabis*, o acesso à mesma se torna restrito e dificultoso, fazendo com que os enfermos que necessitam do tratamento com *cannabis* recorram ao Judiciário. Dessa forma, o Poder Judiciário exerce um ativismo judicial. Portanto, serão analisadas decisões do judiciário brasileiro sobre a utilização de *cannabis* medicinal, bem como a luz da Constituição Federal de 1988, pretende-se demonstrar como o ativismo judicial pode ser um importante aliado na efetivação do direito à saúde e do direito à vida, visto a inércia por parte do poder legislativo ao não legislar sobre o assunto. Para chegar à conclusão da benesse do ativismo judicial em face do uso de *cannabis* medicinal, os métodos de pesquisa utilizados nesse trabalho foram o indutivo e dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial; *Cannabis*; Saúde Pública.

## ABSTRACT

Several studies on the use of medical *cannabis* point to positive results for patients who do not find a solution through conventional methods, however, due to the criminalization of *cannabis*, access to it becomes restricted and difficult, making patients who need the *cannabis* treatment resort to the Judiciary. In this way, the Judiciary exercises judicial activism. Therefore, decisions of the Brazilian judiciary on the use of medical *cannabis* will be analyzed, as well as in the light of the Federal Constitution of 1988, it is intended to demonstrate how judicial activism can be an important ally in the realization of the right to health and the right to life, given the inertia on the part of the legislature in failing to legislate on the subject. To reach the conclusion of the benefit of judicial activism in the face of the use of medical *cannabis*, the research methods used in this work were inductive and deductive.

**KEY-WORDS:** Judicial Activism; *cannabis*; Public health.

## 1. INTRODUÇÃO

- 
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica, bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES - (2022-), pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo CEI – Introcrim, bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022), bacharela em Antropologia (2011) e licenciada em Ciências Sociais (2009) pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. E-mail: carlagraia@gmail.com
  - 2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
  - 3 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 (2004). Atualmente é Professor Adjunto na graduação em Direito e na pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Campus de Jacarezinho. Professor bolsista ERASMUS+ no ano de 2022 na Universidad de Murcia/Espanha.

Em recente entrevista à BBC Brasil, o atual ministro dos Direitos Humanos, Silvío Almeida fez declarações que reacenderam um debate necessário no país: a readequação da política de drogas e o papel do judiciário na promoção dessa mudança à partir do Recurso Extraordinário nº. 635.659, que aguarda decisão pelo STF desde 2015.

Embora o ministro tenha ampliado o debate para todas as drogas ilícitas, nesse trabalho, o enfoque estará direcionado à *cannabis* medicinal. Como se faz evidente nas principais mídias do país, a *cannabis* medicinal tem sido alvo de discussões no Brasil nas últimas décadas, tanto no âmbito político quanto judicial. Enquanto alguns defendem a legalização da planta para fins terapêuticos devido seus já reconhecidos benefícios, outros argumentam que ela deve continuar proibida devido à sua classificação como droga ilícita e incremento do tráfico de drogas no país.

Diante desse contexto, o ativismo judicial tem se mostrado uma importante ferramenta para garantir o direito fundamental à saúde daqueles que dependem da *cannabis* medicinal para tratamentos de diversas enfermidades. No entanto, essa atuação do poder judiciário também tem gerado tensões com a efetivação do direito à saúde e a legislação de drogas em vigor no país.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo analisar essas tensões entre o direito fundamental à saúde e seus efeitos sobre a política de drogas no Brasil, considerando o papel do ativismo judicial na defesa da *cannabis* medicinal nas últimas décadas.

Para tanto, serão abordados aspectos históricos e legislativos da *cannabis* medicinal no Brasil, bem como casos emblemáticos de ativismo judicial em defesa do acesso à planta para fins terapêuticos e suas repercussões na política de drogas no geral.

## **2. CANABIDIOL E O DIREITO À SAÚDE**

A *cannabis sativa*, vulgarmente conhecida como maconha é uma espécie de planta utilizada em todo o mundo. Jean Marcel Carvalho França (2015, p. 3-4), em sua obra defende que a citada planta tem origem no continente asiático, por meio do cânhamo, que era utilizado na produção de tecidos e papel. O autor ainda argumenta que o surgimento se deu no local onde hoje é localizada a cidade de Taiwan.

Em referência a maconha como medicamento, existem indícios de que também iniciou na China, onde a população utilizava o cânhamo em receitas de medicamentos, sendo que era utilizado para o tratamento de malária, dores reumáticas, constipação intestinal entre outros (FRANÇA, 2015, p. 14).

No século I depois de Cristo, Hua Tuo, chinês pioneiro na realização de cirurgias, utilizava cânhamo e vinho para anestesiá-los seus pacientes. Importante salientar que até os dias atuais as sementes de *cannabis* são utilizadas como laxante pelos médicos chineses (FRANÇA, 2015, p. 14).

Segundo Jean Marcel Carvalho França (2015, p. 14-15), nas últimas décadas o uso medicinal de *cannabis sativa* tem sido objeto de estudo, tendo efeitos positivos no tratamento ansiolítico, neuro protetor, antiepilético, anti-inflamatório, antioxidante, antipsicótico, osteoporose, artrite reumática, aterosclerose como também auxilia no tratamento de transtornos de sono.

Entretanto, apesar de apresentar possíveis benefícios à saúde, a *cannabis* foi criminalizada. No Brasil o primeiro documento que regulamentou a matéria referente a *cannabis*, foi o Código de Posturas do Rio de Janeiro que no ano de 1830, criminalizou a venda e uso de *cannabis*, que à época era conhecido como “pito de pango”, “fumo negro” (FRANÇA, 2015, p. 34 - 35).

Importante destacar que tal criminalização tem origem racista, visto que a proibição se deu pelo fato da planta ser utilizada comumente pelos escravos, e em virtude dessa relação, propagou-se que como a substância era oriunda dos escravos, deveria ser controlada e extinta, visto que os vassallos representavam um perigo a sociedade. (FRANÇA, 2015, p. 34 - 36)

O Brasil passou a tratar *cannabis* severamente no ano de 1921, com o advento da Lei 4.294, sendo que a proibição de fato aconteceu por meio do Decreto-Lei nº 20.930, de 1932, onde houve punição penal a usuários e vendedores. Em 1936, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, que estimulou o combate a *cannabis*, sendo que o então Presidente Getúlio Vargas regulamentou o Decreto Lei nº 891 de 1938, que estabeleceu penas severas de até 4 anos de prisão para usuários.

No ano de 1937, o “ato da taxa da maconha” proibiu médicos de receitarem *cannabis* para o tratamento de enfermidades (FRANÇA, 2015, p. 36-37). Posteriormente, a *cannabis* é tratada com criminalização, como acontece com a cocaína crack, entre outras.

Entretanto, apesar da proibição e preconceito existente, o uso medicinal e até mesmo recreativo sempre está em discussão. A *cannabis sativa* é objeto de estudo da indústria farmacêutica em todo o mundo, sendo incrementado em medicamentos como Marinol, que se encontra na *cannabis sativa*. Tal medicamento é utilizado no tratamento de AIDS/HIV, como também no tratamento de câncer (MARTINS, 2018, p. 18).

Ainda, o medicamento Bedrocan, tem o composto ativo de canabidiol, como também o medicamento Cesamet, que tem em sua composição a Nabilona, também encontrada na *cannabis*. O Sativex, é outro medicamento que é produzido a partir do extrato da maconha, sendo indicado para o tratamento de esclerose múltipla e glaucoma (MARTINS, 2018, p. 18-20).

Em que pese ser criminalizada no Brasil, a *cannabis* está presente em vários medicamentos que podem ser de grande ajuda a pessoas que não encontram mais resultados nos tratamentos “convencionais” e buscam na *cannabis* uma “solução”, como no caso das pessoas enfermas com epilepsia que utilizam canabiol para o controle de crises (VILLAS BÔAS, 2020, p. 259-284).



Atualmente, o tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CDB) são frequentemente utilizados em tratamentos terapêuticos.

O canabidiol é o canabinoide mais estudados pela indústria farmacêutica, sendo considerado uma substância segura e não psicoativa, ou seja, não causa a euforia causada pelo uso de *cannabis* fumada.

A luz da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde está garantido nos artigos 6º, 7º, IV, 23, II, 30, VII, 194, 196, 197, 198, 199, 200, sendo um direito fundamental, que infelizmente no Brasil, muitas vezes é enfrentado como um segundo plano.

O artigo 196 da Constituição Federal discorre:

**Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doente e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O direito à saúde deve ser considerado como uma forma de garantir o bem jurídico mais importante, que é a vida, dessa forma percebe-se que ao restringir o uso de um medicamento pelo simples fato de conter uma substância que em território nacional é criminalizada, é tapar os olhos para pessoas que precisam do medicamento para ter uma qualidade de vida ou até mesmo que dependem do medicamento para sobreviver.

Um exemplo dessa situação é o garoto Gustavo Guedes de 1 ano e 4 meses que faleceu no ano de 2014 devido a complicações dos sintomas da Síndrome de Dravet, que ataca o sistema nervoso provocando convulsões (online).

Os pais de Gustavo conseguiram autorização com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária para importar canabidiol para tratar a criança, entretanto, o medicamento ficou retido na Receita Federal em razão da falta do medicamento, a criança faleceu após uma série de convulsões (online).

As classes sociais detentoras de grande poder econômico acabam tendo um tratamento privilegiado na busca pelo direito à saúde, e para que a desigualdade diminua, a resolução 31 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que o direito à saúde continue sendo tratado de maneira coletiva.

O Supremo Tribunal Federal, também buscou um tratamento igualitário ao determinar que os julgadores decidam por medicamentos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e distribuídos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), dessa forma o coletivo seria beneficiado e a segurança jurídica garantida (online).

Dessa forma, para que os medicamentos sejam gratuitamente distribuídos no Brasil é necessário que esteja no rol de medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância

Sanitária.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi criada no ano de 1999 por meio da Lei 9.782/1999, sendo que o artigo 7º da referida Lei regulamenta sua competência. Existem casos de medicamentos que não possuem registro no órgão regulador, mas que por autorização judicial podem ser consumidos nacionalmente por meio de importação, desde que atenda os requisitos exigidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não tenha composto proibido no solo brasileiro.

Entretanto, em que pese haver o composto de canabidiol ser proibido no cenário nacional, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária autoriza a importação de medicamentos que contenham o referido composto (SANTO, 2018, p. 38-42).

Por meio da resolução 2.113 de 2014, o Conselho Federal de Medicina, regulou o uso de canabidiol para tratamento em casos de epilepsia em crianças e adolescentes, que não obtiveram resultados positivos com tratamentos convencionais. No ano de 2015, o processo de importação de canabidiol passou a ser feito diretamente com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entretanto, o órgão regulador negou inúmeros pedidos, fazendo com que os pacientes recorressem ao judiciário mais uma vez.

No ano de 2015, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada nº 17, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, regulamentou o procedimento para que o canabidiol seja importado por pessoa física, tornando possível a importação.

Dentre as exigências da Resolução supracitada estão: prescrição médica, laudo médico explicitando a doença, relatório de tratamentos convencionais utilizados que não obtiveram resultado, o tempo do tratamento, quantidade de doses a serem utilizadas, registro do paciente junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, declaração de responsabilidade; esclarecimento do uso do produto.

Analisando os itens supracitados, percebe-se que para se ter um tratamento de saúde, que é dever do Estado de garantir, o paciente se submete a um longo procedimento, correndo o risco de ainda ter seu pedido negado a critério do órgão regulador, o que faz com que o paciente recorra à via judicial.

Em que pese haver essa dificuldade na aquisição de produtos à base de canabidiol, segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entre 2015 e 2018, houve um aumento em 183% de médicos habilitados que receitam o medicamento. Em números exatos, de 321 receituários, foi para 911, entretanto, o número de pacientes que efetivamente conseguiram adquirir a substância no período citado é de 423.

Em 2019 houve um avanço no uso de canabidiol, visto que a Agência Nacional de

Vigilância Sanitária, regulamentou a fabricação, importação e uso de produtos de origem de *cannabis sativa*, mesmo que sem o registro no órgão regulador.

A alternativa do cultivo de *cannabis sativa* se justifica pelo fato de que apesar de haver a possibilidade de importação de canabidiol, o custo é muito elevado, o que restringe o produto a somente a classe de poderio financeiro, e com a cultivação da planta, o direito à saúde resguardado na Constituição de Federal se torna mais eficaz.

A resolução nº 2.234/2022 do Conselho Federal de Medicina tem um caráter mais restritivo, onde proíbe a prescrição da planta de *cannabis* e seus derivados, com exceção de canabidiol. Tal resolução tem o intuito de conter o aumento da prescrição de *cannabis* por parte dos médicos, o que demonstra o preconceito e a desestímulo do uso de medicamento oriundo de *cannabis sativa*.

Analisando as decisões dos tribunais superiores, o primeiro caso que autorizou o cultivo de *cannabis* medicinal aconteceu no ano de 2014, caso que ficou conhecido como “Caso Anny Fischer”, que estava acometida da doença de encefalopatia epiléptica infantil precoce de tipo 2. Segundo os pais, Anny chegava a ter 80 convulsões semanais, e devido a essa situação, os pais buscaram o canabidiol clandestinamente, visto que os tratamentos convencionais não obtinham resultados, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária negou o pedido dos pais (online).

Os pais de Anny ainda relataram que com apenas algumas semanas de tratamento, o quadro clínico da criança melhorou, zerando as crises convulsivas. Na decisão favorável, o magistrado decidiu garantir o direito à saúde a vida de Anny, com a antecipação da tutela, argumentando que a demora poderia trazer prejuízos irreversíveis à criança.

No Habeas Corpus 5055616- 02.2020.4.02.5101 do Rio de Janeiro, foi autorizado a importação de 25 sementes de *cannabis sativa* a cada quatro meses para que o enfermo conseguisse dar continuidade ao tratamento de saúde.

No Recurso Especial nº 1.657.156 do Rio de Janeiro, julgado pela Suprema Corte e pelo Conselho Nacional de Justiça, foi determinado que o poder público deve fornecer medicamentos que não estão incluídos no Sistema Único de Saúde, o que inclui canabidiol, garantindo o acesso ao direito à saúde.

Analisando as decisões judiciais supra, percebe-se que o judiciário brasileiro tem sido destaque nas decisões sobre o uso de canabidiol, o que revela um ativismo judicial por parte do órgão jurisdicional.

O ativismo judicial é uma prática em que os juízes utilizam sua posição e poder dentro do sistema judicial para promover mudanças sociais e políticas. O ativismo judicial pode ser uma ferramenta importante para promover mudanças sociais positivas, como a proteção dos direitos

humanos, o acesso à justiça e a promoção da igualdade.

### **3. ATIVISMO JUDICIAL SOBRE CANNABIS MEDICINAL NO BRASIL**

O ativismo judicial na saúde pública tem sido cada vez mais utilizado no Brasil como uma forma de garantir o acesso a tratamentos e medicamentos essenciais para a população. Através de decisões judiciais, muitos pacientes têm obtido o direito de receber tratamentos que o Sistema Único de Saúde (SUS) não oferece ou que são negados pelos planos de saúde privados.

No caso da *cannabis* medicinal esse processo é ainda mais intensificado e até mesmo, imprescindível, já que a planta e seus derivados, faz parte do rol de substâncias cujo consumo e venda no Brasil é considerado crime tipificado pela Lei 11.343/2006. Neste capítulo, serão discutidos os principais aspectos do ativismo judicial e da judicialização na saúde pública no Brasil.

#### **3.1. O fenômeno do ativismo judicial e a judicialização da saúde**

O ativismo judicial é um termo que “disseminou-se no debate político e acadêmico, inicialmente nos Estados Unidos e, mais tarde, noutros países” (KOERNER, 2016) e não demorou para que o fenômeno fosse verificado também no Brasil.

Neste sentido, é oportuno delinear-mos, ainda que sucintamente, em que consiste tal fenômeno e como ele tem se relacionado com outro evento do qual é primo, mas não sinônimo, que é a judicialização no Brasil.

De acordo com Barroso (2012, p. 09) o termo “ativismo judicial” foi utilizado com o objetivo precípuo de qualificar um fenômeno ocorrido, entre os anos de 1954 e 1969, nos Estados Unidos. Nessa ocasião, a Suprema Corte norte-americana, presidida por Earl Warren, materializou uma jurisprudência progressista, no que tangia aos direitos fundamentais, por este motivo foi considerada, à época, uma revolução silenciosa e profunda que ampliou a participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Sendo assim, por ativismo judicial devemos entender uma postura ativa, uma atitude direcionada dos magistrados e tribunais na interpretação da Constituição e leis de um país, ampliando os sentidos e alcances de suas normas. Em outras palavras, a noção de ativismo judicial relaciona-se com a participação direta dos juízes e tribunais em casos que extrapolam os limites tradicionais de interpretação da lei e, muitas vezes, envolvem questões políticas, sociais e morais. Essas decisões, não raras vezes, são baseadas na interpretação pessoal dos juízes sobre a Constituição e as leis, em vez de seguir uma interpretação estrita e literal das mesmas.

Por extensão, o ativismo judicial na saúde consiste na intervenção do poder judiciário em questões relacionadas à saúde pública, visando garantir o acesso a tratamentos, medicamentos e

procedimentos de saúde que não estejam disponíveis no sistema público de saúde ou que estejam sendo negados indevidamente pelos gestores da saúde pública.

Esta intervenção pode ocorrer por meio de mandados de segurança, ações civis públicas ou mesmo em casos individuais, em que o paciente ou seus familiares recorrem à justiça para garantir o direito à saúde. O ativismo judicial na saúde pública tem como objetivo proteger a dignidade da pessoa humana através da proteção à saúde.

Desta feita, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu a saúde como um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado, o que deu início ao processo de construção do Sistema Único de Saúde (SUS), com o intuito de promover a universalidade, integralidade e a equidade no acesso ao direito à saúde. No entanto, apesar dos avanços conquistados, ainda há muitas desigualdades no acesso aos serviços de saúde no país.

Nesse contexto, o ativismo judicial tem se mostrado uma importante ferramenta para garantir o acesso à saúde, extraindo a máxima potencialidade das diretrizes constitucionais (POLI, 2013, p. 211), principalmente para as pessoas mais vulneráveis que dependem exclusivamente da prestação do Estado. Assim, juízes têm sido acionados para garantir tratamentos médicos, cirurgias, medicamentos e outros procedimentos que são essenciais para a saúde da população.

Entre os casos mais emblemáticos de ativismo judicial na saúde pública no Brasil, destacam-se o fornecimento de medicamentos de alto custo para tratamento de doenças como câncer, esclerose múltipla e hepatite C; a realização de cirurgias bariátricas e outras intervenções cirúrgicas; realização de exames de alto custo e o fornecimento de próteses e órteses. (JUNCKES, 2020, p. 34)

Outro destacado caso de ativismo judicial na saúde pública é o fornecimento do medicamento Spinraza, indicado para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME). Em 2017, o medicamento ainda não estava disponível no SUS e era considerado muito caro para a maioria dos pacientes. No entanto, após uma série de ações judiciais movidas por famílias de crianças com AME, o medicamento passou a ser fornecido pelo SUS em 2018. (ANDRADE, 2020)

Citamos ainda, o caso importante de ativismo judicial na saúde pública que foi a garantia do direito à cirurgia de redesignação sexual pelo SUS. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado não pode negar esse tipo de procedimento a pessoas transgênero, o que representou uma importante vitória para a população LGBT. (STF, 2018)

No entanto, apesar das citadas conquistas atingidas através do ativismo judicial na saúde pública, essa prática também tem gerado debates sobre seus limites e possíveis excessos. Alguns especialistas argumentam que o ativismo judicial pode desestabilizar o sistema de saúde, criando demandas que o sistema público não tem recursos disponíveis para atender, bem como atuar em

uma espécie de “microjustiça”, satisfazendo direitos individuais em detrimento da coletividade. Além disso, há o risco de que as decisões judiciais tomadas em casos individuais não levem em conta a realidade do sistema de saúde como um todo, o que pode comprometer a sustentabilidade do sistema de saúde. (ANDRADE, 2020)

Neste âmbito, as principais críticas ao ativismo judicial na saúde pública versam sobre os impactos negativos na condução das políticas públicas, especialmente sob o ponto de vista orçamentário, e o comprometimento do princípio da separação dos poderes, já que esta atuação do judiciário irradia efeitos no Executivo, gerando a obrigação de fazer, bem como no Legislativo, interpretando a lei constitucional de forma ampliada. (PEREIRA, 2015, pp. 296-306)

Em que pese os aspectos negativos do ativismo judicial na saúde, é importante compreendermos sua potencialidade de ferramenta para garantir o acesso à saúde no Brasil. É necessário, porém, encontrar um equilíbrio entre os direitos individuais e as necessidades coletivas, de modo a garantir um sistema de saúde justo e eficiente para toda a população.

Concomitantemente ao fenômeno do ativismo judicial na saúde, conforme exposto anteriormente, as alterações sociais, políticas, econômicas e jurídicas que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988, abriram caminho para o processo de judicialização da saúde no Brasil.

De acordo com Barroso, no Brasil, “certas questões de grande repercussão social ou política têm sido decididas pelo Poder Judiciário” (2012, p. 27). A esse fenômeno dá-se o nome de judicialização, que, segundo o autor, “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”

A judicialização da saúde é um tema bastante discutido no Brasil, especialmente a partir de 2020, diante da crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19. A questão se refere à prática de recorrer à Justiça para garantir o acesso a tratamentos médicos, medicamentos e procedimentos que não estão disponíveis na rede pública de saúde ou que são considerados de alto custo.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a judicialização da saúde cresceu significativamente nos últimos anos, especialmente entre 2010 e 2018, quando o número de processos relacionados a essa questão aumentou em mais de 1300%. Em 2020, foram registrados mais de 500 mil processos dessa natureza no país. (CNJ, 2020)

A pandemia de Covid-19 agravou ainda mais essa situação, uma vez que muitas pessoas que contraíram a doença precisaram recorrer à Justiça para conseguir vagas em UTIs, respiradores e outros equipamentos médicos essenciais para o tratamento da doença. Além disso, o aumento da demanda por medicamentos como a cloroquina e a hidroxicloroquina, que chegaram a ser utilizados

para tratar a Covid-19, também levou a um aumento da judicialização da saúde.

Em meio a esse cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido chamado a se manifestar sobre diversas questões relacionadas à judicialização da saúde, como a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a responsabilidade dos entes federativos pela garantia do direito à saúde e a possibilidade de limitação de recursos destinados ao fornecimento de medicamentos e tratamentos.

Em fevereiro de 2021, por exemplo, o STF decidiu que os estados e municípios têm responsabilidade solidária pela garantia do direito à saúde, ou seja, ambos podem ser responsabilizados pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos que não estão disponíveis no SUS. A decisão foi tomada em resposta a uma ação movida pelo estado do Ceará contra o estado de São Paulo, que se recusou a fornecer um medicamento de alto custo para o tratamento de um paciente.

No entanto, a decisão do STF não resolve todos os problemas relacionados à judicialização da saúde no Brasil. Ainda há muitos casos em que os pacientes precisam recorrer à Justiça para conseguir acesso a tratamentos e medicamentos, especialmente em regiões mais pobres e com menor estrutura de saúde. Além disso, a questão da limitação de recursos destinados ao fornecimento de medicamentos e tratamentos continua a ser um desafio para o sistema de saúde brasileiro.

### **3.2. Judicialização da saúde e *cannabis* medicinal**

Se por um lado, o direito à vida tem precedência em nosso ordenamento jurídico, por outro, podemos dizer o mesmo em relação à saúde. Considerando que esta é condição imprescindível à manutenção da vida, discute-se com bastante frequência o alcance da previsão constitucional do artigo 196 da Constituição Federal, a qual expressa que o direito à saúde é dever do Estado.

Por ser a política de saúde no Brasil tema complexo e multifacetado, sua abrangência enseja, frequentemente, disputas nos âmbitos jurídicos e políticos. Isso porque gerir o sistema de saúde, implica na análise da “distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, com padrões epidemiológicos que aproximam o Brasil tanto de países desenvolvidos quanto subdesenvolvidos”. (CNJ, 2019, p. 07)

Assim, a distribuição desses recursos na saúde pública em uma sociedade cujas demandas são cada vez mais complexas, faz com que seja necessário um sopesamento a fim de determinar quais serão as prioridades e quais devem ser os focos dessas prioridades, o que, necessariamente, gerará disputas, precipuamente expressas na judicialização da saúde. (CNJ, 2019, p. 07)

A judicialização da saúde no Brasil não é um fenômeno novo, entretanto, a carência de estudos mais aprofundados e padronizados sobre o tema tem comprometido a compreensão dos reais impactos que a judicialização tem causado tanto à administração da justiça e à economia nacional, quanto à gestão de políticas públicas de saúde mais eficazes para atender às demandas da população e a concretização do direito fundamental à saúde.

Consoante à relevância da temática e ciente das lacunas empíricas diante dessa problemática, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) empreendeu estudo sobre o tema que deu origem ao relatório lançado em 2019, com o título "Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução".

Nesse relatório, o CNJ aponta que o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50% considerando o mesmo período. (CNJ, 2019, p. 15)

Mais recentemente, o CNJ publicou o “Painel de Estatísticas Processuais de Direito e Saúde”, ferramenta que permitiu mapear, no período de 2020 a 2022, a existência de 520 mil processos judiciais sobre saúde tramitando na justiça brasileira, sendo que, desse total 89 mil processos se referem à novas ações sobre saúde pública e 50 mil sobre saúde suplementar. (CNJ, 2022).

Se o cenário que se apresenta para a saúde no geral é de crescimento exponencial da judicialização, o mesmo se verifica com relação aos medicamentos à base de canabidiol e seus derivados e, ainda, o plantio por pessoas físicas e associações.

No que tange à *cannabis*, dada sua ilegalidade, a omissão legislativa e as restrições impostas principalmente pelo preconceito, a crescente judicialização tem ocorrido no sentido de se obter a autorização para importar por conta própria os medicamentos, obrigar o Estado a fornecê-los na rede pública de saúde (SUS), bem como o cultivo da planta por pessoas físicas ou associações.

De acordo com dados disponibilizados pela ANVISA, foram concedidas 850 autorizações para importação de medicamentos em 2015 – ano a partir do qual a ANVISA concedeu as primeiras autorizações no Brasil. Desde então, esse número cresceu 9.311%, e atingiu o total de 79.995 novos pacientes autorizados em 2022, quase o dobro do ano anterior, quando foram 40.070 autorizações. (GLOBO, 2022)

Ainda no que se refere às estatísticas da judicialização da *cannabis*, outro dado de destaque foi levantado pela Deep Legal, uma lawtech especializada em inteligência artificial e gestão preditiva, a qual nos informa que o Brasil, atualmente, tem 2.748 ações em tramitação na Justiça, solicitando a autorização para o cultivo de *cannabis* com base nas informações públicas do



judiciário. (MEDICINA S/A, 2023)

Esses dados são de extrema relevância, pois evidenciam que com relação à *cannabis*, o Brasil vive hoje o que os especialistas e estudiosos sobre o tema têm chamado de “período pré-regulatório”, iniciado a partir de 2014, quando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) autorizou a importação de medicamentos à base de Canabidiol (CBD).

De lá para cá, o fenômeno da judicialização do canabidiol, seja através de ações pleiteando a importação do medicamento pelo ente federativo ou plano de saúde, seja através de pedidos de autorização para cultivo próprio, tem fomentado discussões a respeito da urgente necessidade de regulamentação específica para a *cannabis* e seus usos medicinais no Brasil.

#### **4. ATIVISMO JUDICIAL E A POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL**

Como abordamos até aqui, o ativismo judicial se expressa na prática de juízes e tribunais de tomarem decisões que ultrapassam o estrito cumprimento da lei, com o objetivo de promover mudanças sociais e políticas. Dentre as diversas posturas nas quais se revelam, Barroso (2012, p. 26) aponta que estas “incluem [...] c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

Nesse sentido, o caso da *cannabis*, é bastante emblemático no que tange ao ativismo judicial, já que este parece irradiar efeitos, a um só tempo, tanto nas políticas públicas de saúde quanto nas relativas às drogas ilícitas no Brasil.

Os efeitos dessa postura ativa do judiciário sobre as políticas públicas de saúde já foram abordados anteriormente, restando-nos agora, discorrer sobre as repercussões na política de drogas vigente no país.

Comumente, é analisado como exemplo de ativismo judicial com efeitos na política de drogas, o Recurso Extraordinário nº. 635.659 a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, desde 2015. O recurso em tela, originariamente aborda,

[...] o caso de Francisco Benedito de Souza, preso na detenção provisória do município de Diadema, São Paulo. Após uma inspeção feita pelos agentes penitenciários no pavilhão em que Francisco morava, foram encontrados cerca de três gramas de maconha que estavam escondidos na cela. Ao identificarem a substância, Francisco foi encaminhado para a direção prisional e à Vara de Execuções Penais para que fosse iniciado o procedimento de sindicância. Após a constatação das propriedades químicas e a confirmação pelo laudo pericial da Polícia Civil de São Paulo, Francisco foi condenado a cinco meses de prestação de serviços comunitários, conforme o artigo 28 da lei 11.343/2006, tendo sua condenação mantida pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. A Defensoria do Estado de São Paulo recorreu da decisão junto ao STF, indicando que a condenação criminal por porte pessoal de drogas constrangia o direito à intimidade e à vida privada. Os defensores requereram dos ministros do STF a decretação da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. (MELLO; SOUSA, 2020)

Em linhas gerais, esse recurso discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a

compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Em outras palavras, o referido recurso classificado como de “repercussão geral” questiona que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o art. 5º, X, da CF/88, no que tange aos princípios constitucionais da intimidade e vida privada. Ademais, destaca que as condutas tipificadas no artigo 28 da Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, motivo pelo qual não resta caracterizada a lesividade apta a justificar a edição da norma alvo da impugnação.

Entendimento semelhante tem a juíza Maria Lúcia Karam (2013), para quem o Estado não deveria se imiscuir na esfera privada, na liberdade, na autonomia individual, já que a posse, em certas quantidades mínimas, caracteriza tão somente o uso de drogas ilícitas, o que em tese, acarreta apenas o risco de autolesão. Dessa forma, entende a juíza que “[...] a proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger”.

Segundo Kurkowski e Forni (2018, p. 305), contudo, no recurso supracitado, o que temos é “o descabimento cabal da atuação concretista do STF, visto que a legislação sobre drogas, editada em 2006, é completa.” Ainda de acordo com os autores, “não há mora do Poder Legislativo quanto à questão das drogas, razão por que o STF não pode intervir na questão.”

Prosseguem os autores argumentando que, no recurso em apreço, à justiça não cabe decidir sobre questões relativas à adequação ou qualidade de política pública, como avaliam ser o caso do recurso analisado, mas tão somente se estivéssemos diante de inexistência da lei específica. Defendem ainda que o STF

[...] não tem legitimidade para interferir diretamente no conjunto dessa política pública, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que não consultou a policy community, representada pelos diversos atores envolvidos, não realizou estudos de impacto com a devida profundidade e não teria estrutura para avaliar as consequências de sua decisão nas fases do acompanhamento e da avaliação. (KURKOWSKI; FORNI, 2018, p. 307)

Reside justamente nesses aspectos elencados pelos autores, nossa análise crítica sobre os impactos do ativismo judicial na política de drogas. Com efeito, se o poder Judiciário carece de legitimidade para atuar positivamente, interferindo na política pública de drogas declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, assim também devemos analisar quando atua negativamente nesta seara, utilizando-se de seu livre convencimento e da discricionariedade da lei no caso de crimes relacionados ao tráfico de drogas.

É de amplo conhecimento a lacuna legislativa quanto aos critérios claros sob os quais devem (ou deveriam) os juízes se pautarem em suas decisões que envolvem os tipos elencados no

artigo 28 da Lei de Drogas, o que tem gerado graves distorções quanto à classificação das categorias “traficantes” e “usuários”.

De acordo com estudo de Semer (2020) após análise de 800 sentenças por tráfico de drogas em oito Estados entre 2013 e 2015, verificou-se que em entre 56% e 75% dos casos de tráfico analisados foram apreendidos menos de 100 gramas de maconha ou de 50 gramas de cocaína e/ou crack. O que nos leva a concluir que, no Brasil, em geral, prende-se muitas pessoas por pouca quantidade de drogas.

Se isso por si só não representa um fracasso evidente em uma política pública que deveria promover os estimados valores e princípios constitucionais e, mais que isso, prezar por parâmetros mínimos de eficiência e eficácia, talvez possamos aludir quanto ao acompanhamento e avaliação da política de drogas atual.

Em que pese os esforços analíticos de que a instância judicial carece de legitimidade para afrontar questões relativas às alterações na política de drogas, o mesmo argumento não parece valer quando analisamos a atual política proibicionista e criminalizante, a qual não tem logrado quaisquer avanços positivos e sequer tem sido acompanhada e avaliada no que se refere aos seus objetivos declarados e, mesmo assim, tem sido praticada diuturnamente pelo nosso judiciário sem maiores oposições, valendo-se, quase sempre, da palavra da autoridade policial no momento do flagrante. (VALOIS, 2020, p. 463-464)

O estudo de Semer e muitos outros, deixa claro, ainda, que há seletividade e estigmatização na forma como a política de drogas vem sendo materializada pelo poder judiciário no Brasil, e isso é importante quando abordamos ativismo judicial porque,

Embora as drogas sejam ilegais para todos, escolhemos prender e matar os jovens negros e moradores das favelas e das periferias das nossas cidades. A raiz desse problema está na própria forma como construímos nossas políticas de drogas: apostando na repressão ao varejo do tráfico e na violência contra a população pobre, negra e periférica como forma de lidar com o uso dessas substâncias. (TELLES; AROUCA; SANTIAGO, 2018, p. 109)

É conveniente destacar que o Brasil ocupa, de acordo com dados do CNJ, a terceira maior população carcerária do mundo. Em 2022, o número de pessoas presas alcançou a marca de 909.061. (CNJ, 2022). Ainda conforme dados do CNJ e DEPEN (2022), o tráfico de drogas no varejo tem liderado o ranking desse contingente prisional, perfazendo o total de mais de 27% dos encarceramentos no país.

Como se vê, se há objeções fundamentadas ao ativismo judicial positivo sobre a política de drogas no Brasil, temos que questionar o fenômeno também quando este se expressa em sua faceta negativa, aprisionando, estigmatizando e promovendo violações aos mais caros valores e princípios de Direitos Humanos e Fundamentais que vigem em nosso Estado Democrático de Direito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, concluímos que, o ativismo judicial nas lides envolvendo acesso à *cannabis* medicinal tem sido uma importante ferramenta para garantir a efetivação do direito à saúde e, ao mesmo tempo, questionar políticas públicas de drogas que afetam negativamente a vida das pessoas.

Em que pese as inúmeras críticas em relação à atuação judicial nesse sentido, é importante reconhecer que, muitas vezes, a judicialização e o ativismo judicial são respostas à ineficácia das políticas públicas, omissão legislativa e à falta de atendimento adequado aos direitos fundamentais dos cidadãos.

É necessário que haja uma articulação entre o poder judiciário, o legislativo, o executivo e a sociedade civil para aprimorar as políticas públicas e buscar soluções conjuntas para os desafios relacionados à saúde e às drogas.

Ademais, é fundamental que haja uma maior participação da sociedade civil nas discussões e na definição das políticas públicas, de forma a garantir que as medidas adotadas estejam alinhadas com as necessidades e demandas da população. O ativismo judicial, portanto, pode ser visto como uma ferramenta que, aplicada com a devida parcimônia, muito tem a contribuir para a garantia dos direitos fundamentais e para o fortalecimento da democracia nos tempos atuais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thaís Santos de. **Do direito à saúde dos portadores da AME: análise jurídica face o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2020. 67fl. - Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande – Sousa- Paraíba - Brasil, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Consulta pública para Cannabis medicinal. ANVISA, 11 jun. 2019.** Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/cannabisnormas-para-uso-medicinalentram-em-consulta/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/cannabisnormas-para-uso-medicinalentram-em-consulta/219201). Acesso em 10 mar. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada de 06 de maio de 2015.** Brasília, 2015. Publicada no DOU nº 86 em 08 de maio de 2015. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2015/rdc0017\\_06\\_05\\_2015.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2015/rdc0017_06_05_2015.pdf). Acesso em 12 de mar. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 327/2019, de 3 de dezembro de 2019.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-dedezembro-de-2019-232669072>. Acesso em 10 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN) THESIS**, v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/viewFile/7433/5388> Acesso em 20 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução, Brasília, 2019a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf> Acesso em 25 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código de posturas: leis, decretos, editais e resoluções da intendência municipal do distrito federal**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224185>. Acesso em 10 de março de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina. **CFM atualiza Resolução sobre prescrição do canabidiol (CBD) como terapêutica médica**. Conselho Federal de Medicina, São Paulo, p. 01-01, 14 out. 2022. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-atualiza-resolucao-sobre-prescricao-do-canabidiol-cbdcomo-terapeutica-medica/>. Acesso em: 14 de mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.294 de 6 de Julho de 1921**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 12/7/1921, Página 13407 (Publicação Original). Rio de Janeiro. 06/07/1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html#:~:text=Art.,%24%20a%201%3A000%24000>. Acesso em: 15 de mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 20.930 de 11 de Janeiro de 1932**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/1/1932, Página 978 (Publicação Original). Rio de Janeiro. 11/01/1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html#:~:text=ENTORPECENTES%20EM%20GERAL-,Art.,II%20%2D%20A%20morfina>. Acesso em 15 de mar. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 891 de 25 de Novembro de 1938**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. 25/11/1938. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0891.htm). Acesso em 14 de mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Congresso Nacional. 26/01/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=CAP%C3%8DTULO%20I-,Art.,6%C2%BA%20e%20pelos%20arts](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=CAP%C3%8DTULO%20I-,Art.,6%C2%BA%20e%20pelos%20arts). Acesso em 11 de mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)**. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>. Acesso em 14 de mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=721248755&ext=.pdf> Acesso 20 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>. Acesso em: 12 de mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 635.659**.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>> Acesso em 30 mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.324 de 11 de novembro de 2022**. Aprova o uso do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias às terapias convencionais na Síndrome de Dravet e Lennox-Gastaut e no Complexo de Esclerose Tuberosa. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=437226>. Acesso em 12 de mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.113 de 30 de outubro de 2014**. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=278684>. Acesso em 14 de mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf). Acesso em 15 de mar. 2023.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. **A História da Maconha no Brasil**. 1. ed. atual. [S. l.]: Três Estrelas, 2015. 152 p. ISBN 9788568493069. Disponível em: <https://www.skoob.com.br/livro/pdf/historia-da-maconha-nobrasil/livro:439597/edicao:498104>. Acesso em 10 de mar. 2023.

GLOBO. **Anvisa autoriza comercialização de fármaco à base de canabidiol**. G1, Globo.com, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/04/22/anvisa-autoriza-comercializacao-de-de-farmaco-a-base-de-canabidiol.ghtml> Acesso em: 25 mar. 2023.

JUNCKES, Marciel. **Ativismo Judicial e o Impacto no Sistema Público de Saúde**. 2020. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina,

2020.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Justiça Federal concede habeas corpus para tratamento de saúde com importação de sementes de *Cannabis***. Rio de Janeiro. 05/11/2020. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/conteudo/noticia/justica-federal-concede-habeas-corpus-paratratamento-de-saude-com-importacao-de>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 169-190, jan./abr. 2013. Disponível em < [https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas\\_violacao\\_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf)> Acesso em 15 mar. 2023.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. FORNI, João Paulo. Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 17, n. 01, p. 283-314, jan./mar.2018. Disponível em: <http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/viewIssue/132/215> Acesso em 15 mar. 2023

MELLO, Breno Marques de; SOUZA, Tuanny Soeiro. FILHOS, FAMÍLIA E AMBIENTES HONESTOS: gênero, sexualidade e (des)criminalização do consumo de drogas. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n.2, p. 1312-1331, abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/3GvCgpXbHH5ZsH8qHZQsxKc/?lang=pt#> Acesso em 14 mar. 2023.

MORRE bebê que esperava liberação de remédio derivado da maconha. **Portal G1**. Brasília, 02/06/2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/06/morre-bebe-que-esperava-liberacao-de-remedio-derivado-da-maconha.html>. Acesso em 20 de mar. 2023.

PAIS lutam na Justiça por liberação de remédio derivado da maconha. **Portal G1**. 30/03/2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/03/pais-lutam-na-justica-por-liberacao-de-remedio-derivado-da-maconha.html>. Acesso em 20 de mar. 2023.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista brasileira de políticas públicas**, v.5, número especial, p. 290-308. Brasília: 2015. Disponível em: < <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3096#:~:text=Em%20%C3%BAltima%20an%C3%A1lise%20essa%20postura,princ%C3%ADpio%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20poderes>> Acesso em 15 de mar. 2023.

MARTINS, Isabela Oliveira. **A desburocratização do uso e plantio da *cannabis* medicinal no Brasil**. 2018. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1409/1/Isabela%20Oliveira%20Martins%20-%20Artigo%20-.pdf>. Acesso em 10 de mar. 2023.

MEDICINA S/A. **Brasil tem mais de 2,7 mil processos judiciais para cultivo de *cannabis***. Canal jurídico, 2023. Disponível em <https://medicinasa.com.br/processos-cannabis/> Acesso em: 15 de abr. 2023.

SANTO, Letícia Afonso do Espírito. Direito à Saúde. 2018. **Judicialização do tratamentos em fase experimental e dos tratamentos novos não registrados (Pós-graduação em Direito e inovação)** - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6878>. Acesso em 12 de mar. 2023.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TELLES, A. C.; AROUCA, L.; SANTIAGO, R. Do #vidasnasfavelasimportam ao #nóspornós: a juventude periférica no centro do debate sobre política de drogas. **Boletim de Análise Político-Institucional - IPEA**, Brasília, n. 18, p. 107-112, 2018.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

VILLAS BÔAS, Glauco de Kruse; DE AZEREDO REZENDE, Mayara. **Discussão sobre o acesso aos medicamentos derivados da Cannabis à luz da Inovação em Saúde no Brasil**. Revista Fitos, v.14, n.2, 2020, p. 259-284.

TANAKA, Oswaldo Yashimi. **Direito à saúde e integridade**: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Disponível em: [[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141432832012005000014&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S141432832012005000014&script=sci_abstract&tlng=pt)]. Acesso 22 de mar. 2023.



# A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE A PARTIR DA ORDEM CONSTITUCIONAL DA CULTURAL E DA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Bruno Alberto MAIA<sup>1</sup>  
Jamile Gonçalves CALISSI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo pretende reler o princípio da dignidade humana para demonstrar de que forma ele está ligado ao conteúdo disposto no artigo 225 da Constituição Federal e, por conseguinte, como o conteúdo essencial do princípio enunciado em tal artigo constitucional revela-se como norma jurídica programática. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica, sobretudo através de uma interpretação entrelaçada das teses de John Stuart Mill, Robert Alexy e Fritjof Capra; na escrita, por sua vez, o método será o dedutivo. Justifica-se o presente estudo, pois a partir dele, será possível constatar a proteção ao meio ambiente inserida na ordem constitucional da cultura como de interesse difuso, de natureza fundamental e com programaticidade elaborada no §1º através das diversas medidas e providências prescritas para o cumprimento do enunciado do *caput*. A posição antropocêntrica do texto constitucional, cuja proteção, apesar disso e segundo a doutrina tradicional, alcançaria outras formas de vida além da humana, determinando proteção direta a esta e somente por via reflexa às demais formas de vida, apresenta necessária revisão, uma vez que, a visão biocêntrica não mais encontra respaldo razoável já que a vida dos animais e da fauna não pode ser compreendida dissociada da vida humana, e da relação que com ela estabelece. Os fatores expostos revelam que a interpretação do que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 deve ser feita de forma ampliativa, o que implica na revolução dos critérios interpretativos acerca do Direito Positivo, intenção pretendida por este estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípio da dignidade humana; direitos e garantias fundamentais; ordem constitucional da cultura; norma programática; proteção ao meio ambiente.

- 1 Advogado, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, (2008-2020) membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito - CONPEDI. Pós-Doutorando em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP da Universidade de São Paulo - USP (2022-2025) Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2021). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA (2014) Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC (2012). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2008). Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC (2007). Atua nos temas atinentes à Teoria Geral do Direito Civil, notadamente, regime jurídico das incapacidades, e direitos da personalidade, e ao Direito de Família e Sucessões, em especial, poder familiar, guarda, tutela, curatela, inventário, partilha em interface com a Filosofia do Direito.
- 2 Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (em andamento). Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino (2015). Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2008). Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab (2001). Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (2021). Professora das Faculdades Integradas de Jaú. Professora-conteudista em cursinhos preparatórios para concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, com pesquisas que envolvem: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional, Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Epistemologias Jurídicas, Inclusão e Emancipação, Relativismo Cultural, Novas Tecnologias, Gestão de Conflitos e modelos de soluções de conflitos. Membro equipe editorial - gestão administrativa (OJS; triagem e revisão de textos) da Revista Jurídica da UEMG - INOVAJUR - Tecnologia, Informação e Inovação.

## **ABSTRACT**

The present study intends to re-read the principle of human dignity to demonstrate how it is linked to the content laid out in Article 225 of the Federal Constitution and, consequently, how the essential content of the principle enunciated in such constitutional article reveals itself as a programmatic legal norm. To this end, bibliographical research will be used, especially through an intertwined interpretation of the theses of John Stuart Mill, Robert Alexy, and Fritjof Capra; in writing, in turn, the method will be deductive. The present study is justified because from it, it will be possible to verify the protection of the environment inserted in the constitutional order of culture as of diffuse interest, of fundamental nature, and with programmatic elaborated in §1 through the various measures and provisions prescribed for the fulfillment of the enunciation of the caput. The anthropocentric position of the constitutional text, whose protection, despite this and according to traditional doctrine, would reach other forms of life besides human life, determining direct protection to the latter and only by reflex to other forms of life, presents necessary revision, since the biocentric vision no longer finds reasonable support since the life of animals and fauna cannot be understood in isolation from human life, and the relationship it establishes with it. The factors exposed reveal that the interpretation of the provisions of Article 225 of the Federal Constitution of 1988 must be broad way, which implies the revolution of the interpretative criteria about the Positive Law, the intention of this study.

**KEYWORDS:** *principle of human dignity; fundamental rights and guarantees; constitutional order of culture; programmatic norm; environmental protection.*

## **INTRODUÇÃO**

A perspectiva do Direito Constitucional enfoca a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco de todos os seres racionais, razão pela qual está positivada no artigo 1º, III da Constituição de 1988.

A questão que se coloca como problema consiste em reler o princípio acima mencionado, vetor axiológico que fundamenta a República brasileira, a fim de esclarecer de que modo ele entrelaça-se com o conteúdo disposto no artigo 225 do texto constitucional, mesmo não se alocando no bojo do artigo 5º, que versa acerca dos direitos e garantias fundamentais estatuído pelo legislador constituinte. Esta relação não passa despercebida, na medida em que o conteúdo essencial do princípio enunciado no artigo 225 da Constituição de 1988 revela-se como norma jurídica programática.

Para tanto, o presente estudo estabeleceu a intertextualidade entre as obras de Robert Alexy e John Stuart Mill, para esclarecer se existe uma conexão entre o Direito e a Moral para a definição dos direitos e garantias fundamentais, notadamente, no que se refere ao meio ambiente sadio e equilibrado inserido no contexto histórico da Constituição Cultural propugnada pela doutrina brasileira.

O caráter programático do princípio inserido no artigo 225 da Constituição de 1988 demonstra que o direito difuso positivado sobre o qual ele trata está a exigir da sociedade civil e do

Estado o compromisso com a manutenção da força vital da Constituição, isto é, a sua força normativa de regular os fatos sociais postos no contexto histórico do constitucionalismo brasileiro.

## **1. O MEIO AMBIENTE E A ORDEM CONSTITUCIONAL DA CULTURA**

De acordo com José Afonso da Silva (2008), a Constituição de 1988 dedicou um capítulo especial para tratar da cultura, e tomou o termo em sentido abrangente para tratar adequadamente da formação educacional do povo.

Assim sendo, a cultura abrange as expressões criadoras da pessoa, bem como, das projeções que o espírito humano é capaz de realizar, e que são materializadas em suportes normativos que se referem à identidade, à ação à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira e que se irradiam por meio de seus artigos, formando o que conhecemos como ordem constitucional da cultura, ou em outros termos, constituição cultural.

Essa Constituição cultural contém em seu bojo normas que expressam os valores culturais bem como disposições normativas que se referem aos direitos sociais, com especial destaque para o direito à educação e à cultura. O Meio Ambiente é uma matéria inserida na ordem constitucional da cultura, e apresenta-se como um capítulo dos mais avançados da Constituição de 1988 (SILVA, 2008).

Segundo o texto constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, cuja natureza é de bem de uso comum do povo, e que tem a finalidade de concretizar-se para assegurar ao seu titular, o povo, a sadia qualidade de vida de todos na maior medida possível. Trata-se, portanto, de direito fundamental que se impõe ao Estado e à comunidade em geral, isto é, aos particulares, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (SILVA, 2008).

No artigo 225 §1º, a Constituição prescreve as medidas e providências das quais deve se incumbir o Estado para assegurar o direito fundamental reconhecido no *caput*, os quais passa-se a enunciar, a saber, a) preservar e restaurar os processos ecológicos que são considerados essenciais, bem como prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País além de levar a efeito a fiscalização das entidades que se dedicam à pesquisa e à manipulação do material genético; c) definir em cada unidade da Federação brasileira os espaços territoriais e seus componentes merecedores de proteção jurídica, ressalvando-se, contudo que a alteração e a supressão se dão somente por meio de lei, proibida qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que estão a justificar a respectiva proteção; d) exigir, de acordo com o que estabelece a lei, para fins de instalação de obras ou atividades que impliquem degradação ambiental o estudo previamente realizado acerca do impacto no meio

ambiente, que referidas atividades poderão vir a causar, razão pela qual, ao referido estudo prévio se dará a devida publicidade; e) controlar a comercialização a produção, bem como o emprego de técnicas, metodologias, e substâncias que impliquem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; f) fomentar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientizar a população a preservar o meio ambiente; e, por fim; f) proteger a fauna e a flora vedadas, conforme dispuser a lei, as práticas que comprometam a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (SILVA, 2008).

Além do mais, a Lei 6.938 de 1981 dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Este microsistema define em seu artigo 3º, I, o meio ambiente, como o conjunto de condições e leis, influências e integrações de ordem físico-química e biológica que permite e abriga a vida em todas as formas por meio das quais ela se apresenta (BRASIL, 1981).

A Constituição impõe além dos meios acima discriminados de atuação do Estado, condutas no sentido de preservar o meio ambiente a todos os concidadãos que causarem danos ao meio ambiente.

Um exemplo concreto trazido à baila pela doutrina é o do explorador de recursos minerais, que fica obrigado a reparar o meio ambiente degradado, segundo as diretrizes indicadas pelo órgão competente. Trata-se verdadeiramente aqui de solução técnica que o infrator deve levar a efeito (SILVA, 2008).

Outro exemplo é o das usinas nucleares, pois devem ter localização determinada por meio de lei federal, sob pena de não serem instaladas. A Constituição de 1988 dá nesse caso diretrizes preventivas, mediante tratamento jurídico diferenciado conforme o impacto ambiental que seus produtos, serviços e processos de aplicação impliquem riscos para o meio ambiente.

Nos termos do que prescreve o artigo 170, VI da Constituição de 1988 inserido por meio da Emenda Constitucional 42 de 2003, a Constituição não descuida das medidas repressivas, quando passa exigir ao causador do dano ambiental a sua reparação por meio da regularização das atividades que comprometem o ecossistema brasileiro.

Trata-se, aqui, de sanções penais e administrativas, além, é claro, da reparação do dano causado propriamente dito. Neste sentido, tem aplicação o disposto pelo artigo 173 §5º da Constituição de 1988 que estabelece a responsabilidade das pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade dos seus dirigentes, às quais as pessoas jurídicas se sujeitam em caso de violação aos preceitos constitucionais que digam respeito à degradação ambiental, aos atos incompatíveis com a estabilidade da ordem econômica, que, por conseguinte, está vinculada à necessidade precípua de preservação do meio ambiente (SILVA, 2008).

Além do mais, o artigo 225§4º da Constituição de 1988 afirma em seu texto normativo que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense, e a Zona Costeira constituem patrimônio nacional.

O escopo do comando normativo constitucional é o de fomentar a sua utilização econômica, com especial destaque para a exploração adequada, isto é, na forma determinada pela lei, dos recursos naturais, desde que o meio ambiente seja preservado.

Assim, pode-se sustentar, com base em notícia do direito comparado, que a Constituição de 1988 é muito mais avançada no tratamento da matéria, quando comparada às Constituições da Bulgária, artigo 31; da Rússia, que trata da matéria no artigo 18; da Constituição de Portugal que regula a matéria no artigo 66, e, por fim, da Constituição espanhola, que veicula o dever de preservação do meio ambiente no artigo 45 (SILVA, 2008).

Pode-se afirmar com fundamento nos postulados de José Afonso da Silva (2008) que ao regulamentar o meio ambiente no âmbito da constituição cultural, as normas constitucionais introjetaram, pelo menos em tese, num primeiro momento, na consciência dos concidadãos livres e iguais, a ideia de que o direito à vida é matriz de todos os demais direitos fundamentais.

Por conseguinte, o meio ambiente é um valor positivado por meio do princípio prescrito no artigo 225 e respectivos parágrafos que está na tábua axiológica definida pelo legislador constituinte, acima do direito de propriedade e das atividades fomentadas pela iniciativa privada (SILVA, 2008).

É claro que esses direitos fundamentais estão garantidos pela Constituição de 1988 no artigo 5º, porém, à toda evidência, não devem se sobrepor ao direito fundamental à vida, porque o que se discute neste caso, é a qualidade do meio ambiente, pois ele é instrumento que por meio da tutela jurídica que parte da Constituição de 1988, via a proteger um valor maior, a saber, a qualidade da vida humana (SILVA, 2008).

### **1.1 Seria a pessoa humana a única destinatária do direito ambiental?**

De acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2016) a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana no artigo 1º, III teve o escopo de tratá-la como vetor axiológico de todo o sistema constitucional, isto é, no âmbito do discurso que constitui um todo, em que as partes derivam umas das outras.

A Constituição de 1988 sob tal perspectiva é uma unidade de múltiplos conhecimentos que se reúnem em torno de uma única ideia em que a unidade e a organização assumem o sentido de base estrutural do sistema constitucional brasileiro.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 adotou uma visão com reflexos que se

espraiam por toda a legislação infraconstitucional, nela incluída, a legislação ambiental. Trata-se de uma posição antropocêntrica, que atribui aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, nos termos do que prescrevem os artigos 1, I e 5º da Carta Constitucional brasileira uma posição central em relação ao sistema de direito positivo.

Sob esta perspectiva antropocêntrica, o direito ao meio ambiente volta-se para a satisfação das necessidades humanas, em que a expectativa de vida é um indicador que aloca para baixo a posição do Brasil no ranking do índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Considerado isoladamente esse fator, o Brasil situa-se na 81ª posição.

No ranking das Nações veiculado em 2009, no dia 05 de outubro daquele ano, precisamente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, o Brasil aloca-se na 75ª posição, com uma expectativa de vida de aproximadamente 72,2 anos em média. A partir dessa constatação de caráter empírico, o relatório da Organização das Nações Unidas – ONU propugna um aumento na expectativa de vida a fim de fomentar o IDH do nosso País. E essa melhora poderia se concretizar por meio do aumento de recursos destinados à saúde (FIORILLO, 2016)

A perspectiva antropocêntrica da Constituição Federal de 1988 acerca do direito ambiental tutela toda e qualquer forma de vida (FIORILLO, 2016). Entretanto, este posicionamento não é pacífico na doutrina brasileira. Afinal, se a perspectiva antropocêntrica visa, em tese, à tutela de todas as formas de vida, não é somente a pessoa humana que estaria no centro do ordenamento jurídico ambiental regulado a partir da Constituição Federal de 1988.

A tradição trazida à baila pela doutrina brasileira acerca do tema invoca o argumento antropocêntrico porque compreende que a natureza se constitui como objetivo decretado pelo homem em seu exclusivo benefício, sob pena de se postular que a Constituição Federal de 1988, de modo inédito, estaria a veicular a proteção do meio ambiente a todas as formas de vida, a partir de uma interpretação literal, e segundo entendimento aqui afirmado, possível, acerca do artigo 3º, I da Lei 6938 de 1981.

Segundo essa posição que enfoca a literalidade do comando legal em questão, recepcionado pela Constituição de 1988, os animais assumiriam um papel de destaque em face da proteção ambiental. Isto significa dizer que os animais seriam, também, destinatários do direito ambiental brasileiro (FIORILLO, 2016).

A doutrina tradicional, cujos argumentos devem ser respeitados, enfoca que a visão biocêntrica acerca da Constituição não parece razoável, pois a vida dos animais e da fauna não pode ser compreendida dissociada da vida humana, e da relação que com ela estabelece.

Com toda a *vênia*, entretanto, essa não parece uma posição adequada, porque contraditória.

Embora respeitável, o argumento doutrinário trazido à colação por Fiorillo (2016) no sentido de que a proteção do meio ambiente existe para favorecer antes de tudo, ao ser humano, e não às demais espécies por via reflexa e quase simbiótica. De todas as formas, o argumento trazido pela doutrina, bem como sua interpretação acerca do que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 seria infinitamente maior, e isto implicaria a revolução dos critérios interpretativos acerca do Direito Positivo. E esta é a intenção deste texto.

## **1.2 A natureza jurídica das disposições que veiculam a proteção ao meio ambiente no contexto da Constituição de 1.988 e o princípio da proporcionalidade relido à luz do contexto jurídico brasileiro**

Pretende-se aqui distinguir regras e princípios, limitando-se a dizer o que são os princípios, e qual a sua finalidade ao estabelecer as diretrizes gerais para o legislador infraconstitucional.

Para a compreensão do conteúdo prescrito pelo artigo 225 da Constituição de 1988, parte-se da premissa postulada por Robert Alexy (2009) de que no contexto positivista contemporâneo, o problema que se propõe refere-se à vinculação ou não entre Direito e Moral, isto é, entre o *ser* e o *dever ser*.

As teorias positivistas clássicas dissociam Direito e Moral. Para tanto, partem do pressuposto de que a definição do Direito deve isentar-se de elementos metajurídicos, em razão de que a vinculação entre eles não seria necessária, e neste sentido, Alexy aponta seu discurso para Hans Kelsen (2006), que fundamenta sob a perspectiva funcional e por meio do argumento de autoridade, o escalonamento normativo do ordenamento jurídico em que é a norma fundamental pressuposta que determina a observância da Constituição por todos os cidadãos.

Ora, nesse aspecto, com o devido respeito, Kelsen comete um equívoco, pois se a norma fundamental é pressuposta, ela parte necessariamente de uma premissa metajurídica, a moralidade, porque princípios, numa primeira definição são cristalizações normativas que se construíram no contexto histórico de consolidação do Estado e do Direito vigente.

Por outro lado, a tese postulada por Alexy (2009) é a da vinculação entre Moral e Direito, que ele mesmo classifica como tese não positivista. Pode-se dizer que Alexy, neste aspecto, poderia ser considerado como um positivista inclusivo. Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer os motivos e razões que fundamentam a premissa aqui apresentada.

Desta feita, o que diferencia o positivista clássico do positivista inclusivo diz respeito à concepção daquilo que o Direito, ou melhor dizendo, o seu conceito deve definir. Enquanto o positivista clássico dissocia Moral e Direito, o positivista inclusivo os vincula, porque, para além da dissociação pretendida pelo positivismo clássico, como é preferível denomina-lo, o Positivismo

Inclusivo parte da premissa de que os fatos sociais regulados pelo Direito incluem elementos metajurídicos, o que torna o direito uma fonte de inesgotabilidade, no que se refere às soluções para os casos que o Direito deve regular (ALEXY, 2009).

A tese da separação ou da vinculação que se estabelece entre o Direito e a Moral sustenta-se por um argumento normativo, porque demonstra a inclusão ou a exclusão de elementos morais no conceito de Direito, a fim de que se cumpra determinada norma.

Um argumento normativo que vai de encontro à tese da vinculação é o de que somente por meio da separação entre Moral e Direito haveria a condução à clareza linguística e conceitual que garantiria a segurança jurídica das decisões judiciais. Há, por outro lado, um argumento que milita em favor da tese da vinculação entre Moral e Direito, no sentido de que a tese da vinculação oferece a melhor solução para os casos em que as normas jurídicas sejam extremamente injustas (ALEXY, 2009).

O Direito é um sistema normativo procedimental. Significa dizer que o Direito é orientado por meio de ações que deitam suas raízes em regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas aos concidadãos livres e iguais titulares de direitos fundamentais.

Por outro lado, a perspectiva normativa do Direito o compreende como um sistema que oferece resultados, isto é, os produtos que decorrem do procedimento que cria as normas (ALEXY, 2009). E neste aspecto, a Constituição de 1988 é procedimental porque define as atribuições e ações dos poderes constituídos, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Assim sendo, o Direito Positivo, sob a perspectiva externa, é normativo, e sob a perspectiva interna, estabelece o procedimento de produção dos textos que compreendem a Constituição e a legislação infraconstitucional (ALEXY, 2009).

Por esta razão é que Alexy (2008) ao tratar da Teoria dos Princípios, estabelece a distinção entre regras, caracterizando-as como mandados definitivos, e os princípios como mandados de otimização, isto é, aplicáveis *prima facie*, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto balizadas pela máxima da proporcionalidade, que se desdobra nas máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou como a conhecemos, a máxima do sopesamento.

Por estas razões, não é possível sustentar o Direito a partir de um modelo puro de regras, como pretendeu estabelecer o Positivismo Clássico, nem um modelo puro de princípios como pretendem os “pós-positivistas”, porque corre-se o risco de comprometer a segurança jurídica das decisões judiciais, e a aplicação de normas jurídicas (textos normativos). Portanto, a distinção se faz necessária, porque do conteúdo de um princípio interpretado de acordo com as circunstâncias



fáticas e jurídicas de cada caso concreto, extrai-se a regra jurídica.

Assim sendo, e considerando que a sociedade brasileira é plural, as decisões judiciais devem ser tomadas sob dúplice perspectiva, a do observador, e a do participante.

A perspectiva do participante, enfoca a participação dos sujeitos do discurso no contexto de construção da argumentação jurídica sobre o que o Direito ordena, o que ele veda, e, por fim, quais são os comportamentos autorizados. Por outro lado, a perspectiva do observador, adotada pelo Positivista Clássico, não questiona em que consiste a decisão correta no contexto de um sistema jurídico determinado. O positivista clássico parte de uma problematização diferente, a saber, questiona como o fato social é decidido em determinado sistema jurídico (ALEXY, 2009).

Partindo-se, então, da premissa de que há uma vinculação entre a Moral e o Direito na produção dos textos legislativos constitucionais e infraconstitucionais. Portanto, o Direito apresenta uma dimensão de validade em que no procedimento de positivação do Direito elementos morais devem coexistir a fim de que os textos normativos não sejam extremamente injustos (ALEXY, 2009).

De certo modo, toda argumentação comporta uma reflexão procedimental nos poderes constituídos, a saber, no Executivo, no Legislativo, e no Judiciário, de modo que funcionalmente, a argumentação para cada um dos Poderes se apresenta de modo diferente, sob pena de se violar o princípio da independência e harmonia dos poderes entre si, como propugna o artigo 2º da Constituição de 1988.

Isto significa dizer que o artigo 225 da Constituição de 1988 é um mandado de otimização, isto é, um princípio cogente que determina ao Poder Legislativo, por meio das suas deliberações, que atue adequadamente na sua função precípua – a de legislar sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado a fim de assegurar, ainda que sob uma perspectiva antropocêntrica, a qualidade da vida humana como sustentado por José Afonso da Silva (2008).

Não é por outra razão, que o sistema normativo que o Direito é e deve ser é conceituado como um sistema normativo que formula pretensão de correção, e engloba a totalidade dos textos legislativos produzidos de acordo com o que a Constituição está a estabelecer, de modo que seus textos apresentem um mínimo de eficácia social, excluídas de antemão, a produção das normas extremamente injustas ao qual pertencem os princípios e as regras produzidas por meio de outros argumentos normativos nos quais deve se sustentar o procedimento de aplicação do direito vigente, a fim de satisfazer a pretensão à correção normativa da decisão (ALEXY, 2009).

A partir dos postulados de Alexy (2009), pode-se remontar à classificação de José Afonso da Silva acerca do princípio positivado no artigo 225 da Constituição de 1988, para defini-la como programática, pois o Direito é um caso particular, isto é, um caso especial da argumentação Moral

(ALEXY, 2005).

De acordo com José Afonso da Silva (1998), a positividade do sistema normativo do Direito exprime sua capacidade de reger em concreto o comportamento humano por meio de normas bilaterais e atributivas que são socialmente postas, isto é, que tem como destinatários o Estado e os concidadãos.

A vigência do Direito posto refere-se ao Direito Presente, que rege o Estado e os particulares, e que se construiu por meio de um processo histórico.

Por fim, a eficácia do Direito deve ser compreendida em dupla perspectiva, a saber, ela define um comportamento que está em consonância com a Constituição e, tomando como premissa a unidade da ordem jurídica, a legislação infraconstitucional, e efetivamente observada, sob pena de sanção.

Nesse sentido, cada norma constitucional é executável por si mesma até onde possa, ou seja, até onde seja passível de ser executada, e o problema assenta-se na determinação desse limite.

Não se nega o variado valor jurídico e o grau de eficácia das normas constitucionais. O que não existe são normas constitucionais exclusivamente morais ou de conselho, pois “todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles mais acentuadamente de caráter ideológico programático” (AFONSO DA SILVA, 1998) como é o caso dos dispositivos constitucionais que veiculam direitos fundamentais no contexto da ordem constitucional da cultura, nela inserido o artigo 225 da Constituição de 1988.

Os textos normativos que são programáticos estão a exigir do Estado e dos particulares um compromisso com a “vontade de constituição” propugnada por Konrad Hesse (1991). E isto abrange o ideal de concretização permanente de um meio ambiente ecologicamente equilibrado que assegure às gerações presentes e futuras a sua qualidade de vida, ainda, que sob a perspectiva antropocêntrica.

O que se tem em consideração é que a perspectiva biocêntrica sobre o meio ambiente não desconstrói a perspectiva antropocêntrica advogada pela doutrina tradicional acerca do meio ambiente. Muito pelo contrário. Se a Constituição é dotada de uma força vital e orgânica, como nos diz Hesse, a perspectiva biocêntrica acerca do meio ambiente a complementa em relação dialética de constante tensão, e que por esta razão, está a cobrar do estado e da Sociedade Civil a sua preservação e dinamicidade.

## **2. DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, MEIO AMBIENTE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE JOHN STUART MILL, ROBERT ALEXY E FRITJOF CAPRA**

De acordo com John Stuart Mill (1991) a natureza humana não é uma máquina que está em permanente construção, de acordo com um modelo, cuja finalidade é realizar a tarefa por ela prescrita.

A natureza humana é uma árvore que necessita de crescimento e de desenvolver-se em todos os lados de acordo com a transcendência das suas forças internas, e que por esta razão, a tornam uma coisa viva.

Para que ocorra a livre expansão da natureza de cada concidadão, e por conseguinte do Estado, é primordial que aos concidadãos seja permitida a possibilidade de viver suas vidas de modos diferentes. Pessoas diferentes requerem condições distintas de desenvolvimento, em que a identidade atmosférica e o clima moral possam convir mais do que convém às demais espécies de plantas, a identidade atmosférica e o clima sob a perspectiva da Física (STUART MILL, 1991).

Há, portanto, uma conexão com o nosso discurso no sentido de afirmarmos que o meio ambiente, é por esta razão, considerado um bem de uso comum do povo, e especificamente, um direito fundamental difuso, cujo titular não é aquele que não pode ser individualizado. Muito pelo contrário!

Quando a Constituição de 1988 positivou a regulação do meio ambiente no artigo 225, quis dizer que a parte não deve se sobrepor ao todo, e por esta razão, o meio ambiente, é um direito que tem como titular a comunidade brasileira.

Por esta razão, John Stuart Mill (1991) estabelece os casos em que o Estado está autorizado a interferir na autonomia dos particulares para delimitá-la por meio do Direito, da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Existem três tipos de objeções à intervenção governamental quando não está relacionada ao respeito à liberdade. A primeira família lida com assuntos mais adequados à tarefa dos indivíduos do que do governo. Em geral, ninguém é melhor para gerir um negócio e decidir como e quem o deve fazer do que aqueles que nele têm interesse pessoal (...) Existem muitos casos em que os indivíduos não podem, via de regra, fazer a coisa em questão tão bem quanto os funcionários públicos, mas ainda assim é desejável que o façam por sua própria sanidade, e não pelo governo. Educação (...) A terceira e mais eficaz razão para limitar a intervenção do governo é o grande perigo de expandir desnecessariamente seu poder (STUART MILL, 1991, p. 152-15).

Por esta razão, José Afonso da Silva (2008) sustenta que a vida no contexto do artigo 5º da Constituição de 1988 não deve ser compreendida somente sob sua perspectiva biológica “de incessante autoatividade funcional peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva” (SILVA, 2008, p. 197).

A riqueza significativa da vida é de difícil compreensão, pois trata-se de algo dinâmico que

está em constante transformação sem, contudo, perder sua identidade.

A vida é um processo – um processo vital que se instaura com a concepção, ou geminação vegetal, transforma-se e progride mantendo nesse período, sua identidade, até que se modifica, melhor dizendo, modifica a sua qualidade.

Deixa de ser vida para ser morte. E tudo aquilo que intervém para causar danos a este fluir espontâneo que é o processo vital, e em permanente evolução, contraria a vida (SILVA, 2008).

O ser dotado de vida é indivíduo, por isso não podemos dividi-lo, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, e mais do que isso: é pessoa. A vida humana é o objeto assegurado pelo Direito no artigo 5º da Constituição de 1988 com todos os seus atributos físicos e psíquicos, isto é, seus elementos materiais, e, também, imateriais, isto é, espirituais.

Por esta razão, a vida é o bem jurídico primário, pois não adiantaria a Constituição assegurar outros bens jurídicos, isto é, direitos fundamentais, tais como a liberdade e a igualdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana como um desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolve, notadamente, o direito à dignidade da pessoa humana, que enaltece, por esta razão, a supremacia da Constituição (SILVA, 2008).

Portanto, pode-se afirmar que, embora o meio ambiente não esteja positivado no artigo 5º da Constituição, é considerado direito fundamental difuso, bem de uso comum do povo, e que para ser preservado para as presentes e futuras gerações, está a cobrar do Estado e dos particulares a sua necessária preservação por meio de estudos prévios de impacto ambiental aos quais se dará publicidade, porque nesse caso, a parte, isto é o interesse do particular não deve se sobrepor ao todo, ou seja, aos interesses da comunidade.

## **2.1 O paradigma da ecologia profunda**

Fritjof Capra (1995) parte da premissa de que a visão de mundo é holística, e concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma colação de partes dissociadas.

O paradigma biocêntrico deita suas raízes num sentido muito mais amplo que o antropocêntrico usual. Afinal, a Ecologia Profunda reconhece a interdependência fundamental, isto é, necessária, de todos os fenômenos, o que leva em consideração o fato de que indivíduos e sociedades encaixam-se nos processos cíclicos da natureza, e também, são dependentes destes processos.

O sentido da Ecologia Profunda associa-se com uma escola filosófica específica de origem norueguesa, cujo maior expoente é Arne Naess no início dos anos 70 do Século XX a partir da distinção entre o que se denomina de “ecologia rasa” em oposição ao que se denomina como “ecologia profunda”.

A Ecologia Rasa é eminentemente antropocêntrica, isto é centralizada no ser humano. Segundo essa tradição, os seres humanos situam-se acima ou mesmo fora da natureza, considerados fontes de todos os valores, e que por esta razão, atribui à natureza não um protagonismo, mas uma posição secundária e instrumental, isto é de uso da natureza (CAPRA, 1995).

Por outro lado, a Ecologia Profunda reconhece que todos os seres vivos são dotados de um valor intrínseco em que o ser humano é apenas um fio no contexto de construção da teia da vida, e nela estão todos conectados (CAPRA, 1995).

Respeitados os argumentos postulados pela doutrina pátria no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Ambiental no plano infraconstitucional, a constatação de que o artigo 3º, I da Lei 6898 de 1981, já trazia em seu bojo a perspectiva biocêntrica sobre o meio ambiente é inegável.

E o interessante é que isto ocorrera a partir de uma interpretação óbvia constatada pela própria doutrina brasileira: a interpretação literal do artigo 3º, I da Lei 6938 de 1981 em concatenação com o vetor axiológico da dignidade da pessoa humana e com o conteúdo principiológico enunciado pelo artigo 225 da Constituição de 1988, que a torna uma das Constituições mais avançadas no tratamento do tema, como asseveram Afonso da Silva (2008) e Fiorillo (2016) ainda que presos à perspectiva postulada por Immanuel Kant (2008) no sentido de que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para o alcance de outros fins.

É por estas razões que é possível constatar a convergência dos utilitarismos propugnados por John Stuart Mill e Robert Alexy no sentido de que o Estado, por meio do Poder Legislativo, está convocado a atuar adequadamente para tutelar todas as formas de vida sem exclusividades, a fim de que a força vital e orgânica da Constituição de 1988 não se esvaia no tempo, e permaneça, assim, em constante mutação para preservar o meio ambiente como direito difuso para as gerações presentes e futuras, no sentido de promover a integração entre o indivíduo e o seu meio ambiente construído a partir da conscientização de que uma vida digna só será possível de ser construída segundo as perspectivas de vida boa, partindo-se de um consenso deliberativo de que o Direito e a Moral estabelecem entre si uma conexão interna necessária para controlar a realidade jurídica e dinâmica da sociedade civil, autora e destinatária da Constituição de do Direito vigente. Isto requer, por estas razões e motivos, a assunção de um compromisso assumido diuturnamente pelo Estado e por cada um dos concidadãos titulares de iguais liberdades fundamentais.

A força vital da Constituição de 1988 sobre a qual fala Hesse (1991) deriva de uma concordância prática que vincula a Moral e o Direito, o que é constatado a partir das considerações procedimentais de John Stuart Mill, um notório liberal, e de Robert Alexy, aliadas ao paradigma da Ecologia Profunda postulado por Fritjof Capra.

E como sustentado por John Stuart Mill (1991), Robert Alexy (2005); (2008); (2009) e Fritjof Capra (1995) em concatenação, a partir do paradigma da Ecologia Profunda, cabe ao Direito Positivo, posto pelo Estado, como caso especial da argumentação moral delimitar a interferência estatal na autonomia individual a fim de assegurar à comunidade, seu bem estar na maior medida possível, incluídas, por estas razões todas as formas de vida, incluídas no contexto do Direito Ambiental Brasileiro, a pessoa humana, a Fauna e a Flora.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A vida no contexto do artigo 5º da Constituição de 1988 não deve ser compreendida somente sob sua perspectiva biológica no contexto da Constituição Cultural.

A riqueza significativa da vida é de difícil compreensão, pois trata-se de algo dinâmico que está em constante transformação sem, contudo, perder sua identidade.

A vida é um processo – um processo vital que se instaura com a concepção, ou germinação vegetal, transforma-se e progride mantendo nesse período, sua identidade, até que se modifica, melhor dizendo, modifica a sua qualidade.

Deixa de ser vida para ser morte. E tudo aquilo que intervém para causar danos a este fluir espontâneo que é o processo vital e em permanente evolução, contraria a vida.

O ser dotado de vida é indivíduo, por isso não pode ser dividido, sob pena de deixar de o ser. O homem é um indivíduo, e mais do que isso: é pessoa. A vida humana é o objeto assegurado pelo Direito no artigo 5º da Constituição de 1988 com todos os seus atributos físicos e psíquicos, isto é, seus elementos materiais, e, também, imateriais, isto é, espirituais.

Por esta razão a vida é o bem jurídico primário, pois não adiantaria a Constituição assegurar outros bens jurídicos, isto é, direitos fundamentais, tais como a liberdade e a igualdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana como um desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolve, notadamente, o direito à dignidade da pessoa humana, que enaltece, por esta razão, a supremacia da Constituição.

Portanto, pode-se afirmar que, embora o meio ambiente não esteja positivado no artigo 5º da Constituição, é considerado direito fundamental difuso, bem de uso comum do povo, e que para ser preservado para as presentes e futuras gerações, está a cobrar do Estado e dos particulares a sua necessária preservação por meio de estudos prévios de impacto ambiental aos quais se dará publicidade, porque nesse caso, a parte, isto é o interesse do particular não deve se sobrepor ao todo, ou seja, aos interesses da comunidade.

O paradigma da Ecologia Profunda estabelece com o Paradigma da Ecologia Rasa uma relação dialética de complementaridade, que convida o Estado a legislar adequadamente sobre o

meio ambiente a partir da conscientização de que sua preservação é necessária como fim em si mesma para a preservação da pessoa humana, da fauna e da flora, orientadas que deve estar à construção da perspectiva de vida digna de cada um dos concidadãos livre e iguais titulares de liberdades fundamentais.

Isto permitirá, por conseguinte que a Constituição a partir da atuação adequada do Legislativo, assuma seu compromisso de atuar adequadamente em conjunto com a sociedade civil no sentido de preservar, não somente o meio ambiente, mas, sobretudo, a Constituição como unidade do ordenamento jurídico brasileiro para as gerações presentes e futuras no contexto histórico de constituição permanente do Estado de Direito Democrático brasileiro.

Assim sendo, cabe ao Direito Positivo, isto é, posto pelo Estado, como caso especial da argumentação moral, que é e deve ser, delimitar a interferência estatal na autonomia individual a fim de que possa assegurar por meio de seus textos normativos, o bem-estar da comunidade na maior medida possível.

O que demonstra a possibilidade de convergência das teorias procedimentais de Stuart Mill e Alexy, e do paradigma da Ecologia Profunda propugnado por Fritjof Capra no contexto histórico do Século XXI.

## **REFERÊNCIAS**

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2.ed. trad. Zilda Hunchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. **Lei 6938 de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1995.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Safe, 1991.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

STUART MILL. **Sobre a liberdade**. trad. Alberto Rocha Barros. Petrópolis: Editora Vozes, 1991).



# COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESPANHA EM RELAÇÃO ÀS LEIS CRIADORAS DOS PROGRAMAS SOCIAIS EMERGENCIAIS PARA CONTENÇÃO DA CRISE ECONÔMICA GERADA PELA PANDEMIA DE COVID-19

Ana Luiza Godoy PULCINELLI<sup>1</sup>  
Danieli Aparecida Cristina LEITE<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa comparar as leis criadoras dos programas sociais emergenciais para contenção da crise econômica gerada pela pandemia de COVID-19 nos dois países. Para atingir o objetivo proposto o presente trabalho está pautado na análise comparativas das redações das respectivas leis, assim, como o confronto dos resultados econômicos atingidos por cada país de 2020 para 2021. Desse modo, observa-se que a Espanha, em que pese ter iniciado seu programa de assistência social emergencial um pouco mais tarde do que o brasileiro e atender menos pessoas (proporcionalmente), possui um programa mais robusto, que visa o longo prazo e tem como critério básico, a renda, o que permite concluir que a política de assistencial social emergencial espanhola foi mais exitosa do que a brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Programas assistenciais; COVID-19; Brasil; Espanha.

## ABSTRACT

This article aims to compare the laws that created emergency social programs to contain the economic crisis generated by the COVID-19 pandemic in both countries. To achieve the proposed objective, this work is based on the comparative analysis of the wording of the respective laws, as well as the comparison of the economic results achieved by each country from 2020 to 2021. Thus, it is observed that Spain, despite having started its emergency social assistance program a little later than the Brazilian one and serves fewer people (proportionally), it has a more robust program, which aims at the long term and has income as a basic criterion, which allows us to conclude that the policy of Spanish emergency social assistance was more successful than the Brazilian one.

**KEYWORDS:** Assistance Programs; COVID-19; Brazil; Spain.

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo encontra-se diante da maior crise sanitária dos últimos cem anos. A pandemia de COVID-19, doença provocada pelo Corona vírus, já soma mais de 6.227.099 milhões de mortos e 511.428.864 milhões de infectados em 221 países e territórios (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

O aparecimento da moléstia e a sua rápida proliferação por todo o planeta gerou efeitos

---

1 Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Pós-graduada em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito. Professora de Direito na FATEC, unidade Assis-SP. Assistente de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – e-mail: luizapulcinelli@uenp.edu.br

2 Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Mestre em Ensino pela mesma instituição. Bolsista Capes. Especialista em Direito do Trabalho. e-mail: danieli.leite@uenp.edu.br

imediatos, sentidos por toda a sociedade. Disseminou crises humanitária, sanitária e econômica por todo planeta, só comparadas ao período das Grandes Guerras Mundiais do início do século XX. O desconhecimento sobre a doença, suas formas de transmissão e a ausência de medicamentos que a combatem eficazmente fez com que a melhor recomendação fosse o “isolamento social”. Quanto menor o contato entre pessoas, menor seriam as chances de o vírus se disseminar e ampliar exponencialmente os infectados, causando uma sobrecarga ao sistema de saúde. Raros foram os governantes contrários à essa medida.

Sendo favoráveis ou não ao “isolamento social”, o fato é que os países precisaram adotar políticas públicas para enfrentar a doença e suas consequências. Aparece, então, a importância do Direito, pois em situações de pandemia, as vulnerabilidades sociais tendem a se intensificar e o sistema normativo prevê instrumentos para seu combate. Nesse sentido o presente artigo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: Quais as diferenças entre Brasil e Espanha em relação as leis criadoras dos programas sociais emergenciais para contenção da crise econômica gerada pela pandemia de COVID-19?

Destaca-se que a escolha da Espanha tem como referência o atendimento de convênio existente entre os programas de pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil) e da Universidade de Múrcia (Espanha) (UENP, 2022).

De toda sorte, para responder a esse questionamento o trabalho está dividido em 5 (cinco) seções, além desta introdução.

## **2. A PANDEMIA DE COVID-19 PELO MUNDO**

Desde o início do atual surto de coronavírus (SARS-CoV-2), que é a causa da Covid-19, houve uma preocupação generalizada com uma doença que se espalhou rapidamente pelo mundo, com consequências variadas. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 18 de março de 2020, os casos confirmados de Covid -19 ultrapassaram 214 milhões no mundo. Não havia planos estratégicos prontos para serem implementados diante de uma pandemia de coronavírus. Recomendações da OMS (2020), do Ministério da Saúde do Brasil, da Centers for Disease Control and Prevention (CDC, Estados Unidos, 2020) e outras organizações nacionais e internacionais têm a obrigação de aplicação de planos de gripe e suas ferramentas, devido às semelhanças. Esses planos de contingência exigem ações diferentes, dependendo da gravidade das pandemias.

Vale considerar que a Pandemia de Covid-19 escancarou as desigualdades sociais no mundo, evidenciando ainda mais os desequilíbrios sociais reluzentes dessas desigualdades que impactam o planeta e ainda são reforçados pelos desequilíbrios planetários.

Para tentar barrar o avanço das consequências socioeconômicas da pandemia de COVID-

19, os Estados formularam políticas extraordinárias de sustentação do sistema financeiro, de empresas, do emprego e da renda (LIMA, 2020).

O presente artigo tem como objetivo analisar as diferenças entre Brasil e Espanha em relação as leis criadoras dos programas sociais emergenciais para contenção da crise econômica gerada pela pandemia de COVID-19.

## 2.1. No Brasil

A Pandemia de Covid-19 totalizou até a data desta pesquisa, 30.378.061 milhões de casos e 663.108 mil mortes no Brasil, gerando uma sobrecarga no Sistema Único de Saúde (SUS), com pico no número de casos e mortes entre março e abril de 2021 (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

Registrou-se o maior número de mortes diárias em 08 de abril de 2021, com 4.148 mortes no mencionado dia (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

Os esforços mundiais em torno de estudos e pesquisas sobre a nova doença, resultaram na formulação de vacinas com o uso de diferentes tecnologias para o combate ao vírus<sup>3</sup>.

No Brasil, as primeiras vacinas utilizadas foram as de vírus inativado (parceria Sinovac e o Instituto Butantan), vacinas com utilização de um vetor viral - um adenovírus atenuado (AAV) [parceria AstraZeneca, Universidade de Oxford e Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e Sputnik V®] e vacinas baseadas em RNA mensageiro (RNAm) (Pfizer e Moderna) (SERPA et. al., 2021).

A vacinação foi iniciada em território brasileiro horas após a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) aprovar o uso emergencial dos imunizantes CoronaVac e AstraZeneca, no dia 17 de janeiro de 2021. A primeira aplicação ocorreu na cidade de São Paulo (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2021).

Atualmente, 85,8% da população tomou ao menos uma dose dos imunizantes disponíveis no Brasil, 76,9% estão completamente imunizadas (duas doses) e 40,6% receberam a dose de reforço (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

Em razão da alta adesão à vacinação, os números de casos e mortes de COVID-19 diminuíram consideravelmente e a maioria das unidades da federação brasileira revogou as medidas

---

3 vacina de vírus inativado, tecnologia empregada na preparação da vacina desenvolvida por meio de parceria entre a companhia farmacêutica chinesa Sinovac e o Instituto Butantan; – vacina com utilização de um vetor viral, um adenovírus de chimpanzé atenuado, método empregado na vacina desenvolvida por meio de parceria entre a companhia farmacêutica AstraZeneca, Universidade de Oxford e Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). O método que utiliza o vírus SARS-CoV-2 inativado tem as vantagens de produzir uma vacina segura e estável, além de ser uma tecnologia já conhecida, o que possibilitou o desenvolvimento rápido da vacina. As vacinas que utilizam adenovírus, de chimpanzés ou humanos, incapazes de replicação como vetor, introduzem um gene altamente específico nas células humanas e estimulam uma resposta imune específica. Esta técnica empregada na vacina AstraZeneca-Oxford-Fiocruz também já foi testada com outra espécie de coronavírus (MERS-CoV).

restritivas, retornando a um estágio pré-pandemia.

## **2.2. Na Espanha**

A Pandemia de Covid-19 totalizou até a data desta pesquisa 11,8 milhões de caso e 104 mil mortes, conforme o Sistema Nacional de Saúde da Espanha, com pico no número de casos em janeiro de 2022 e mortes em abril de 2020 (EUROSTAT, 2022).

Na Espanha, as vacinas utilizadas foram Comirnaty (Pfizer/BioNTech), Moderna, Johnson & Johnson, AstraZeneca (Oxford), Janssen e Novavax. A vacinação foi iniciada em território espanhol em 27 de Dezembro de 2020, com o imunizante AstraZeneca da Oxford. A primeira aplicação ocorreu na cidade de Guadalajara, Comunidade Autônoma de Castela-Mancha (MINISTERIO DE SANIDAD, 2022).

No mês de janeiro de 2022 a Espanha apresentou um novo pico de casos de infectados pela Covid-19, no entanto, dado o alto número de imunizados a situação não se agravou. Atualmente, 85,3% estão completamente imunizadas (duas doses) e 52,1% receberam a dose de reforço (JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE, 2022).

Em razão da alta adesão à vacinação, os números de casos e mortes de COVID-19 diminuíram consideravelmente e a maioria das unidades da federação brasileira revogou as medidas restritivas, retornando a um estágio pré-pandemia. Ressaltando um cenário de tripla crise: sanitária, econômica e social. Assim como no Brasil, como resposta a essa crise, na Espanha foi estabelecido um benefício assistencial a fim de amparar a população em estado de vulnerabilidade socioeconômica, considerando seus altos índices de desigualdade que já precediam a recessão provocada pela Pandemia de Covid-19.

A Espanha, mesmo antes da Pandemia de Covid-19, já era considerada um dos países mais desigual da União Europeia, apresentando Índice de Gini 0,33, o que aponta que 21,5% da população encontrava-se em risco de pobreza, vítimas do desemprego e desigualdade estruturais. Tal fragilidade se dá pelo baixo desenvolvimento e ausência de políticas redistributivas que foquem na garantia da renda (EUROSTAT, 2020).

Com altos índices de desemprego, de pobreza e de pessoas em estado de vulnerabilidade, o Governo da Espanha adotou uma série de medidas urgentes com o intento de frear a desigualdade social, constituindo a Renda Mínima Vital, com o objetivo de garantir condições sociais mínimas para a vida social e econômica.

## **3. AS RESPOSTAS ASSISTENCIAIS EMERGENCIAIS: BRASIL X ESPANHA**

Como resposta à gravidade da crise sanitária e à rápida evolução dos contágios, fatores que

anunciavam uma suposta crise econômica, já vivenciada por ambos os países, a fim de mitigar os efeitos econômicos e sociais provenientes do período em pandemia, os benefícios para contenção da miserabilidade foram acelerados, sendo regulamentado no Brasil no mês de abril/2020 e na Espanha em maio/2020.

Em que pese a sensação seja de que no Brasil as respostas assistenciais emergenciais no período da Pandemia de Covid-19 tenham sido mais efetivas, deve-se considerar que a população do Brasil é 4,5 vezes maior que a população da Espanha, o salário mínimo espanhol é 5 vezes maior, comparado com o salário mínimo do Brasil, e o Brasil concedeu 6,4 vezes mais auxílios emergenciais, no entanto, a realidade brasileira em termos de miséria e infraestrutura justifica a necessidade de atender um número maior de pessoas, considerando que os atendidos dependiam da política assistencial para a sua sobrevivência, ou seja, para a manutenção do seu mínimo existencial.

Na Espanha, o Decreto Real 20/2020 foi a resposta que estabeleceu o Ingresso Mínimo Vital (IMV), que ao longo dessa pesquisa denominaremos de Renda Mínima Vital ou apenas IMV, uma política destinada a garantir uma renda mínima à população em situação de vulnerabilidade econômica, a fim de mitigar a pobreza extrema e redistribuir a renda.

Contata-se que o IMV constitui significativo avanço na estrutura de proteção social espanhola, mas apresenta insuficiente cobertura e diferenciação de tratamento questionável sob a perspectiva constitucional.

### **3.1 Análise das leis concessivas de benefícios assistenciais Brasil x Espanha**

#### **3.1.1. Brasil**

Após declarado o estado de pandemia mundial pela OMS com as recomendações para quarentena, afastamento social e suspensão das atividades para evitar a proliferação da doença, gerou de imediato um impacto negativo sobre a renda dos brasileiros, principalmente os autônomos.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por meio de seus pesquisadores, vem elaborando estudos acerca dos impactos econômicos da COVID-19 no Brasil e segundo os autores do estudo Estimativas de público elegível e custos do Benefício Emergencial criado pelo PL 9.236/2017, cerca de 59 milhões de pessoas buscariam o auxílio emergencial lançado pelo Governo Federal, e este deveria atingir 36 milhões de famílias, compostas por 117 milhões de membros (Souza et al., 2020). Destes solicitantes, cerca de 81,7% estavam inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (ou Cadastro Único) e 10,9% seriam constituídos por trabalhadores informais, trabalhadores por conta própria e contribuintes individuais (IPEA, 2021).

Como medida excepcional de proteção social, os governantes brasileiros viabilizaram o

denominado “auxílio emergencial” por meio de um programa de transferência de renda, inicialmente disciplinado pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020.

Estabelece a referida lei em seu art. 2º que tem direito ao benefício o maior de 18 (dezoito) anos de idade (I); que não tenha emprego formal ativo (II); que não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º<sup>4</sup>, o Bolsa Família (III); cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos (IV); que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos) (V); e que exerça atividade na condição de microempreendedor individual (MEI), contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV (VI).

Outros pontos da lei concessiva do auxílio emergencial que merecem destaque são a limitação a 2 (dois) membros da mesma família para o recebimento do benefício (§1º do art. 2º), a substituição pelo auxílio emergencial, do benefício do Bolsa Família nas situações em que for mais vantajoso e de ofício pela autoridade concedente (§2º do art. 2º). E, por fim, a previsão do pagamento de (duas) cotas mensais do auxílio à mulher provedora de família monoparental (§3º do art. 2º).

Já no ano de 2021, a população de baixa renda ficou sem auxílio de janeiro a março. Em abril, o pagamento começou a ser feito primeiramente apenas através do aplicativo da CEF, o que embaraçou o uso do recurso por parte das famílias, que têm dificuldade de acesso à internet.

Conforme o Decreto nº 10.661, de 26 de março de 2021, o valor do benefício foi reduzido a uma média de R\$ 250, variando entre R\$ 150 para pessoas que moram sozinhas, R\$ 250 para domicílios com mais de uma pessoa e R\$ 375 para mães solo.

Ocorre que, além de dificuldades para recebimento do auxílio emergencial por cerca de 10 milhões de possíveis elegíveis para o programa de transferência de renda<sup>5</sup>, o valor repassado<sup>6</sup>, a

---

4 § 1º O recebimento do auxílio emergencial está limitado a 2 (dois) membros da mesma família. § 2º O auxílio emergencial substituirá o benefício do Bolsa Família nas situações em que for mais vantajoso, de ofício.

5 Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pais-ainda-tem-10-milhoes-de-pedidos-sem-resposta-por-auxilio-emergencial,70003351312>. Acessado em: 14/08/2020.

6 Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/22/mais-da-metade-dos-que-recebem-auxilio-nao-consegue-pagar-todas-contas-aponta-pesquisa.ghhtml>. Acessado em: 14/08/2020.

quantidade de meses do auxílio e a incerteza quanto sua continuidade e/ou fim da pandemia, intensificaram a vulnerabilidade social nesta camada da população, fazendo com que todos os efeitos da pandemia de COVID-19 fossem mais sentidos pelos mais pobres (OEA/CIDH, 2020, p. 7).

### 3.1.2. Espanha

Há que se pensar que tanto o Brasil como a Espanha são países que declaradamente trazem no bojo de seu discurso e regulamentações um viés de Estado de Bem-Estar Social, mesmo que ambos sejam notoriamente desiguais.

Ao pensarmos nos benefícios assistenciais como políticas de contenção das desigualdades sociais, seja no Brasil, em que prega uma sociedade fundada na harmonia social (BRASIL,1988), seja na Espanha, país que preza pelo Estado de Bem-Estar Social e garantidor dos direitos sociais (GOBIERNO DE ESPAÑA, 2020), fica evidente a preocupação com a garantia de renda e a manutenção do equilíbrio econômico, mas também, a tutela social, como a proteção a determinados sujeitos propensos ao estado de vulnerabilidade, como crianças, mulheres em situação de risco e idosos.

De acordo com o art. 2º da Constituição Espanhola, a Espanha não é uma federação de Estados, trata-se de um Estado unitário autônomo, organizado em Comunidades Autônomas (ESPAÑA, 1978).

Na Espanha, o benefício assistencial direcionado à garantia de uma renda mensal mínima para prevenir o risco de pobreza e exclusão social foi estabelecido pelo Real Decreto 20/2020, de 29 de Maio de 2020, com caráter de benefício cuja duração se estenderia enquanto persistisse a situação de vulnerabilidade econômica e enquanto forem mantidos os requisitos que deram origem ao direito de recebê-lo (ESPAÑA, 2020).

A aprovação da renda mínima vital, conhecida como IMV (Ingreso Mínimo Vital) representou um avanço em termos de justiça social no país, sendo considerada um novo direito do cidadão, garantindo uma renda mínima mensal para a sobrevivência com dignidade, com a intenção de prevenir o risco de pobreza e exclusão social das pessoas que podem vir a viver em situação de vulnerabilidade social pela falta de renda (MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, 2020).

Tal benefício complementou a renda de 850.000 famílias vulneráveis, comprovando a sua necessidade (EUROSTAT, 2020). No entanto, também ficou evidente que da forma que tal política foi estabelecida ela contribuiu para a promoção da precariedade no trabalho, uma vez que o benefício atingia os trabalhadores, ou aqueles que estivessem demandando emprego, e por essa

razão muitos se sujeitavam a subempregos, o que também atenta em face da dignidade da pessoa humana, da sua liberdade, e ainda fica passível de questionamento acerca dos critérios de igualdade.

Nesse sentido, já preconiza a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 9.2:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social (ESPAÑA, 1978) .

Ao contrário do disposto no Real Decreto 20/2020, que traz o trabalho como dever, a Constituição Espanhola, que preza pela redistribuição de renda e pelo pleno emprego não traz o dever de trabalhar, mas sim, prevê o trabalho como um direito, conforme dispõe o seu artigo 40.1:

Os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e econômico e para uma distribuição da renda regional e pessoal mais equitativa, no marco de uma política de estabilidade econômica. De maneira especial realizarão uma política orientada ao pleno emprego.

O IMV não se trata de uma prestação econômica com fim em si mesma, conforme consta no item III das Disposições Gerais, mas sim uma ferramenta para facilitar a transição dos indivíduos à inclusão social direcionada ao acesso ao mercado de trabalho, a oportunidades educativas e como solução de uma condição sanitária. Inclusive, o artigo 8.4 destaca a preocupação com que o recebimento do IMV não desestime a participação no mercado laboral (ESPAÑA, 2020).

De acordo com o Real Decreto 20/2020 (ESPAÑA, 2020), a renda mínima vital não é fixa, dependendo do rendimento da família e de sua situação econômica, no entanto se trata de uma prestação por tempo indeterminado.

Para a concessão da renda mínima vital, observa-se alguns critérios (ESPAÑA,2020), como: sujeitos elegíveis, requisitos de acesso, valores e duração, como demonstrados a seguir.

Os critérios subjetivos de concessão foram os seguintes:

- Pessoas com idade entre 23 e 65 anos que vivem sozinhas, ou partilham uma unidade de convivência (ambiente familiar), desde que não sejam beneficiárias de benefícios de natureza residencial, social, sanitária ou sociosanitária, salvo no caso de mulheres vítimas de violência de gênero, de tráfico de pessoas e exploração sexual;

- Pessoa maior de idade ou menor emancipado com filhos, guarda ou acolhimento com finalidade de adoção;

- No mesmo domicílio podem ter no máximo 2 titulares desse benefício assistencial;

Quanto aos requisitos de acesso ao benefício, temos que:

- Imigrantes têm direito, se residirem legalmente há pelo menos 1 ano na Espanha, salvo as exceções legais;

- A situação de vulnerabilidade econômica considerará a capacidade econômica da pessoa



ou da unidade de convivência, levando em consideração se o rendimento no ano anterior foi inferior a pelo menos 10 euros ao valor da prestação do IMV;

- Não são contabilizados como rendimentos os provenientes de salários sociais e auxílios sociais;

- Não enquadra a pessoa que tenha patrimônio acima do valor de 3 vezes a quantia anual da prestação, excluindo o imóvel que serve como residência da família. No caso de Unidade de Convivência, há um escalonamento de limite de patrimônio que, em suma, a partir do limite de patrimônio do lar individual, fixa em 1,4 vezes tal valor para a Unidade de Convivência de duas pessoas, 1,8 vezes para a Unidade de Convivência de três pessoas, 2,2 vezes para a Unidade de Convivência de quatro pessoas e 2,6 para a Unidade de Convivência de cinco pessoas (artigo 8.3 c/c Anexo II).;

- Exclui a pessoa ou membro da unidade de convivência que seja administrador legal de sociedade comercial;

- A fim de incentivar o exercício do trabalho, o presente auxílio poderá cumular com rendimentos do trabalho, observando as condições que limitam os valores percebidos;

Quanto aos valores, no ano de 2020 eram entre €461,50 euros e €1.015,00, sendo o montante anual do rendimento garantido a beneficiário individual de €5.538,00 euros. Os valores variam de acordo com a condição, se é individual ou unidade de convivência, neste caso, dependendo da quantidade de moradores e renda familiar. A renda garantida individual era de 100% do benefício e para unidade de convivência havia um acréscimo de 30% por membro adicional até 220% do valor, e para família monoparental (contendo 1 adulto solteiro com um ou mais filhos menores ou menores em acolhimento) terá um acréscimo de 22% no benefício.

Perceba que o critério de acesso exige que as pessoas que não estejam trabalhando, maiores ou menores emancipados, figurem como demandantes de emprego (artigo 7.1.d), caracterizando uma prestação em razão da condição de trabalhador e não de sujeito. Ressalvadas as hipóteses previstas em Regulamento, o IMV não protege a “pessoa humana”, mas sim, a “pessoa trabalhadora” (ESPAÑA, 2020).

Sua duração especificada no Decreto-Lei Real consta enquanto mantiver os motivos que deram origem e que os requisitos perdurarem.

Há a previsão de incompatibilidade com o recebimento de benefício por deficiência de filho, podendo optar pelo maior valor.

No tocante ao cálculo dos rendimentos e bens, considerar-se-á o valor integral dos rendimentos, ou rendimentos líquidos provenientes de aluguéis ou outras rendas provenientes de patrimônio, conforme o informado no imposto de renda. Ficam isentos do cálculo do rendimento: -

salários sociais, benefício e auxílios sociais, bolsas de estudo e auxílio-moradia. Os cálculos dos rendimentos serão considerados os obtidos durante o ano anterior ao do pedido do benefício. Considera-se como ativos os bens imóveis, excluindo a residência habitual, as contas bancárias e depósitos, ativos financeiros e sociedades comerciais ESPAÑA, 2020.

Nesse sentido, traçando um comparativos entre as duas leis concessivas, verifica-se que ainda que a Espanha seja um país desigual, estruturalmente sua população tem mais condições econômicas que a população brasileira, o que altera significativamente a realidade quando comparada, o que denota, que ainda que a Espanha tenha diversas singularidades com o Brasil, este ainda é mais desigual, não apenas considerando seus números, mas analisando suas estruturas e realidades culturais, sociais e econômicas.

No entanto, comparando os benefícios entre os países Brasil e Espanha, e suas particularidades, considerando que no quesito Índice de Desenvolvimento Humano (PNUD,2020), o Brasil é categorizado como país de desenvolvimento elevado e a Espanha como país de desenvolvimento muito elevado, ainda que o benefício assistencial IMV na Espanha não seja considerado eficaz, ele ainda é mais robusto que o benefício assistencial brasileiro, denominado Auxílio emergencial, por prever uma política a longo prazo e critérios de elegibilidade mais abrangentes.

#### **4. ANÁLISE DOS RESULTADOS**

Traçando um comparativo entre Brasil e Espanha, há que se considerar alguns dados relevantes para as estratégias de mitigação da miserabilidade nesses países, vejamos:

| DADOS   | BRASIL                  | ESPANHA           |
|---|-------------------------|-------------------|
| <b>POPULAÇÃO</b>                                  | 213.317.639             | 47.350.000        |
| <b>SALÁRIO MÍNIMO</b>                             | R\$1.212,00             | €1.050,00         |
| <b>EXTENSÃO TERRITORIAL</b>                       | 8.510.345,540<br>km2    | 505.370 km2       |
| <b>PIB (USD)</b>                                  |                         |                   |
| <b>2019</b>                                       | 1,88 TRILHÃO            | 1,39 TRILHÃO      |
| <b>2020</b>                                       | 1,45 TRILHÃO            | 1,28 TRILHÃO      |
| <b>PIB PER CAPITA (USD)</b>                       |                         |                   |
| <b>2019</b>                                       | 6.796,85                | 28.091,00         |
| <b>2020</b>                                       | Ajustar linha da tabela | 24.935,00         |
| <b>% PIB GASTO COM ASSISTÊNCIA SOCIAL</b>         |                         | 18%               |
| <b>ÍNDICE DE GINI</b>                             |                         |                   |
| <b>2019</b>                                       | 0,54                    | 0,33              |
| <b>2020</b>                                       | 0,52                    | 0,33              |
| <b>IDH</b>  | 0,765                   | 0,904             |
| <b>INDICADOR DE POBREZA</b>                       | 1,7                     | 0,8               |
| <b>ÍNDICE DE DESEMPREGO</b>                       |                         |                   |
| <b>2020</b>                                       | 13,69                   | 13,80             |
| <b>2021</b>                                       | 11,2                    | 13,00             |
| <b>AUXÍLIO EMERGENCIAL</b>                        | <b>RS</b>               | <b>€</b>          |
| <b>VALOR DO AUXÍLIO EMERGENCIAL</b>               | 600,00 A<br>1.200,00    | 461,50 a 1.015,00 |
| <b>INÍCIO DO PAGAMENTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL</b> | 09/04/2020              | 29/05/2020        |
| <b>POPULAÇÃO ATENDIDA</b>                         | 66 MILHÕES              | 2,3 MILHÕES       |

Fonte: As autoras

No tocante à Espanha, a fixação do IMV deixou de fora as pessoas entre 18 e 23 anos que não pertencem a uma Unidade de Convivência, ou seja, aqueles que não encontram-se aninhados a uma família, o que configura uma discriminação em relação à idade ou uma nítida política de controle social, que favorece aqueles que se encontram abrigados no seio familiar, desguarnecendo assim aqueles jovens, em diversas situações de risco, que com a maioria deixaram o Centro de Menores e seguem suas lutas diárias pela sobrevivência, que deveria ser minimamente digna, e incumbida sua garantia ao Estado.

No quesito eficácia, ainda que o IMV tenha contribuído como paliativo para a pobreza extrema espanhola, o valor mensal de 461,50 € se trata de um valor baixo para atender as necessidades básicas na Espanha, configurando uma medida que não atende aos pobres, mas sim os paupérrimos, e, tampouco garante a inserção social, política e cultural, como prevê a Constituição Espanhola como dever do Estado (ROCHA, 2020).

Sendo assim, o IMV não garantiu o mínimo existencial, pensando este como um atendimento às necessidades básicas do ser humano, e não preveniu o risco de pobreza, ainda que

tenha configurado importante política social, a fim de proteger os afetados pelos problemas estruturais de pobreza e desemprego.

Vale considerar que o índice de desemprego ainda se encontra em 12,6%, que embora esteja menor que nos anos anteriores, ainda expressa um alarme social que contraria as possibilidades de redistribuição de renda, considerando que o pleno emprego é o caminho para alcançar de fato uma justiça redistributiva que alteraria o cenário, promovendo a redução significativa das desigualdades sociais.

No Brasil, sabe-se que mais de 24 milhões de brasileiros já estavam em situação de vulnerabilidade antes da pandemia de COVID-19. A chegada de tal doença e a imposição de medidas para desacelerar sua propagação como distanciamento/isolamento social, associada a uma política econômica neoliberal, fez com que os efeitos econômicos da pandemia fossem mais sentidos sobre a população mais pobre.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por meio de seus pesquisadores, vem elaborando estudos acerca dos impactos econômicos da COVID-19 no Brasil e segundo os autores do estudo Estimativas de público elegível e custos do Benefício Emergencial criado pelo PL 9.236/2017, cerca de 59 milhões de pessoas buscariam o auxílio emergencial lançado pelo Governo Federal, e este deveria atingir 36 milhões de famílias, compostas por 117 milhões de membros (Souza et al., 2020). Destes solicitantes, cerca de 81,7% estavam inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (ou Cadastro Único) e 10,9% seriam constituídos por trabalhadores informais, trabalhadores por conta própria e contribuintes individuais.

Em 2021, a população de baixa renda ficou sem auxílio nenhum de janeiro a março. Em abril, o pagamento começou a ser feito primeiramente apenas através do aplicativo da Caixa Econômica Federal, o que dificultou o uso do recurso por parte das famílias, que têm dificuldade de acesso à internet.

O valor do benefício foi reduzido a uma média R\$ 250, variando entre R\$ 150 para pessoas que moram sozinhas, R\$ 250 para domicílios com mais de uma pessoa e R\$ 375 para mães solo.

Ocorre que, além de dificuldades para recebimento do auxílio emergencial por cerca de 10 milhões de possíveis elegíveis para o programa de transferência de renda<sup>7</sup>, o valor repassado<sup>8</sup>, a quantidade de meses do auxílio e a incerteza quanto sua continuidade e/ou fim da pandemia, intensificaram a vulnerabilidade social nesta camada da população, fazendo com que todos os efeitos da pandemia de COVID-19 fossem mais sentidos pelos mais pobres (OEA/CIDH, 2020, p.

---

7 Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pais-ainda-tem-10-milhoes-de-pedidos-sem-resposta-por-auxilio-emergencial,70003351312>. Acessado em: 14/08/2020.

8 Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/22/mais-da-metade-dos-que-recebem-auxilio-nao-consegue-pagar-todas-contas-aponta-pesquisa.ghml>. Acessado em: 14/08/2020.

7).

Em 2022, o Governo Federal cessou o auxílio emergencial e implementou um programa de transferência de renda que deu lugar ao “Bolsa Família”, criado na gestão do Partido dos Trabalhadores, em 2003.

Neste modelo, o público elegível é o das famílias que se encontrem em situação de pobreza (renda per capita entre R\$ 105,01 e R\$ 210,00) e de extrema pobreza (renda per capita de até R\$ 105,00)<sup>9</sup>, sendo pago um valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) a mais de 20 milhões de famílias<sup>10</sup>. Contudo, o valor acima só foi possível em razão da Emenda Constitucional nº 123/2022, que possibilitou acréscimo do valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) aos R\$ 400,00 (quatrocentos reais) originalmente planejados<sup>11</sup>, o que possibilitará o pagamento do auxílio no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) até 31/12/2022, tendo sido enviada proposta de orçamento para o ano de 2023 em R\$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais)<sup>12</sup>.

Atualmente, a nova gestão do Governo Federal retomou o programa “Bolsa Família” por meio da MP nº 1.164/2023, substituindo o “Auxílio Brasil”, do governo anterior, e estabelecendo o valor mínimo de R\$ 600 para as famílias cadastradas no programa, com um adicional de R\$ 150 por criança de até 6 anos. Além disso, haverá valor extra de R\$ 50,00 para cada dependente entre 7 e 18 anos e para gestantes (SENADO FEDERAL, 2023).

De acordo com as novas regras, para ser habilitada a família deve ter renda de até R\$ 218 por pessoa.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais as diferenças entre Brasil e Espanha em relação as leis criadoras dos programas sociais emergenciais para contenção da crise econômica gerada pela pandemia de COVID-19?

Assim, por meio da busca de dados em plataformas com IBGE, PNUD, EUROSTAT, TRADE ECONOMICS, observou-se que ambos os países responderam de forma emergencial às crises sanitária, econômica e social desencadeadas pela pandemia de COVID-19.

9 Disponível em: [https://aps.saude.gov.br/ape/auxiliobrasil#:~:text=O%20Programa%20Aux%C3%ADlio%20Brasil%20\(PAB,envio%20de%20recursos%20para%20pagamento.](https://aps.saude.gov.br/ape/auxiliobrasil#:~:text=O%20Programa%20Aux%C3%ADlio%20Brasil%20(PAB,envio%20de%20recursos%20para%20pagamento.) Acessado em: 01/10/2022.

10 Disponível em <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/auxilio-brasil-inclui-2-2-milhoes-de-familias-chega-a-um-total-de-20-2-milhoes-e-zero-fila#:~:text=Aux%C3%ADlio%20Brasil-,Minist%C3%A9rio%20da%20Cidadania%20inclui%20%2C2%20milh%C3%B5es%20de%20fam%C3%ADlias%20no,milh%C3%B5es%20de%20benefici%C3%A1rios%20em%20agosto&text=O%20Aux%C3%ADlio%20Brasil%20atinge%20em,de%20renda%20do%20Governo%20Federal.> Acessado em 01/10/2022.

11 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/15/congresso-muda-auxilio-brasil-no-primeiro-semester-e-assegura-beneficio-de-r-600.> Acessado em: 01/10/2022.

12 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/08/31/orcamento-de-2023-preve-auxilio-brasil-de-r-405-mas-equipe-economica-promete-negociar-manutencao-dos-r-600.> Acessado em: 01/10/2023.

Por meio da comparação de leis concessivas de benefícios emergenciais entre os países Brasil e Espanha, e suas particularidades, considerando que no quesito Índice de Desenvolvimento Humano (PNUD,2020), o Brasil é categorizado como país de desenvolvimento elevado e a Espanha como país de desenvolvimento muito elevado, ainda que o benefício assistencial IMV na Espanha não seja considerado eficaz, ele ainda é mais robusto que o benefício assistencial brasileiro, denominado “Auxílio Emergencial”, por prever uma política a longo prazo e critérios de elegibilidade mais abrangentes.

Com isso, conclui-se que o arcabouço assistencial espanhol foi elaborado como um projeto de Estado e não como projeto de Governo, sendo a sua resposta emergencial mais eficaz do que a brasileira que interrompeu políticas públicas sociais desde ano de 2016, com a retirada de Dilma Roussef da presidência da República.

Assim, o Brasil precisa retomar e fortalecer projetos perenes de diminuição das desigualdades sociais, promovendo políticas públicas eficazes para serem executadas e controladas por longo período de tempo, abandonando a prática de políticas públicas emergenciais e com duração limitada.

## REFERÊNCIAS

Análises apontam relação entre mortalidade por Covid-19 e pobreza. Folha de São Paulo.

2020. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/analisesapontam-relacao-entre-mortalidade-por-covid-19-e-pobreza.shtml?pwgt=kn1w40pepjkdjwqkujd4esyhmhyejhi37v88fqr48h10r476&utm\\_source=whatsapp&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=compwagift](https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/analisesapontam-relacao-entre-mortalidade-por-covid-19-e-pobreza.shtml?pwgt=kn1w40pepjkdjwqkujd4esyhmhyejhi37v88fqr48h10r476&utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwagift). Acessado em 18 abr. 2022.

Auxílio emergencial: Com benefício reduzido em 2021, Brasil terá 61 milhões na pobreza. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56843399>. Acessado em 18 abr. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Relatório: Bases técnicas para decisão do uso emergencial, em caráter experimental de vacinas contra a COVID-19** [Internet]. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/confira-materiais-da-reuniao-extraordinaria-da-dicol/relatoriobases-tecnicas-para-decisao-do-uso-emergencial-final-4-1.pdf>. Acessado em 18 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Publicada MP com regras do novo Bolsa Família <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/03/03/publicada-mp-com-regras-do-novo-bolsa-familia>

COSTA, Ilton Garcia da; DUARTE, Ronaldo Sergio. **Responsabilidade do estado na efetivação**

**dos direitos sociais: uma perspectiva pós-pandemia através da teoria da justiça de Rawls.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) – ISSN 1980-7791. Acessado em: 02/09/2021.

ESPAÑA. **Constituição Espanhola.** Disponível em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008#:~:text=Cabe%20aos%20poderes%20p%C3%ABlicos%20promover,%2C%20econ%C3%B3mica%2C%20cultural%20e%20social](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008#:~:text=Cabe%20aos%20poderes%20p%C3%ABlicos%20promover,%2C%20econ%C3%B3mica%2C%20cultural%20e%20social). Acesso em: 17 abr. 2022.

ESPAÑA. Ingreso Mínimo Vital. Real Decreto-ley 20/2020. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5493>. Acessado em 18 abr. 2022.

ESPAÑA. Ministerio de Derechos Sociales e Agenda 2030. Disponível em: <https://www.sanidad.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm>. Acessado em 19 abr. 2022.

ESTADO DO PARANÁ. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Coordenação de Relações Internacionais. Disponível em: <https://cri.uenp.edu.br/index.php/arquivos>. Acessado em 18 abr. 2022.

Estado de São Paulo inicia vacinação contra COVID-19. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/estado-de-sao-paulo-inicia-vacinacao-contracovid-19/>. Acessado em 18 abr. 2022.

EUROPEAN UNION. Eurostat – European Statistics. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat>. Acessado em 18 abr. 2022.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Brasil pós COVID-19: Contribuições do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea; IBGE, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=36143](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143). Acessado em 15/08/2021

LIMA, P. G. C. **Políticas econômicas no enfrentamento da crise provocada pela pandemia de Covid-19.** Cadernos ASLEGIS, n. 58, 1º Semestre 2020. Disponível em: <https://www.aslegis.org.br/files/cadernos/caderno58/politicas.pdf>. Acessado em: 10/04/2022.

OEA – Organização dos Estados Americanos. CIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>. Acesso em 18 abr. 2022.

ROCHA, Thiago Santos. **O Ingresso Mínimo Vital na estrutura de proteção social da Espanha após a pandemia de Covid-19.** Revista Estudos Institucionais, v.6, n.3, p. 994-1019. Disponível em: <https://estudiosinstitucionais.com/REI/article/view/573/621>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SERPA, Faradiba Sarquis et. al. **Vacinas COVID-19 e imunobiológicos.** Arquivos de Asma, Alergia e Imunologia. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Eduardo-Costa-F-Silva/publication/353851734\\_Vacinas\\_COVID-19\\_e\\_imunobiologicos/links/6115820d1ca20f6f861b5228/Vacinas-COVID-19-e-imunobiologicos.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Eduardo-Costa-F-Silva/publication/353851734_Vacinas_COVID-19_e_imunobiologicos/links/6115820d1ca20f6f861b5228/Vacinas-COVID-19-e-imunobiologicos.pdf). Acessado em: Acessado

em 18 abr. 2022

SOUZ, et. al. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

TRADING ECONOMICS. Espanha – Indicadores Econômicos. Disponível em: <https://pt.tradingeconomics.com/spain/indicators>. Acesso em: 20 abr. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Centers for Disease Control and Prevention. Pandemic preparedness resources [Internet]. Washington, D.C.: Centers for Disease Control and Prevention; 2020. Disponível em: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/php/pandemic-preparedness-resources.html>. Acesso em: 17 abr. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Johns Hopkins University & Medicine. Coronavirus Resource Center. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu>. Acessado em 18 abr. 2022.

World Health Organization. Coronavirus disease (COVID-19) outbreak [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acessado em 18 abr. 2022.



**CAPÍTULO VII**  
**DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO**

# DINÂMICA DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO A PARTIR DA ESTRUTURA PROMULGADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Leonardo Inácio NUNES<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa básica possui como eixo a exploração a respeito das questões referentes ao modelo federativo brasileiro. Para além das disposições estruturais da Constituição Federal de 1988, a preocupação está em aferir decorrências do processo de desenvolvimento das relações federativas após pouco mais de 3 (três) décadas desde o projeto constitucional. Com apoio da bibliografia referenciada, a partir de uma abordagem qualitativa e por meio do método dedutivo o texto da pesquisa se desenvolve com considerações sobre a estrutura constitucional, a repartição de competências federativas e a dinâmica anotada pela literatura. A conclusão final indica o esfacelamento das relações entre União e Estados-membros, além do fato de que a estandardização das disposições sobre os Municípios parece ser fator de limitação no tratamento das questões regionais e locais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Federalismo; repartição de competências; estrutura federativa; dinâmica federativa.

## ABSTRACT

This basic research work has as its axis the exploration of issues related to the Brazilian federative model. In addition to the structural provisions of the 1988 Brazil Federal Constitution, the concern is to assess consequences of the process of development of federative relations after just over 3 (three) decades since the constitutional project. With the support of the referenced bibliography, from a qualitative approach and through the deductive method, the text of the research is developed with considerations about the constitutional structure, the distribution of federative competences and the dynamics noted by the literature. The final conclusion indicates the breakdown of relations between the Union and Member States, in addition to the fact that the standardization of provisions on Municipalities seems to be a limiting factor in the treatment of regional and local issues.

**KEYWORDS:** Federalism; division of competences; federal structure; federal dynamic.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo de pesquisa básica foi confeccionado com o intuito de explorar a causa federativa brasileira e responder a seguinte questão: como o desenho constitucional prescrito pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) se manifestou no plano dinâmico em que está inserido? A análise contempla o recorte da estrutura do estado federal brasileiro e promove reflexão sobre o avanço no espaço e no tempo dessa concepção, numa análise de processo.

Detidamente, com apoio na bibliografia colacionada, discute-se aspectos derradeiros sobre o modelo federativo espelhado a partir da experiência estadunidense, na segunda metade do século

---

<sup>1</sup> Bolsista com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da UENP. Especialista em Gestão Pública pela UEPG. Bacharel em Direito pela UENP. Advogado. Contato: <leonardo.inn@hotmail.com>.

XVIII. A essência visa compreender aspectos causadores de variação nos modelos pactuados, notadamente para a tecitura de considerações sobre o contexto federativo brasileiro.

A adoção da forma federativa no Brasil não significa unicamente a transplantação de paradigmas clássicos da doutrina federal. Sendo a Federação de 1988 resultado de quase um século desde a implantação deste formato no país, tem-se que o típico processo de aperfeiçoamento foi verdadeiramente influente na reestruturação federativa pactuada há três décadas.

A verificação da estrutura federal como instrumento apto a veicular pretensões próprias faz refletir a possibilidade de ajustes na elasticidade do desenho federativo. Considerando isso, a análise do caso brasileiro à luz da CF/1988, faz-se de maneira ampla por meio de uma abordagem qualitativa e se valendo do método de pesquisa dedutivo, uma vez que se parte de algo geral (federalismo) em direção a algo específico (federalismo brasileiro).

Observando as contingências do processo, bem como a projeção das estruturas desenvolvidas, nas páginas seguintes promove-se uma série de ponderações com o intuito de reunir reflexões sobre o cenário federativo nacional. A partir da divisão em 3 (três) seções com foco na estrutura constitucional, na repartição de competências federativas e na dinâmica anotada pela literatura, fica estabelecido o caminho da pesquisa.

## **2. A ESTRUTURA PROMULGADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Assembleia Constituinte que levou à promulgação da CF/1988, tomou como alicerce a forma federativa, que já era adotada pelos menos desde 1891, nas Cartas Constitucionais brasileiras. A manutenção dessa escolha, no entanto, urgida pelo período da Ditadura Militar (1964-1985) e movida por sentimentos de redemocratização, promoveu um desenho institucional cooperativo que incluiu os Municípios como entes da Federação<sup>2</sup>.

Em meio às aspirações democráticas, o legislador constituinte pareceu cauteloso não apenas na definição dos direitos e garantias individuais, mas também na estruturação dos entes federativos e dos poderes constituídos. Esse esforço de medida, como se nota, também esteve presente no seio constitutivo da Federação estadunidense:

[...] para retornar aos desígnios dos idealizadores do Estado federal em 1787, o que se desejava era criar um governo nacional suficientemente forte para exercer certos poderes gerais, mas não tão poderoso que pudesse ameaçar as liberdades individuais.<sup>3</sup>

O pacto federativo surge, essencialmente, como cartilha de atribuições e competências dos entes envolvidos. A associação da fórmula federativa com a democracia, também se manifestou no

---

2 BRASIL, 1988. Art. 1º 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 [...].

3 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 5.

regime do Estado Federal alemão, que tem nestes elementos complemento no processo de tomada de decisões conjuntas<sup>4</sup>. Na CF/1988, a intenção era tendente à descentralização, precisamente a partir da conjugação dessas fórmulas, das quais a experiência brasileira é devedora<sup>5</sup>.

Apresentando-se a Constituinte brasileira como decorrência e medida de remodelação do Estado, é de se dizer que o objetivo era o ajustamento em direção a uma Constituição capaz da contenção de ventos autoritários. É a Constituição cidadã, como ficou conhecida, que buscava reequilibrar o relacionamento entre as esferas de Estado e ainda a tutela de direitos e garantias fundamentais das pessoas.

Esclarecido o cenário em que se esboça o documento constitucional, relativamente a arquitetura federativa é oportuno apontar que o propenso à abolição da forma federal não pode, neste ordenamento constitucional, ser proposto como matéria de Emenda Constitucional (art. 60, § 4º, I). É dizer, o constituinte confiou à forma de Estado a roupagem do núcleo intangível da CF/1988, assim como para os direitos e garantias individuais.

Por ocasião da fórmula federativa de Estado, a União institui-se soberana em seu âmbito, restando para os Estados federados poderes de autonomia e para os Municípios, o referente ao interesse local. Esse escalonamento de entes, no entanto, não supõe hierarquia absoluta ou ausência de poder aos federados, na medida em que, classicamente, “[...] o fato é que do federalismo se espera que seja uma garantia de liberdade e de eficiência. Para este fim foi o sistema idealizado”<sup>6</sup>.

O pacto federativo em si, enquanto trato de estados tem premente a persecução da unidade, com a manutenção da diversidade característica. É esse o resumo da discussão asseverada por OLIVER BEAUD, a despeito da comunhão dos fins centrípetos (fins comuns) e dos fins centrífugos (fins particulares) das federações<sup>7</sup>. Juridicamente, no caso brasileiro, a unidade se vê resguardada pela intangibilidade da Federação, resultante da cláusula de não secessão acima mencionada – a obrigação de *pacta sunt servanda*.

Como pacto a se cumprir, a federação brasileira veicula propósito de perpetuidade, por exemplo, com o estabelecimento da tendência centrípeta, a partir da estipulação de objetivos federais maiores. É o que se depreende dos objetivos postos nos incisos do art. 3º<sup>8</sup>, bem como da própria formatação de competências formais, materiais e tributárias conferidas à União no bojo da

4 HESSE, Konrad. El Estado Federal Unitário. Direito Público. Editora Síntese, n. 50, 2013. p. 27.

5 HORBACH, Carlos Bastide. Forma de estado: federalismo e repartição de competências. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 3. n. 2. Brasília: Uniceub, 2013. p. 11.

6 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Op. Cit. p. 30.

7 BEAUD, Olivier. *Théorie de la Fédération*. Presses Universitaires de France-PUF, 2009, 2 ed. p. 280. p. 268, 280.

8 BRASIL, 1988. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.

CF/1988.

Relativamente às pretensões veiculadas pelo constituinte no art. 3º, JOSÉ AFONSO DA SILVA ressalva que esta foi a primeira ocasião em que uma Constituição brasileira destacou objetivos fundamentais à República Federativa do Brasil. O autor enfatiza ainda, que estes objetivos são a base para concretização da democracia econômica, cultural e social, com olhos para a efetivação da dignidade da pessoa humana<sup>9</sup>.

Emprestando o mesmo tom, assevera-se ainda a estes mesmos objetivos fundamentais a tarefa de traduzir a noção de justiça social<sup>10</sup>. Dessas abstrações, extrai-se, a rigor, que os objetivos constitucionais aparelham o Estado Social dentro do qual a fórmula federativa foi inserida. É pujante refletir sobre a possibilidade de se marcar tão fortemente a Federação com tamanhos objetivos de unidade. Isso é antifederativo, afinal?

*A priori*, a análise pode conduzir a aferição de imensa contrariedade em desfavor da manutenção das diversidades características dos federados. No entanto, à luz dos deveres de Estado, não parece ser o caso a preservação de disparidades socioeconômicas, de miséria e de indignidade, por exemplo.

A despeito disso, é preciso apontar que a Federação brasileira carrega, para além dos moldes dispostos em 1988, uma herança de quase cem anos de federalismo. Nas décadas desde então, houve rompimentos políticos e jurídicos que simbolizaram “sístoles” e “diástoles” nas relações federativas. Neste mesmo período, por outro lado, alerta SERGIO PRADO, é de se reconhecer a manutenção da secular divisão do país em regiões desenvolvidas e regiões atrasadas (“cisão macrorregional”), num panorama em que os Estados federados se demonstram prioritariamente mais amarrados às dificuldades macrorregionais, do que às carências de seus domínios próximos ou locais<sup>11</sup>.

Não obstante a federação implique a tutela de sua própria união, o pacto também se sustenta a partir da salvaguarda dos federados. Para mais, detectado no caso brasileiro a presença de deficiências macrorregionais quanto a infraestrutura básica, característica típica de um país subdesenvolvido, não parece antiferederativa a inclusão das preocupações com disparidades desse gênero, que atendem à compreensão dos direitos humanos e da Agenda 2030 da ONU<sup>12</sup>.

---

9 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 107-108.

10 ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 144.

11 PRADO, Sergio. “A 'federação inconclusa': o papel dos governos estaduais na federação brasileira”. *O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 154-158.

12 Em específico, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 10 apresenta a demanda de redução das desigualdades no interior dos países e entre os países. A Agenda 2030 pode ser descrita como resultado da elaboração de um tipo de política pública globalizada com foco na superação de questões preocupantes a nível internacional. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/10>>. Acesso em: 20/02/2023.

O caminho perseguido pela CF/1988, já a partir de vetores fundamentais indica o estabelecimento da democracia como pedra de toque do sistema concebido. A dosagem democrática, deu-se ainda, como aprimoramento e resposta ao período imediatamente anterior, em que o complexo das relações federativas não foi capaz de promover condições de vida mais apaziguadas às pessoas. Para o desenho federativo, a solução democrática adotada promoveu a inserção dos Municípios no conjunto de entes da Federação.

Mais detidamente, portanto, cabe observar a repartição de competências como chave da dinâmica que vem a se instalar no período pós-1988. Embora estática, é de se notar precipuamente, conforme observação de GILBERTO BERCOVICI, a característica de processo<sup>13</sup>, a partir da qual pode-se inferir que as funções carreadas aos entes federados possuem natureza própria e peculiar quando efetivamente postas em prática.

### **3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS: CONCENTRAÇÃO NA UNIÃO E ESTANDARDIZAÇÃO NOS MUNICÍPIOS**

A tradição constitucionalista se assevera em Estados federais, especialmente porque a união dos entes depende do esclarecimento das funções e tarefas envolvidas<sup>14</sup>. No caso brasileiro, esse esclarecimento é feito a partir de documento escrito com a repartição de competências formais, materiais e tributárias entre os pactuados.

De um texto constitucional que inicialmente crava vetores de direitos e garantias fundamentais, vez que o propósito do Estado Federativo é justamente a pessoa humana, é no título III da CF/1988, que a organização do Estado vem à tona. Ao mapear as competências formais e materiais andou o constituinte dessa forma:

A Constituição Federal de 1988 adota, ao repartir competências entre a União, de um lado, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os municípios; de outro, ora a técnica da repartição horizontal, ora a técnica da repartição vertical<sup>15</sup>.

Com isso, quer se dizer que há competências reservadas constitucionalmente a cada um dos entes, de maneira privativa, para determinadas matérias – repartição horizontal. Já para outras matérias, optou o legislador pela repartição vertical, ora fazendo desse atributo instrumento de colaboração, ora como instrumento de concorrência. Por intermédio desses três espectros de competência é que se planejou a descentralização dos assuntos e encargos.

É da análise da divisão de competências, por sua nota, que se deve pontuar a autonomia relativa dos federados, e a manutenção do chamado “fim particular”, que está em pauta na discussão

---

13 É comentário que o autor faz a partir da perspectiva de Carl Friedrich (2003, p. 147).

14 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Fumarc/Uemg: Belo Horizonte, 1982. p. 55.

15 RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. *O federalismo e o desenvolvimento nacional*. Porto Alegre: UniRitter. 2010. p. 222.

federalista. A repartição ocorre porque, não obstante os objetivos unionistas, como aqueles estampados no art. 3º, na Federação os Estados-membros cultivam diversidade e necessitam de bases para preservá-la. É nessa toada que a intangibilidade do pacto federativo também abraça a repartição de competências, que funciona como medida de proteção aos federados<sup>16</sup>.

Enfatizando a tarefa de que se incumbe o legislador magno quando reparte competências, assim se pode definir a natureza deste trabalho:

Afirma-se que, nesta órbita (do Direito Constitucional), ela (a competência) se reveste de importância igual à que a caracteriza, no âmbito do Direito Judiciário. Assim, enquanto, perante este, em consonância com o conceito clássico, pode ser traduzida como ‘a medida da jurisdição’, para o Direito Constitucional, representa ‘a medida dos poderes políticos do Estado’<sup>1718</sup>.

Considerando o relevo com que se deve olhar a repartição de competências no âmbito da Constituição, cabe ressaltar a adoção de estímulos de competição e estímulos de cooperação, de maneira concomitante. Apesar de determinado padrão de uniformidade em dados assuntos, há espaço para colaboração em algumas temáticas e, pelo menos em tese, campo para concorrência entre os entes na disposição de outras matérias.

Sobre as competências na CF/1988, de forma descritiva, há que se reconhecer a essência da repartição propugnada. Tem importância latente os arts. 21 e 22, que disciplinam questões administrativas e legislativas à cargo da União. No art. 23 o constituinte expôs temáticas administrativas que pela pertinência envolvem a participação de todos os entes federativos (o acesso à educação, por exemplo). Já no bojo do art. 24, por seu turno, estampa-se matérias que podem ser legisladas concorrentemente, desde que, respeitados os limites postos pela própria Constituição e pelas leis gerais, eventualmente editadas pela União.

Em crítica a concentração de competências nos arts. 21 e 22, AUGUSTO ZIMMERMANN pondera o Brasil muito mais como um Estado Unitário, que como um federativo. Segundo o autor, sendo tão extensa a lista de competências da União, pouca coisa restou aos entes subnacionais<sup>19</sup>. De fato, no art. 25, quanto aos Estados federados e nos arts. 29 e 30, quanto aos municípios, há reduzida afetação de matérias.

Como documento eminentemente analítico, o referente ao planejamento tributário veio adiante e restou contemplado na altura dos arts. 145 e seguintes. Ajustados nos artigos primeiros os compromissos do Estado brasileiro com a ordem internacional, a pessoa humana, e toda a sua estrutura, coube nesse segundo momento a procedência econômico-financeira que dá cabo e

16 BEAUD, Olivier. Op. Cit. 2009. p. 323-327.

17 RUSSOMANO, Rosah, 1965, p. 68, *Apud in* ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. Op. Cit. p. 20.

18 DALMO DE ABREU DALLARI, de modo mais incisivo, conceitua competências como: “conjunto de atribuições legalmente conferidas a um órgão unipessoal ou coletivo. Através das competências são definidos os direitos e as obrigações de cada órgão” (2019, p. 105).

19 ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 331.

quitação as tarefas assumidas.

Nesse sentido, a Federação brasileira, enquanto forma de Estado, manifesta-se também no modo da estrutura financeira de captação de recursos para concretização de políticas públicas<sup>20</sup>. Não obstante a repartição das competências tributárias, entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, neste trecho da Norma Fundamental, importante é a identificação da competência residual depositada à União, conforme a literalidade do art. 154<sup>21</sup>.

Além desse aspecto, cabe apontar que, por disposição dos arts. 157 e seguintes, há entre os entes a repartição de receitas tributárias. Isso se faz a partir de Fundos específicos, como o Fundo de Participação do Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios, estes criados e estabelecidos pelo art. 159, e que para início das atividades tiveram porcentagens dispostas no art. 34 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Como um todo, o modelo proposto pelo constituinte confere ênfase às proposições cooperativas, operando competitividade de maneira episódica. Em que pese isso, do ponto de vista tributário, o exame é de que os entes figuram guerra fiscal com o propósito da manutenção de operações em seus territórios. Do que se registra, a Constituição não aduziu um modelo ideal para cá ou para lá, tendo inserido, apenas, padrões decorrentes das aspirações democráticas quando de sua confecção.

A inclusão dos Municípios como entes da Federação brasileira, parece ser exemplo, afinal, acabou marcada por predominante standardização<sup>22</sup>. No texto constitucional há poucas distinções para o tratamento de Estados-membros e Municípios, mesmo os caracterizados por diferenças exponenciais como as fontes de riqueza e o número de habitantes.

Portanto, pontuada a descrição do sistema criado pelo constituinte, é válido dizer que das previsões inicialmente postas desenvolveu-se dinâmica própria com demonstrações e efeitos não necessariamente harmonizados com o programa inicial. Da observação de aspectos sobre a dinâmica federativa decorrente deste desenho institucional é que, haja vista o ordenamento constitucional plantado, faz-se possível oferecer diagnóstico sobre o contexto brasileiro.

#### **4. A DINÂMICA FEDERATIVA NO CASO BRASILEIRO: IDAS E VINDAS**

Até o presente momento, houve foco na apreensão do aparato legal que dá suporte à Federação brasileira. Por evidente, o desenho institucional é fundante da forma federativa e várias

---

20 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 59.

21 BRASIL, 1988. Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

22 RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. *Op. Cit.* 2010. p. 222.



das decorrências que seguem tem como causa o próprio contorno da arquitetura do Estado.

Todavia, ainda é oportuno pontuar contingências que afetam a caminhada federativa. Além da questão jurídica, em que se encaixa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é possível mencionar, por exemplo, aspectos políticos, econômicos e sociais. Quesitos como estes, ainda que não necessariamente jurídicos, afetam sobremaneira o procedimento federativo.

As diversas ocorrências que tocam o Estado, nesse sentido, são ressaltadas por ocasião da análise do desempenho e performance na forma federativa. MICHAEL BURGESS pontua que observações sobre o sucesso ou a falha das federações passam, justamente, pela contextualização das diferenças existentes entre modelos e, ainda, pela relativização dos significados de sucesso e de falha para cada cenário em que a federação é proposta e adotada como forma de Estado<sup>23</sup>.

O contexto brasileiro, como se fez questão de elucidar, é marcado pela cisão desenvolvimentista, o que se soma a ocorrência de períodos de maior desenvolvimento em oposição a momentos de estagnação e crise financeira. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o país enfrentou mudanças e episódios destacados de efeitos intrusivos na forma federativa. Em retrospecto sobre o tema, FABRÍCIO AUGUSTO DE OLIVEIRA descreve o período entre 1988 e 2014 em momentos federativos assim denominados: ascensão entre 1988-1993; declínio entre 1993-2002 e soterramento no intervalo entre 2003-2014<sup>24</sup>.

A história trilhada pela Federação a partir da CF/1988, no entanto, não se vê desconectada de antecedentes, ou mesmo, do referente a alguma tendência aos desvios nos regimes federativos ao redor do globo. É o que se anota, a partir da repartição de competências.

A técnica de repartição de competências típica do federalismo clássico, por sua lógica, deveria acentuar, ao longo do tempo, a proeminência dos Estados, que se reservaram todos os poderes não delegados à União e não proibidos aos Estados pela Constituição. [...] Não foi o que a realidade comprovou. Nem nos Estados Unidos, como se viu, nem em outras Federações que adotaram o modelo norte-americano. Em todas elas prevaleceu a tendência de crescimento da autoridade federal, refletida exatamente num acréscimo das competências da União a que se chegou, no caso dos Estados Unidos, por via de interpretação judicial, e, nas demais Federações, mercê principalmente de emendas constitucionais ou da promulgação de novas Constituições<sup>25</sup>.

Conquanto possa se falar em uma tendência constitucional originária inspirada na descentralização, é de se notar, com o passar do tempo, que as proposições unionistas se afirmam frente às intenções dos demais entes federados. Isso, senão como desvio próprio e, talvez, natural da estrutura federal, também é resultado de influências contidas na gênese da formação nacional do Brasil. A esse respeito, tem-se que:

---

23 BURGESS, Michael. *Asking the same question but getting different answers: the conditions of success and failure in federal states*, 2009. p. 20-21.

24 OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil: a necessidade de uma reforma tributária justa e solidária*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 217, 223, 236.

25 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. Cit.* p. 24-25.

A União manteve poderes importantes por conta de três legados históricos. O primeiro foi a manutenção, como reza a tradição constitucional brasileira, da maior parte das competências legislativas, de modo que a centralização do poder normativo, na maior parte das políticas públicas, continua uma tônica do federalismo brasileiro. Em segundo lugar, o governo federal ainda tem um forte poder derivado de sua burocracia, seja pela melhor qualidade em comparação às administrações subnacionais, seja porque esta detém conhecimentos e instrumentos sobre as políticas públicas que foram construídas ao longo de décadas. Por fim, observada a desigualdade interestadual e intermunicipal, a União tem um poderio assimétrico que se manifesta em sua barganha com muitos dos demais entes federativos, fato ao qual se adicionam mecanismos legais e financeiros para atuar sobre as desigualdades regionais<sup>26</sup>.

De fato, a formulação constitucional brasileira, quando da repartição de competências, manteve sob os olhares da União as principais técnicas e matérias da vida. A possibilidade de legislar privativamente sob temas de direito civil ou direito penal<sup>27</sup>, por exemplo, confere à União todo um domínio dificilmente revertido pelas competências dos Estados-membros e dos Municípios. Os entes subnacionais, além de terem sua autonomia refreada, também se veem imersos por encargos na garantia de direitos básicos, como educação e saúde.

Além disso, como destacado no trecho acima, o poderio e a barganha do ente federal para políticas públicas apresentam-se de modo mais contundente que a capacidade dos entes federados, que restam compartimentalizados em suas esferas<sup>28</sup>. Em outras palavras, apesar de se registrar a descentralização autonômica com a criação indiscriminada de Municípios, no plano material o que se tem é o diagnóstico de verdadeira distorção, dado o desenvolvimento do planejamento na concretização de encargos e na operacionalização da Federação<sup>29</sup>.

No quadro posterior a 1988, a elevação dos Municípios (atualmente são 5.570 municípios) ao nível de entes federativos não foi opção capaz de ajustar qualquer coordenação. Aliás, veja-se que os Municípios não gozam de representação institucional e formal na esfera da União, afinal, as casas legislativas federais contemplam em seus bancos a representação do povo e dos Estados-membros, apenas<sup>30</sup>.

Para além disso, nada obstante a padronização constitucional, os Municípios brasileiros aparentam quadros distintos entre si. Há municípios dotados de *accountability* e planejamento mais apurados, juntamente, com outros tantos desprovidos de controle<sup>31</sup>. Das estimativas populacionais do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que funcionam como base de dados para o

---

26 FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu. Trajetória recente da cooperação e coordenação no federalismo brasileiro: avanços e desafios. *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2013. p. 138.

27 Durante o artigo federalista nº 17, ALEXANDER HAMILTON argumentava que, no caso estadunidense, o fato dos governos estaduais manterem a administração da justiça criminal e civil era demonstração suficiente de asseguramento de império sobre os cidadãos locais, como contrapeso ao poder da União (2021, p. 96-97).

28 FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu. *Op. Cit.* p. 139.

29 RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. *Op. Cit.* 2010. p. 199.

30 SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* 2014. p. 514-515.

31 PRADO, Sergio. *Op. Cit.* 2013, p. 183.

Tribunal de Contas da União (TCU), no cálculo do Fundo de Participação de Estados e Municípios, tem-se o seguinte quadro:

Em 2019, pouco mais da metade da população brasileira (57,4% ou 120,7 milhões de habitantes) se concentra em apenas 5,8% dos municípios (324 municípios), que são aqueles com mais de 100 mil habitantes. Já os 48 municípios com mais de 500 mil habitantes concentram quase 1/3 da população (31,7%, ou 66,5 milhões de pessoas). Por outro lado, na maior parte dos municípios (68,2%, ou 3.670 municípios), com até 20 mil pessoas, residem apenas 15,2% da população do país (32,0 milhões de pessoas)<sup>32</sup>.

Apesar das diferenças populacionais marcadas, ainda que para fins de repartição de receitas também se utilize essa medida como parâmetro, fato é que em termos formais, as competências de ambos os grupos de municípios são, de acordo com a texto constitucional, exatamente padronizadas. Do ponto de vista institucional, a revitalização da Federação brasileira, conforme NINA TRICIA DISCONZI RODRIGUES, passa pela necessidade de se corrigir a disfunção causada pelo tratamento igualitário dos municípios<sup>33</sup>.

Enquanto entes federativos, ainda que passados mais de 30 (trinta) anos desde sua elevação pela Lei Maior, os Municípios apresentam-se como ponto debilitante do organograma federativo. Sua existência no plano federal no mais, tensionou a relação entre União e Estados-membros, de modo que, com cada ente barganhando por si e de maneira descoordenada, hoje os Estados pouco exercem o papel intermediário na Federação.

Nesse sentido, considerando o programado de início, bem como o que se desenvolveu, é de se dizer que a descentralização promovida pela Constituição, foi muito mais de encargos, que propriamente de receitas ou de autonomia<sup>34</sup>. Com encargos ainda, pouco se atribuiu no sentido da coordenação, de modo que a funcionalidade dos Estados-membros se vê esfacelada pela atuação disfuncional do Senado Federal<sup>35</sup> e pelos diálogos políticos diretos entre Municípios e União<sup>36</sup>.

Propositadamente, o artigo limita-se a traçar ponderações dentro do contexto ordinário, na medida em que o episódio de saúde global da Pandemia de COVID-19, aparenta ter promovido movimentação não exatamente consolidada. Pode-se falar na percepção de demandas peculiares e de variação momentânea em prol de alguma descentralização federativa. Apesar disso, não resta cristalina a presença de modificação consolidada no quadro explorado.

Sendo dessa maneira, o derradeiro exame do contexto federativo brasileiro revela: “em vez de coordenação e cooperação previstas no texto constitucional, o que se observou foi a

---

32 IBGE. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019>>. Acesso em: 19/02/2023.

33 RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. *Op. Cit.* 2010. p. 202.

34 BERCOVICI, Gilberto. *Op Cit.* 2004, p. 72.

35 NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2013. p. 110.

36 PRADO, Sergio. *Op. Cit.* 2013, p. 185-187.

rescentralização das receitas na órbita federal e a disputa, cada vez mais acirrada, entre os Estados”<sup>3738</sup>. Acrescenta-se a este raciocínio, o acirramento das relações e disputas protagonizadas pelos Municípios, que em razão de seus encargos, também se lançam na busca por receitas.

Os desvios desde a promulgação da Lei Maior têm revelado uma Federação hierarquizada, tímida e reclusa no sentido de realizar a cooperação para objetivos maiores, sendo também diminuta a intenção de manter vigilância às peculiaridades dos federados. Enquanto parte do núcleo intangível da CF/1988, os propósitos do Pacto Federativo seguem existentes e vigentes, clamando por medidas que os façam eficazes.

## 5. CONCLUSÃO

Ressalvado inicialmente o propósito deste recorte, no sentido de se apregoar análise sobre a Federação brasileira, tem-se que, para além de 1988, o país apresenta passado de construção federativa desde o final do século XIX. A Constituinte que deu luz ao mais recente pacto esteve marcadamente afetada pelas influências do período de Ditadura Militar (1964-1985) recém-encerrado.

Em resposta a questão de abertura desta pesquisa, a pretensão democrática imprimiu o desenho da Federação com a inclusão dos Municípios no rol dos entes federados. Embora aparentemente descentralizadora, essa medida culmina e tem como resultado o esfacelamento marcado dos diálogos entre União e Estados-membros.

A inserção dos Municípios de modo padronizado carrega consigo, nos anos vindouros a 1988, a criação de inúmeros entes federativos, que embora sob o espírito da descentralização, se constituíram desprovidos de rigor para manutenção. A impressão de descentralização, com o passar do tempo, apresentou a faceta de mera pulverização de deveres e encargos.

Na Federação de hoje, observa-se baixo grau de representação dos Estados-membros ou mesmo dos Municípios no âmbito federal. O Senado, enquanto Casa de representação dos Estados, resta desvirtuado pela atuação partidária e parcela das negociações entre os entes ocorre por mecanismos informais, o que deixa a Federação à deriva dos caminhos políticos que se colocam e plantam.

Considerando a noção estabelecida nesta pesquisa, ainda que os comandos postos pela Constituição se filiem ao federalismo, observa-se no Brasil um Pacto incapaz de sobrepujar os Estados-membros ou mesmo os Municípios, diante da União. A demanda federativa continua

---

37 RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. *Op. Cit.* 2010. p. 248.

38 Apresenta-se, no mesmo sentido, a conclusão de JANAÍNA RIGO SANTIN e BRUNO NOGUEIRA RODRIGUERI: “[...] ao se fazer um balanço da situação do pacto federativo após 1988, identifica-se que predomina uma competição entre os entes federados ao invés de um federalismo cooperativo” (2016, p. 296).

carente, mesmo com a programação cooperativa de 1988, o que em última instância, afeta a finalidade de prestação de direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Fumarc/Uemg: Belo Horizonte, 1982.

BEAUD, Olivier. *Théorie de la Fédération*. 2 ed. Presses Universitaires de France-PUF. 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

\_\_\_\_\_. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20/01/2023.

BURGESS, Michael. *Asking the same question but getting different answers: the conditions of success and failure in federal states*. 2009. Disponível em: <<https://www.kent.ac.uk/politics/cfs/research/Conditions%20of%20Success.pdf>>. Acesso em: 30/01/2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz; SANO, Hironobu. Trajetória recente da cooperação e coordenação no federalismo brasileiro: avanços e desafios. *República, democracia e desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2013.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Agência de notícias*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019>>. Acesso em: 19/02/2023.

HAMILTON, Alexander. *Os artigos federalistas*. Trad.: Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021.

HESSE, Konrad. *El Estado Federal Unitário*. Direito Público. Editora Síntese, n. 50, 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 3. n. 2. Brasília: Uniceub, 2013.

NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 28. n. 81. p. 97-115, 2013. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10725598007>>. Acesso em: 22/02/2023.

PRADO, Sergio. *A 'federação inconclusa': o papel dos governos estaduais na federação brasileira*.

O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil*: a necessidade de uma reforma tributária justa e solidária. São Paulo: Contracorrente, 2020.

RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. *O federalismo e o desenvolvimento nacional*. Porto Alegre: UniRitter. 2010.

SANTIN, Janaína Rigo; RODIGHIERI, Bruno Rodrigo. O poder local na federação brasileira. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25. p. 275-299, 2016. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/878>>. Acesso em: 09/01/2023.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

# A DEMOCRACIA LIBERAL NA CONTEMPORANEIDADE ENTRE INSUFICIÊNCIAS E UTILIDADES

Claudia Maria BARBOSA<sup>1</sup>  
Wily ADDA<sup>2</sup>

## RESUMO

Esse artigo tem por finalidade examinar a importância ou utilidade da democracia no contexto contemporâneo. Por esse motivo, é levantada a questão principal de saber se a democracia liberal ainda funciona, ou seja, se ela é ainda capaz de assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos e grupos, limitar o poder do Estado e garantir o estado de direito, e se não existiria uma alternativa melhor a ela. Diante dessa pergunta, entende-se que apesar das diversas lacunas e controvérsias levantadas, a democracia liberal ainda permanece a melhor forma de governo e o melhor regime para um Estado, aquele capaz de garantir o pleno desenvolvimento de um Estado de direito, sendo apenas necessário ajustá-la e melhorá-la. Adotando o método indutivo e valorizando a construção do conhecimento a partir do diálogo entre diversos autores, esse artigo constata as instabilidades de muitas democracias liberais ao redor do mundo. Portanto, parte-se do diagnóstico de que vários limites ao funcionamento da democracia liberal são oriundos de certas práticas de governos democraticamente eleitos e de algumas carências apontadas pela doutrina. Em seguida, caminha-se no sentido de analisar as possíveis alternativas a ela, para, ao final, defender a utilidade e sobretudo a essencialidade da democracia hoje para os Estados e os cidadãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia; Estado; Sociedade; Direitos humanos; Constitucionalismo.

## RÉSUMÉ

L'objectif de cet article consiste à examiner l'importance ou l'utilité de la démocratie libérale dans le contexte contemporain. Pour cela, la principale question est de savoir si la démocratie libérale fonctionne-t-elle encore, c'est-à-dire, si elle est encore en mesure d'assurer la liberté et l'égalité des individus et des groupes, de limiter le pouvoir de l'État et de garantir l'État de droit, et s'il n'y aurait pas une meilleure alternative à celle-ci. Face à cette question, il est évident que, malgré les différentes lacunes et controverses soulevées, la démocratie libérale reste toujours la meilleure forme de gouvernement et le meilleur régime pour un État, celui capable de garantir le plein

---

1 É doutora em direito e professora titular de direito constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde leciona e dirigiu os cursos de graduação, mestrado e doutorado. É Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq. Desenvolveu em 2019 um estudo de pós-doutoramento na Universidade de Coimbra, PT, e em 2013 já havia conduzido uma investigação em pós-doutorado na York University, Toronto, CA. Fez graduação, mestrado e doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa em sistemas jurídicos comparados desenvolvida na Universidade de Montreal, CA. Suas linhas prioritárias de pesquisa são: política judiciária, administração da justiça e governança judicial; constitucionalismos e democracia; participação social e democracia, organizações da sociedade civil e direito do terceiro setor. É líder do grupo de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, e tem especial interesse em pesquisas interdisciplinares, estudos empíricos e análises comparadas. É membro da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia - ABJD; do Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos - ILSA, CO; da Law and Society Association - LSA, EUA, cujo Trustee Committee integrou no triênio 2016-2018; do Research Committee on Sociology of Law - RCSL e da International Society Of Public Law - I-CON. É parecerista de inúmeras revistas em sua área de investigação. Advogada, consultora e assessora técnica em suas áreas de expertise.

2 Doutorando bolsista CAPES em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR sob a orientação da Profª Claudia Maria Barbosa (desde 2022), Mestre em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP sob a orientação do Prof. Dr. Jairo Neia Lima, e possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pesquisador nas áreas de Direito Internacional Público, de Direito Internacional dos Refugiados, de Migrações Internacionais e de Direitos Humanos, de Populismo Contemporâneo e Democracia. Foi professor bolsista de francês no programa Paraná Fala Francês (PPF) na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

développement d'un État de droit. Au vu des menaces et des lacunes rencontrées, étant juste nécessaire de l'ajuster et de l'améliorer. En adoptant une méthode inductive et en valorisant la construction des connaissances à partir du dialogue entre plusieurs auteurs, cet article constate les instabilités de nombreuses démocraties libérales à travers le monde. Il part donc du diagnostic que plusieurs limites au fonctionnement de la démocratie libérale trouvent leur origine dans certaines pratiques de gouvernements démocratiquement élus et dans certaines lacunes soulevées par la doctrine. Ensuite, les possibles alternatives à la démocratie sont analysées et, enfin, l'utilité et, surtout, le caractère essentiel de la démocratie pour les États et les citoyens sont défendus.

**MOTS-CLÉS:** Démocratie; État; Société; Droits de l'homme; Constitutionnalisme.

## INTRODUÇÃO

As origens da democracia podem ser encontradas na Grécia antiga, especialmente quando se analisa o papel e as condições de deliberação na ágora. Na era moderna e contemporânea, marcada pelas duas grandes revoluções liberais do século XVIII, a norte-americana e a francesa, a democracia se consolidou e se apresentou como uma promessa do governo do povo, que, por meio de representantes, delibera por maioria, mas sobretudo como uma reação a regimes absolutistas, limitando o poder de governar, garantindo e protegendo direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias.

Dessa forma, para que um país seja organizado da melhor forma, preservando os seus valores essenciais e contemplando o bem-estar e o bem viver dos seus cidadãos, é preciso que o seu governo seja democrático e que esse país seja um Estado de Direito. Entretanto, nos momentos atuais, a democracia liberal tem sido objeto de insatisfação em vários países, mesmo naqueles países considerados como democracias consolidadas. A democracia liberal tem sido objeto de muitas críticas e tem enfrentado o surgimento de outros movimentos, entre eles, o constitucionalismo abusivo e o populismo contemporâneo, tanto de esquerda quanto de direita. Essa situação pode se explicar pelo fato de que a democracia parece estar caminhando para o seu esgotamento, sem poder ter cumprido alguns os ideais esperados e todas as expectativas nela colocadas. Por essa razão, esse artigo visa examinar a importância ou utilidade da democracia liberal no contexto contemporâneo, a fim de responder se ela ainda funciona ou seja, se ela é ainda capaz de assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos e grupos, limitar o poder do Estado e garantir o estado de direito, e se não existiria uma alternativa melhor a ela. Em outras palavras, cabe se perguntar se, apesar das diversas críticas e problemas enfrentados, a democracia liberal ainda se mostra vantajosa e útil, tanto para os Estados como para os povos, ou se, ao contrário, existiria uma alternativa melhor que a democracia?

O presente trabalho, assumindo-se como uma constatação das insuficiências e das instabilidades de muitas democracias contemporâneas ao redor do mundo, utilizará o método



indutivo, valorizando a construção do conhecimento a partir do diálogo, da análise e das reflexões feitas sobre as referências bibliográficas contemporâneas que giram em torno do tema.

Assim sendo, esse trabalho será desenvolvido em 3 (três) partes: primeiro, parte-se do diagnóstico de que vários limites ao funcionamento da democracia liberal são oriundos, tanto de certas práticas exercidas por alguns governos democraticamente eleitos, quanto de algumas carências apontadas pela doutrina; em seguida, caminha-se no sentido de analisar as possíveis alternativas a ela para, ao final, defender a utilidade e sobretudo a essencialidade da democracia hoje para os Estados e os indivíduos.

## **1. OBSTÁCULOS AO EFETIVO FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL**

Antes de abordar a questão dos obstáculos ao efetivo funcionamento da democracia liberal, é preciso elencar os elementos essenciais que podem descrevê-la. De fato, para que se possa falar de democracia liberal em um Estado, é preciso da presença de 3 (três) elementos essenciais interligados e que interagem entre si. (GINSBURQ; HUQ, 2018, p. 36-37)

O primeiro elemento diz respeito a um sistema eleitoral com eleições periódicas, livres e transparentes que permita, não somente que as pessoas suficientemente adultas possam votar, mas também que os vencedores reconheçam a vitória dos vendedores. Portanto, as eleições devem permitir aos cidadãos exercerem o seu direito de voto, garantir a alternância ao poder, devendo ser reguladas por textos e instituições neutras e imparciais.

O segundo elemento consiste na garantia de direitos fundamentais, principalmente no que tange às liberdades de expressão e de associação que são inerentes à prática democrática. De fato, a liberdade de expressão permite: ter uma imprensa livre para melhor os indivíduos, fazer críticas e denúncias sobre qualquer assunto da sociedade especialmente quando as eleições não estão sendo organizadas de forma livre e transparente, e propor ideias ou políticas públicas diversas. Além disso, a liberdade de associação, também, facilita a criação de partidos políticos e organizações da sociedade civil que servem não somente de intermediários entre o Estado e os indivíduos, mas também de contrapesos em face dos atores políticos.

Por fim, uma democracia liberal constitucional pressupõe um certo grau de integridade do Direito e das instituições políticas e jurídicas para fortalecer a democracia e seus compromissos. De fato, o Direito permite não somente de proteger as liberdades individuais, principalmente as de expressão e de associação, mas também permite que haja uma administração neutra para a realização de eleições livres e transparentes.

Este texto parte do pressuposto de que, se um destes três elementos suprarreferidos não está preenchido ou se encontra ausente ou mesmo ameaçado, situação em que a democracia liberal,

ela mesma, encontra-se-á em risco.

A democracia liberal, que inclui os mecanismos do Estado liberal, tem por objetivo impedir as arbitrariedades e os abusos do poder estatal, através de uma armadura jurídica constitucional que deveria reger, por um lado, as relações entre os governantes e os governados, e por outro, as relações entre os governados. Portanto, os fundamentos liberais foram usados tanto para limitar a autoridade política<sup>3</sup>, mas também para preservar e consolidar as conquistas da humanidade sobre liberdades individuais, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, entre outros (OBALDIA; NASCIMENTO, 2022, 72).

As origens dos obstáculos ao efetivo funcionamento da democracia liberal podem estar ligadas à sua própria essência e história. De fato, muitos autores, tais como Rousseau<sup>4</sup>, Ardití<sup>5</sup>, ou Rosanvallón<sup>6</sup>, entendem que a compreensão da democracia, como um todo, não é uniforme e unânime. Ela pode abrir o espaço para diferentes movimentos e ideologias que a interpretam de forma diversa, modificando sua estrutura o que pode provocar conflitos e lutas políticas e sociais intensas, marcadas por promessas quebradas e ideais não realizados pelas democracias liberais.

Um dos dos primeiros obstáculos ao funcionamento da democracia liberal pode vir do próprio governo democraticamente eleito, ao praticar o chamado “constitucionalismo abusivo” ou “autoritarismo suave” ou ainda “retrocesso constitucional”, que foi estudado por vários autores, entre os quais, destaca-se David Landau. De acordo com o referido autor, o constitucionalismo abusivo se caracteriza pelo uso de mecanismos de mudança constitucional, tantos pela reforma de uma constituição através de emendas constitucionais quanto pela criação de uma nova constituição,

---

3 Em outras palavras, pelo princípio da soberania popular presentes em várias constituições, o povo tem legitimidade de criar, modificar ou reformar a Constituição. Entretanto, esse mesmo povo, ao criar ou modificar uma Constituição, se obriga pela presente, se comprometendo a respeitar e obedecer às regras nela descritas, limitando, portanto, o seu poder soberano que será exercido pelas instituições criadas pela Constituição. Assim, “o constitucionalismo conduz à paradoxal admissão de uma soberania popular que precisa ser absoluta (para fundamentar a validade da constituição) e, ao mesmo tempo limitada (para respeitar a validade da constituição)” (COSTA, 2011, p. 199-200).

4 Percebe-se que a democracia em si, tem aberto espaço para vários movimentos, fenômenos e ideologias, como o totalitarismo, o liberalismo, o constitucionalismo abusivo ou mesmo o populismo, que têm modificado sua estrutura e interpretação, indo até mesmo ao ponto de ameaçá-la, colocando em risco a sua substância. Razão pela qual, Rousseau afirma que não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas como o democrático ou popular, pois esse tipo tende frequentemente e continuamente a mudar de forma (ROUSSEAU, 2002, p. 33).

5 De acordo com o Ardití, o próprio funcionamento da democracia pode proporcionar as condições de possibilidade para o seu reverso ou o seu oposto, levando, portanto, a uma confusão que se manifesta, por exemplo, no caso em que um governo populista que ocupa de forma temporária o poder executivo, e que o exercício desse poder vem a ser concebido como posse e não como um usufruto temporário. Desta forma, a confusão pode, por sua vez, levar a um patrimonialista de recursos públicos (ARDITI, 2017, p. 154).

6 Rosanvallón entende que mais recente história do populismo, qualificada de indissociavelmente social e conceitual, está ligada ao caráter problemático e tumultuoso da própria história da democracia, sendo essa história constituída por conflitos intelectuais permanentes em torno de sua definição, marcada por lutas sociais intensas em torno do estabelecimento de algumas de suas principais instituições, marcada de promessas quebradas e de ideais mal conduzidos evidenciando a intensidade da desilusão democrática contemporânea e a dificuldade de encontrar as condições da instauração de uma verdadeira sociedade dos iguais. Por essa razão, o populismo aparece como uma forma limite do projeto democrático (ROSANVALLON, 2020, p.15)

para minar a democracia. Desta forma, percebe-se que esses mecanismos constitucionais podem, se mal-usados, dar origem a regimes autoritários e semiautoritários, criando falsos regimes democráticos em que o Estado parece assegurar todos os elementos essenciais de uma democracia liberal mas, no dia-a-dia da prática democrática, é antidemocrático, com uma constituição moldada para minar a ordem democrática e servir interesses particulares. Presidentes e partidos políticos que se encontram no poder podem arquitetar mudanças constitucionais significativas de modo “to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions such as courts that are intended to check their exercises as power”<sup>7</sup> (LANDAU, 2013, p. 1991)

No constitucionalismo abusivo, os presidentes ou os partidos políticos no poder, abusam de mecanismos e procedimentos formais de mudança da constituição para levar a ordem democrática a uma erosão. Estas mudanças podem apresentar vários aspetos. De fato, ao contrário do tradicional golpe de Estado no qual os regimes autoritários buscam dominar o Estado pela força e pela violência criando uma ruptura bruta da ordem constitucional, as mudanças constitucionais elaboradas no constitucionalismo abusivo, a princípio, são geralmente incrementais, graduais, progressivas, sutis e muito bem calculadas. Por outro lado, essas mudanças, à primeira vista, não caracterizam graves violações dos princípios e dos valores essenciais à democracia. Porém, examinando o processo de perto, tais mudanças constitucionais podem revelar-se nocivas à democracia com finalidade de levá-la a uma erosão incremental e gradual (ROZNAI; BRANDES, 2019, p. 1)

O constitucionalismo abusivo representa uma ameaça tanto para a democracia liberal quanto para os direitos humanos. Primeiro, em democracias liberais, a constituição impõe limites e restrições ao poder estatal e representa uma salvaguarda que visa garantir e proteger os direitos humanos e fundamentais contra qualquer violação. Entretanto, o constitucionalismo abusivo derruba essas restrições ao poder do governo e essas proteções dos direitos humanos contidas na constituição, abrindo o caminho para abusos contra os indivíduos e contra as demais instituições do Estado. Em segundo lugar, o constitucionalismo abusivo, além de corroer as proteções e limitações presentes na constituição, fortalece as mudanças e medidas antidemocráticas implementadas na constituição, transformando-as em normas constitucionais que serão, em seguida, difíceis a revogar, a mudar ou a contrariar a partir de ações e regras hierarquicamente inferiores a essa constituição. Assim, o constitucionalismo abusivo pode ser usado por regimes semi-autoritários para entrincheirar sua autoridade e seu poder sobre o Estado através dos mecanismos de mudança constitucionais (ROZNAI; BRANDES, 2019, p. 4).

---

7 “a se tornarem muito difíceis de desalojar e de modo a desarmar instituições como os tribunais que são destinados a verificar seus exercícios como poder” (LANDAU, 2013, p. 1991) (tradução livre)

Mostrando como governos, indivíduos poderosos e partidos políticos, em democracias liberais, podem usar as manobras políticas e constitucionais para minar a democracia e tornar seu Estado menos democrático, Landau descreve, entre outros exemplos, o caso da Hungria.

No exemplo da Hungria, que abrange tanto a prática de emendas constitucionais quanto a de substituição da constituição, Landau (2013, p. 208), entende que o partido político Fidesz que antigamente era um partido liberal, se tornou um partido conservador. O governo saiu-se vitorioso nas eleições parlamentares de 2010, com 53% dos votos, os quais, devido à maneira como as regras de votação húngaras funcionavam, resultou em 68% dos assentos no parlamento, o que permitiu que se iniciasse uma série de reformas constitucionais no mesmo ano.

Nota-se que a campanha eleitoral do partido Fidesz não se baseou em alegações sobre reformas ou mudanças constitucionais. Entretanto, tudo começou após vencer as eleições em 2010. Essas reformas consistiram, basicamente, em enfraquecer as instituições, como a corte constitucional, encarregadas de controlar a maioria parlamentar, em retirar competência dos tribunais sobre matéria fiscal e orçamentária, e em aumentar os poderes unilaterais dos membros do Fidesz no processo de nomeação. Quando a corte constitucional anulou uma vantagem tributária dos funcionários, o parlamento reagiu aprovando uma emenda constitucional retirando ou reduzindo a competência da corte sobre questões fiscais e orçamentárias (LANDAU, 2013, p. 208).

Assim, o Fidesz apresentou um plano de substituição constitucional usando os 2/3 da maioria no parlamento e começou a escrever uma nova constituição. Esse texto constitucional, rigorosamente criticado por não possibilitar a manifestação dos partidos da oposição, aboliu o controle horizontal sobre a maioria parlamentar, aumentando seus poderes, ampliou o número de assentos na corte constitucional, dando assim ao partido no poder, assentos adicionais; criou um gabinete judiciário nacional, controlado pelo partido com amplos poderes sobre a seleção dos juízes e a atribuição de casos dentro do judiciário ordinário e, sobretudo, reformou instituições como a comissão eleitoral, a comissão de orçamento e conselho de mídia para minar sua independência instalando pessoas fiéis ao partido Fidesz com mandato longo (LANDAU, 2013, p. 209-210).

Como consequência, esses atos foram muito criticados não somente no plano interno, mas, sobretudo, no plano internacional, pois várias instituições da União Europeia (UE) e o Conselho da Europa (CE) buscaram uma resposta apropriada, criando a comissão de Veneza para prestar assistência constitucional às democracias de transição na Europa Oriental, criticando certas partes do novo texto e as leis relacionadas, tais como os dispositivos que reduziram a independência do Banco Central e a idade de aposentadoria dos juízes para sessenta e dois anos (LANDAU, 2013, p. 210-211).

Halmai considera o caso da Hungria como um golpe contra a democracia constitucional.

Por um lado, ela foi uma das primeiras transições políticas após 1989, com elementos institucionais do constitucionalismo, com os freios e contrapesos no poder e as garantias de direitos fundamentais. Por outro lado, acabou se tornando possivelmente o primeiro modelo de recuo constitucional partindo de um sistema de democracia liberal pleno para um sistema iliberal com forte elementos de autoritarismo estabelecido pelo FIDESZ, um partido nacionalista, populista e antipluralista (HALMAI, 2018, p. 243).

Em resumo, no sistema iliberal populista húngaro, as instituições constitucionais continuam existindo, mas com poder muito limitado. Os direitos fundamentais são previstos na constituição, porém não são institucionalmente garantidos devido à falta de independência do judiciário e da corte constitucional. Nesse modelo de constitucionalismo, baseado nas deliberações entre as cortes e os parlamentares, em que estes detêm a palavra final, nenhuma questão pode ser decidida sem prévio diálogo, entretanto, não há praticamente nenhum participante para opor esse diálogo. Por isso é possível dizer que não apenas a independência dessas instituições foi afetada, mas também elas foram caladas e reduzidas ao silêncio (HALMAI, 2018, p. 255-256).

Ao examinar os acontecimentos na Hungria e em outras partes do mundo, Ginsburg e Huq apontaram 5 principais mecanismos jurídicos e institucionais que podem levar a democracia ao fim. O primeiro mecanismo que trata das emendas constitucionais formais ou das reformas constitucionais consiste em mudar certas regras procedimentais estabelecidas pela Constituição para tirar proveito, mudando as regras do jogo eleitoral e de administração do Estado, prejudicando e marginalizando os adversários políticos e o pluralismo deliberativo (GINSBURG; HUQ, 2018, p.91-92).

O segundo mecanismo consiste na supressão ou na eliminação de freios e contrapesos, exercidos por instituições democráticas (as cortes, o parlamento, a legislação, etc), geralmente não eleitas, que protegem a sociedade ou servem de limitador ou de seguro contra o poder potencialmente destruidor da soberania popular, garantindo a pluralidade de interesses e controlando ou restringindo, de forma constante, a atuação e as intenções dos governantes no poder que, às vezes, se consideram todos poderosos e infalíveis (GINSBURG; HUQ, 2018, p.95-96).

O terceiro mecanismo é a centralização e a politização do poder executivo, que consiste em atacar a autonomia de estruturas burocráticas do Estado, uma vez que a burocracia representa uma estrutura conservadora e, ao mesmo tempo, útil, permitindo restringir o poder estatal, estabelecendo uma divisão entre o que é privado e o que é público. Desta forma, o conservadorismo da burocracia do Estado visa: evitar mudanças democráticas (antidemocráticas) rápidas ou bruscas no Estado; produzir informações neutras indispensáveis para os cidadãos e para o funcionamento da democracia; proteger os recursos do Estados para que não sejam usados de

forma a implementar o clientelismo em favor de suporte eleitoral e, por fim, preservar os direitos fundamentais, especialmente, as liberdades de expressão e de associação diante da tentativa do líder político de monopolizar o poder (GINSBURG; HUQ, 2018, p.103-105).

Já o quarto mecanismo trata de diminuição da esfera pública e consiste não somente em restringir o espaço e os direitos fundamentais dos indivíduos e, principalmente, os direitos das minorias que são geralmente excluídas de políticas públicas, mas também em limitar a ação das mídias, da sociedade civil e das ONGs (GINSBURG; HUQ, 2018, p.113-117).

Por fim, o quinto mecanismo que consiste na eliminação da concorrência política, limitando ou suprimindo a alteração no poder, fraudando as eleições, enfraquecendo a oposição tanto financeiramente, quando os recursos de um partido de oposição veem a serem limitados pelo partido, como politicamente, quando os líderes da oposição ou adversários políticos veem a serem “comprados” pelo partido no poder ou veem a serem ameaçados por processos judiciais ou se tornam alvos de crime e assassinato com o intuito de afastá-los do jogo político ou eleitoral (GINSBURG; HUQ, 2018, p.113-115).

Ademais, a chamada crise de legitimidade política ou de representação<sup>8</sup>, na qual os políticos e as instituições políticas não representam mais os cidadãos, também pode obstruir o efetivo funcionamento da democracia liberal. Desta forma, entende-se que há uma falsa representação ou uma representação ilusória na mente dos cidadãos, que faz com que eles acreditem que estão sendo representados pelas instituições democráticas, uma vez que a democracia é fruto de relações de um poder social que sempre existiu e se cristalizou nessas instituições. Em outras palavras, não se pode falar que a democracia é representativa, na medida em que ela é baseada em um poder ou em instituições que existem há vários séculos, bem antes dos cidadãos que ela representa. Por existirem há muito tempo, uma das principais consequências desse poder, é fazer com que as pessoas acreditem que elas estão sendo representadas. Portanto, a força e a estabilidade da democracia representativa repousam na vigência do pensamento e do sentimento das pessoas acreditarem serem representadas, e não do sucesso de modelo de representação (CASTELLS, 2018, L.11).

Assim, as diferentes ferramentas e opções (como as eleições periódicas) oferecidas pelas democracias seriam consideradas inúteis, no sentido de que as opções apresentadas já teriam sido preestabelecidas e apenas serviriam os interesses de um grupo de políticos. Ou seja, os atores políticos ou os partidos políticos (tradicionais e recentes) podem ter ideologia política diferente, mas “concordam em manter o monopólio do poder dentro de um quadro de possibilidades preestabelecidas por eles mesmos”. Portanto, a política se torna uma verdadeira profissão em que

---

8 “o sentimento majoritário de que os atores do sistema político não nos representam” (CASTELLS, 2018, L.11).

os políticos buscam seus próprios interesses, em detrimento dos interesses dos seus eleitores, formando-se “uma classe política, que, com honrosas exceções, transcende ideologias e cuida de seu oligopólio” (CASTELLS, 2018, L.11).

Essa crise de legitimidade<sup>9</sup> ou de representação provoca uma certa frustração e decepção nas pessoas e, automaticamente, uma rejeição dos políticos tradicionais e das instituições democráticas, dando ensejo ao surgimento de movimentos, tais como o populismo contemporâneo, que podem ameaçar as democracias atuais.

De acordo com Adda (2021), do próprio funcionamento da democracia liberal, podem provir as condições para o seu reverso ou sua instabilidade, possibilitando o surgimento de certas ameaças. Em outras palavras, entende-se que, com o pretexto de proteger a democracia ou mesmo o Estado de direito em momento de crise, as próprias constituições conferem aos políticos poderes e recursos especiais. Nesse caso, se o governo age de “má fé”, esses poderes e recursos podem ser usados para subverter, minar ou desestabilizar a própria democracia, como ocorre em situação de crise sanitária, ambiental, econômica, migratória, social, ou mesmo crise relativa à ameaça à ordem e segurança pública. De fato, não é raro que as crises e a necessidade de proteção da democracia justifiquem a expansão dos poderes do executivo, a tomada de medidas antidemocráticas, o abuso de poder, o fechamento temporário ou a indisponibilidade de certas instituições como o parlamento, etc. (ADDA, 2021, p. 34-35)

Nos ataques populistas à democracia liberal, percebe-se que parte dos líderes populistas contemporâneos, geralmente considerados como *outsiders*<sup>10</sup> políticos, tendem a “colonizar o Estado”. Essa colonização pode se dar de várias formas: operando uma série de mudanças drásticas, mudando ou reformando a constituição; colocando seus fieis membros em cargos que deveriam ser apartidários ou sem pretensão política (como no judiciário); praticando o clientelismo de massa em troca de favores eleitorais; sugerindo soluções “fáceis” que podem ser perigosas para o Estado; violando os direitos humanos fundamentais das minorias e dos indivíduos; desafiando e duvidando do processo eleitoral a partir da rejeição do resultado dos votos; marginalizando e controlando as mídias; enfraquecendo a sociedade civil e os adversários políticos com ameaças e processos judiciais, o que limita consideravelmente a concorrência eleitoral e política; e por fim minando as instituições democráticas, no sentido de que o líder populista se apresenta geralmente como sendo o

---

9 “É o que está acontecendo na Espanha, na Europa e em grande parte do mundo. Mais de dois terços dos habitantes do planeta acham que os políticos não os representam, que os partidos (todos) priorizam os próprios interesses, que os parlamentos não são representativos e que os governos são corruptos, injustos, burocráticos e opressivos. Na percepção quase unânime dos cidadãos, a pior profissão que existe é a de político. Ainda mais quando se reproduzem eternamente e muito raro voltam à vida civil, enquanto puderem medrar pelos emaranhamentos da burocracia institucional. Esse sentimento amplamente majoritário de rejeição à política varia segundo países e regiões, mas se verifica em todas as partes” (CASTELLS, 2018, l.12-13)

10 pessoas que tradicionalmente são fora da política ou que não são conhecidas como grandes políticos.

único representante da vontade do povo ou a única voz do povo, não devendo haver nenhum intermediário ou obstáculos entre ele e o povo (ADDA, 2021, p.35-36)

Portanto, a instabilidade da democracia também pode se explicar pelo aparecimento no campo político de novas personagens ou de novas personalidades que, às vezes, não possuem um grande passado na política, mas decidem entrar no cenário político para desafiar a democracia, os direitos humanos, as minorias, as eleições, a imprensa, e as instituições democráticas, como acontece com muitos populistas contemporâneos da extrema direita, ao exemplo de Donald Trump<sup>11</sup>.

Em resumo, pode se concordar com Mudde e Kaltwasser que sustentam que movimentos tais como o populismo contemporâneo podem levar os Estados a um processo de desdemocratização. Esse processo pode ser dividido em 3 (três) principais momentos: o primeiro corresponderia a uma erosão democrática, que consistiria em estabelecer mudanças drásticas e fundamentais para minar a autonomia e a independência das instituições democráticas que protegem os direitos fundamentais dos indivíduos contra o poder político; o segundo momento seria a ruptura democrática, que pode ser caracterizada pela passagem de um regime democrático eleitoral para um autoritarismo competitivo ou para um autoritarismo pleno e total<sup>12</sup>; e por fim o terceiro momento seria a repressão democrática marcada por uma passagem progressiva de um regime autoritário competitivo para um regime autoritário pleno, no qual medidas antidemocráticas são tomadas com base na soberania popular e na maioria eleitoral para, por exemplo, enfrentar uma determinada crise ou situação (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 90-92).

Mounk entende que, aos poucos, ao redor do mundo, principalmente nos Estados Unidos e em uma parte da Europa<sup>13</sup>, as democracias liberais estão se desconsolidando, através de participação cada vez mais fraca do povo e de um descontentamento ou insatisfação cada vez mais crescente. Nas últimas décadas, nas referidas regiões do mundo, a população tem acreditado menos em seus representantes eleitos, tem participado menos dos processos políticos e das instituições políticas, e os jovens têm demonstrado um desinteresse total na política, quando comparado aos mais velhos

11 “No decorrer de sua campanha, Donald Trump desrespeitou praticamente todas as regras básicas de política democrática. Jurou que mandaria prender seus adversários políticos. Recusou-se a dizer que aceitaria o resultado da eleição. Intimidou a imprensa e ameaçou ampliar as leis contra difamação” (MOUNK, 2018, L.148).

12 “No autoritarismo pleno, não há espaço para a oposição política e há uma repressão sistemática, enquanto o autoritarismo competitivo permite uma contestação limitada, mas dentro de um campo de jogo político desigual entre os titulares e a oposição. Os regimes autoritários competitivos toleram a presença de uma oposição e realizar eleições, mas estas últimas são sistematicamente violadas em favor dos titulares de cargos.” (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p.86) (tradução nossa).

13 “Austrália, a democracia não parece mais ser a única opção. Uma parcela crescente dos cidadãos tem visão negativa da democracia ou crê que ela não seja particularmente importante. Uma parcela menor, mas de crescimento mais acelerado, está aberta a alternativas inequivocamente autoritárias, com déspotas no poder ou ditaduras militares. Entrementes, populistas com pouco ou nenhum apreço pelas normas democráticas básicas estão conquistando imenso poder — e um desses políticos há pouco abocanhado o cargo mais poderoso do mundo” (MOUNK, 2018, n.p)



(MOUNK, 2019, l.126-132). Sendo assim, percebe-se que muitas pessoas questionam não apenas a legitimidade dos governantes, mas também a legitimidade do regime democrático em si. A principal consequência dessa situação pode ser o surgimento de movimento que fazem um apelo ou uma apologia à ditadura militar ou a regimes autoritários.

Donald Trump, por exemplo, durante sua pose como 45º presidente dos Estados Unidos (2017-2021), pronunciou um discurso chocante e ameaçador contra a democracia. Ele questionou e fustigou o sistema democrático de representação, pelo qual o povo confere aos políticos eleitos o poder de tomar decisões em seu nome. Para o ex-presidente americano, os representantes americanos têm enganado e traído o povo durante muitos anos, buscando apenas seus próprios interesses em detrimento do interesse dos americanos. Por isso, ele reafirmou que a sua eleição como presidente seria o marco simbólico em que o poder do povo votaria no povo (RUNCIMAN, 2018).

Com base no que foi apontado até o presente momento, pode se afirmar que a decadência da democracia liberal também está intimamente ligada à decadência da participação política dos cidadãos que têm ficado descontentes, frustrados e decepcionados.

Como já apontado acima, a democracia não é um corpo unificado em que todo mundo vai no mesmo sentido ou toma as mesmas decisões políticas. Ao contrário, é um sistema em que uma parte das pessoas impõem as suas decisões às outras. Portanto, se a maioria dos eleitores agir de forma totalmente irracional ou imprudente, eles não se magoam apenas a si mesmos, mas também ferem e afetam os eleitores bem mais informados e mais racionais, os eleitores minoritários, os eleitores inocentes ou cidadãos que se abstiveram de votar, as gerações futuras, as crianças, os imigrantes, ou os estrangeiros que não podem votar, mas que serão também sujeitos ou prejudicados pelas decisões tomadas por essas pessoas na democracia. Portanto, a tomada de decisões políticas não é uma escolha por si própria, ela afeta a sociedade toda (BRENNAN, 2016, p.9).

Runciman faz entender também que a democracia é um conflito simbólico permanente. De acordo com o autor, a democracia aparenta ser uma guerra civil simbólica, sem verdadeiro combate com armas. Entretanto, a partir do momento em que essa guerra simbólica se torna verdadeira ou real, isso demonstra que a democracia fracassou em algum momento. Em outras palavras, a democracia pode falhar quando um presidente que tem o comando das forças armadas se nega a deixar o poder no fim do seu mandato, quando ele não reconhece a vitória do seu adversário político ou quando as forças armadas violam a ordem constitucional ou se recusam a obedecer a um governo legitimamente eleito (RUNCIMAN, 2018, l. 16).

A partir do exposto, entende-se que um golpe de Estado pode provocar a morte da democracia, em sentido amplo, das instituições democráticas e das liberdades e direitos já

conquistados pelo povo. Quando um militar ou um grupo de militares assume o poder político, observa-se geralmente violência extrema, graves violação de direitos humanos assim como uma eventual dissolução do parlamento, do executivo, proibição de funcionamento de setores do judiciário e censura sobre o funcionamento das mídias.

Alguns autores entendem que o golpe de Estado pode ter natureza diversa da forma tradicional, que acontece geralmente pelo derrubamento do poder pelas armas. Nestes casos é possível identificar-se golpe contra a democracia liberal e contra o Estado: quando os ocupantes do poder derrubam as instituições democráticas (golpes executivos); quando as eleições são manipuladas para produzir um falso resultado (golpes contra as eleições); quando um grupo de indivíduos tomam o poder de forma ilegítima e convocam eleições para tornar essa ocupação legítima (golpes promissórios); quando os dirigentes esgotam as instituições democráticas, sem todavia destruí-las, o que acontece quando elas não mais cumprem as funções pelas quais foram criadas ou quando elas funcionam de acordo com a vontade desses dirigentes (ampliação do poder do Executivo) (RUNCIMAN, 2018, l. 42).

Além da problemática da participação política e das diversas formas de golpes de Estado, Mounk sustenta que as democracias liberais têm demonstrado uma instabilidade manifesta em muitas regiões do mundo devido a 3 (três) principais motivos. O primeiro é a influência que a internet e as redes sociais têm tido sobre os meios de comunicação tradicionais e sobre as pessoas. As mídias tradicionais, a despeito de, na maioria das vezes veicularem notícias desde a perspectiva de um conjunto de fatos e valores compartilhados por grupos elitizados, impedem ou dificultam a divulgação de fake news que trafegam com bastante facilidade nas redes sociais. Além disso, as redes sociais são ferramentas de massa que atribuem a quaisquer pessoas o poder de influenciar os pensamentos e as opiniões das pessoas sobre determinado assunto político relacionado à sociedade, empoderando e facilitando, portanto, o surgimento de movimentos extremos contrário aos valores da democracia. O segundo motivo é a instabilidade das democracias contemporâneas, que se explica pela qualidade de vida dos seus cidadãos. Isto significa que quanto mais elevada é a qualidade de vida, quanto mais as pessoas têm acesso facilitado às necessidades básicas, ao emprego, à moradia, à saúde, mais o sistema democrático é estável, pois não haverá reivindicações e manifestações nas ruas sobre a melhoria de padrão de vida. Portanto, se a economia estagna, haverá uma insatisfação da população que afetará *ipso facto* o sistema democrático em si. Uma terceira razão de instabilidade está relacionada à problemática do pluralismo cultural. Democracias estáveis foram fundadas como nações monoétnicas ou como sociedades em que um grupo dominante conseguiu subjugar os demais, ao passo que na atualidade questões ligadas ao racismo, à xenofobia, às migrações, à intolerância ocupam cada vez mais espaço no cenário político e social e

acabam demonstrando que existem uma diferenciação e hierarquização entre as raças, as culturas, as etnias ou ainda entre o estrangeiro e o nacional (MOUNK, 2018, l. 166).

O aparecimento das redes sociais e a polarização política, no Brasil, assim como nos países ocidentais, têm tido efeitos negativos sobre as democracias liberais (SILVA; FREITAS, 2021, p.274-275). Por um lado, as redes sociais, apesar de aproximarem os governantes dos governados em certos casos, tornaram-se uma plataforma de veiculação de fake news, de discurso de ódio e de intolerância que, de uma certa forma, acabam afetando ou influenciando as opiniões dos indivíduos sobre a democracia e os políticos. No Brasil por exemplo, o presidente Bolsonaro, mesmo antes de acessar ao poder, vinha usando as redes sociais para aumentar sua popularidade através de postagens e lives nas quais ameaça as instituições democráticas, como o Supremo Tribunal Federal (STF), profere discursos contra a democracia e de caráter discriminatório. Em consequência, pode-se perceber que o uso das redes sociais aproveita mais aos adversários da democracia do que aos seus apoiadores.

Na mesma linha, Runciman faz uma crítica à democracia representativa em relação ao uso das novas tecnologias. Ele cita Mahatma Gandhi, no contexto da independência da Índia, quando já apontava que todos os males da época decorriam da democracia representativa moderna, que era muito mecânica e extremamente artificial. Gandhi entendia por um lado que um sistema que repousa em pessoas que devem tomar decisões em nome dos cidadãos não seria capaz de resgatá-los da vida artificial e que esses cidadãos se tornaram consumidores passivos e dependentes, que recebem apenas promessas baratas e mentiras deslavadas. Além disso, denunciava que a democracia contemporânea havia se tornado escrava das novas tecnologias, operando através de máquinas partidárias, burocráticas e de dinheiro, bastante frágeis. Bastava haver um problema no sistema informático durante as eleições para que as mesmas fossem atrapalhadas e que os eleitores fossem impedidos de votar. Ou, ainda, bastava que essas tecnologias e máquinas, que geralmente armazenam inúmeros dados de eleitores, caíssem nas mãos de um político ou de um partido político de má fé, que busca apenas o interesse próprio, para que a democracia fosse desestabilizada (RUNCIMAN, 2018, l.111-115).

Sobre a influência das redes sociais na democracia liberal, Runciman defende que plataformas como Facebook ou Twitter não são meio viáveis e adequados para praticar a política. Essas redes sociais podem às vezes parecer o “Velho Oeste”, ou seja, um tipo de exercício de democracia pura, direta e violenta, em que muitos cidadãos ou políticos se sentem muito poderosos e muito livres para atacar indivíduos ou outros políticos adversários. Em outras palavras, a democracia exercida nas redes sociais é muito perigosa, uma vez que ela não se submete a quase nenhuma limitação de espaço físico e de conhecimento pessoal. Portanto, a democracia nas redes

sociais, se transforma em uma espécie de parodia na qual ela proporciona aos seus usuários direitos ilimitados de dizer o que querem sem ser punidos (2018, l. 130-131).

Cabe salientar que, para Rancière, a democracia sempre se apresentou como “uma forma oligárquica, uma representação das minorias que têm título para se ocupar dos negócios comuns. Na história da representação são sempre os estados, as ordens e as possessões que são representados em primeiro lugar”. Sendo assim, “a representação é, em sua origem, o exato oposto da democracia” (RANCIÈRE, 2014, p. 69-70). Além disso, o referido autor, afirma que a democracia representativa se apresenta ainda mais artificial pela interferência dos partidos políticos. De fato, Runciman, se referindo novamente ao pensamento de Ghandi, entende que os partidos políticos<sup>14</sup> existem para impedir que as pessoas pensem livremente. Para ele, os partidos políticos tendem a descrever as linhas a serem seguidas, a dizer em qual político ou em qual política votar, impossibilitando, portanto, um encontro e interação direta entre o povo e os governantes e tornando a política mais burocrática e mecânica (RUNCIMAN, 2018, L.133).

Outro fator que pode também desestabilizar as democracias liberais está ligado à problemática da polarização política que existe em vários países do mundo, como nos Estados Unidos, entre os republicanos e os democratas, ou o Brasil, entre os pró-Bolsonaro e os pró-Lul. Esta polarização pode ter várias consequências, tanto para democracia como para os direitos humanos. Ela gera a violência política, que acaba se transformando em uma violência real, impedindo que os cidadãos possam expressar livremente sua opinião política ou exercer livremente o seu direito de voto sem ser ameaçado, agredido ou morto. Em outras palavras, a partir do momento em que a sociedade está dividida em 2 polos políticos, os indivíduos, por medo de sofrer qualquer tipo de violência, não exercem mais livremente a sua opinião política. No Brasil, desde a posse do Presidente Bolsonaro e ainda mais nesse ano eleitoral, esta divisão tem provocado violências graves e manifestas, podendo levar até em homicídio por motivo político. Além disso, essa polarização afeta também as próprias famílias pois, membros de uma mesma família que tem opiniões divergentes entram em uma batalha política que pode se tornar real levando em homicídio, injúria, separação da família etc.

Para Bobbio (2015, L.19-30), a instabilidade das democracias liberais está ligada às promessas não realizadas por ela. Entre essas promessas, Bobbio traz 6 principais: a) - a democracia partiu do ideal de uma sociedade política individualista em que os indivíduos soberanos seriam iguais e exerceriam poder igual na democracia, sem a interferência de quaisquer corpos ou

---

14 De acordo com Fachin e Sampar, “embora parte da crise de representatividade atual seja atribuída a eles, expressada na progressiva perda de filiados, os partidos continuam sendo indispensáveis à realização da política e preparo de candidatos para concorrer aos cargos eletivos, destinando-se a assegurar a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais expressos na Constituição” (2017, p. 163-164)

sociedades particulares e intermediárias. Entretanto, os sujeitos que se tornaram os reais protagonistas da sociedade política foram os grupos autônomos, contrapostos e concorrentes; b) – de acordo com o ideal de representação política, não deveria haver um mandato imperativo ou vinculativo entre os eleitores e os eleitos, pois uma vez eleito, o representante representa o país ou o povo inteiro e não os interesses particulares de um determinado grupo de indivíduos; c) – a terceira promessa que trata da derrota ou da eliminação do poder oligárquico, também não foi cumprida, uma vez que a presença das elites no poder sempre permaneceu e “não elimina a diferença entre regimes democráticos e regimes autocráticos”, não sendo portanto essencial a ausência de uma elite, mas sim de muitas elites que concorrem entre si para conquistar o povo; d) – Tendo em vista a diversidade de áreas às quais a vida de um cidadão pode ser envolvida, entende-se que os espaços ocupados pela democracia ainda se encontram limitados, uma vez que o ideal da democracia era ocupar todos os espaços em que se exerce o poder de decisão que afeta o povo ou um determinado grupo social. Portanto, o importante na democracia não é o número de pessoas que têm direito de participar nas decisões, mas sim o aumento dos espaços nos quais é possível exercer esse direito de participação para serem ouvidas; e) – a quinta promessa da democracia foi a eliminação do poder invisível que não foi cumprida, uma vez que a democracia surgiu com a ideia de que as ações do governo devem ser públicas, transparentes, e aos olhos de todos os cidadãos. Entretanto, muitas ações nas democracias ainda ocorrem de forma secreta, oculta, injusta e ilícita como acontece nos regimes autoritários; f) – a sexta promessa que não foi cumprida foi a educação cívica dos cidadãos, uma vez que a participação política pode transformar os cidadãos em pessoas mais educadas e mais ativas. Entretanto, percebe-se que para os governantes é mais fácil governar quando poucas pessoas são instruídas sobre seus direitos ou quando os cidadãos são passivos, ou seja, dóceis ou indiferentes e desinteressados pela política.

## **2. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À DEMOCRACIA LIBERAL**

Apesar dos diversos obstáculos e críticas ao efetivo funcionamento da democracia liberal, tal como exposto na primeira parte, entende-se que ela se mostra ainda muito útil e continua sendo a melhor forma de governo e o melhor regime para um Estado, devendo apenas ser ajustada e melhorada, levando em conta os questionamentos e os problemas apontados.

Deixado claro o posicionamento adotado por esse artigo, existe e sempre existiu ao longo da história várias alternativas ao regime democrático liberal, tais como a monarquia, a aristocracia, a oligarquia ou a tirania, ou ainda doutrinas tais o totalitarismo, o autoritarismo, o marxismo, o fascismo, o nazismo, etc. Entretanto, torna-se importante levantar algumas alternativas trazidas pelas doutrinas que são, entre outras, a epistocracia, a poliarquia, ou mesmo o autoritarismo

pragmático.

Concordando com Platão, a epistocracia parte do pressuposto de que o eleitorado democrático seria demasiado burro, irracional e ignorante para governar bem, razão que justificaria o governo conduzido por um nobre e sábio rei filósofo. Em outras palavras, a Epistocracia significaria a regra ou o governo do sábio; mais precisamente, um regime político é epistocrático na medida em que o poder é distribuído e exercido de acordo com a competência, a habilidade e a boa-fé. Portanto, o referido autor traz vários tipos de epistocracia entre os quais: a epistocracia, com base em um voto plural, ou seja, um sistema em que todos os cidadãos teriam direito de voto, mas os cidadãos considerados competentes, sábios e bem mais informados teriam direito a um voto adicional; a epistocracia baseada em uma loteria do *enfranchisement* (emancipação) ou seja, as eleições ocorrem normalmente, exceto que nenhum cidadão tem o direito de voto, na medida em que antes das eleições, alguns cidadãos chamados de *prevoters*, selecionados através um mecanismo de loteria, acabam ganhando o direito de voto, desde que participem de fóruns e encontros instrutivos e construtivos para o exercício desse voto; a epistocracia com um veto sobre as decisões democráticas, isto significa que um órgão epistocrático com um grupo restrito de pessoas, teria um direito de veto sobre as decisões tomadas no processo democrático; a epistocracia com sistema de voto ponderado em que os cidadãos podem votar desde que respondam a um questionário sobre conhecimentos políticos básicos. Sendo assim, os seus votos são ponderados em função dos seus conhecimentos políticos objetivos (BRENNAN, 2016, p.14-16).

Assim, os epistocratas se apresentam como pessoas inteligentes e sábias devendo por esse motivo ter o direito de governar os outros. Dessa forma, a epistocracia segundo Brennan repousa sobre três princípios essenciais: o princípio da verdade, segundo o qual existem respostas corretas para pelos menos algumas perguntas políticas; o princípio do conhecimento, segundo o qual certos cidadãos sabem mais sobre estas verdades ou são mais próximos na determinação destas verdades do que outras; o princípio da contra-autoridade que se aplica quando certos cidadãos são moralmente irracionais, ignorantes, ou incompetentes sobre política, justificando portanto a proibição de deter o poder para tomar decisões que vão afetar outras pessoas (BRENNAN, 2016, p. 17).

Por sua vez, Robert Dahl traz a noção de poliarquia que seria uma ordem política baseada, por um lado na cidadania extensiva a um número relativamente alto de pessoas adultas e na ideia de que os direitos dos cidadãos incluem o direito de se opor aos funcionários do governo, mas também de removê-los de seus cargos pelo voto. Desta forma, para que um regime seja poliárquico, é preciso que: os funcionários sejam eleitos, sendo controladas as decisões tomadas por eles; as eleições sejam livres e justas de modo a evitar qualquer coerção; haja um sufrágio inclusivo em que

todos as pessoas capazes de votar possam ter direito de voto para eleger os funcionários do governo; todos os adultos capazes tenham direito de concorrer a cargos eletivos ou de participar do governo; os cidadãos sejam livres de criticar os funcionários do governo ou que os cidadãos tenham uma ampla liberdade de expressão sobre os assuntos políticos sem prejuízo de punição severas; os cidadãos tenham a possibilidade de ter fontes de informações diversas e não apenas aquelas vindas do governo; os cidadãos tenham direitos de se reunir e de formar associações, organizações, ou grupos de interesse. Portanto, “a poliarquia oferece um amplo leque de direitos humanos e liberdades que nenhuma outra alternativa do mundo real consegue igualar. É intrínseca à poliarquia em si uma generosa zona de liberdade e autonomia que não pode ser profunda e persistentemente invadida sem que a própria poliarquia seja destruída” (DAHL, 2012, p. 350-352)

Uma terceira ameaça às democracias liberais é o autoritarismo pragmático, o qual pode representar uma verdadeira alternativa à democracia, uma vez que conseguiria garantir a soma da dignidade pessoal com os benefícios coletivos. Neste, os cidadãos não têm muitos direitos de se manifestar, mas têm garantias de benefícios coletivos da sociedade junto com a dignidade coletiva. É o caso das promessas feitas pelo Partido Comunista na China, em que os benefícios pessoais são assegurados e distribuídos pelo Estado aos cidadãos. A China não democrática, por exemplo, apresenta mais desenvolvimento e progresso econômico que a Índia democrática, em termos de qualidade de vida dos cidadãos, de redução da pobreza e aumento da expectativa de vida. Portanto, percebe-se que o autoritarismo pragmático ligado ao desenvolvimento econômico traz vantagens mais imediatas e concretas para os cidadãos, como demonstra-se o caso da China (RUNCIMAN, 2018, l. 158).

O autoritarismo pragmático ocupa um lugar ainda mais preponderante nas democracias jovens “se a chegada da dignidade democrática ainda não tiver sido acompanhada de benefícios materiais tangíveis”, e funcionaria também em países onde não existe ainda democracia ou onde ela não funciona ainda. Esses países geralmente se mostram cada vez mais favoráveis ao modelo chinês e buscam um desenvolvimento econômico acelerado e ligado à autoafirmação nacional ou à dignidade coletiva e que produz resultados em curto prazo. Além disso, o autoritarismo pragmático também é mais adequado em caso de tomada de medidas urgentes para enfrentar problemas ambientais. Por exemplo, a China tem tomado entre outras medidas, a duplicação em 2016 da sua capacidade de produção de energia solar, ou ainda a promoção da conversão dos taxis de Beijing em veículos elétricos (RUNCIMAN, 2018, l. 160).

Diante do exposto, é importante salientar que essas diversas alternativas supra apresentadas não são as únicas que existem e de certa forma para serem implementadas precisam de raízes democrática naquele Estado, ou seja, para serem implementadas, elas dependem da democracia

sendo, portanto, vinculadas a ela e não podendo funcionar de forma sucedida se já não existem no Estado, as bases democráticas.

### **3. ALGUMAS UTILIDADES DO EFETIVO FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL**

Para esse artigo, entende-se que a democracia ainda demonstra uma grande importância e várias utilidades para os Estados e para os indivíduos, precisando ser apenas melhorada e ajustada diante das novas críticas e dos novos desafios.

Antes de apontar a importância da democracia, é preciso apontar os critérios essenciais para designar um regime de democrático. Assim é preciso em uma democracia que: a participação seja efetiva para todos os membros; todos os membros tenham direito de voto igual na deliberação; todos os membros entendam e saibam do que está sendo tratado na política; os membros tenham a oportunidade de controlar e de conferir as questões decididas e colocadas no planejamento do governo; que todos os cidadãos com maioria, tenham direitos pleno para exercício de sua cidadania. (DAHL, 2001, p. 49-50).

Diante do exposto, Dahl por exemplo, no seu livro intitulado “sobre a democracia”, traz alguns motivos que demonstram toda a utilidade e as vantagens de um regime democrático tanto para um Estado como para os indivíduos. Ele defende que a democracia ajuda a evitar o governo de autocratas cruéis e corruptos, uma vez que nesses governos há muitas ações injustas e cruéis em relação ao povo. Um dos exemplos pode ser o governo de Joseph Stalin na União Soviética em que as pessoas eram perseguidas, encarceradas por motivos políticos ou pela simples suspeição de derrubar o governante autocrata (DAHL, 2001, p. 59).

Em seguida, a democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não podem conceder, ou seja, os direitos fundamentais dos cidadãos fazem parte integrante da democracia uma vez que não se poderia falar de democracia sem esses direitos. Portanto, os direitos inseridos na democracia devem ser exercidos, cumpridos, protegidos pelas instituições e sobretudo garantidos e respeitados pelos governos, sendo que a democracia correria risco a partir do momento em que os governos deixassem de proteger e garantir esses direitos (DAHL, 2001, p. 62-63).

A democracia garante também a seus cidadãos uma liberdade pessoal mais ampla do que qualquer alternativa viável a ela, ou seja, em uma democracia os cidadãos gozam de liberdades extensas, contribuindo portanto, para sua plenitude social e moral e rejeitando o anarquismo, a coerção e opressão das pessoas (DAHL, 2001, p. 64-65). Além disso, a democracia ajuda as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais dos que influenciam ou controlam o governo.



Assim, caso os cidadãos sejam excluídos do processo democrático, os seus interesses serão gravemente afetados gerando enormes prejuízos (DAHL, 2001, p. 66).

Outrossim, apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação, escolhendo viver sob leis de sua própria escolha. Sendo assim, todos têm oportunidade de apresentar seus pontos de vista, de discutir, de se pronunciar, de deliberar, negociar sobre os assuntos políticos e projetos de lei que vão afetar suas vidas, sendo que em caso de impossibilidade de unanimidade, a lei proposta pelo maior número será a promulgada (DAHL, 2001, p. 67).

Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima de exercer a responsabilidade moral. Razão pela qual o exercício da responsabilidade moral seria “adotar os seus princípios e tomar decisões baseadas nesses princípios apenas depois de se empenhar num ponderado processo de reflexão, deliberação, escrutínio e consideração das alternativas e suas consequências. Ser moralmente responsável é ter o governo de si no domínio das opções moralmente pertinentes.” (DAHL, 2001, p. 68). Por outro lado, a democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável. Em outras palavras a democracia permite aos indivíduos desenvolverem e promoverem valores morais essenciais para vida em sociedade, tais a honestidade, a justiça, a coragem e o amor. Desta forma, o indivíduo se molda, amadurece, se torna um cidadão, e aprende com seus valores e com as suas interações com os outros (DAHL, 2001, p. 69).

Ademais entende-se que é apenas um governo democrático que pode promover um grau relativamente elevado de igualdade política, demonstrando, portanto, a todo cidadão que sua voz conta e que ele detém um pedaço de legitimidade e de poder político (DAHL, 2001, p. 69-70). Além disso, as democracias representativas modernas, em princípio, não fazem a guerra entre elas. Isso significa que os estados democráticos naturalmente guerreiam apenas com os não-democráticos, como foi o caso na Primeira e na Segunda Guerra Mundial.

Entre os países democráticos, existem outros mecanismos de resolução de conflitos tais como a reconciliação e as negociações no intuito de buscar e de se manter na paz (DAHL, 2001, p. 71). Dessa forma, a principal consequência é que os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não-democráticos, no sentido que a economia de mercados nas democracias produz geralmente mais riquezas e garantindo um desenvolvimento econômico considerável (DAHL, 2001, p. 72).

Na mesma linha, para Runciman a democracia apresenta um valor duplo: primeiro, ela proporciona a cada cidadão uma dignidade, pela qual este pode se silenciar, se manifestar ou expressar suas opiniões políticas que devem ser consideradas e respeitadas pelos políticos; segundo,

a democracia proporciona benefícios a longo prazo, isto é, com o tempo a vida dos cidadãos vai melhorando progressivamente no sentido da estabilidade econômica, da prosperidade e da paz. Dessa forma, “viver numa democracia é gozar de certas garantias de ser respeitado como pessoa, porque todo voto conta. Parte dessas garantias existe apenas no papel, e só se torna concreta por força de alguma luta, o que se aplica especialmente aos membros das minorias” (RUNCIMAN, 2018, l. 156-157).

Sobre a tentativa de solução da questão específica relativa à participação e à deliberação nas democracias, Fonseca (2019) entende que deveria haver a participação em diferentes níveis do Estado, partindo de uma participação local para uma participação nacional. Desta forma, a participação de forma plena e eficaz começa no nível local onde os indivíduos precisam ser fortemente educados, adquirindo conhecimentos e informações, exercendo sua cidadania da escala local para escala maior e sobretudo aprendendo a participar do processo de tomada de decisão. Assim, a criação de diversos fóruns participativos ou diversas instituições participativas em diferentes níveis, permitirá a inclusão de mais cidadãos nas decisões públicas, fará com que a participação seja parte integrante do cotidiano dos cidadãos e de sua vida e garantirá decisões mais políticas fruto do confronto e das discussões realizadas nos fóruns participativo e deliberativo (FONSECA, 2019, p. 30-32).

Em outras palavras, torna-se essencial a criação de *deliberative polls* ou de minipúblicos entendidos como fóruns “pequenos o suficiente para serem genuinamente deliberativos e representativos o suficiente para serem genuinamente democráticos”. Desta forma, os fóruns facilitarão a troca de informações e a confrontação das ideias entre os participantes no debate, levando portanto, as soluções finais mais satisfatórias para todos os membros do fórum e “garantindo que os elementos que poderiam prejudicar a qualidade do debate sejam evitados”<sup>15</sup> (FONSECA, 2019, p. 34).

Ainda sobre a importância da participação, Brennan cita o pensamento de John Stuart Mill<sup>16</sup> que defende que o cidadão, ao participar ativamente na política, se desenvolve como pessoa. De fato, a participação política do cidadão o transforma em uma pessoa mais inteligente, mais nobre, mais educado e mais envolvido com a preservação e proteção do bem comum. Portanto, o

---

15 “O primeiro elemento diz respeito à escolha dos representantes, que deve ser aleatória para prevenir que determinados grupos sociais estejam sobre-representados ou sub-representados. Elementos que previnem as desigualdades de poder e de conhecimento também são utilizados, evitando lobbies. A garantia da igualdade é condição fundamental para o sucesso do deliberative poll. Por fim, as decisões finais pós-deliberação são cotejadas com as opiniões dos participantes antes do experimento. O objetivo é verificar a transformação de preferências e a construção de soluções compartilhadas a partir do debate face a face, em contexto racional, livre e igualitário.” (FONSECA, 2019, p. 34)

16 É preciso salientar que Brennan discorda do Mill sobre a ideia de que o envolvimento na política torne o cidadão mais nobre.

engajamento político fortalecerá as mentes dos indivíduos, permitindo-lhes enxergar não só os próprios interesses ou interesses imediatos, mas sobretudo os interesses da sociedade toda em longo prazo (BRENNAN, 2016, p. 2).

Assim, sobre a participação política, percebe-se que ela permite aos indivíduos exercerem uma cidadania ativa na vida do Estado, ou seja, eles se tornam atores principais do processo político. Desta forma, a cidadania ativa corresponderia a uma relação progressiva entre os governados e os governantes, em que os primeiros podem participar das decisões públicas para proteger os interesses coletivos e individuais; reforçar o empoderamento da sociedade; controlar o poder; negociar e criar novos direitos e mais esferas ou mecanismos de participação dos indivíduos na política; garantir o respeito dos valores sociais e comunitários dos direitos fundamentais e do Estado de Direito (SARDAGNA, 2022, p. 52). Portanto, a cidadania ativa se apresenta como mais um elemento essencial para preservar e melhorar as democracias.

Já para salvar as democracias Ginsbourg e Huq trazem, a partir do contexto estadunidense, algumas sugestões importantes. A primeira consiste em manter a integridade das eleições, uma vez que deve haver no Estado, uma gestão profissional, coerente, confiável e transparente das eleições com órgãos descentralizados, independentes e não partidários tanto no nível local como nacional para evitar qualquer fraude ou manipulação dos votos e dos eleitores (GINSBURG; HUQ, 2018, p.208-110). Em seguida, os autores sugerem uma interação entre os diferentes mecanismos de controle do poder para combater a erosão democrática, ou seja, deve ser elaborada uma estrutura jurídica e institucional que impeça por exemplo que a criação de um executivo extremamente forte em que o presidente controle ou atrapalhe a atuação do parlamento e do judiciário que podem ser descreditados pela população. Portanto, deve haver mecanismos institucionais e jurídicos bem definidos pela Constituição (o *impeachment* por exemplo) que assegurem a *accountability* ou responsabilização dos políticos que extrapolem suas funções e prerrogativas (GINSBURG; HUQ, 2018, p.211-215); por fim, devem ser reformados os mecanismos de seleção ou de nomeação e de longevidade dos juízes nas cortes supremas, na medida em que juízes nomeados tendem a ser partidários e quanto mais longo for o mandato mais tempo permanecerão o seu “comprometimento” político e a ideologia política que eles seguem (GINSBURG; HUQ, 2018, p.218-219).

Nessa mesma linha, cabe ressaltar a importância e o papel fundamental dos partidos políticos no processo de democratização, uma vez que a representação política depende do laço indissociável entre o sistema de partidos e o regime eleitoral. De fato, os partidos políticos tornam o processo eleitoral muito mais competitivo e contribuem a ampliar os mecanismos de conquista do poder de forma legítima (ALVES; LIMA, 2014, p. 140). Portanto a democracia se reforça, nesse sentido que os partidos políticos têm um papel integrador ou de inclusão ao representarem

diferentes tipos de identidades culturais que são transformadas em identidades políticas e ao garantirem a pluralidade de valores, de ideias e de interesses. Por essas razões, as democracias “não podem abrir mão do partido político, pois esse elemento é o responsável pelo caráter representativo do regime de político” (ALVES; LIMA, 2014, p. 152-153).

Por sua vez Levitsky e Ziblatt defendem que para salvar uma democracia de um presidente ou de um governo que a ameaça, como foi o caso de Donald Trump, nos Estados Unidos, é necessário que esse governo enfrente protestos públicos<sup>17</sup> e, caso fracasse politicamente sem conseguir implementar seus projetos políticos, venha a sofrer *impeachment*, seja forçado a renunciar ou então que ele perca uma certa credibilidade ou apoio popular para evitar que ele seja reeleito (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, l.158).

Nesse sentido, entende-se que situações que afetam a sociedade inteira, a partir do momento que são mal gerenciadas, podem também levar a uma péssima avaliação desse governo e à sua descredibilidade. Por exemplo, a pandemia da COVID-19 nos Estados Unidos foi negligenciada e muito mal gerenciada pela administração Trump, que simplificou o problema, não tomando as medidas adequadas o quanto mais antes. A pandemia, portanto, acabou afetando a economia americana, e a saúde de milhares de americanos que perderam a vida.

Levitsky e Ziblatt trazem uma teoria muito idealista que foi usada para salvar a democracia nos Estados, mas também que pode servir para restaurar qualquer democracia em outro lugar do mundo. Para eles, a democracia norte americana funcionou quando se baseou na tolerância mútua e na reserva institucional. O primeiro fundamento consistiria por lado, em tratar os rivais políticos como sendo legítimos e em não tirar proveito próprio de prerrogativas institucionais para proporcionar jogo limpo nas eleições podem ser chamados a responder por seus atos. Por outro lado, essa tolerância mútua se entende a partir dos princípios de liberdade individual e de igualdade entre as pessoas. Inscritas nos nossos documentos fundadores e repetidas em salas. Já o segundo fundamento, que trata da reserva institucional, consiste no respeito das instituições democráticas que existem para impedir abusos de poder com a “capacidade de contrabalançar ou neutralizar ambições, mesmo diante da imperfeição de líderes políticos”. Portanto, a tolerância mútua e a reserva institucional são princípios e valores que determinam como podem proceder o jogo político e definir como os candidatos devem se comportar uns com os outros, respeitando as leis e permitindo o funcionamento adequado as instituições (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, l.163).

Na mesma linha, outra solução consistiria em superar as questões da polarização política ou das divergências políticas, através de conversas, de concertações e sobretudo de coalizões que

---

17 O protesto público é um direito básico e uma atividade importante em qualquer democracia, mas seu objetivo deve ser a defesa dos direitos e instituições, não sua ruptura. Num importante estudo sobre os efeitos dos protestos negros (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, l.167)

devem ir além dos tradicionais aliados políticos. Sendo assim, uma coalização muito ampla, não somente, fortaleceria os defensores da democracia que poderão alcançar muito mais grupos de indivíduos no país, mas também reduziria os eixos criados pela polarização, lavando as pessoas a dialogar e encontrar soluções em concerto (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, l.168-169)

## CONCLUSÃO

Na pergunta de saber se a democracia liberal ainda funciona, ou seja, se ela é ainda capaz de assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos e grupos, limitar o poder do Estado e garantir o estado de direito, e se não existiria uma alternativa melhor a ela, e se não existiria uma alternativa melhor a ela, entendeu-se que, apesar das diversas lacunas e controvérsias levantadas, a democracia liberal ainda permanece a melhor forma de organização do Estado, aquela capaz de garantir o pleno desenvolvimento de um Estado de direito, sendo apenas necessário melhorá-la e ajustá-la, levando em consideração os obstáculos apontados.

Para chegar nessa conclusão, foi preciso, primeiro, apontar certos obstáculos contemporâneos para o efetivo funcionamento da democracia liberal ligadas, entre outros, ao constitucionalismo abusivo, à crise de legitimidade, às ameaças populistas, e às promessas não realizadas pela democracia liberal. Em seguida, foram levantadas possíveis alternativas à democracia liberal, entre elas a epistocracia, o autoritarismo pragmático e a poliárquia. Entretanto, percebeu que todas elas não seriam capazes de substituir a democracia liberal que, conforme demonstrado na terceira parte, ainda se mostra importante e essencial para os Estados e os indivíduos, pois, mesmo não sendo perfeita, ela continua sendo a melhor forma de governo, de organização do Estado e da vida em sociedade.

Portanto, ao invés de pensar em outras alternativas, o caminho seria criar mecanismos para proporcionar mais participação popular em todas as escalas da população, de maneira que eles possam se reconhecer sujeitos ativos na vida política do Estado. É também necessário elaborar uma cultura para uma educação democrática para todos, reforçando não somente a democracia a partir dos mecanismos jurídicos e institucionais de participação e de representação do povo, mas também, a partir do controle do poder político e de responsabilização dos políticos.

## REFERÊNCIAS

ADDA, W. R. Ndougou, **O populismo contemporâneo e as fronteiras: o princípio de non-refoulement e a responsabilidade internacional do Estado**. Dissertação de mestrado em ciência jurídica, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho, p. 141, 2021

- ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Néia. **A democratização do sistema representativo por meio dos partidos políticos**. Revista do Direito Público, v.9, n.2, Londrina, 2014, p. 135-160.
- ARDITI, Benjamín. **La política en los bordes del liberalismo: Diferencia, populismo, revolución, emancipación**. 1. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2017.
- BRENNAN, Jason. **Against Democracy**. Princeton University Press: Princeton and Oxford, New Jersey, 2016
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira, Editora Paz e Terra, 6ª ed. [Livro digital], São Paulo, 2015
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. Jorge Zahar Editor Ltda, [Livro digital], Rio de Janeiro, 2018
- COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria e Sociedade**, Belo Horizonte – Minas Gerais, vol. 19, nº1, 2011, p. 198-227
- DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001
- \_\_\_\_\_. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro, Editora WMF Martins Fontes Ltda, 1. Ed. São Paulo, 2012.
- FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado**. Lumen Juris, 2ª ed. Rio de Janeiro, 2017
- FONSECA, Igor Ferraz da. **Participação como método de governo: experiências transcalares no Rio Grande do Sul, Brasil e na Toscana, Itália**, IPEA, Brasília, 2019.
- OBALDIA, Bruna Andrade; NASCIMENTO, Valéria Ribas. Democracia liberal e(m) crise: a dupla face do problema do na ascensão do liberalismo antidemocrático e da democracia iliberal. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, 2022, pp. 68-82
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal R. **Populism: A Very Short Introduction**. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 2017.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. [Livro digital], 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, n.p
- RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução Mariana Echalar. Biotempo editorial, 1. Ed. São Paulo, 2014
- ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme: histoire, théorie, critique**. Paris: Éditions du Seuil, 2020.
- ROZNAI, Yaniv; BRANDES, Tamar Hostobsky. **Democratic erosion, populist constitutionalism and the unconstitutional constitutional amendments doctrine**, 2019, disponível em : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3394412](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3394412). Acesso : 31.01.2023
- RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução: Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, [Livro digital], 1ª ed., 2018
- SARDAGNA, Laurence Todeschi Costa Petters. **A permeabilidade da cidadania ativa no poder judiciário**. Dissertação de mestrado – Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito,

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC, Curitiba, p. 161, 2022.

SILVA, Alisson Assunção; FREITAS, Geovani Jacó, Crise da democracia liberal e o estado democrático de direito. **O público e o privado**, Fortaleza- Ceará, v. 19, n.º. 39, 2021, p. 271-285.

# A DEMOCRACIA DE HANS KELSEN E O PROBLEMA DO PODER CONSTITUINTE DO POVO

Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo analisou o tema do poder constituinte, com o objetivo de responder à seguinte pergunta-problema: de que modo se pode pensar uma solução para a hipótese de defasagem do poder constituinte? Levando-se em conta que os populismos têm se tornado cada vez mais recorrentes na atualidade, talvez haja algo na ideia de “povo” que ilustre o contexto atual. Esta investigação trabalhou com este conceito a partir de âmbitos diversos, com o fim de melhor analisar o problema do poder constituinte. Para tanto, fez-se uso do método dedutivo e da leitura bibliográfica. Inicialmente, o artigo trouxe algumas considerações a respeito dos problemas em torno da teoria do poder constituinte. Num segundo momento, a noção de soberania popular foi contestada, a partir de textos de Giorgio Agamben sobre as ideias de nação e povo. A seguir, abordou-se o problema da constituição de um povo a partir de Sigmund Freud. Ao final, o conceito de democracia de Hans Kelsen foi trazido como possível contraponto teórico ao poder constituinte do povo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Povo; Soberania; Nação; Identificação; Estado.

## ABSTRACT

This paper has analyzed the issue of the constituent power, and it aims to answer the following question: how can one think about a solution to the hypothesis of decay of the constituent power? Considering that the populisms have become more and more frequent nowadays, perhaps there would be something in the idea of “people” that clarifies the current context. This investigation researched the use of this concept in many fields, in order to better grasp the problem of the constituent power. To accomplish this goal, the deductive method and the bibliographical reading were used. First, this paper brought some concerns involving the theory of the constituent power. Then, the notion of popular sovereignty was inquired from the perspective of Giorgio Agamben’s texts on nation and people. After that, the matter of the constitution of a people was approached from Sigmund Freud’s perspective. Lastly, Hans Kelsen’s concept of democracy was presented as a possible theoretical counterpoint to the people’s constituent power.

**KEYWORDS:** People; Souverain; Nation; Identification; State.

## INTRODUÇÃO

O problema do poder constituinte foi extensivamente formulado no direito recente por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que publicou, em 1973, seu livro *O poder constituinte*, título homônimo de um livro publicado por Nelson Saldanha em 1986, mas que fora apresentado como

---

<sup>1</sup> Mestre 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). Membro do Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). Pesquisa nas áreas de Filosofia, Filosofia do Direito, História, Sociologia e Teoria do Direito, a partir das quais já estendeu seus estudos para temas como constitucionalismo, história do capitalismo, semântica dos tempos históricos etc. E-mail para contato: lucas.bertolucci@gmail.com.



tese de livre-docência pelo autor em 1957. Desde então, o assunto passou a estar cada vez mais presente na dogmática jurídica, tendo sido alimentado, também, pelas questões de legitimidade do poder levantadas pelo regime militar. A abordagem deste problema se deu, principalmente, a partir da oposição da teoria de Sieyès como pano de fundo para se conjecturar jurídica e politicamente as relações entre poder constituinte e poder instituído. Isto porque foi com Sieyès e a Revolução Francesa que o constitucionalismo teve lugar.

Se antes, com Hobbes, o exercício soberano do poder se separava radicalmente da sociedade, na França do século XVIII esta separação é minada até seu limite: o golpe de Estado revolucionário. Como toda tomada de poder demanda uma nova teoria da conservação do poder, a teoria do poder constituinte coloca a soberania estatal sobre novas bases. O constitucionalismo que, então, emerge, consegue manter intacta a legitimidade do poder, contanto que conserve, no imaginário social, a ideia da *nação*, forma nacional do povo, como titular do poder constituinte. Positivou-se, pois, a ficção do povo soberano.

No entanto, contemporaneamente o constitucionalismo enfrenta alguns problemas decorrentes de seu descompasso em relação à ideia de democracia. A constituição imposta ao Japão após a Segunda Guerra, por exemplo, denuncia uma lacuna imediata entre o povo e o poder constituinte originário. Da mesma forma, o constitucionalismo abusivo, isto é, o uso de artifícios jurídicos para a flexibilização constitucional por parte daqueles que exercem o poder, demonstra a fragilidade da relação entre democracia e constitucionalismo.

Foi pensando nestes problemas em escala nacional que autores como Paulo Bonavides constataram que é insustentável pensar o problema do poder constituinte a partir de uma teoria tão longínqua como a de Sieyès. Para que este problema possa ser propriamente abordado, é preciso levar em consideração os processos econômicos e sociais locais. Deve-se atravessar a alternativa do poder constituinte como algo ou jurídico ou político e analisá-lo contra o pano de fundo da formação social brasileira, como faz, por exemplo, Celso Furtado, indicando os elementos econômicos e sociais que condicionam a permanente formação do Estado brasileiro.

Estabelecendo-se uma conexão entre o poder constituinte das teorias de direito constitucional e a estrutura econômica e social de cada momento constituinte, seria possível explicar, historicamente, por que não há nada de contingente na participação de setores conservadores na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988. O fato de que a Assembleia tenha sido atravessada pela participação do exército, das igrejas e das elites é um indício do caráter dissimulado da pretensa transitividade democrática que inaugurou a Nova República. Isto indica não apenas que não houve uma verdadeira transição democrática brasileira, mas que a dinâmica de segregação organizada por tais setores conservadores perpassa toda a história do Brasil

contemporâneo.

Conjecturando o estado da arte jurídico a partir desta estrutura histórica, pode-se abordar os fenômenos atuais da desinformação sistemática e da desconfiança generalizada como pontos comuns ao declínio da imaginação social de algo como um poder constituinte. Se, como entende Gilberto Bercovici, a manutenção de uma certa segurança econômica possibilita a reflexão, por parte dos indivíduos de um dado território, sobre os problemas sociais e a concepção de uma ideia concreta de poder constituinte, tais reflexão e concepção mantêm-se barradas em um contexto de perigo permanente, como o atual. Pensar o poder constituinte contra o pano de fundo da estrutura econômico-social que o condiciona possibilita atualizar a concepção jurídica deste conceito, habilitando a concretização dos ideais democráticos e dos direitos humanos que fundamentam a Constituição.

Levando em conta o caráter abstrato do poder constituinte tal qual abordado pela doutrina jurídica, além da consequência sistêmica de desconsideração do povo soberano nas interpretações doutrinárias e práticas da constituição, é necessário um esforço reflexivo que confronte a abordagem jurídica usual deste tema e as condições sociais e econômicas que excluem politicamente a maior parte da sociedade. Esta defasagem entre poder constituinte abstrato e poder constituinte concreto é a lacuna do presente artigo. Lacuna esta que pode ser formulada da seguinte maneira: de que modo se pode pensar uma solução para a hipótese de defasagem do poder constituinte?

Conjecturando-se os impactos sociais e econômicos decorrentes da formação do Estado brasileiro e as atuais desconfiança generalizada e desorganização das demandas sociais como uma única estrutura histórica, a hipótese deste projeto é de que o tema do poder constituinte pode ser repensado a partir da teorização do conceito de democracia empreendida por Hans Kelsen na década de 1920. Apesar de pouco otimista, o ceticismo kelseniano aborda o povo a partir de uma perspectiva desprovida de hipostasias românticas, o que possibilita a formalização de uma analítica mais próxima da materialidade formal das dinâmicas de poder.

## **1 LINHAS GERAIS A RESPEITO DO PODER CONSTITUINTE**

Na dogmática jurídica brasileira, Nelson Saldanha (1986) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005) são alguns dos autores que reacenderam o debate acerca do poder constituinte no âmbito do direito. Seus estudos buscam, partindo, entre outros autores, de Sieyès (2002), demonstrar de que modo o poder constituído se relaciona com o poder constituinte, que põe o ordenamento jurídico, e como ambos mantêm uma constante simbiose na prática jurídica. Segundo Ferreira Filho (2005), o poder constituinte jamais se exaure após a efetivação de uma constituição,

mas se institui como poder constituinte derivado, podendo a constituição ser continuamente reformada. Nelson Saldanha (1986), porém, discorda dessa divisão conceitual, já que entende o poder constituinte como um poder singular de se pôr uma constituição, algo que institui o direito e as possibilidades de reforma constitucional, mas que, como tal, escapa ao direito. Ambos, porém, sustentam a hipótese da atuação de um poder constituinte como condição concreta de existência do direito.

Sendo Sieyès (2002; BERCOVICI, 2013b; FIORAVANTI, 2009) o principal ponto de convergência destas teorias jurídicas sobre o poder constituinte, não se pode deixar de apontar para a mudança radical operada por este político da Revolução Francesa na conceitualização do Estado e de seus poderes. Em seu *Qu'est-ce que le tiers état?*, publicado em 1789, Sieyès (2002) afirma que a *nação*, conceito que engloba um certo número de indivíduos, é o sujeito jurídico-político titular da soberania, e que esta é atualizada exclusivamente pelo exercício do poder constituinte. Por mais que a constituição limite o poder constituinte, este permanece latente na nação. Esta é a formalização que o constitucionalismo atribuiu ao poder do Estado, distanciando-se da soberania estatal absolutista. Todo o poder, em Sieyès, emana da nação, ou do povo, mas seu exercício é condicionado pelas normas impostas pela constituição que, apesar de votadas em assembleia, representam a vontade daqueles que possuem o poder constituinte.

O constitucionalismo, inaugurado após o movimento de constitucionalização estatal empreendido pelos moderados revolucionários, perdurou durante os séculos seguintes como forma preponderante de organização jurídica do poder (BERCOVICI, 2013b; FIORAVANTI, 2009). No entanto, nos últimos anos, alguns juristas passaram a perceber certos problemas perenes inerentes ao exercício da democracia constitucional (BELLAMY; MERKEL, 2018; LOUGHLIN, 2019). O constitucionalismo abusivo, por exemplo, tema de estudo de David Landau (2013), tem por objeto de investigação o uso irrestrito dos dispositivos constitucionais, na contemporaneidade, para se contornar certos limites impostos pela constituição. Apesar da rigidez constitucional em relação às possíveis reformas, vários governos do mundo aprenderam a atravessar empecilhos constitucionais sem precisarem recorrer à reforma. David Law (2018), por sua vez, investiga a romantização constitucional de certas narrativas nacionais que ignoram a falta de consenso que precedeu o ato constituinte. Alguns autores especulam, ainda, acerca da possível crise em que se encontra, atualmente, a democracia constitucional (GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018; HABERMAS, 2012; BOTELHO, 2008), havendo outros, como Joel Colón-Ríos (2012), que apostam em um enfraquecimento do constitucionalismo (um “constitucionalismo fraco”) em benefício da democracia.

Todos estes problemas, que afetam os ordenamentos jurídicos mundo afora, atingem, em

alguma medida, a democracia constitucional brasileira, sob a dissimulação das ilusões constitucionais de 1988 (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019). Separando-se cada vez mais a constituição da prática democrática, o tema do poder constituinte é gradativamente dissipado das discussões jurídicas, restringindo-se suas abordagens aos limites da revisão constitucional (BERCOVICI, 2013a). Isto porque o tema adquiriu, perante a dogmática jurídica, um caráter utópico e metafísico. A ideia de um poder do povo que se mantém latente no ordenamento, mas que só se manifesta pelos procedimentos legais, tem pouca utilidade à doutrina constitucional, cujas teorizações convergem para as formas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade (COSTA; BIZIGATO JUNIOR; MARQUES, 2019).

Tendo a doutrina francesa do poder constituinte sido tomada como mero manual de como se legitima e se reforma um poder constituído, pouco seu refletiu, neste âmbito, sobre as experiências políticas locais. Um dos autores que o fizeram, no entanto, foi Paulo Bonavides (2001; 2003), para quem existe uma crise constituinte que atravessa toda a história do Estado brasileiro e que sustenta uma lacuna duradoura entre constituição estatal e realidade social. O autêntico poder constituinte do povo tem seu exercício barrado em uma realidade periférica como a brasileira (NEVES, 2018; QUEIROZ, 2018), cuja soberania é limitada interna e externamente por outros poderes.

Esta limitação interruptiva pode ser constatada no modo como se deu a formação econômica da sociedade brasileira. José Murilo de Carvalho (2020) demonstra como as elites brasileiras se constituíram, no século XIX, por meio do poder imperial, em especial do exército. De uma perspectiva mais voltada à economia, Celso Furtado (1992; 2007) expõe o intrincamento entre poder e desigualdade econômico-social que perpassa a história do Brasil, da colônia ao fim do século XX. Intrincamento este que afetou, também, a transição democrática inaugurada em 1988, posto que fora influenciada, dentro e fora da Assembleia Constituinte, por setores conservadores, interessados em manter a situação econômica e social de então (BRANDÃO, 2011; PILATTI, 2008; PINHEIRO, 2010). Como mostra Gilberto Bercovici (2005), esta conservação está na própria letra do núcleo econômico na Constituição de 1988.

A tese de que a noção moderna de “sociedade” haveria acabado, como defendem Michel Foucault (2004) e Christophe Guilluy (2020), parte da trágica constatação de que a hostilidade econômica contemporânea não mais possibilita a manutenção de um liame social, de um mínimo de senso comum. William Davies (2018) relaciona o declínio deste senso comum ao sentimento generalizado de insegurança que, tendo aumentado consideravelmente após a Guerra Fria, intensifica e difunde desconfiança nos complexos sociais. A desestabilização do senso comum desorganiza as demandas políticas do tecido social, dando azo às mais diferentes formas de

mobilização das massas (LOUGHLIN; WALKER, 2007). A lacuna entre demandas sociais e poder instituído abre terreno à disseminação de desinformação e à sistematização de hostilidades diversas por parte dos diferentes núcleos políticos (DEJOURS, 2007), conjunto de ações vulgarmente cunhado como “guerra híbrida”. A aposta de Piero Leirner (2020) é justamente de que a suposta guerra híbrida pela qual passa, atualmente, o Brasil, tem lastro – e, neste ponto, Leirner segue a trilha de José Murilo de Carvalho (2019) – no papel constitutivo das forças armadas na formação desigual do Estado brasileiro e de seu imaginário.

Neste cenário, a soberania do povo, barrada por poderes internos e externos (BERCOVICI, 2013a), nada pode esperar senão a manutenção da dinâmica dos poderes. As condições sociais desagregadoras promovem um rebaixamento geral das expectativas de mudança (ARANTES, 2014). Como entende Marcelo Neves (2018), não se pode pensar verdadeiramente em legitimação das práticas jurídicas sem que haja inclusão da sociedade nas decisões políticas. Imaginar sociologicamente, segundo Charles W. Mills (1975), é pensar as condições estruturais da tessitura social, abarcando o maior número possível de elementos. Se, ao menos, se buscar compreender as condições econômicas e sociais que barram a formalização de um poder constituinte do povo, que é o objetivo deste projeto, será possível pensar um poder constituinte verdadeiramente democrático que, levando em conta as exclusões, se paute na concretização dos direitos fundamentais (ALVES, 2013; SARLET, 2006).

## **2 ENTRE O POVO UNIFICADO E SUA FRAGMENTAÇÃO**

A noção de soberania do povo remete ao evento responsável por seu aparecimento na modernidade: a Revolução Francesa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é um dos referenciais textuais que marcam a mudança da soberania eminentemente monárquica para o novo republicanismo. Seu advento é um paradigma no que concerne à transição de formas do exercício da soberania. Se, até então, na França, o soberano era o monarca, o membro da linhagem sanguínea real, ao qual todos se submetiam, todos s indivíduos franceses eram a ele sujeitos, isto é, eram seus súditos.

Com a Declaração, o fundamento da soberania deixa de ser a linhagem de sangue, passando a ser o puro nascimento: a mera vida do ser humano passa a funcionar como o fundamento da soberania estatal, de modo que a nação, isto é, o conjunto dos nascidos em determinado território, passa a ser soberana. O soberano não é mais um monarca fora da lei capaz de exercer um direito natural transcendente: a partir de então, todos os indivíduos – isto é, o Homem, genericamente falando – nascem juridicamente livres e iguais. A nação sendo soberana, todos, segundo o texto da Declaração, nasceriam imediatamente soberanos, ou seja, suas vidas

fundamentariam a soberania.

No texto *Para além dos direitos do homem*, Giorgio Agamben assevera que essa declaração, como quaisquer outras declarações universais, não detinha a eficácia pretendida pelo seu texto (AGAMBEN, 2015). Apesar de o *Homem*, em sentido universal (isto é, abrangendo todos os indivíduos), passa a ser o novo sujeito soberano, o próprio título da declaração faz menção ao conceito de *Cidadão*, ou seja, do indivíduo incumbido de exercer a soberania através de associações políticas. Isso quer dizer que existe uma divisão constitutiva na própria declaração: os indivíduos em geral só podem deter a soberania enquanto forem proibidos de a exercer, autorizando-se seu exercício somente por parte do cidadão.

O cidadão opera como um aparato regulador para a transição revolucionária de governo, revelando o caráter conservador desta abertura política liberal. A esse respeito, o Conde de Lanjuinais, um dos deputados responsáveis pela constituição de 1795, entende que, apesar de serem soberanos, as crianças, as mulheres, as minorias, os sentenciados à pena difamatória e os incapazes não seriam cidadãos (AGAMBEN, 2010, p. 127). A segregação política é inequívoca: a vontade de todos os indivíduos soberanos é virtualmente levada em consideração; contudo – por uma questão de organização – apenas alguns exercem o poder em nome de todos os demais e da maneira que melhor entenderem. Isso implica que a soberania é artilosamente transferida aos que verdadeiramente a exercem.

Segundo Carl Schmitt, o poder soberano é ilimitável na prática política, sendo capaz de decidir, inclusive, o que é e o que não é legitimamente jurídico (SCHMITT, 2009, p. 31). “Soberano”, segundo Schmitt, “é quem decide no estado de exceção” (SCHMITT, 2009, p. 13, tradução nossa), ou seja, é quem decide independentemente do direito positivo, tendo em vista que a própria decisão soberana é capaz de se legitimar retroativamente. A vida de todo sujeito de direito está, portanto, em uma situação aparentemente paradoxal. Ao mesmo tempo que, para o direito positivo, os indivíduos são sujeitos de direito soberanos completamente incluídos no ordenamento, para a decisão soberana todos os indivíduos estão sujeitos à exclusão do jurídica.

Entre 1850 e 1914, os governos dos Estados-nação passam a mobilizar uma imaginação nacional baseada em ficções nacionalistas. Assim, a noção de soberania estatal passa a se conectar a uma ideia de nação que exclui quaisquer outras identidades internas em benefício da identidade nacional. Todos aqueles que não recaem na fórmula jurídica de um Povo nacional soberano, como, por exemplo, as minorias compostas por imigrantes nos períodos que antecedem e que seguem a Primeira guerra, passam a ser considerados, na prática sociopolítica, cidadãos de segunda categoria. Aos olhares nacionalistas mais conservadores, o imigrante não é um nacional, posto que nascera em outro território. A unidade jurídica de um Povo abstrato nacional é cindida internamente, sendo dela

excluído um outro povo, uma multiplicidade não jurídica e abandonada ao poder soberano.

O vocábulo *povo* é constituído pela sua própria cisão, já que significa, no decorrer de sua história, tanto o povo enquanto unidade jurídico-política, quanto o povo dos socialmente excluídos. Em suas várias versões – *povo*, *pueblo*, *popolo*, *peuple*, *people* – esta palavra pode significar corpo político e povo infeliz e pobre. Há, pois, uma dialética pendular entre duas noções de povo: um conjunto *Povo*, que se constitui como corpo político unificado, e um subconjunto *povo*, formado pelas multiplicidades fragmentárias dos diferentes povos. E o problema consiste no fato de que há uma totalização dissimuladora do *povo* para dentro da ficção *Povo*. Esta dissimulação totalitária impede o aparecimento de uma diferenciação entre *Povo* e *povo* (AGAMBEN, 2015; 2016, p. 73).

Essa separação era evidente na Roma antiga, por exemplo, em que o *populus* aristocrático se diferenciava da *plebs*, ou na divisão medieval entre o povo gordo e bem alimentado dos nobres e povo magro. Ela passa a ser dissimulada, porém, com a Revolução Francesa: a suposta igualdade soberana de todos os franceses tornou um contrassenso a ideia de um povo plebeu separado de um povo realmente político. A separação externa de dois povos dá lugar, contudo, a uma cisão interna: o Povo, unidade soberana, abarca o povo marginalizado ao mesmo tempo em que este se contrapõe internamente àquele ao desmentir sua falaciosa unidade, revelando os politicamente excluídos dentro da dissimulação da unificação política nacional. “*Nessa perspectiva, o nosso tempo não é senão a tentativa – implacável e metódica – de atestar a cisão que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos*” (AGAMBEN, 2015, p. 39, grifo do autor).

Giorgio Agamben indica uma diferenciação não explícita no uso moderno do conceito de povo. A unidade nacional, que tem lugar no século XIX, se compõe submetendo povos fragmentários à totalização jurídico-política das grandes nações. Por mais unificada que se pretenda, há algo de não-todo na noção de Povo que convida o pensamento a repensar a própria ideia de povo. A seção seguinte trará algumas bases teóricas não jurídicas para se repensar a ideia de povo e, ato contínuo, a própria noção de constituição de uma unidade política pressuposta pelo conceito de poder constituinte.

### **3 O CONCEITO DE MASSA EM FREUD**

Apesar de o Povo nacional jurídico se constituir a partir de uma constituição positiva, os demais povos, a ele indiferentes, constituem suas respectivas identidades a partir de outros critérios. Esta seção se propõe a verificar como se constitui uma identidade e, conseqüentemente, qual é a forma de um povo. Algumas sociologias do século XIX, momento de formação dos Estados-nação, passaram a estudar o comportamento de indivíduos quando se agregam publicamente em massas. Em um texto de 1921 chamado *Psicologia das massas e análise do Eu* (*Massenpsychologie und*

*Ich-Analyse*), Sigmund Freud, buscou esboçar os fenômenos psicológicos envolvidos na constituição de uma massa a partir de uma crítica endereçada às chamadas psicologias de massa, que têm como expoentes sociólogos como Gustave Le Bon e William McDougall (FREUD, 2011).

Freud se propõe a estudar o comportamento dos conjuntos de indivíduos por meio do elemento primário de sua metapsicologia individual, a libido. A palavra “libido” deriva de “amor” (*Liebe*), consistindo, na psicanálise freudiana, em uma energia afetiva que certo indivíduo direciona a algum objeto de acordo com suas pulsões. As massas se constituem, se desenvolvem e se dissolvem, de acordo com Freud, mobilizadas pelas relações amorosas dos indivíduos que as compõem (FREUD, 2011). Le Bon e McDougall diferenciam, em suas teorizações, massas estáveis, como o Estado, a sociedade, a Igreja e o Exército, de massas instáveis, como motins, levantes e greves. O psicanalista austríaco, por sua vez, reduz as massas estáveis e instáveis a um mesmo fenômeno: ambas se constituem e se desenvolvem a partir dos mesmos elementos, apesar de possuírem diferentes durações. Diante disso, Freud desloca a discussão da divisão entre massas instáveis e massas estáveis para a separação de massas sem líder e massas com líder. Seu objetivo é destrinchar a composição das massas em duas relações diferentes: a relação entre indivíduos e a relação entre cada um dos indivíduos da massa e o seu líder (FREUD, 2011, p. 39-46).

Os indivíduos de uma massa se relacionam uns com os outros por meio do fenômeno da *identificação*. Psicologicamente, a identificação decorre da relação do indivíduo para com algum objeto (FREUD, 2011, p. 61-65). O deslocamento da análise da identificação no nível individual para sua formalização no nível social possibilita a Freud inferir que há algum afeto em comum em toda massa, isto é, que há algo compartilhado por todos os indivíduos que a compõem. Em outras palavras, todos os membros de uma massa se relacionam individualmente com um elemento em comum, havendo algo em comum na ligação entre os indivíduos e seu líder. Dessa constatação decorre que a base para a relação de identificação entre os indivíduos de uma massa está na relação de cada um com seu líder.

A analítica da relação entre os indivíduos e o líder é verificada por Freud a partir dos fenômenos psicológicos da paixão e da hipnose. Em ambos os casos, tanto a pessoa amada quanto o hipnotizador assumem um lugar privilegiado na construção egóica do indivíduo. Para que o enamoramento e a hipnose sejam efetivados, a pessoa amada e o hipnotizador devem ser idealizados pelo sujeito enamorado ou hipnotizado, de modo que ambos ocupam o lugar daquilo que Freud denomina como *ideal de eu* (*Idealich*). O poder de sugestibilidade exercido pela pessoa amada e pelo hipnotizador nesses fenômenos se aproxima, segundo Freud, do poder unificador do líder de uma massa (FREUD, 2011, p. 67-69; FREUD, 2010, p. 13-122).

Após essas discussões estamos preparados para oferecer uma fórmula relativa à



constituição libidinal de uma massa. Pelo menos de uma massa tal como vimos até aqui, isto é, que tem um líder e não pôde adquirir secundariamente, através de excessiva “organização”, as características de um indivíduo. *Uma massa primária desse tipo é uma quantidade de indivíduos que puseram um único objeto no lugar de seu ideal do Eu e, em consequência, identificaram-se uns com os outros em seu Eu.* (FREUD, 2011, p. 76-77).

Desse modo, uma massa consiste, para Freud, em certo número de indivíduos que se identificam por compartilharem um ideal comum. Quanto mais o ideal de eu se distancia do eu, melhor se delimita a figura de um líder, de uma hipóstase que exerce uma espécie de coação exterior sobre os membros da massa. Ao interpretar este texto, Hans Kelsen percebeu que o conceito de massa em Freud poderia ser estendido para o conceito de Estado. No entanto, conforme Kelsen, o Estado não é uma massa propriamente dita, na medida em que os cidadãos de um Estado não estão a todo momento em um processo de identificação recíproca como cidadãos. Mas a *ideia de Estado* teria, de fato, assumido a posição de líder nos processos de identificação sociais contemporâneos. É a partir da pressuposição da ideia de Estado que os indivíduos realizam suas demais identificações, de modo que o Estado é, segundo Kelsen, a ideia diretriz das massas contemporâneas: só há massa na medida em que os indivíduos pressupõem a existência de um Estado que os contém. Tomando o Estado como um ideal irreduzível de formação contemporânea das identidades, Kelsen aceita a ordem estatal como terreno incontornável para a organização das demandas individuais, razão pela qual, como se verá na próxima seção, o jurista austríaco busca criar um conceito formal e excessivamente cético de “democracia” – conceito que permite uma melhor visualização das imperfeições do exercício democrático do poder (KELSEN, 2000, p. 301-345).

#### **4 O CONCEITO DE DEMOCRACIA DE HANS KELSEN COMO FORMALIZAÇÃO CÉTICA DA NOÇÃO DE POVO**

Em um ensaio denominado *Essência e valor da democracia* (*Wesen und Wert der Demokratie*), escrito em 1929, Kelsen se debruça sobre o tema da democracia, buscando aquilo que é essencial, isto é, imprescindível, para este regime político, e separando aquilo que é mero valor contingente. Também, o ensaio denominado *Fundamentos da democracia* (*Foundations of democracy*), publicado originalmente em 1956, já algumas décadas após a República de Weimar, cujo contexto fomentou o texto anterior, complementa-o. Segundo o jurista austríaco, a ideia de democracia pode ser abordada a partir de uma analogia com a filosofia do conhecimento relativista (epistemologia)<sup>2</sup>. Do mesmo modo que a política resulta da relação entre um sujeito político e um objeto de dominação, a filosofia perfaz uma relação entre um sujeito filosofante e um objeto de

---

2 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. 162-163.

conhecimento.

A aposta de Kelsen é de que o engajamento político, isto é, a crença em determinada forma política, estaria coordenada por uma certa visão de mundo, que remeteria à filosofia do conhecimento. E assim como uma filosofia que pressupõe um objeto como absolutamente *a priori* pode ser conectada à preferência por um regime político autocrático, isto é, que estabelece valores absolutos, uma filosofia que toma qualquer objeto como relativo ao sujeito cognoscente pode ser comparada a um regime político democrático, cujos valores são estabelecidos em relação aos sujeitos políticos que a tornam possível.

A partir do relativismo filosófico, portanto, é o sujeito que estabelece a própria realidade, de modo que toda realidade remete ao indivíduo. No entanto, se fosse apenas isso, e se o individualismo imperasse categoricamente na constituição da realidade, toda realidade seria *absolutamente* relativa, e um absolutismo do indivíduo tomaria o lugar do anterior absolutismo metafísico. Por essa razão, a absoluta liberdade do indivíduo no ato de criação de sua realidade é mitigada, no conhecimento do mundo, pela igualdade entre sujeitos pensantes: os sujeitos reconhecem-se como sujeitos relativos às suas próprias imagens de mundo, de modo que os objetos de conhecimento, que não são nem necessariamente iguais nem absolutamente diferentes, estão em conformidade entre si. É da soma da *liberdade relativa* com a *igualdade entre sujeitos pensantes* que Kelsen sugere uma possível analogia do relativismo filosófico e político.

Se essa forma do pensamento que Kelsen denomina de relativismo filosófico é o único modo de visão de mundo que atende aos princípios da liberdade e da igualdade, posto que, ao evitar o *absoluto*, não abre mão de um princípio em benefício do outro, o relativismo político deve, de alguma forma, se sustentar sobre ambos estes princípios no que diz respeito ao ato de constituição política. E o sistema que melhor atende a essa demanda é, segundo o autor, o democrático. Para defender sua concepção, Kelsen parte do pressuposto de que há, na natureza do homem, dois instintos primitivos, o da liberdade e o da igualdade, isto é, que há algo nos indivíduos que naturalmente os impulsionam a se oporem às ordens externas e, ao mesmo tempo, a buscarem uma certa equivalência para com seus semelhantes.

O homem sente o fardo de uma vontade alheia que lhe é imposta como ordem social e que é tanto mais intolerável quanto mais a consciência de seu próprio valor rejeite a pretensão de qualquer outro indivíduo a representar um valor mais elevado. Quanto mais elementar for o seu sentimento com relação a quem se arvora seu superior, mais provável será que ele pergunte: ele é um homem igual a mim; somos iguais, de onde provém seu direito a me dominar? Portanto, a ideia negativa de igualdade está sustentando a ideia igualmente negativa de liberdade. (KELSEN, 2000, p. 167).<sup>3</sup>

Ocorre que, para que a convivência entre os indivíduos seja possível, alguma forma de

---

3 Cf. MATOS, Andityas S. M. C. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 115-139.

dominação deve ter lugar, de modo a que uma ordem normativa possa ser estabelecida e, assim, que a liberdade de ninguém se “torne absoluta” em detrimento da liberdade alheia. Se a ordem heterônoma é condição para a convivência, toda proposta política de Kelsen busca mitigar qualquer exagero por parte dessa ordem, ou seja, o que mais o preocupa nesse âmbito é a autocracia, o governo autoritário e abusivo de uma minoria sobre os demais. É claro que a sua preocupação se justifica, posto que grande parte da produção bibliográfica do filósofo austríaco se deu na Alemanha de Weimar, num período entre a monarquia do II *Reich* e a emergência dos populismos que culminaram na autocracia do III *Reich*. Por essa razão, o autor toma partido pela democracia representativa.

Se a sujeição dos indivíduos a uma ordenação mandamental alheia é necessária, se sem essa sujeição uma sociedade não é possível, melhor que essa ordenação seja estabelecida pelos próprios indivíduos que a ela se sujeitam. Se assim for, realiza-se o máximo de liberdade possível para a convivência, uma liberdade minimamente limitada, liberdade relativa a uma ordem ao menos minimamente heterônoma. Em outras palavras, o sistema político que melhor satisfaz os princípios da igualdade e da liberdade próprios da visão filosófica relativista de mundo, isto é, a melhor forma de relativismo político possível é aquela em que um corpo normativo coercitivo heterônomo é criado a partir dos indivíduos que a ele se submetem. A esse sistema se dá o nome de *democracia*.

Se a sociedade em geral e o Estado em particular devem ser possíveis, uma ordem normativa que regule o comportamento mútuo dos homens deve ser válida e, conseqüentemente, a dominação do homem sobre o homem através de tal ordem deve ser aceita. Contudo, se a dominação for inevitável, se não podemos deixar de ser dominados, queremos ser dominados por nós mesmos. A liberdade natural é transformada em liberdade social ou política. Ser social ou politicamente livre significa, é verdade sujeitar-se a uma ordem normativa; significa liberdade sob uma ordem social. Mas significa: submeter-se somente à própria vontade e não a uma vontade alheia; a uma ordem normativa, uma lei de cujo estabelecimento o sujeito participe. É exatamente através dessa metamorfose que a ideia de liberdade pode tornar-se o critério decisivo do antagonismo entre democracia e autocracia e, portanto, o *Leitmotiv* da sistematização das formas de organização social. (KELSEN, 2000, p. 168).<sup>4</sup>

Apesar de a democracia ser criada pelos múltiplos indivíduos que às suas normas hão de se sujeitar, é imprescindível que haja uma separação entre a vontade dos indivíduos e a vontade objetiva do Estado. E sendo a democracia direta é a modalidade ideal de constituição política, ela deve ser tomada como paradigma para a investigação dessa forma de exercício do poder. Se se tomar como pressuposto, a partir desse paradigma, a hipótese *ad absurdum* de que a constituição de um dado Estado deva ser criada a partir de decisões unânimes de uma assembleia popular formada por todos os indivíduos, isto implica que só ganharão validade as normas constitucionais que forem eleitas por unanimidade, pela vontade de todos.

---

4 Cf. HERRERA, Luiz H. M.; RAMIRO, Caio H. L. Hans Kelsen: Filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015.

Contudo, se a validade dessa constituição se mantiver vinculada à vontade de todos os constituintes, a mudança da vontade de qualquer um deles poderia invalidar a força normativa da constituição, ao menos em relação a ele. É necessário que, à ficção da constituição unânime de um dado Estado, seja anexada a ficção de um princípio de conservação desse mesmo Estado, de modo que a vontade objetiva das normas se mantenha de forma independente da vontade constituinte.

Mas, ainda que a ordem se mantenha como uma vontade independente dos indivíduos, seria contraintuitivo que essa ordem não pudesse ser alterada, ou que, para tanto, exigisse-se algo como a unanimidade ou uma maioria qualificada. O motivo disso é que falar-se na hipótese de uma constituição, ou contrato, criada unanimemente a partir do “nada” nada mais é que uma ficção que busca legitimar um sistema jurídico já existente, uma ficção que tem como objetivo ressaltar que determinado ordenamento vigente foi cuidadosamente criado por uma unanimidade de indivíduos de outrora. No entanto, é evidente que sustentar o requisito da unanimidade ou da maioria qualificada para alterar uma ordem previamente existente seria fazer preponderar os interesses de gerações passadas de indivíduos sobre a geração atual, ocasionando uma espécie de autocracia de um ordenamento não votado, uma autoridade dos fantasmas do passado sobre o presente, características que expressam uma forma absolutismo, tendo em vista que a criação da ordem não é relativa aos indivíduos que a ela se submetem.

Por essa razão, Kelsen defende o princípio majoritário, isto é, a ideia de que uma maioria simples dos votos seria capaz de criar novas normas gerais a partir de um ordenamento já existente. Se a unanimidade ou a maioria qualificada fossem necessárias, um único indivíduo, ou um pequeno grupo de indivíduos, conseguiria impedir que a vontade da maioria dos indivíduos se objetivasse normativamente.

Nesse sentido, o princípio de uma maioria simples e não qualificada constitui, relativamente, a máxima aproximação à ideia de liberdade. De acordo com esse princípio, entre os sujeitos à ordem social o número daqueles que aprovam a mesma será sempre maior do que o número dos que – total ou parcialmente – a desaprovam mas permanecem vinculados a ela. No momento em que o número dos que desaprovam a ordem, ou uma de suas normas, supera o número dos que a aprovam, torna-se possível uma modificação através da qual se restabelece uma situação em que a ordem está em conformidade com um número de sujeitos maior do que o número com o qual a mesma está em desacordo. A ideia que subjaz ao princípio da maioria é a de que a ordem social estará em conformidade com o maior número de sujeitos possível e em desacordo com o menor número possível. (KELSEN, 2000, p. 179).

Ao lado do princípio majoritário, uma outra condição refreadora da individualidade é posta como necessária para o funcionamento de qualquer regime democrático: a representação política. Se as liberdades individuais devem ser mitigadas por um ordenamento heterônomo que torna possível a convivência, e se esse ordenamento deve ser criado e atualizado pela vontade da maioria dos indivíduos que a ele se submetem, a constante legiferação seria impossível caso a criação

jurídica se realizasse em assembleias populares, pela vontade de todos. Essa forma de criação do direito seria impraticável nos grandes Estados modernos. Desse modo, os indivíduos se veem obrigados a antropomorfizar suas próprias vontades em uma “vontade do Estado”, de tal forma que, para que o exercício político seja possível, alguns indivíduos sejam escolhidos pela totalidade de indivíduos como parlamentares, como “representantes” do povo.

Essa escolha é feita periodicamente pelo sufrágio da multiplicidade de indivíduos, que escolhe, dentre eles, alguns sujeitos denominados políticos. O problema é que se o princípio majoritário fosse aplicado diretamente para o caso das eleições dos representantes, as minorias não teriam nem a oportunidade de serem representadas, posto que apenas os deputados mais votados ocupariam o órgão eleito. Um princípio auxiliar surge nessa situação: o princípio da proporcionalidade. Ao passo que a maioria dos votos dos representantes eleitos é necessária para a aprovação de uma norma, a eleição dos mesmos se dá pela proporcionalidade dos votos que cada partido recebe em relação ao total dos votos. Se cada partido recebe um número de cadeiras proporcional aos votos, a chance de um partido pequeno receber ao menos uma cadeira é maior a partir da lógica da proporcionalidade que pelo princípio da maioria.

Desse modo, o fato de um certo partido ou de uma determinada coligação receberem a maior quota de cadeiras que cada um dos demais partidos e coligações não implica que a maioria tenha supremacia sobre a minoria, e é nisso que a democracia, segundo Kelsen, se diferencia de uma autocracia, no seu processo. Pois é a partir da formação de maiorias e minorias que novas alianças podem se formar, e que antigas maiorias podem dar lugar a novas maiorias. Para cada objeto de pauta de votação, uma diferente configuração entre maioria e minoria pode ser formada, resultando o regime democrático em um processo essencialmente dinâmico de mobilização, formação e deformação de maiorias (KELSEN, 2000, p. 69).

Apesar de o órgão democraticamente eleito criar normas jurídicas gerais que devem ser aplicadas pelos órgãos dos demais poderes, é inevitável a presença de uma certa discricionariedade – e, portanto, um certo nível de legiferação – nos órgãos individuais tanto do poder executivo quanto do poder judiciário. Essa discricionariedade deve ser reduzida ao máximo, posto que órgão parlamentar deve – por coadunar da forma mais próxima possível com a ideia de escolha proporcional – ser superior aos demais órgãos do poder. Kelsen condena, nesse sentido, a ideia de divisão igualitária entre os três poderes, já que entende que tanto a administração estatal quanto os órgãos judiciários, aplicadores das normas, devem se submeter ao único órgão diretamente eleito pelo povo responsável por criar as normas. A divisão de poderes só pode existir em um regime democrático caso consiga subtrair a vontade do Estado à influência dos órgãos executivos, caso a vontade da maioria na criação da vontade do Estado não seja prejudicada pelos órgãos que aplicam

as normas.

Isso não quer dizer, porém, que no regime democrático não exista dominação, isto é, o fato de a vontade do Estado ter sido democraticamente criada pela vontade da maioria dos indivíduos não implica que a vontade do Estado *seja* a vontade da totalidade ou da maioria dos indivíduos. Essa é, por sua vez, a ficção fundamental da ideologia democrática, a ficção da transferência da vontade dos indivíduos para o órgão eleito. Segundo essa ideia, a criação de um órgão representativo a partir das múltiplas vontades dos indivíduos não apenas estabelece o órgão potente de criar a vontade do Estado, por meio das leis, mas também delega essas mesmas vontades a este órgão, criando a ilusão de que não existe dominação no regime democrático, de que as vontades individuais se consubstanciam na vontade do Estado, e engendrando, logo, a ficção máxima da democracia: a *soberania popular*.

Na ideologia democrática, a eleição deve ser uma delegação de vontade dos eleitos ao eleito. Deste ponto de vista ideológico a eleição e, por conseguinte, a democracia que nela se apoia seriam, como já foi dito, “impossibilidades lógicas intrínsecas”; a vontade, na realidade, não pode ser delegada: *celui qui delègue, abdique* [quem delega, abdica]. Não é possível fazer-se representar na vontade, dizia Rousseau. Mas esta interpretação ideológica da vontade corresponde evidentemente à intenção de manter a ficção da liberdade. Uma vez que a vontade, para permanecer livre, deve ser determinada apenas por si mesma, a vontade dominadora dos eleitos deve valer como vontade dos eleitores. Disso resulta a identificação fictícia dos eleitores com os eleitos. (KELSEN, 2000, p. 91-92).<sup>5</sup>

É a ilusão de soberania do povo, de realização da vontade das massas, que dá azo a qualquer forma de governo, justificando todo aparelhamento jurídico e governamental como expressão popular. Contanto que o poder emane do povo, é contingente o modo de seu exercício, tendo em vista que, sendo o povo soberano, todo ordenamento concerne imediatamente a ele, funda-se a partir de sua permissão. Essa ficção caminha em sentido oposto ao modo como as coisas realmente acontecem<sup>6</sup>. A vontade do Estado é uma vontade dominadora e completamente separada

5 A ficção de soberania popular é, juntamente com a hipostasiação do Estado, o móbil do pensamento kelseniano. Em sua leitura da *Psicologia das Massas e análise do Eu* de Sigmund Freud, Kelsen interpreta o Estado, abordado por Freud como uma massa organizada a partir da identificação, como uma mera ideia hipostasiada como a união dos indivíduos. O que Kelsen quer com essa interpretação (que, na verdade, não refuta Freud, mas confirma seus argumentos) é ressaltar o caráter hipostático que a noção de Estado possui e como a identificação de uma massa como povo soberano opera para sustentar tal hipostasiação. Cf. 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. 301-343; FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Conferir também MATOS, Andityas S. M. C. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146-152.

6 Kelsen objetiva demonstrar que nem mesmo no parlamentarismo a noção de representação é verdadeira, posto que não existe uma autoridade dos eleitores sobre seus representantes. Um mandato de representação não é vinculado à vontade do povo, de modo que funciona apenas como uma aposta em um governo heterônomo que como representação. A esse respeito, conferir 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. 48: “Quanto maior é a coletividade estatal, tanto menos o “povo” parece ter condições de exercer imediatamente a atividade realmente criadora da formação da vontade do Estado, tanto mais ele é obrigado, mesmo por razões técnicas, a limitar-se a criar e a controlar o verdadeiro aparelho da formação da vontade do Estado. Mas, por outro lado, desejava-se dar a impressão de que, mesmo no parlamentarismo, a ideia de liberdade democrática e apenas ela

da multiplicidade de indivíduos que a criou indiretamente, e somente uma metafísica do poder poderia conectar ambos de forma indissociável – e, caso o fizesse, perderia todo o sentido a ideia de necessidade de uma ordem heterônoma como condição para a convivência entre indivíduos.

O ponto de vista de Kelsen sobre a democracia não é desse regime ideal de um povo soberano que imediatamente se autogoverna, mas algo um tanto mais pessimista. Democracia é algo o mais próximo possível de um autogoverno, mas que evidentemente possui inúmeras imperfeições. A consumação das vontades dos indivíduos jamais se realiza completamente ou diretamente, mas sempre minimamente, a partir da necessidade de votações e eleições de representantes, e da realização de acordos e coalizões pelos mesmos. E o povo, enquanto multiplicidade, jamais se unifica, mas é sempre um complexo de individualidades que se sujeita a uma vontade estatal alheia e dominadora de cuja criação pôde participar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder constituinte, enquanto instância teórico-jurídica, encontra-se afastado da ideia de um verdadeiro exercício do poder por parte do povo. Conforme aduz Agamben, não há qualquer comunicação direta entre o Povo, no sentido jurídico, e os povos, no sentido sociopolítico, posto que o jurídico, totalizando os povos, busca constituir uma unidade por meio do sectarismo e da segregação. A ficção jurídica do povo soberano, portanto, só serve aos verdadeiros detentores da soberania, quais sejam, os parlamentares, governantes, magistrados, além do capital que mobiliza a máquina pública em benefício de seus próprios interesses.

Em contraposição a essa noção jurídica de povo, algumas considerações heterodoxas para o âmbito jurídico podem contribuir para o exercício de se pensar o povo enquanto povo. As investigações psicanalíticas de Freud o ajudaram a pensar nas condições e na forma de organização de um processo de identificação. Toda massa se constitui a partir de uma identidade comum, uma unificação em torno de uma ideal que a dá forma e a individualiza. Ao interpretar a metapsicologia freudiana, Kelsen inferiu que essa concepção de “massa” também pode ser útil para se construir uma sociologia da noção de “Estado”. Tal como um líder de uma massa, a ideia de Estado funciona como uma noção motriz que, pressuposta pelos indivíduos de uma dada sociedade, propicia

---

exprime-se integralmente. Para isso, recorre-se à ficção da representação, à ideia de que o parlamento é apenas um representante do povo, de que o povo pode exprimir a sua própria vontade apenas no parlamento e através dele, embora no princípio parlamentar, em todas as constituições, vigore exclusivamente a regra de que os deputados não podem receber instruções obrigatórias dos próprios eleitores, o que torna o parlamento, no exercício de suas funções, juridicamente independente do povo. Aliás, com esta declaração de independência do parlamento em relação ao povo, nasce o parlamento moderno, que se destaca da instituição análoga dos Estados antigos, cujos membros estavam notoriamente vinculados por mandatos imperativos dos seus grupos de eleitores e eram responsáveis perante eles. A ficção da representação deve legitimar o parlamento do ponto de vista da soberania popular”.

diferentes formas de identificação.

Partindo desse estatuto do Estado como ficção pressuposta, Kelsen discorre sobre a ideia de “democracia” a partir de uma perspectiva cética. Contra as teorias que buscam na democracia o ápice da participação política por meio da representação, Kelsen aceita a democracia como aquilo que ela é: uma forma de governo necessariamente sectária, em que a vontade de poucos se sobrepõe à vontade dos demais. Não há transição entre as vontades individuais e a vontade do corpo político, na medida em que a vontade não pode ser representada. Só o que há é abdicação expressa do exercício do poder por parte dos não governantes, que o delegam aos poucos em quem confiam por meio do sufrágio. Não sendo a democracia nada além disso, Kelsen prefere desenvolver sua filosofia política partindo desse ponto de vista pessimista, já que ele propicia uma abordagem mais realista dos problemas.

Apesar de não ser o êxtase da representação política, a democracia ainda é, segundo Kelsen, a melhor forma de governo conhecida, já que ela permite que os indivíduos se organizem para satisfazer suas vontades. Não é apenas o princípio majoritário (maioria dos votos na votação de leis) que rege a democracia, mas também a regra de proporcionalidade, que permite que as escolhas de legisladores do corpo político por parte das minorias também sejam levadas em conta. Desse modo, uma visão cética da democracia possibilita sua apreensão como uma forma legítima de organização do social e também como um meio – imperfeito e limitado – de expressão popular.

Por mais que as teorias do poder constituinte busquem sustentar a existência de uma soberania popular perene e de um poder constituinte originário latente, tais ficções não possuem nenhuma operabilidade. Aceitando o fato de que em qualquer Estado o poder soberano não pertence ao povo e nem é delegado aos seus “representantes”, é possível buscar resolver os antagonismos sociais por meio do sufrágio e da participação política indireta. Se o Estado condiciona a existência de uma massa de cidadãos que aceitam tacitamente seu funcionamento, nada mais próprio a essa massa que o pleno uso da máquina democrática.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: Notas sobre a política*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: Um comentário à carta aos Romanos*. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

ALVES, Fernando de B. *Constituição e participação popular : a construção histórico-discursiva do*



- conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. 1. ed. Curitiba : Juruá, 2013.
- ARANTES, Paulo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- ASSMANN, Selvino José; BAZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2013.
- BELLAMY, Richard; MERKEL, Wolfgang (coord.). Challenges of Inequality to Democracy. In: INTERNATIONAL PANEL ON SOCIAL PROGRESS (ed.). *Rethinking Society for the 21st Century: Report of the International Panel on Social Progress*. 1. ed. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 563-596.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA; Martonio M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013a.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013b.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência: Por uma Nova Hermenêutica: Por uma repolitização da legitimidade*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BOTELHO, Marcos César. Democracia e Jurisdição: A Legitimidade da Jurisdição Constitucional na Democracia Procedimental de Jürgen Habermas. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 19, p. 218-233, jan./fev. 2008.
- BRANDÃO, Lucas C. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. 328 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia do Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letra e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: A elite política imperial: Teatro das sombras: A política imperial*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- CARVALHO, José Murilo de. *Forças armadas e política no Brasil*. 1. ed. rev. atual. São Paulo: Todavia, 2019.
- COLÓN-RÍOS, Joel. *Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power*. 1. ed. Nova York: Routledge, 2012.
- DAVIES, William. *Nervous States: Democracy and the Decline of Reason*. 1. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2018.
- DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7.

ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Tradução de Bento Prado Junior e Alberto Alonso Muñoz. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *O poder constituinte*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, Marco. Sieyès et le Jury Constitutionnaire: perspectives historico-juridiques. *Annales historiques de la Révolution Française*. n. 3, p. 87-103, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. 1. ed. Bari (Itália): Editori Laterza, 2009.

FOUCAULT, Michel. *La Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France, 1978-1979*. 1. ed. Paris: Seuil; Gallimard, 2004.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, Novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FURTADO, Celso. *Brasil: a construção interrompida*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GAUCHET, Marcel. *La Révolution des Pouvoirs: la souveraineté, le peuple et la représentation: 1788-1799*. 1. ed. Paris: Gallimard, 1995.

GOLDONI, Marco. At the origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the taming of Constituent Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 2, p. 211–234, 2012.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in Crisis? Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (orgs.). *Constitutional Democracy in Crisis?*. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 2018.

GUILLUY, 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.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HERRERA, Luiz H. M.; RAMIRO, Caio H. L. Hans Kelsen: Filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, p. 235-260, jan./mar. 2015.

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.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *U. C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

- LAW, David S. Imposed Constitutions and Romantic Constitutions. *Legal Studies Research Paper Series*, Washington University Law, [Paper nº 18-05-01], p. 1-23, mai. 2018.
- LEIRNER, Piero C. *O Brasil no espectro de uma guerra híbrida: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica*. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2020.
- LIMA, Thadeu A. G.; COSTA, Ilton G. Três dilemas do Estado democrático de direito no constitucionalismo contemporâneo: reflexões a partir da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 83, p. 1-13, abr. 2013.
- LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, p. 435–454, 2019.
- LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (orgs.). *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MATOS, Andityas S. M. C. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- MATOS, Andityas S. M. C. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MILLS, Charles W. *A imaginação sociológica*. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do alemão de Antonio Luz Costa. Revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita e Agnes Macedo. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.
- PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PINHEIRO, Milton (org.). *Ditadura: o que resta da transição*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- PINTO, Álvaro V. *Consciência e realidade nacional: volume I: a consciência ingênua*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020a.
- PINTO, Álvaro V. *Consciência e realidade nacional: volume II: a consciência crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020b.
- QUEIROZ, Marcos. *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. 1. ed. 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.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 1. ed. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?*. 1. ed. Paris: Éditions du Boucher, 2002.

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS RESTRIÇÕES OBSERVADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Filipe Benevenuto DOMINGOS  
Vinícius Mello de OLIVEIRA<sup>1</sup>

## RESUMO

A pesquisa busca mostrar se a liberdade de expressão pode ou não ser usada como pressuposto para a defesa de qualquer tipo de discurso. A hipótese principal da pesquisa é a de que, quando se trata do direito à liberdade de expressão, deve-se entender como um direito que preza pela liberdade e pela não repreensão de colocações políticas, religiosas e de outras áreas quaisquer. Contudo, as falas e os discursos que incitem o ódio, que sejam criminosas e que sejam atentados contra o Estado Democrático devem ser repudiados e levados para a apreciação jurisdicional. Julgados do STF reforçam a hipótese central da pesquisa, podendo ser citada, como exemplo, a Ação Penal 1044/DF. Para o estudo das hipóteses e para a busca das conclusões acerca do problema da pesquisa, utilizou-se do método dedutivo, partindo de uma análise geral sobre o que de fato é a liberdade de expressão, sobre se de fato é um direito fundamental e sobre como ele é concebido pelo ordenamento jurídico (conforme a nossa CF/88, art. 5º, inciso IX) e sobre como tal direito é usado como pressuposto para a defesa de ideias criminosas e para exprimir discursos de ódio. Deu-se como conclusão que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que, devido a tal fato, não é ilimitada. Existem restrições quanto a alguns discursos (como o *hate speech*) que violam princípios constitucionais, tais como a dignidade humana e a manutenção da democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Liberdade de expressão. Direito Fundamental. Discurso de ódio.

## ABSTRACT

The research aims to demonstrate if freedom of expression can be used as a prerequisite for the defense of any type of speech. The main hypothesis of the research is, when it comes to the right to freedom of expression, it must be understood as a right that values freedom and the non-reproach of political, religious and any other areas. However, speeches that incite hatred, that are criminal and create attacks against the Democratic State must be repudiated and taken for judicial review. Judgments of the Supreme Court reinforce the central hypothesis of the research, being able to cite, as an example, the Penal Action 1044/DF. For the study of hypotheses and for the search of conclusions about these discussions, the deductive method was used, starting from a general analysis of what freedom of expression really is, about whether it is in fact a fundamental right and about how it is conceived by legal system (according to CF/88, art. 5, item IX) and how this right is used as a prerequisite for the defense of criminal ideas and to express hate speeches. It was given as conclusion that freedom of expression is not an absolute right and, due to this fact, it is not unlimited. There are restrictions on some speeches (such as hate speech) that violate constitutional principles, such as human dignity and the maintenance of democracy.

**KEYWORDS:** Democracy. Freedom of expression. Fundamental right. Hate speech.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor de Graduação do Diretório Acadêmico Octávio Mazziotti (DAOM) do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Com o surgimento das primeiras Constituições escritas, as sociedades passaram a ter os direitos humanos da primeira geração, os quais demonstram grande respeito às liberdades individuais e um cenário de absenteísmo do Estado – concebido como um verdadeiro leviatã de imposição e obediência até a proclamação das primeiras Constituições pelas sociedades.

A partir do surgimento de tais direitos, sobretudo como resultado de um pensamento atrelado aos ideais liberais-burgueses, princípios condizentes às liberdades individuais tornaram-se presentes nos textos constitucionais – o que deu condições para a evolução histórica e o entendimento acerca da Liberdade de Expressão.

A primeira aparição de tal princípio foi na *Bill Of Rights*, em 1689, o que serviu para que o Parlamento Inglês pudesse questionar os atos da Coroa (OLIVEIRA; RODRIGUES FRANCO, 2019, p. 158). Esse documento histórico foi fundamental para o surgimento dos direitos individuais em demais estados, refletindo, por exemplo, na liberdade de imprensa de alguns países e nas Constituições de alguns Estados.

Seguindo o ponto de vista da maioria dos autores, a primeira constituição escrita da história foi a dos Estados Unidos da América. Promulgada em 1787, ratificada em 1788 e em vigor a partir de 1789, destacou-se pela concepção dos benefícios de liberdade. Ademais, foi influente na Constituição brasileira de 1891, sobretudo quanto ao Federalismo, tendo sido proeminente a influência Rui Barbosa sobre o então presidente Deodoro da Fonseca quando:

conseguiu, apesar das resistências do Presidente da República e de alguns membros da comissão, polir o projeto, melhorando o seu conteúdo, com a inclusão de princípios da constituição dos Estados Unidos da América, como a forma federativa de estado; bem como os princípios resultantes da *construction* da Corte Suprema em matéria de imunidade recíproca (*Maryland versus Mae Callado*, de 1819), de liberdade do comércio interestadual (*Brown versus Maryland*), recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, dentre outros (FEIJÓ, 2012, p. 9).

Mais de um século depois, hoje, a Constituição Federal de 1988 garante o direito à liberdade de expressão, o qual integra o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais da nossa democracia, sendo que, além do seu valor intrínseco, possui um caráter instrumental:

A dimensão instrumental da liberdade de expressão se manifesta por meio da busca pela garantia de um espaço livre e amplo de circulação de ideias, com o objetivo de aquecer o debate público com diferentes argumentos e pontos de vista. O pluralismo de ideias, além de possibilitar a realização [*sic*] de escolhas pessoais, reflete-se no debate e garante a diversidade de opiniões, de modo a possibilitar que cada pessoa possa se informar e, no auge de sua autonomia individual, adotar as posições políticas, filosóficas e pessoais que julgue ser as melhores para a sociedade (LOPES, 2023, p. 4).

A pesquisa, então, voltada para o estudo das hipóteses e para a busca das conclusões acerca do tema, utilizou-se do método dedutivo, partindo de uma análise geral sobre o que é a liberdade de expressão, sobre se de fato é um direito fundamental e acerca das problemáticas atuais que envolvem o objeto do trabalho e, sobretudo, que estão relacionadas com o ordenamento jurídico

brasileiro.

Ademais, a pesquisa abordará quais são os dispositivos constitucionais que tratam sobre a liberdade de manifestação do pensamento, o propósito de tal princípio – o qual deve ser entendido como um princípio que preza pela liberdade e pela não repreensão de colocações políticas (sérias ou jocosas), religiosas e de outras áreas quaisquer – e como a Liberdade de Expressão não pode servir, levando em conta demais princípios constitucionais e dispositivos da Constituição Federal de 1988, como pressuposto para a defesa de ideias criminosas e para exprimir discursos de ódio (*hate speech*).

## **1. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMO ESTÁ CONCEBIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

É notório que muitas pessoas passaram a se interessar por política em nosso país, sobretudo pela polarização que se deu pelas eleições do ano de 2022. No período, muitas pessoas, após terem sofrido alguma repreensão ou terem sido censuradas por algo que fora dito na internet (contestando o resultado das urnas, ensejando golpes atentatórios à democracia etc), diziam que a Constituição Federal “estava sendo rasgada”, afinal, os que proferem discursos criminosos ou contrários ao Estado Democrático de Direito costumam crer que o direito à liberdade de expressão é absoluto. É oportuno, portanto, expor como o princípio da liberdade de expressão está consagrado na Lei Maior.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi assegurado ao povo brasileiro a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Assim, permitiu-se com o teor de alguns dispositivos constitucionais a liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de comunicar e informar, liberdade de exercício das expressões religiosas, liberdade de expressão cultural e artísticas etc. Desse modo:

o Brasil adotou o termo liberdade de expressão como gênero que inclui diversas formas específicas, como manifestação do pensamento, liberdade de comunicação, entre outras, que mesmo embora, possam ser expressas pelo exercício da atividade intelectual, necessita que a compreensão da manifestação seja em sentido amplo (ALVES; FRANCO, 2021, p. 5).

Sobre o instituto e sua disposição na Constituição, dispõem Sarlet, Marinoni e Mitidiero que:

Ao contrário de outras ordens constitucionais, a Constituição Federal de 1988 não adotou o termo liberdade de expressão como o gênero que abarca as diversas manifestações específicas, tais como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de comunicação (incluindo a liberdade de imprensa), a livre expressão artística, intelectual e científica, muito embora se possa considerar a livre manifestação do pensamento como assumindo tal condição, visto que a manifestação do pensamento poderá ocorrer na esfera da comunicação social, no exercício da atividade intelectual ou artística, ou mesmo dizer respeito à livre manifestação das opções religiosas (SARLET;

Assim, ainda que este princípio não trate diretamente sobre todas as demais liberdades, como a religiosa, é fundamental para a manifestação/propagação das ideias e para o Estado Democrático de Direito, funcionando como espécie de “cláusula geral” para o princípio da liberdade de se manifestar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 452).

Os autores, sobre a importância de tal princípio:

É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação, numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 635).

Já quanto à sua definição, elucida Falsarella:

A doutrina brasileira não oferece um conceito uniforme ao direito à liberdade de expressão, o que, na lição de André Ramos Tavares, decorre em grande parte da própria Constituição, que não consagrou o direito em um único dispositivo, dele tratando de maneira esparsa, conforme será visto adiante. Além disso, há controvérsia na doutrina quanto à natureza da liberdade de expressão, se um meio ou um fim em si mesma (FALSARELLA, 2012, p. 151).

A autora continua:

A liberdade de expressão, considerada de forma ampla, está intimamente ligada à formação da autonomia individual. Por meio dela, o indivíduo tem acesso às informações, o que lhe permite formar sua personalidade e a partir disso fazer escolhas livres e conscientes (FALSARELLA, 2012, p. 151).

Desse modo, fez-se fundamental a proteção constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, sobretudo pelo fator da formação da autonomia individual. Conforme já citado, por abarcar outras diversas formas de manifestação, este princípio garante ao indivíduo sua formação política, educacional, religiosa etc.

Vários são os dispositivos que tratam sobre o princípio da liberdade de expressão e que se relacionam a ele. Inicia-se pelo art. 5º, IV, o qual aduz que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Em seguida, o inciso V do mesmo artigo dispõe que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Como já pode ser percebido, a Constituição garante a liberdade de manifestação do pensamento, mas, logo em seguida, assegura a indenização por dano moral e o direito de resposta, o que, como será tratado, já demonstra que a liberdade de expressão, a depender do que é expressado,



encontra com algumas consequências jurídicas.

Ademais, como já citado, existem outros dispositivos que, em conjunto com art. 5º, IV, tratam sobre liberdade, como a liberdade de consciência e de crença – art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, e sobre a atividade intelectual – art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Da mesma forma, a Lei Maior trata sobre liberdade na educação no art. 206, II e III:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

Ademais, o art. 220 da Constituição Federal dispõe sobre a livre expressão do pensamento e da comunicação social, trazendo uma redação que inibe a restrição e a censura, além de impossibilitar que os meios de comunicação social sejam objetos de monopólio ou oligopólio:

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

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

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

[...]

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

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Dessarte, a Constituição Federal de 1988 dispõe de diversos dispositivos que abarcam as liberdades dos indivíduos, desde a liberdade religiosa à liberdade de expressão, sendo tais dispositivos convergentes no propósito de garantir a livre manifestação do pensamento. Contudo, é preciso analisar os riscos que a democracia brasileira vem a correr em caso de aceitação de alguns tipos de discursos, como os discursos de ódio e os discursos atentatórios à democracia, como será tratado no próximo tópico.

## **2. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PARA DESINFORMAÇÃO**

A instrumentalização de discursos e o controle pela narrativa da verdade são disputas perenes nas sociedades humanas e, dessa forma, encontraram espaço em diversos momentos da história. Dos enciclopedistas iluministas aos militares golpistas de 1964, dos fascistas aos socialistas, todas as forças políticas na história sempre se preocuparam com o controle da narrativa no espaço-tempo no qual atuavam.

Contudo, se as mentiras sempre estiveram na vida pública, a desinformação contemporânea é um fenômeno apartado; nela não se lida, necessariamente, com a divulgação de informações mentirosas e sim, muitas vezes, no compartilhamento de um conjunto de verdades arranjadas de maneira a produzir uma falsa verdade, as famosas *fake News*.

Esta nova modalidade de controle da informação foi formada pelo apogeu das redes sociais e é formatada pelos interesses financeiros das empresas donas das plataformas. A coleta de infinitos dados possibilitou a tais corporações a monetização das paixões humanas, que ficaram expostas aos conteúdos escolhidos por algoritmos que exploram os vieses, os ressentimentos e, por vezes, as carências psicossociais dos usuários.

Este caldo de cultura ensejou na radicalização dos mais variados grupos, políticos ou não, em bolhas que ecoam ideias homogêneas e, por vezes, cada vez mais intolerantes e fechados em seus entendimentos únicos.

Não houve demora para que tal fato social da maior relevância, fosse capturado para atender aos interesses de algumas pessoas, que a partir de vantagens econômicas ou políticas, manobraram os conteúdos das redes sociais, com anuência das plataformas digitais, para alcançar um fim desejável, sendo este lícito, como o aumento de suas vendas, ou ilícitos, como a promoção do assassinato de reputações.

Politicamente, tal novidade apresentou seu primeiro resultado com o *Brexit*, ruptura do Reino Unido com a União Europeia, que foi comprovadamente possibilitado pela atuação massiva de desinformações compartilhadas e manobradas no *Facebook*, como, por exemplo, a distorção de dados de contribuição que, na realidade, só beneficiavam os países britânicos.

O Brasil, por sua vez, também está inserido na realidade digital e, portanto, colhe os resultados das experiências nas redes sociais. Durante o período pré-eleitoral e eleitoral, o país foi palco de discursos de desinformação e *fake news*, as quais, conforme Tatiana Maria Silva Galvão Dourado, são:

como um tipo específico de informação com potencial de gerar engano ou desinformação porque faz com que os indivíduos assumam como verdadeiro e real o que é mentiroso e falso. Consequentemente, peças de fake news induzem as pessoas à ignorância dos fatos e constroem versões inverídicas, mas convenientes, sobre o que realmente se sucedeu (DOURADO, 2020, p. 40).

Para Fortes e Baldissera:

Cabe esclarecer que a mentira, a invenção, a informação manipulada ou mal-intencionada, sempre fez parte da sociedade, porém, o que mudou foi a maneira e a velocidade como se espalham, e diante disso, os efeitos que passam a exercer na sociedade e na democracia de um Estado (FORTES; BALDISSERA, 2019, p. 378).

E continuam:

A mentira sempre existiu, porém, o que mudou com o acesso massivo da população às tecnologias derivadas da internet, como redes sociais, aplicativos de mensagens, portais de notícias eletrônicos e outros, foi a velocidade com que as informações se propagam, tanto as verdadeiras e pertinentes para a promoção da democracia, tanto quanto as enganosas ou manipuladas (FORTES; BALDISSERA, 2019, p. 379).

Ou seja, as *fake news* não são simples mentiras, são uma metodologia utilizada para disseminar desinformações, servindo-se dos meios digitais (como as redes sociais e aplicativos de mensagens) para o propósito de alcançar um número enorme de pessoas que possam depositar confiança no que está sendo compartilhado e fazer prevalecer determinada ideologia.

Conforme Alves e Franco:

No espaço das *fake news*, um dos principais propósitos são disseminar inverdades na internet e pelas mídias sociais, quase sempre com intuito de gerar uma polêmica sobre um fato ou uma pessoa específica, nas quais a honra e a imagem são atingidas. E os motivos para tal ato, se associam principalmente em época de eleições, embora não se restrinja a esse propósito, como casos de *cyberbullying* contra pessoas, tentando diminuir estes ao ser imputadas inverdades (ALVES; FRANCO, 2021, p. 11).

Inverdades em eleições também apareceram no penúltimo pleito eleitoral, no qual, assim como nas eleições de 2022, foi:

notável a ampla repercussão que teve o tema *fake news* nas eleições presidenciais de 2018, visto a quantidade de notícias falsas divulgadas nas mídias sociais no embate dos partidos políticos. Conforme aduz o Relatório da Segurança Digital no Brasil, aumentaram os índices de detecção de notícias falsas no país, sendo que, apenas no primeiro trimestre de 2018, houve um aumento de 50,6%, resultando um total de 4,4 milhões de detecções (SILVA; SILVA; GONÇALVES NETO, 2021, p. 11).

Por compartilhamentos de conteúdos falsos como os já citados, várias publicações foram alvos de decisões do judiciário visando combater as *fake news*, ensejando-se o constitucionalismo digital, o qual "é uma doutrina que visa estabelecer e garantir a existência de um quadro normativo para a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital" (POLETTO; MORAIS, 2021, p. 14). Desse modo, quando ocorria alguma ordem de exclusão de conteúdo ou banimento de perfis em redes sociais, os que eram alvos de tais decisões colocavam-se como vítimas de censura e afirmavam que seus direitos à liberdade de expressão estavam sendo suprimidos – mesmo após compartilhar diversas notícias claramente falsas e disseminar ódio contra rivais políticos.

Além das notícias falsas, discursos de ódio tornaram-se frequentes nas redes sociais e, até mesmo, no parlamento, como o caso envolvendo o Deputado Federal Daniel Silveira, preso por

proferir discursos de ódio (*hate speech*) que, dentre suas diversas falas perversas, incitaram à animosidade entre as Forças Armadas, a prática de crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, além de defender a tentativa de impedir o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados com emprego de violência ou grave ameaça – o Deputado direcionou violentos discursos a Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao fato envolvendo o deputado, pronuncia Adams:

o objeto do ódio pode mudar, mas na essência é o mesmo: tudo e todos que representam o oposto ao desejo de determinados grupos, sejam judeus, negros, militantes de correntes políticas, até ministros do Supremo Tribunal Federal ou membros do Congresso Nacional. É o puro exercício do ressentimento e do ódio (ADAMS, 2021).

Como já mencionado, quando agentes que pronunciam discursos antidemocráticos e criminosos são afrontados por aquilo que proferem, imediatamente recorrem ao direito à liberdade de expressão ou aos demais princípios constitucionais que abordam sobre liberdade, como se tais direito garantissem que todo tipo de discurso pudesse ser dito e defendido, inclusive discursos de ódio – os quais, em consonância com o que já foi narrado, surgem para exprimir insultos e inferiorizar grupos ou pessoas devido as suas características (SILVA; SILVA; GONÇALVES NETO, 2021, p. 8). Entretanto:

a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento, estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderia-se observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Essa liberdade não é compatível com o sacrifício de crianças, ainda que isso esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível, portanto, de ação repressiva estatal (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 8).

Outrossim, quanto ao discurso de ódio, Pannain e Pezzella aduzem que:

As normas que vedam tal discurso seriam, portanto, estabelecidas para vindicar a ordem pública, esvaziando a possibilidade de violência, e também para proteger de violações uma noção, compartilhada entre todos, dos elementos mais básicos do status, dignidade e reputação de uma pessoa enquanto cidadão ou membro de uma sociedade, em especial, de ataques direcionados às características de um grupo social em particular (PANNAIN; PEZZELLA, 2015, p. 10).

Portanto, a aceitação da manutenção desse tipo de discurso é extremamente perigosa à sociedade e totalmente afrontosa ao Estado Democrático de Direito, pois,

O hate speech, como manifestação do pensamento que corresponde a desprezo ou intolerância em face de grupos determinados por características que os identifiquem, como origem étnica, religião, gênero, e outras, resulta em violação à dimensão social da dignidade da pessoa humana, impedindo que as suas vítimas participem do debate público em igualdade de condições com os demais (PANNAIN; PEZZELLA, 2015, p. 13).

Logo, conforme descrito pelos autores e destacado anteriormente, a liberdade de expressão

encontra alguns impedimentos, não sendo possível falar em liberdade irrestrita de manifestação do pensamento, o que, se realizado, colidirá com demais princípios constitucionais. Ainda que a Constituição Federal de 1988 estabeleça em seu art. 5º, inciso IX que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e em seu art. 220 ela informe que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, faz-se necessário relembrar que não há direito absoluto. Leciona Lopes que:

não há hierarquia entre os direitos fundamentais, o constituinte não informou qual direito fundamental deve prevalecer sobre o outro, tal conclusão deve se dar em cada caso concreto, as circunstâncias ditarão qual direito, naquele caso, deve se sobrepor sobre ao outro, mas assim como em todo caso de conflito, a palavra-chave é equilíbrio, para que a sobreposição não seja igual ao esvaziamento completo do outro dispositivo (LOPES, 2020, p. 5).

Inferre-se, então, que a liberdade de expressão, assim como todos os demais direitos, não é absoluta. Desse modo, não será coberto pelo véu de proteção do direito à liberdade de expressão os discursos como os que provocam ataques à democracia, ao funcionamento harmônico dos três poderes da República ou os discursos que promovam algum tipo de superioridade racial e falas como as que promovem ideias preconceituosas, racistas e homofóbicas. A própria Lei Maior postula dispositivos que estabelecem tais limitações, como o art. 5º nos incisos XLI e XLII, os quais proíbem, respectivamente, qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo.

É possível também encontrar limitações à liberdade de expressão em outras normas do ordenamento jurídico brasileiro. Como no Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em seu art. 344, que prevê como crime usar de violência ou grave ameaça, contra parte, autoridade e qualquer pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, ou como nos capítulos que tratam dos crimes contra as instituições democráticas e dos crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral.

Para Robl Filho e Sarlet:

discursos violadores da verdade factual com objetivo de atacar grupos sociais, étnicos, religioso e político como regra não se encontram tutelados pela liberdade de expressão, quando configurarem um discurso do ódio ou implicarem em evidente discriminação e ademais em violação da dignidade da pessoa humana (ROBL FILHO; SARLET, 2016, p. 28).

Além dos casos expressos de crimes, pode haver o caso de uma fala direcionada a alguém com o propósito de ofender a honra de outrem criar um conflito entre dois direitos fundamentais – direito à liberdade de expressão e direito à honra. Assim, quando há tal conflito, como aduz Sarlet

(2022, p. 220): “o direito à honra se transforma em limite da liberdade de expressão e dá ensejo à responsabilização civil e mesmo penal (atendidos os pressupostos legais) dos autores da ofensa”. Percebe-se, assim, que a doutrina também traz ideias de limites ao direito da livre comunicação.

Portanto, quando se trata do direito à liberdade de expressão, deve-se entender como um direito que preza pela liberdade e pela não repreensão de colocações políticas (sejam sérias ou jocosas), religiosas e de outras áreas quaisquer. Contudo, as falas e os discursos que incitem o ódio, que expressem opiniões criminosas e que sejam atentados contra o Estado Democrático de Direito e contra a democracia devem ser repudiados e levados para a apreciação jurisdicional, como já ocorre.

### **3. O COMBATE AOS DISCURSOS DE ÓDIO E O POSICIONAMENTO DO STF EM SEUS PRECEDENTES**

O Supremo Tribunal Federal já decidiu alguns casos envolvendo o assunto aqui abordado, como, por exemplo, na Ação Penal nº 1.044/DF. Este julgado envolve um Deputado Federal que promoveu discursos de ódio e que estava sendo acusado pelo artigo 23, II e IV, combinado com o artigo 18 da Lei 7.170/83, revogada pela Lei nº 14.197 de 2021, e pelos artigos 344 e 359-L do Código Penal.

A Ação Penal teve como Relator o Ministro Alexandre de Moraes, o qual expressou que “a liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito” e a ação resultou na condenação do Deputado Federal a oito anos e nove meses de reclusão por crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação e ameaças durante o processo.

Quando o Supremo Tribunal Federal iniciou as investigações e, posteriormente, a Ação Penal contra o parlamentar, muito se falou, sobretudo nas redes sociais, sobre o direito à liberdade de expressão, relacionando com o fato de que um processo e o pedido de prisão de um Deputado Federal por conta de declarações que haviam sido proferidas seriam uma forma de censura.

Por óbvio, quando se instaura processos que visam coibir determinadas condutas, sobretudo as que tangem ao espectro da comunicação, alguns direitos podem ser atingidos. Potencializa-se o conflito de direitos quando se busca uma resposta rápida por vias legislativas e judiciais aos problemas envolvendo a comunicação e a honra. Dessarte,

agilidade das mudanças sociais e tecnológicas frente às dificuldades de acompanhamento pela atividade legislativa e de fiscalização, mecanismos, potencializados pelo meio digital, como as notícias falsas ou os discursos de ódio podem ferir direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico, como o direito à honra e à intimidade (SILVA; SILVA; GONÇALVES NETO, 2021, p. 8).

Contudo, vale ressaltar que Ação Penal visou coibir condutas criminosas, não

simplesmente uma censura ou o impedimento da manifestação do pensamento e da expressão de opiniões. O parlamentar foi condenando por ter feito diversas falas em tom ameaçador e incitando violência contra ministros do STF, o que coloca a ordem democrática em extremo risco de ruptura.

Portanto,

entende-se que nem todo discurso deve ser combatido pelo julgamento de ser certo ou errado, pois limitar ideias sob o argumento do que se considera moralmente errado poderia ter efeito diverso, caçando as falas não hegemônicas em uma espécie de censura balizada por critérios subjetivos (SILVA; SILVA; GONÇALVES NETO, 2021, p. 8-9).

Pode-se observar que, em tal caso, o direito à livre manifestação do pensamento não foi colocado como um princípio máximo, sendo suprimido para que se obtivesse a responsabilização penal pelas falas agressivas e ameaçadoras que foram direcionadas aos membros da Suprema Corte e para alguns institutos democráticos, além dos discursos de ódio.

Quanto ao *hate speech*, Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa lecionam que há em alguns ordenamentos jurídicos a posição de não admissão de tal tipo de discurso, sendo que tal posição:

vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001 (NAPOLITANO; STROPPIA, 2017, p. 16).

Os mesmos autores, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, citam que há uma tendência no Supremo Tribunal Federal, a qual visa:

não admitir o discurso de ódio nas redes sociais, tendo em vista a manutenção da condenação do paciente no caso do HC 109676, bem como a orientação expressa, na Rcl 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio (NAPOLITANO; STROPPIA, 2017, p. 22).

Na inicial do HC 109676 / RJ, citado pelos autores e que teve por relator o Ministro Luiz Fux, constava que o paciente teria se referido a um Desembargador com termos antissemitas em manifestação veiculada via internet. A Turma do STF entendeu limites à liberdade de expressão, reprimindo manifestação preconceituosas e discriminatórias. Assim, por unanimidade, a ordem de habeas corpus foi denegada (NAPOLITANO; STROPPIA, 2017, p. 21).

Ademais, outro caso que pode ser citado para demonstrar como tal princípio é encarado pela Suprema Corte do Brasil é o caso Ellwanger, o qual envolve a publicação de livros com conteúdo antissemita e racista. Inicialmente, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) denunciou Siegfried Ellwanger por incitar e induzir à discriminação racial e indicou os trechos das obras com conteúdo criminoso, os quais foram escritos ou divulgados pelo denunciado (DA SILVEIRA, 2007, p. 98).

A juíza substituta que ficou responsável pelo julgamento do caso prolatou sentença absolutória por entender que o réu estaria protegido pelo princípio fundamental da liberdade de expressão, o que resultou no recurso por parte dos assistentes de acusação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (DA SILVEIRA, 2007, p. 98).

A sentença, então, foi reformada por completo e por unanimidade dos membros da Câmara Criminal do Tribunal, resultando em acórdão que condenava Ellwanger. Então, da decisão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (CMTJRS), o réu impetrou Habeas Corpus para o Superior Tribunal de Justiça, que manteve a decisão que condenou o réu (DA SILVEIRA, 2007, p. 98-99).

Mantida a decisão, a defesa de Ellwanger decide impetrar novamente um Habeas Corpus, desta vez ao Supremo Tribunal Federal - HC 82424 / RS. Apesar de o relator do caso, o Ministro Moreira Alves, ter deferido o Habeas Corpus para declarar a extinção da punibilidade do réu e a extinção da pretensão punitiva, existiram posicionamentos contrários ao deferimento do HC, cabendo o destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual:

empregando o princípio da proporcionalidade e utilizando-se de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) denegou o hábeas corpus, ressaltando que o princípio da dignidade da pessoa humana teria primazia frente à liberdade de expressão, no referido caso, já que a condenação por crime de racismo e a conseqüente censura às publicações discriminatórias alcançaria em maior medida a promoção da democracia, do bem estar e de uma cultura pluralista (DA SILVEIRA, 2007, p. 103).

Outrossim, a Lei 14.532/23 foi promulgada, sem vetos, pelo presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e publicada no dia 11 de janeiro de 2023. A lei equipara o crime de injúria racial ao racismo, aumenta a pena para atos racistas praticados em esportes e em atividades culturais, religiosas ou artísticas, além de proibir quem pratica o crime de injúria racial, nos casos em que houver relação com as atividades descritas, de frequentar os locais por três anos. Portanto, esse tipo de injúria pode ser punido com pena de reclusão de 2 a 5 anos - que era de 1 a 3 anos anteriormente - e a pena poderá ser dobrada se o crime for cometido por duas ou mais pessoas (GILABERTE; SANNINI, 2023).

Dessa forma e por análise do que foi exposto por meio dos julgados e decisões do judiciário brasileiro, depreende-se que o judiciário brasileiro, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, compreende limites à liberdade de expressão e não aceita ataques à democracia e discursos criminosos, tais como o discurso de ódio. Além disso, pela criação da Lei 14.532/23, percebe-se que o Brasil caminha para eliminação dos preconceitos e para a manutenção dos basilares princípios constitucionais.

## **CONCLUSÃO**



O direito à liberdade de expressão, um direito fundamental concebido na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, IX, e em demais dispositivos, como o art. 220 também da Lei Maior, garante aos cidadãos da República Federativa do Brasil a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo sem qualquer restrição.

Contudo, a manifestação do pensamento deve ser entendida como um direito que preza pela liberdade e pela não repreensão de colocações políticas (sejam sérias ou jocosas), religiosas, artísticas e de outras áreas quaisquer. Serve, justamente, para que a pluralidade de crenças, opiniões e conceitos possam existir, compatibilizando a norma com os fatores culturais do Brasil, já que é um país plural em vários quesitos.

Entretanto, as falas e os discursos que incitem o ódio, que expressem opiniões criminosas, racistas ou que sejam atentados contra o Estado Democrático de Direito e contra a democracia devem ser repudiados e levados para a apreciação jurisdicional, como já ocorre e ficou demonstrado por meio de decisões, julgados (tais como os habeas corpus e ação penal), criação de lei e por entendimentos em obras doutrinárias.

Logo, liberdade de expressão, mesmo sendo listada como um direito fundamental, assim como todos os demais, não é um direito absoluto. Existem restrições que a impedem de ser utilizada como justificativa para a defesa de discursos criminosos, antidemocráticos, de ódio e racistas que violam princípios constitucionais, tais como a dignidade humana – a base de todos os direitos fundamentais, humanos e sociais – e a manutenção da democracia.

Por fim, imperioso compreender que as redes sociais constituíram novo paradigma no relacionamento humano e, principalmente, modificaram as dinâmicas da comunicação entre os enunciadores e interlocutores e, como decorrência deste fato, houve a perda do entendimento dos limites éticos e de boa convivência na sociedade. O fenômeno é relativamente recente e causou impacto em diversas profundidades da tessitura social; da política internacional com o *Brexit* às ofensas constantes nas redes sociais, temos um desafio que parece ultrapassar as imposições legais. Far-se-á mais efetivo o combate aos excessos, desinformações e manipulações com o estímulo de formação de uma cultura mais ética, solidária e com menos ressentimento, sentimento este que pode ser capturado por qualquer um para atender seus objetivos pessoais, econômicos e políticos.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio. **O discurso do ódio e a liberdade de expressão II: o caso do deputado Daniel Silvei**. CONJUR, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-22/publico->

privado-discurso-odio-liberdade-expressao-ii-deputado-daniel-silveira. Acesso em: 19 jan. 2023

ALEIXO, Isabela. **Teoria conspiratória diz que Lula morreu e foi substituído**. UOL, 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2022/11/29/teoria-conspiratoria-diz-que-lula-morreu-e-foi-substituido.htm>. Acesso em: 19 jan. 2023.

ALVES, Fernando de Brito; FRANCO, Tiago Arantes. DUPLA SUPRESSÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO AMBIENTE DA INTERNET, REDES SOCIAIS E FAKE NEWS. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, Portugal, n. 4, 2021, p. 575-597. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021\\_04\\_0575\\_0597.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0575_0597.pdf). Acesso em: 25 fev. 2023.

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/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 22 jan. 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Penal nº 1.044 DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília: 2022. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 82424 RS**. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília: 2003. Disponível: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 109676 RJ**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: 2013. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5269854>. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Inquérito nº 4.781 DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília: 2020. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

DA SILVEIRA, Renata Machado. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SilveiraRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf). Acesso em: 22 jan. 2023.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil**. 2020. 323 f. Tese (Doutorado em Comunicação) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/31967>. Acesso em: 19 jan. 2023.

FALSARELLA, Chistiane Mina. A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 61, p. 149-174, 2012. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v61p149>. Acesso em:

07 jan. 2023.

FORTES, Vinícius Borges; BALDISSERA, Wellington Antonio. Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2019.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Sequência (Florianópolis), p. 327-355, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/jMNNxJYNjB94hXQNXbzTgMx/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 jan. 2023.

GILABERTE, Bruno; SANNINI, Francisco. Lei 14.532/23: avanço no combate ao racismo e a perda de uma oportunidade. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-17/gilaberte-sannini-lei-1453223-racismo-avancos-lacuna#:~:text=Lei%2014.532%2F23%3A%20avan%C3%A7o%20no,a%20perda%20de%20uma%20oportunidade&text=A%20Lei%2014.532%2F23%20veio,discriminat%C3%B3rias%2C%20costumeiramente%20chamadas%20de%20racismo>. Acesso em: 22 jan. 2023.

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Regulação é Censura? Igual Liberdade de Expressão e Democracia na Constituição de 1988**. Dados [online]. 2023, v. 66, n. 3. e20190061. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.3.298>. Epub 10 Out 2022. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.3.298>. Acesso em: 4 jan. 2023.

MONTEIRO, Danielle. **Conheça 6 'fake news' sobre as vacinas contra a Covid-19**. FIOCRUZ, 2021. Disponível em: <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/51261>. Acesso em: 19 jan. 2023.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 313-332, 2017. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/4920/3647>. Acesso em: 22 jan. 2023

OLIVEIRA, P. C.; RODRIGUES FRANCO, D. . Liberdade de expressão e discurso de ódio sob a perspectiva de John Rawls. **CSONline - REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS**, [S. l.], n. 30, 2020. DOI: 10.34019/1981-2140.2019.27332. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/27332>. Acesso em: 7 jan. 2023.

PANNAIN, Camila Nunes; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Liberdade de Expressão e Hate Speech na Sociedade da Informação. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 4, n. 1, p. 72-87, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/REDESG/article/view/19432>. Acesso em: 22 jan. 2023.

POLETTO, Álerton Emanuel; SANTOS DE MORAIS, Fausto. **(IN)SUSTENTABILIDADE DAS REDES SOCIAIS: OS IMPACTOS DA MANIPULAÇÃO DE DADOS PELAS PLATAFORMAS DE APLICAÇÃO**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 35, p. 587-606, dez. 2021. ISSN 2317-3882. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2413>. Acesso em: 25 fev. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i35.2413>.

RENNÓ, Lucio. **Bolsonarismo e as eleições de 2022**. Estudos Avançados, v. 36, p. 147-163, 2022.

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/7ydPPygGTwLsR5xSN3RZ5HP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jan. 2023.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 8, n. 14, p. 112-142, 2016. Disponível em: <http://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/229>. Acesso em: 19 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 628.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 22 jan. 2023.

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, n. 34, p. 415-438, jun. 2021. ISSN 2317-3882. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2169>. Acesso em: 25 fev. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i34.2169>.

# COMO O STF PODE MINORAR A ATUAÇÃO DO CNJ? O CASO DA RESOLUÇÃO Nº 280/2019 E OS POSSÍVEIS MEIOS DE INFLUÊNCIA NO CONSELHO

Matheus Conde PIRES<sup>1</sup>  
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão celebrado por muitos, encontrou, já na sua criação, forte resistência. A esse respeito, observa-se que na Assembleia Constituinte de 1987-1988, discutiu-se sobre a criação de um Conselho Judicial, porém, a referida proposta não prevaleceu. Somente em momento posterior, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o CNJ foi criado, porém, logo após sua criação, o Supremo Tribunal Federal - STF afirmou sua proeminência em relação ao referido órgão. Frente a isso, a presente pesquisa busca responder ao seguinte problema: a atuação do STF acabou por minorar o campo de atuação do CNJ? Ao final, concluiu-se, mediante uma pesquisa exploratória, aplicada em meio a procedimentos de análise jurisprudencial e revisão bibliográfica, que o STF, por meio da revisão de atos como resoluções, por exemplo, expedidos pelo CNJ no exercício de competência constitucionalmente prevista, pode interferir no âmbito de atuação do Conselho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interferência; controle de constitucionalidade; competência

## ABSTRACT

The National Council of Justice - CNJ, celebrated by many, found, since its creation, strong resistance. In this regard, it is observed that in the Constituent Assembly of 1987-1988, the creation of a Judicial Council was discussed, however, the proposal did not prevail. Only later, through Constitutional Amendment No. 45/2004, was the CNJ created, however, after its creation, the Federal Supreme Court - STF indicated your prominence in relation to that Council. Front of this, the present research seeks to answer the following problem: did the STF's action minimized the CNJ's field of action? It was concluded, through an exploratory research, applied with procedures of jurisprudential analysis and bibliographical review, that the STF, through the review of acts such as resolutions, for example, issued by the CNJ in the exercise of constitutionally foreseen competence, can interfere in the scope of action of the Council.

**KEY-WORDS:** Interference; judicial review; competence.

## INTRODUÇÃO

- 
- 1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade (2020), pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).
  - 2 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP) e bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduada em Direito (2018) pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Processual (2019) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).

Com o advento da Constituição de 1988 o STF, em sua função de Corte Constitucional, passou a ter um papel central na divisão de poderes. Seu protagonismo se alastrou com o passar do tempo por meio de reformas constitucionais e sedimentação de suas próprias jurisprudências. Paralelamente, o CNJ se apresentaria como um possível contraponto, buscando assegurar a responsabilização de magistrados que eventualmente extrapolem seus limites.

Contudo, a criação do CNJ não ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, mas sim em momento posterior, por meio da aprovação da EC nº 45/2004. A criação do Conselho por meio da referida emenda gerou forte reação por parte de membros e associações do Poder Judiciário, que viam, nela, uma forma de interferência em suas atividades.

Hoje, passados quase 18 (dezoito) anos da instalação do CNJ, ocorrida em 14 de junho de 2005, algumas investigações apontam que o CNJ exerce importante função de controle do Judiciário, porém, que essa ocorre, sobretudo, por uma *accountability* interna do Poder Judiciário, já que sua composição é formada, majoritariamente, por magistrados; e que existem meios de interferir e, em consequência, determinar os rumos das decisões tomadas pelo órgão.

Diante disso, a pesquisa se desenvolve mediante a seguinte questão: a atuação do STF acabou por minorar o campo de atuação do CNJ? Nesse sentido, mediante pesquisa exploratória, aplicada com procedimentos de análise jurisprudencial e revisão bibliográfica, busca-se verificar se o STF atua de forma a assegurar uma independência e autonomia absoluta, restringindo a atuação do CNJ.

A pesquisa se justifica ao passo que o tema da relação das supremas cortes e dos conselhos judiciais costuma ser explorado em relação às duas instituições de modo separado. Por isso, a investigação proposta apresenta relevância, pois busca inovar em relação às discussões já realizadas a respeito do tema, visto que busca examinar, a partir de situação específica, as instituições de forma conjunta, e não separada.

Para colocar tal questão em debate, o artigo se divide em três momentos. O primeiro visa identificar as principais funções do CNJ e os objetivos de sua criação. Pretende-se por meio disto, destacar os possíveis pontos de tensão com a atuação do judiciário de modo geral. Posteriormente, a pesquisa se volta para o STF em sua função de Corte Constitucional e seu protagonismo aprofundado desde 1988. A partir deste momento, evidenciará os possíveis desconfortos entre a instituição com a última palavra dos signos constitucionais e o CNJ em seu papel de fiscalização da magistratura. Por fim, a pesquisa se volta para a atuação do STF em relação ao CNJ, a fim de identificar se houve uma minoração do campo de atuação dessa instituição de fiscalização.

## **1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA ORDEM CONSTITUCIONAL**

## BRASILEIRA

Os conselhos judiciais podem ter diferentes funções. Conforme indicam Nuno Garoupa e Tom Ginsburg (2009, p. 106), eles podem isolar as funções de apontamento, promoção e disciplina de juízes do processo político partidário, e, além disso, podem assegurar algum nível de responsabilização dos magistrados.

Nota-se, portanto, que, segundo os autores anteriormente citados, os conselhos de justiça podem ter dupla função, pois podem garantir a independência judicial, ao permitir que as instituições políticas não interfiram em questões ligadas diretamente a interesses judiciais, assim como a responsabilização dos juízes.

Sobre a segunda função apontada anteriormente, qual seja, a responsabilização, é possível notar que alguns Conselhos de Justiça revisitam a noção de *accountability*<sup>3</sup>. No âmbito judicial, a *accountability* se concentra na esfera institucional, visto que juízes não são eleitos diretamente na maioria das democracias constitucionais, e, ainda, existem garantias de independência (como as institucionais e da magistratura). Assim, no judiciário, a *accountability* ocorre principalmente na forma horizontal<sup>4</sup>, de modo específico, nas seguintes formas: decisional, quanto à possibilidade de requerer informações ou justificações de magistrados por suas decisões; comportamental, pela possibilidade de obter informações ou justificações relacionadas ao comportamento dos magistrados; institucional, relacionada às informações e justificações sobre ações institucionais e não jurisdicionais. Nesse sentido, a criação de conselhos de justiça permite ampliar as *accountabilites* comportamental e institucional (TOMIO; ROBL FILHO, 2014, p. 429-431).

Frente a isso, é possível perceber que os conselhos de justiça podem ser instituídos observando diferentes modelos, que variam conforme as funções por ele exercidas, número e origem dos membros que o compõem, etc. No Brasil, buscou-se, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, criar um conselho focado em efetuar o controle social do judiciário, contudo, a ideia não prevaleceu.

A esse respeito, Marcos Vinícius Furtado Coelho (2014, p. 18) indica que houve forte pressão do Poder Judiciário e do Ministério Público contra a proposta da Ordem dos Advogados do Brasil de criação do Conselho, o que obstou sua aprovação na Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte.

---

3 O referido termo não encontra tradução exata na língua portuguesa, mas pode ser relacionado aos termos “controle” ou “responsabilização” e está ligado à noção de prestação de informações e justificações, por pessoa ou instituição a quem foi atribuído ou delegado determinado poder, sobre as próprias ações e resultados, com a possibilidade de sanção política, pública, institucional e/ou jurídica pelas atividades exercidas (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 30).

4 A *accountability* horizontal (institucional) é empreendida quando agentes estatais requerem informações ou justificações de outros agentes estatais, com a possibilidade de sancioná-los (TOMIO; ROBL FILHO, 2014, p. 429-431).

Por isso, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que foi criado o CNJ, por meio da aprovação da Emenda Constitucional - EC nº 45/2004. O referido conselho foi constituído como órgão do Judiciário, para controle da atuação administrativa e financeira desse poder. Com a criação do conselho, foram notadas reações, como, por exemplo, a das Associações de Magistrados, encabeçada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que se opôs fortemente à criação do CNJ (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p. 14).

O CNJ, hoje previsto no artigo 103-B da Constituição Federal, é composto por 15 membros, com mandato de dois anos, com possibilidade de uma recondução. À exceção de seu presidente, que deve ser o mesmo do STF, verifica-se que os demais membros são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Nota-se que, de acordo com o art. 103-B da CF/88, a composição do Conselho e a indicação dos membros observa o seguinte: um Ministro do STF, indicado pelo respectivo tribunal; o Presidente do STF; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho - TST, também indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo STF; um juiz estadual, indicado pelo STF; um juiz de Tribunal Regional Federal - TRF, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ; um juiz federal, indicado pelo STJ; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho - TRT, indicado pelo TST; um juiz do trabalho, indicado pelo TST; um membro do Ministério Público da União - MPU, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (BRASIL, 1988).

Diante disso, é possível notar que a composição do CNJ é formada por 60% (nove) de membros magistrados e 40% (seis) de membros não magistrados. Assim, própria estrutura do conselho indica um forte grau de independência institucional da magistratura, já que o Presidente do Conselho e a maioria dos membros são magistrados e integram o Judiciário. Não se pode olvidar, no entanto, que também existem elementos que apontam para a responsabilização judicial institucional externa, pois quatro membros são profissionais essenciais à atividade jurisdicional (advogados e membros do Ministério Público) e dois membros são cidadãos de "notável saber jurídico" (TOMIO, ROBL FILHO, 2013, p. 40).

Tem-se, portanto, que o CNJ se trata de um órgão do poder Judiciário, focado na *accountability* interna, uma vez que é composto, em sua maioria, por magistrados com poder de fiscalização e responsabilização de outros magistrados, mas que, no entanto, também possui



abertura para uma responsabilização externa, em virtude dos membros que exercem funções fora do Poder Judiciário.

Conforme disposto no texto constitucional (art. 103-B, § 4º, da CF/88), o CNJ, dentre outras funções, detém o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (BRASIL, 1988). Para cumprir tal finalidade, o Conselho pode, consoante inciso I do mesmo artigo, expedir “atos regulamentares”.

Por isso, o CNJ pode editar resoluções, recomendações, instruções normativas, portarias, provimentos, recomendações, enunciados e outros atos normativos<sup>5</sup>, que possibilitam cumprir a competência que lhe foi outorgada constitucionalmente por meio da EC nº 45/2004.

Importante destacar, ainda, que o referido órgão promoveu uma transformação nas relações de poder administrativo, disciplinar, orçamentário e financeiro do Judiciário, visto que retirou o poder de direção antes atribuído aos tribunais. Porém, o CNJ também exerce a função de exigir informações e justificações dos magistrados, tribunais, servidores auxiliares, cartórios e notários, e permitir, inclusive, a aplicação de punições, com estímulo à *accountability* horizontal, e possibilita o desenvolvimento de *accountabilities* sociais na esfera do Poder Judiciário, o que ocorre por meio da materialização do princípio da transparência no Poder Judiciário, da aceitação de denúncias de ilícitos disciplinares de agentes judiciais, da instauração de ouvidorias de justiça e da apresentação de relatórios (TOMIO, ROBL FILHO, 2013, p. 44).

Assim, o CNJ, criado com a reforma constitucional promovida pela EC nº 45/2004, trata-se de órgão inserido na estrutura do poder Judiciário, que deve exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, focado na *accountability* interna desse Poder.

## **2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

No tópico anterior, buscou-se abordar a questão da criação e da função do CNJ na ordem constitucional brasileira. Adiante, será tratado sobre o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, para que, ao final, possa ser indicado como esses dois órgãos se relacionam e sobre um dos meios de influência de um sobre o outro.

Nas democracias constitucionais, as supremas cortes podem influenciar na definição de questões de cunho político. Sobre isso, Juliano Zaiden Benvindo e Fernando José Gonçalves Acunha (2018, p. 58) destacam que a literatura do direito constitucional comparado tem tratado sobre a alteração da arena central dos debates sobre escolhas fundamentais de cada país, e que essa modificação é criticada tanto em razão dos déficits participativos que a judicialização propicia,

---

5 Em consulta ao site do CNJ, é possível ver quais são os atos normativos que o órgão pode expedir. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/atos\\_normativos/](https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/). Acesso em 12 abr. 2023.

como também pelo questionamento da legitimidade democrática das cortes.

A influência das Cortes nas questões políticas torna-se possível por meio do exercício do controle de constitucionalidade, que consiste no poder das cortes invalidarem leis e atos normativos quando entenderem que estão em desacordo com a Constituição, o que pode ocorrer em um caso concreto ou na forma abstrata, sem que haja a discussão em um caso que envolva uma situação concreta.

Nesse aspecto, faz-se importante destacar que há diferenciação entre controle de constitucionalidade, já descrito, e supremacia judicial, pela qual é atribuído ao Poder Judiciário a última palavra a respeito do sentido do texto constitucional. No último caso, é apontado o risco de o Judiciário atuar como substituto do poder constituinte, o que pode ocorrer quando atribui a si a função de intérprete autêntico, com acesso especial à vontade constituinte, com decisões incontestáveis (BRANDÃO, 2017, p. 14-22). Diante disso, é possível notar que o controle de constitucionalidade se diferencia da supremacia judicial, e que a adoção de um, em um ordenamento jurídico, não implica, necessariamente, na instituição do outro.

Sobre o controle de constitucionalidade, Conrado Hubner Mendes (2008, p. 184) ressalta não haver tanto problema no fato de a Corte atuar como anteparo contra decisões ordinárias, para proteção do cotidiano constitucional e estabilidade democrática. Contudo, tal cenário é modificado quando se trata do exame de emendas constitucionais, visto que essas configuram a última via de manifestação legislativa.

Além do indicado pelo autor anteriormente citado, Jairo Lima (2018, p. 106-107 e 217-218) ressalta outras razões pelas quais o controle de emendas se diferencia do controle da legislação ordinária: primeiro, porque é possível que a Corte defina os limites que caracterizam um novo poder constituinte originário no controle de emendas, especialmente quando há o controle sobre os limites implícitos ao poder de reforma; segundo, porque as emendas apresentam carga democrática com maior vigor, visto que a sua aprovação exige o atendimento de requisitos mais exigentes; terceiro, em razão de o poder reformador necessitar de engajamento deliberativo diverso, em um momento constitucional exclusivo para a emenda constitucional.

Com isso, observa-se que a possibilidade de o órgão de cúpula do judiciário controlar emendas constitucionais, assim como propostas de emendas, que exigem o preenchimento de requisitos distintos da legislação ordinária para sua apresentação, permite que ele dê a última palavra a respeito do significado do texto constitucional e reprima a última via de manifestação legislativa.

No Brasil, houve o fortalecimento do sistema de jurisdição constitucional com a promulgação do texto constitucional em 1988, tendo em vista que foram introduzidas novas ações

de constitucionalidade, ampliados os legitimados a sua propositura e, ainda, ampliou-se a abrangência de temas tratados pela Constituição (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 124). Atualmente, o art. 102 da CF/88 dá noção do amplo espaço de atuação concedido ao STF (BENVINDO; ACUNHA, 2018, p. 62). Essa noção ampliada pode ser vista no artigo “A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 42) expõe o que entende ser o papel de uma Corte Constitucional: uma “vanguarda iluminista” responsável por “empurrar a história quando ela emperra”.

Mas, além do fortalecimento tratado, nota-se que o texto constitucional atribuiu considerável independência ao Judiciário, o que, no entanto, não se verificou em relação à *accountability*. Sobre isso, é possível ver que a CF/88 deixou de lado, ao menos em parte, a *accountability* vertical judicial, relacionada ao controle das atividades judiciais pelos cidadãos, e a *accountability* horizontal judicial, que trata do controle entre juízes e tribunais por outros órgãos do Judiciário (TOMIO; ROBL FILHO, 2013, p. 39), já que o Conselho Judicial, conforme já indicado, não foi criado nesse momento, mas sim em momento posterior, por meio de emenda constitucional.

A este respeito, é possível notar que durante os debates constituintes de 1987 - 1988, juristas e juízes contribuíram para a formação de um pacto em que o Judiciário, em especial o STF, obtivesse uma maior proeminência (CARVALHO, 2017, p. 69-73). Os próprios ministros do STF se mobilizaram durante os debates constituintes, alinhados aos conservadores e ao centro, para preservar seus poderes institucionais e fortalecer o papel do Judiciário, sem controles e participações externas (KOSNER; FREITAS, 2013, p. 178-181). Assim, os juristas, em especial os juízes, não foram meros destinatários do texto constitucional, mas sim ativos construtores deste arranjo jurídico-político (LIMA, 2018a, p. 147).

Articulações como essas expõem a multiplicidade de interesses em disputa, bem como a imposição de um cenário de conciliações. Isto pois, nenhum grupo era forte o suficiente para fazer valer seus interesses de forma plena, sendo necessárias algumas concessões, mesmo após a chamada “rebelião conservadora”<sup>6</sup> (PILATTI, 2019, p. 229 – 236). Está-se diante de uma Constituição sem vencedores, um texto constitucional que acolheu sem decidir de forma definitiva em relação aos conflitos historicamente ligados à sociedade brasileira (RODRIGUEZ, 2019, 468). Tal estratégia abre espaço para que estes embates sejam resolvidos não apenas em órgãos por excelência representativos como o Congresso, mas também por meio de disputas judiciais em meio a atuação do STF.

---

6 Este episódio marca o nascimento de um bloco autointitulado por “Centrão”. Até a Comissão de Sistematização as pautas alinhadas ao bloco progressista conseguiram se sustentar no Anteprojeto da Constituição (CARDOSO, 2017, p. 183). No entanto, os conservadores organizaram uma “rebelião”, na qual paralisaram a ANC até perfazerem reformas no RIANC que entendessem favoráveis para a neutralização dos avanços progressistas (PILATTI, 2019, p. 196).

Diante disso, o fortalecimento do sistema de jurisdição constitucional contribuiu para a facilitação do acesso à Corte, o que levou à possibilidade de se questionar, perante ela, diversos temas de relevância social. Com isso, houve uma modificação na presença do STF no espaço político, pois o próprio Tribunal passou a remarcar as fronteiras de sua atuação junto aos outros poderes (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408). Sobre isso, é possível ver, por exemplo, que o STF, por construção jurisprudencial, assumiu a competência para o exame de emendas constitucionais<sup>7</sup> e de propostas de emendas constitucionais<sup>8</sup>, ou seja, remarcou o espaço conferido para sua atuação.

Uma das emendas constitucionais questionadas junto ao STF foi a da criação do CNJ (EC nº 45/2004), conhecida por instituir a reforma do Poder Judiciário. No tópico a seguir, a ação promovida para questionar essa emenda, assim como os desdobramentos dela, serão tratados com mais detalhes.

### **3 DA ATUAÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AO CNJ**

Conforme apontado em momento anterior, a EC nº45/2004 passou por controle de constitucionalidade junto ao STF. Tal fato se deu por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.367/DF, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Nessa ação, foi questionada a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da EC nº 45/200, sob o fundamento de que a criação do CNJ levaria à violação do princípio de separação de independência dos poderes, que pressupõe o auto-governo dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, assim como ofensa ao pacto federativo, por submeter órgãos do Judiciário dos estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União (BRASIL, 2005, p. 203).

Na decisão, o STF reconheceu a constitucionalidade da EC nº 45/2004, e, em consequência, manteve a criação do CNJ para controle administrativo e financeiro do Judiciário. Contudo, é importante mencionar que, nessa mesma ação, o Tribunal também afirmou sua preeminência em relação ao CNJ ao indicar que o conselho não detém nenhuma competência sobre o Tribunal.

Com isso, tem-se que, logo após a criação do conselho por uma emenda constitucional, o STF foi chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade dessa emenda, oportunidade em que construiu entendimento de que o conselho não possui competência sobre o Tribunal, assim como

7 Conforme expõe Jairo Lima (2018, p. 172-174), as seguintes ações podem ser mencionadas no que diz respeito à assunção dessa competência: HC nº 18.178, de 01/10/1926, MS nº 20.257, de 08/10/1980, a ADI nº 466, de 03/04/1991, as ADI's nºs 829, 830 e 833, decididas em conjunto em 14/04/1993, a ADI nº 826, de 01/09/1993, e a ADI nº 939, de 15/09/1993.

8 A ação que deu início a esse entendimento foi o MS nº 20.257, de 08/10/1980.

que os seus atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional.

A situação ocorrida no Brasil também se verificou, de formas parecidas, em outros países. A esse respeito, Andrea Pozas-Loyo e Julio Ríos-Figueroa (2011, p. 1815) indicam que, em países que possuem contextos políticos fragmentados, os membros das supremas cortes conseguem influenciar nas decisões dos membros do órgão constituinte derivado que digam respeito à criação de conselhos de justiça, o que pode ocorrer tanto pelo controle de emendas constitucionais, como por mecanismos informais relacionados a questões compartilhadas entre os membros do órgão constituinte derivado e magistrados das cortes<sup>9</sup>.

Com isso, tem-se que a influência das Cortes no controle de constitucionalidade de emendas relacionadas a conselhos de justiça pode ocorrer em relação a questões do Conselho, mais especificamente aquelas relacionadas ao desenho, a composição e às competências desses órgãos.

Porém, é possível ver outros pontos de influência do STF no CNJ. A esse respeito, Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes (2015, p. 468) tratam de dois desses pontos. O primeiro ocorre porque a Presidência do CNJ é exercida por um ministro do STF, de modo a gerar a centralização do poder no órgão de cúpula do judiciário e a possibilidade de captura das pautas que seriam próprias do conselho. A esse respeito, Maria Tereza Sadek (2010, p. 16) indica que a primeira presidência do conselho, do ex-ministro Nelson Jobim, esteve ligada à criação e institucionalização do conselho; a segunda, da ex-ministra Ellen Gracie, buscou a informatização, para a construção de bases quantitativas confiáveis com o projeto “Justiça em Números”; a terceira, do ministro Gilmar Mendes, tentou estabelecer políticas de gestão e defesa de direitos e garantias fundamentais. Nesse mesmo sentido, Roberto Fragale Filho (2013, p. 989) indica que a presidência do ex-ministro Cezar Peluso, no período de 2010-2012, esteve relacionada à pauta do controle da magistratura de forma endógena.

O segundo ponto mencionado por Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes ocorre porque o desenho institucional do CNJ é constantemente debatido no STF, visto que as decisões tomadas pelo conselho podem passar por controle junto ao Tribunal. A esse respeito, nota-se que o STF decide mandados de segurança que juízes ou tribunais impetram para questionar medidas administrativas do CNJ, assim como ações de inconstitucionalidade que tratam do poder normativo do Conselho. Os mandados de segurança podem ser impetrados por qualquer indivíduo prejudicado por medida do CNJ, enquanto as ações de inconstitucionalidade restringem-se ao conjunto de atores institucionais tratados no art. 103 da CF (RIBEIRO; ARGUELHES, 2015, p. 480-482).

---

9 A respeito da última situação, os autores mencionam situação ocorrida no México, no ano de 1994, em que dois senadores que tinham sido membros da Corte Suprema conseguiram incluir uma modificação no processo de emenda de criação do conselho.

Nesse sentido, então, o presente artigo busca tratar da Resolução nº 280/2019 (BRASIL, 2019a), objeto de exame pelo STF na ADI nº 6.259/DF. Nessa ação, a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo impugnou a resolução já mencionada, do CNJ. A referida resolução trata das diretrizes e parâmetros para o processamento de execuções penais, e determina, dentre outros pontos, que todos os processos de execução do país passem a tramitar, de forma obrigatória, pelo Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU. Assim, o referido sistema processual unificaria a forma de tramitação das execuções penais em todo o território brasileiro.

No caso, o Ministro Relator Alexandre de Moraes concedeu, na data de 16/12/2019, medida cautelar pleiteada, para suspender os efeitos de artigos da Resolução nº 280/2019. Após isso, o CNJ editou a Resolução nº 304, de 17/12/2019, para alterar os dispositivos originalmente impugnados na ADI (BRASIL, 2019b). Mesmo diante disso, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou seu voto, para confirmar a medida cautelar e julgar parcialmente a ação, no sentido de que os Tribunais locais não estariam obrigados a seguir a regulamentação editada pelo CNJ (BRASIL, 2023).

Porém, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista na data de 03/11/2022 e devolveu os autos para julgamento em 13/02/2023. No seu voto, o Ministro entendeu que havia preliminar que impedia o conhecimento do mérito, mas, caso essa fosse superada, que a Resolução deveria ser considerada constitucional. Alguns Ministros acompanharam o Ministro Ricardo Lewandowski no que diz respeito ao entendimento aplicado ao mérito do processo, tais como Dias Toffoli, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux. O julgamento virtual do caso, no entanto, foi interrompido por pedido de vista do Ministro André Mendonça (BRASIL, 2023).

Nota-se, portanto, que o referido caso é interessante porque traz divergência de entendimento sobre os limites da competência normativa do CNJ e, ainda, demonstra uma das formas pelas quais o STF pode minorar os poderes do CNJ, qual seja, pela revisão de um ato expedido pelo Conselho.

Destaque-se que, no entendimento do Ministro Relator Alexandre de Moraes, a competência do CNJ, no caso examinado pelo Tribunal, esbarraria na competência legislativa da União e dos Estados e na autonomia dos Tribunais. Porém, para Lewandowski, que abriu divergência, devem ser consideradas as seguintes questões: não haveria interferência nos poderes administrativos dos estados, visto que o CNJ é um “órgão constitucional e legalmente habilitado para realizar o planejamento e desenhar estratégia unificada de manejo da questão penitenciária no país” (BRASIL, 2023b, p. 17); o SEEU seria apenas um sistema de tramitação processual, de modo que não interferiria nos poderes administrativos do Estado-membro que questionou a norma; resoluções não trazem norma de direito penitenciário e, do mesmo modo, não violam o princípio da

separação de poderes, visto que a norma se circunscreve apenas o Judiciário (BRASIL, 2023b, p. 1-17).

Diante disso, tem-se que a referida Resolução, embora editada pelo CNJ no exercício de sua função de controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, estabelecida pelo constituinte derivado, pode, em julgamento futuro, ser derrubada pelo STF, visto que, até o momento, apenas cinco ministros entenderam pela constitucionalidade do ato normativo.

Porém, o caso da Resolução também chama a atenção por outro fator: ele indica a possibilidade de o STF, no controle de constitucionalidade dos atos expedidos pelo CNJ, interferir na competência atribuída constitucionalmente ao órgão, por meio da revisão dos referidos atos.

Ressalta-se que, no caso examinado neste artigo, o entendimento dos Ministros que já apresentaram voto, à exceção do Relator, foi no sentido da “não intervenção” em relação ao ato expedido pelo Conselho. Não obstante, o caso demonstra uma certa abertura para que o Tribunal possa adotar, em outras situações, postura mais expansiva, de modo a avançar sobre a competência atribuída constitucionalmente ao CNJ. Ou seja, trata-se de uma autocontenção que visa reafirmar a posição do STF como instituição responsável por dar a última palavra a respeito dos temas constitucionais, não se submetendo por completo a um controle externo.

Diante disso, o caso da Resolução nº 280/2019 demonstra, portanto, como o STF, órgão máximo do Judiciário, pode atuar, por meio da revisão dos atos expedidos pelo referido órgão, tais como as Resoluções, por exemplo, para minorar o âmbito de atuação conferido constitucionalmente, por meio de ato do poder constituinte reformador, ou seja, através de emenda constitucional, ao CNJ.

## **CONCLUSÕES**

Discute-se, no STF, por meio da ADI nº 6.259/DF, interrompida por pedido de vista feito pelo Ministro André Mendonça, a constitucionalidade da Resolução nº 280/2019 do CNJ, expedida pelo órgão para regulamentar a implementação do SEEU para o processamento de execuções penais em todo o país. A referida resolução foi expedida pelo CNJ no exercício de sua função de controle administrativo e financeira do Poder Judiciário, constitucionalmente conferida por meio da EC nº 45/2004.

Essa função prevista no texto constitucional – de controle administrativo do Poder Judiciário – conduz à conclusão de que o CNJ teria competência para determinar ao Judiciário o uso de um sistema para tramitação de processos. Tal entendimento, no entanto, não foi partilhado por todos os Ministros do STF, tendo em vista que, no caso mencionado, o Relator Alexandre de Moraes entendeu que a situação violaria as competências legislativas dos estados e, ainda, feriria a

autonomia dos Tribunais.

Observa-se, portanto, que o caso indica a possibilidade de o STF, por meio de ações que questionam a constitucionalidade dos atos expedidos pelo CNJ, interferir no âmbito de atuação do Conselho. Ressalta-se que, no caso tratado neste artigo, o entendimento ora prevalecente dos Ministros do STF é de que a interferência não se mostra devida, no entanto, existe tanto a possibilidade de o placar ser revertido, como, também, do Tribunal invalidar atos futuros do Conselho.

Assim, tem-se a existência de uma instituição fiscalizadora que não possui autonomia perante o órgão fiscalizado, visto que este possui a palavra final a respeito daquilo que está ou não em consonância com a Constituição. Significa dizer que eventual atuação do CNJ que destoe do que o STF, em sua função de Corte Constitucional, entenda como compatível com a divisão de poderes e autonomia institucional, será declarado inconstitucional.

Frente a isso, é possível concluir que o STF pode minorar os poderes constitucionalmente conferidos ao CNJ, o que pode ocorrer por meio do controle dos atos expedidos pelo último órgão. Exemplo de como isso pode ocorrer é o do controle da Resolução discutida nesse artigo, em que o Conselho apenas buscou implementar um sistema para tramitação de execuções penais, questão que, no entanto, encontrou óbice no Tribunal Supremo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 517-546, 2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O Papel da Política na Atuação das Cortes Supremas: uma Comparação entre Brasil e México. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 57-59, p. 57-79, jan./abr. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 280 de 09 de abril de 2019**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_280\\_09042019\\_10042019160601.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_280_09042019_10042019160601.pdf). Acesso em: 12 abr. 2023a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 304 de 17 de dezembro de 2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original124941201912195dfb71e58da50.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2023b.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2023.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Ministro Relator: Cezar Peluso. Julgamento em 13 abr. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.259/DF**. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5814977>. Acesso em: 29 mar. 2023. 2023a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.259/DF**. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Julgamento em 06 mar. 2023. Data da decisão: 06 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-julgamento-regulamentacao1.pdf>. Acesso em 30 mar. 2023. 2023b.

CARVALHO, Alexandre. Juscorporativismo: os Juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte (Jus Corporatism: The Judges and the Judiciary in the National Constituent Assembly). **Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte**, n. 114, p. 31-77, 2017.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O Poder dos Juízes: Supremo Tribunal Federal e o Desenho Institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 13-27, mar. 2013.

COELHO, Marcos Vinícius Furtado. A Ordem dos Advogados do Brasil e a Emenda Constitucional nº 45/2004: muito mais do que dez anos. **Revista Diálogos sobre Justiça**, n. 2, mai./ago.2014.

FRAGALE, Roberto. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório. **Dados**, v. 56, n.4, p. 975-1007, 2013.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. **The American Journal of Comparative Law**, v. 57, n. 1, p.103–134, jan. 2009.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, p. 141-184, 2013.

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**, v. 63, n. 2, p. 145-167, 2018a.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: Democracia e Supermaioria**. Editora Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2018b.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

POZAS-LOYO, Andrea; RIOS-FIGUEROA, Julio. The Politics of Amendment Processes: Supreme Court Influence in the Design of Judicial Councils. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1806-1833, 2011.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. O Conselho no Tribunal: Perfil

quantitativo das ações contra o CNJ e junto ao STF. **Revista Direito & Práxis**, v. 6, n. 12, p. 464-503, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11, n. 3, p. 461-479, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e Independência Judiciais: uma Análise da Competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29-45, mar. 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Controle do poder judiciário: estruturas teóricas da accountability judicial e análise crítica da atuação do Conselho Nacional de justiça brasileiro de 2005 a 2013. **Nuove Autonomie Rivista di Diritto Pubblico**, v. 2014, p. 427-452, 2014.

# **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: DO PROTAGONISMO AO GARANTIDOR DAS REGRAS DO JOGO DEMOCRÁTICO**

Vinicius Consoli Ireno FRANCO

## **RESUMO**

O presente artigo propõe-se a pesquisar sobre o papel que o poder judiciário tem na democracia brasileira, uma vez que o mesmo foi elevado à condição de protagonista, dentro do modelo de tripartição dos poderes, no Estado democrático de Direito, enquanto, nesse mesmo período, a democracia vem sendo impactada diretamente por eventos políticos. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo para o estudo crítico do tema apresentado. O artigo revelou que o judiciário, dentro da democracia, tem como papel garantir a segurança jurídica, com decisões interpretacionistas, afastando o subjetivismo do julgador e dando primazia para o ordenamento jurídico posto; o de agir como árbitro no campo político, como defensor do modelo constitucional de governo adotado e como responsável pelo retorno do poder político como palco de tomada de decisão que afete a coletividade.

**PALAVRAS CHAVES:** judiciário; democracia; protagonismo do judiciário; papel do judiciário; democracia brasileira.

## **ABSTRACT**

This article proposes to research the role that the judiciary has had in Brazilian democracy, since it was elevated to the status of protagonist, within the tripartition of powers, in the democratic State of Law, while, in the same period, democracy in the country has been directly impacted by political events. Bibliographical research and the hypothetical-deductive method were used for the critical study of the theme presented. The article revealed that the judiciary, within democracy, bears the role both of guaranteeing legal certainty, with interpretationist decisions, removing the subjectivism of the judge and giving primacy to the established legal system as well as that of acting as an arbitrator in the political field, as a defender of the defense of the adopted constitutional model of government and as responsible for the return of political power as a decision-making stage that affects the community.

**KEYWORDS:** judiciary; democracy; judicialization of politics; role of the judiciary; Brazilian democracy

## **1. INTRODUÇÃO**

Recentemente, tem – se percebido uma aproximação da população com o poder judiciário, seja pelo depósito das esperanças de realização das promessas constitucionais, uma vez que a classe política tem se desprestigiado, seja com desconfiança uma vez que decisões consideradas influenciadas por fatores externo ao direto são tidas como ilegítimas.

A democracia também é um termo que tem se tornado cada vez mais popular e tem sido objeto de disputa na narrativa política. Sendo conceituado como o governo da maioria, porém, é um conceito contraditório em si mesmo, uma vez que a maioria tem que governar respeitando a

minoria.

A democracia, em especial a brasileira, vem sendo posta à prova. Dessa disputa, cria – se fissuras na política brasileira, tendo um impacto direto na vida da população.

Sendo a democracia o modelo o regime político adotado pelo Estado brasileiro, surge a necessidade da sua manutenção, com isso, questiona – se qual o papel do principal poder da república dentro do Estado Democrático de Direito? Sendo que o objetivo principal deste trabalho reside em identificar a responsabilidade do judiciário para a defesa do regime político escolhido pelo Estado brasileiro no preâmbulo da Constituição Federal, que tem como a Corte Constitucional como sua guardiã. Justificando esse trabalho na necessidade da defesa da democracia brasileira, uma vez que o modelo político de governo não pode ser mudado a depender do contexto histórico que o país está enfrentando, além da identificação dos limites do poder judiciário na defesa deste modelo, visto que nenhum poder é irrestrito.

Portanto, para saber qual é o papel do judiciário na democracia brasileira, a pesquisa se dividiu em três capítulos. O primeiro capítulo aborda como este poder foi alçado ao papel de protagonista, deixando o poder que originalmente foi pensado para este papel como coadjuvante. o parlamento; ainda adentra na realidade brasileira, onde as decisões da corte causam um sentimento dual na população. Enquanto o capítulo segundo aborda a democracia, em especial a brasileira, ainda abordando os impactos causados neste modelo político o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef, que teve a participação do judiciário e conteve elementos históricos – contextuais que se mostraram fundamentais para que ocorresse tal processo político-jurídico. O terceiro capítulo finaliza o artigo discorrendo sobre o papel do judiciário dentro da democracia brasileira, utilizando da pesquisa – bibliográfica e análises textuais dos autores referenciados para a conclusão dos temas expostos.

## **2. PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO DENTRO DO SISTEMA DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES**

O papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas decorre da ascensão e crise de tempos passados dos outros poderes. O modelo de democracia foi originalmente pensado como tomada de decisão pela maioria, por isso, o poder soberano ficaria a cargo do parlamento.

Fracionou o poder político do absolutismo, que detinha as decisões de forma concentrada na figura do monarca, para a criação de outros poderes. A partir de então, as decisões políticas seriam tomadas mediante debate e a partir de assembleias, alçando ao papel de pessoas políticas aquelas que outrora não detinham poder algum.

Agora os processos de tomada de decisão política eram conduzida com a participação

popular, sob a luz das discussões. A razão de ser desse poder, o parlamento, reside na discussão e na publicidade, sendo as outras normas meramente regulatórias de sua atividade, o núcleo está na discussão sobre um determinado assunto, publicidade deste ato, onde deste choque nasceria a lei. Sendo está o resultado de várias opiniões divergente e concessões de ambos os lados para se chegar em um acordo comum.

Carl Schmitt não acredita no funcionamento da instituição do parlamento. O autor escreve que a ideia esta ligada a um idealismo do mundo do liberalismo, não compatível com a ideia de democracia. O autor, inclusive, rebate as ideias de pensadores como Friedrich Nauman, Hugo Preuss e Max Weber, ao afirmar que atualmente não se acredita mais na instituição do parlamento como fonte de debate e tomadas de decisões políticas, reduzindo ao mesmo a instrumento das técnicas sociais e da política em si, tornando um poder inócuo. (SCHMITT, 1996. p. 9-10).

Atualmente, como demonstra CAMBI (2013, p. 84-85), as críticas aos legisladores estão voltadas as suas incapacidades de resolução de problemas pela via política, uma vez que a Constituição Brasileira ordinariamente é objeto de reforma e, ainda com tantas, não consegue atingir os objetivos constitucionais de uso da natureza para um uso comum, a paz perpétua e uma sociedade mais justa e livre.

Devido a esta incapacidade de resolução por via política, pela via da mediação, e com os problemas de cunho social, aqueles que advém de uma prestação positiva do executivo em prol de uma bem-estar social, patente nas civilizações contemporâneas, foi se erigindo o protagonismo do judiciário.

Quando se idealizou o sistema de fracionamento do poder político, hoje conhecido como tripartição de poderes, havia um medo recorrente nos pensadores que era o do poder judiciário se alinhar aos desejos da monarquia e, conseqüentemente, ruindo este novo governo que estava nascendo. Para evitar essa aproximação, criou – se que os magistrados só fariam a subsunção do fato a norma legal, excluindo qualquer possibilidade de interpretação. Demonstra isso, os códigos extensos da época, como o prussiano, que ao total detinha mais de 17 (dezessete) mil artigos e o próprio código napoleônico, pensando no berço da ideia da repartição do poder, com mais de 2 (dois) mil artigos.

Conclui – se que, “a Revolução Francesa pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei” (MARINONI, 2009, p. 31). Os códigos ainda eram claros no sentido de que havendo a possibilidade de interpretação pelo judiciário, o mesmo deveria se submeter ao legislativo, uma vez que este era o poder por excelência.

No decorrer da história, mostrou – se que a divisão dos poderes não foi suficiente para

frear as tragédias humanas como as guerras. Tendo este cenário histórico de fundo, houve uma alteração no modo de atuação do judiciário e de seus instrumentos. Segundo Luís Roberto Barroso (2005. p.5-12), após a segunda guerra mundial, a constituição e o direito tiveram seus valores alterados, a constituição que antes era vista como somente uma carta de boas intenções passa a ter a força normativa, fazendo com que o juiz a utilizasse como base de suas decisões e com isso alterando no mundo material, aumentando a expansão do judiciário, esta nova fase é denominada de neoconstitucionalismo. O direito também passa por uma alteração em suas estruturas, uma vez que agora se aproxima da ética. Para o autor, são essas três fundamentações que se baseia o neoconstitucionalismo: a) força normativa da constituição; b) expansão da competência constitucional e; c) aproximação do direito e da ética

Para ser alçado de vez ao protagonismo, adentrando nas esferas dos outros poderes, o judiciário necessitava de um instrumento, uma vez que uma simples sentença não detinha este poder normativo, pois, as decisões políticas dos outros poderes não chegavam a deliberação e decisão pelo mesmo. Foi neste sentido que se pensou no controle de constitucionalidade e que as cortes superiores seriam responsáveis pela guarda da constituição, sendo este modelo adotado nas democracias tidas como modernas.

Este instrumento, do controle de constitucionalidade, é baseado no *judicial review* que “e concede às cortes constitucionais a possibilidade de interpretar as normas aprovadas pelos demais Poderes, conforme o texto constitucional, declarando-as constitucionais ou inconstitucionais” (VILLAS BOAS; RODRIGUES VERAS, 2022. p. 401).

Com o instrumento do *judicial review* o judiciário, em especial as cortes constitucionais, passou a ter última palavra dentro do sistema da tripartição dos poderes, uma vez que as decisões tomadas pelos outros dois poderes podem ser afastados, assumindo para si todo o protagonismo desse modelo democrático de governo.

## **2.1. Poder protagonista dentro da realidade brasileira**

As cortes constitucionais, de acordo com ALVES e BREGA FILHO (2015, p. 125), emitem decisões constitucionais que estão polarizadas entre duas correntes, a interpretacionista e a não interpretacionista, sendo a primeira aquela no sentido clássico da constituição do poder judiciário, limitando o julgador a decidir com base no direito posto, nos princípios explícitos ou aqueles implícitos de maneira evidente. Em sentido contrário, a corrente não interpretacionista, conceitua que a atuação dos magistrados podem estar fora desses limites da primeira corrente, com isso, a decisão incorporando os contextos histórico-jurídico da época em que foi proferida.

Percebe – se que, com a possibilidade do julgamento sendo incorporada por um contexto

histórico, cria – se uma insegurança jurídica com o tema. Recentemente a corte constitucional brasileira se reuniu para decidir sobre a possibilidade da execução da pena sem os esgotamentos dos recursos que preveem a constituição e o processo penal, analisando o artigo 283 do CPP, sendo que já havia um entendimento consolidado do ano de 2009, época em que o país estava passando por período de consolidação democrática, pela impossibilidade. No ano de 2016, ano do *impeachment* de uma presidente eleita democraticamente e com a ascensão da extrema direita no cenário político, a corte voltou – se a reunir e debater sobre o mesmo tema e, desta vez, pela possibilidade. Finalmente, no ano de 2019, no julgamento das ações diretas de constitucionalidade - ADC's 43, 44 e 54, a corte voltou ao entendimento pela impossibilidade da execução. No lapso temporal de 10 (dez) anos a corte reuniu – se três vezes para se debater o mesmo assunto, tendo tido opinião diversas em duas dela.

Essas atuações interpretacionistas é uma decorrência dos fundamentos do neoconstitucionalismo, em especial a aproximação do direito e da ética. Ocorre que “no Brasil, a ampliação descontrolada do papel da corte constitucional é resultado de uma crise de experiência, da falta de memória, ou da necessidade religiosa de encontrar salvadores para república” (ALVES. 2018. p. 487) alçando a corte com a última palavra não só o papel de protagonista do jogo democrático, mas como super-herói, capaz de ser o poder que atende aos anseios da sociedade, sendo que, originalmente, se quer foi idealizada neste formato.

O sentimento causado pelas cortes na população brasileira é dual, uma vez que se reduz a sua atuação a atuações genéricas e midiáticas, não importando a transmissão dos outros julgamentos, como mostra REIS (2018, p. 202):

O judiciário brasileiro é reduzido ao espectro de opiniões generalizantes que levam em conta os holofotes dos meios de comunicação – e o rescaldo plebiscitário sucessivo das redes sociais – projetados nos julgamentos mais polêmicos do Supremo Tribunal Federal. Cria-se o didatismo simplificador de uma marca resoluta nas costas da Suprema Corte brasileira: ela é vilã ou redentora, efetua comportamentos dignos de uma vanguarda iluminista ou ilusionista.

Essa dualidade de sentimentos com a corte está relacionada com o interesse pessoal de cada uma com o caso em julgamento. Sendo a corte o herói quando atende aos desejos de parte da população, como a mudança de entendimento da execução da pena sem os esgotamentos dos recursos tendo em vista a possibilidade de um ex-presidente vir a ser preso com base neste entendimento. Também é tida por vilã e tendenciosa com base nos mesmos argumentos supra apresentados. Gerando uma relação confusa com a legitimidade popular de seu poder político.

### **3. O QUE SE ENTENDE POR DEMOCRACIA**

A democracia em si, é uma contradição, onde o governo da maioria não pode governar sem

respeitar a minoria não vencedora. Esse governo deve ser pautado de acordo com a constituição federal e as leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que os excessos de atuação dos poderes submetidos ao controle popular pelo escrutínio, poderá ser revisto pelo judiciário. A esta dinâmica entre governantes e governado, dá-se o nome de Estado democrático de direito.

### **3.1. Estado democrático de direito**

O Estado democrático de direito é tido como um sucessor do Estado de direito que, por sua vez, sucedeu o absolutismo. O Estado de direito detinha como poder principal o parlamento, pelos motivos já expostos neste artigo. O Estado democrático de Direito é o adotado pela Constituição Federal de 1988, como demonstra seu preâmbulo. O Estado democrático tinha como objetivo a limitação do Estado absolutista e do poder de polícia que havia no mesmo. Dando a primazia para a liberdade, erigindo as pessoas de súditos a cidadãos, sendo uma criação do poder liberal, portanto, tinha como prioridade os direitos civis.

Dada a insuficiência do papel do Estado em somente se abster da vida civil de seus súditos, pensa-se o Estado como provedor de um bem-estar social para sua população, priorizando não mais os direitos civis, mas os sociais.

Dessa obrigação de fazer do Estado, em prover bem-estar social, eclode a possibilidade do cidadão exigir esse direito por vias constituídas anteriormente. Neste sentido, pensa-se a democracia como sendo, também, um pressuposto de existência e convívio entre os cidadãos, como demonstra SCHNEIDER e DA SILVA (2014, p. 458):

Isso porque inclui, além dos direitos civis, a esfera política e, como tal, a aquisição de direitos próprios das poliarquias (democracias políticas). Assim, a democracia no Estado Democrático de Direito não é só um regime político, mas também um modo particular de relacionamento entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos, sob um tipo de princípio da lei que, além da cidadania política, preserva a cidadania civil e uma rede completa de accountability

A democracia, nesta análise dentro do Estado Democrático de Direito, é o regime político que o cidadão tem instrumentos jurídicos para se cobrar a prestação de um direito do soberano, por isso, a democracia aqui entendida é mais abrangente do que escrutínio popular para decidir os eleitos pelo voto da maioria. A democracia está fora do objeto de análise dos direitos, uma vez que os sucedes, sendo, dentro do modelo do Estado democrático de Direito, o valor moral a ser perseguido e tutelado.

O Estado Democrático de direito também é marcado pelos esclarecimentos constantes os limites legais e principiológicos, sendo assim, reconhece a existência de limites de atuação de poder. Sendo possível o freio de outro poder. As atuações são guiadas pelos compromissos constitucionais, sendo esta a carta maior deste Estado, cabendo a Corte constitucional a sua guarda.



### 3.2. Democracia brasileira

O contexto de Estado democrático brasileiro é uma experiência atual e que se assemelha com alguns dos nossos países vizinhos, pois, a democracia sucedeu uma ditadura militar que estava instalada. Passando de um Estado totalitário a elevação do povo como poder supremo.

Com isso, a relação com a democracia é de uma país de desenvolvimento tardio, uma vez que foi furtada essa possibilidade de afirmação democrática, como a sedimentação de direitos civis e sociais, pelo autoritarismo que caracterizou a ditadura militar.

A democracia com características de modernidade tardia não é uma singularidade típica brasileira, mas sim de países que estão, praticamente todos, localizado no sul global. A modernidade tardia se caracteriza pelos seus antagonismos sociais, sendo evidente a diferença de classe entre os cidadãos ali existentes, produzindo uma variedade de identidade sociais; além de transportar, sem qualquer cuidado de adaptação, conceitos Europeus e Anglo-americano para os países que foram colonizados e se encontram na margem do sistema capitalismo mundial (ALVES, 2013, p.120).

Tendo a modernidade tardia como elemento do Estado brasileiro, não se pode pensar a democracia como idêntica aos países que se desenvolveram a partir da exploração de suas colônias. A democracia no sul global está atrelada a discussões que, por vezes, já estão superadas nesses países, pois, no norte global as discussões avançam a níveis de preocupações internacionais, como o caso de debate sobre os imigrantes, enquanto no sul, o debate ocorre ainda numa perspectiva de Estado liberal, onde visa a sua abstenção e legitimidade do cidadão frente ao Estado, nota – se que a preocupação sequer chegou nos debates sobre direitos sociais.

Evidente que a democracia entendida como escrutínio popular que a maioria escolhe seus governantes por meio de votação periódica é tida como uma preocupação brasileira, uma vez que se adotou esse modelo de Estado por meio da Constituição de 1988 após a passagem de um período ditatorial militar que compreendeu 25 (vinte e cinco) anos.

A recém democracia brasileira, desde a constituição de 1988, vem passando por testes a fim de se consolidar. Nos quase 35 (trinta e cinco anos) da promulgação da constituição federal, o Brasil passou por eventos que colocaram a democracia em risco, afastando ainda mais a modernidade, destaca – se o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, evento este responsável por atrasar, ainda mais, a modernidade da efetivação dos direitos sociais.

#### 3.2.1. Impactos causado na democracia brasileira de modernidade tardia pelo *impeachment* da Dilma rouseff

Para se entender os impactos do processo que culminou no *impeachment* de Dilma

Rousseff, é necessário que haja o contexto – histórico.

O Brasil vinha sendo governado pelo partido da então presidente eleita por 13 (treze) anos, portanto, desde 2003. Sendo este partido conhecido como partido dos trabalhadores.

Havia um certo desgaste natural com o partido por certa parte da população e o mundo contemporâneo passou a enfrentar o fenômeno das redes sociais, tendo a informação de uma notícia de uma maneira muito mais rápida, fácil de compartilhar e sem a necessária verificação de veracidade.

Tendo este contexto, foi organizada e realizada o que veio a ser conhecida como revoltas de junho, ocorrida no ano de 2013. Ocasão em que se realizaram manifestações em diversas capitais brasileiras a fim de protestar contra a situação atual da política, a mesma se caracterizou por “participação de uma maioria de jovens escolarizados, predominância de camadas médias, conexão por e em redes digitais, organização horizontal e de forma autônoma, e crítica às formas tradicionais da política da atualidade” (GOHN, 214, p. 431). Onde os objetivos eram os mais diversos possíveis e com uma aproximação moral por parte dos que os manifestantes considerados corretos, tendo seu início por conta do aumento promovido pelo reajuste das passagens de ônibus em R\$0,20 (vinte) centavos, porém, os anseios não se limitavam a questão financeira, voltando – se antagônicos a classe política tradicional, a política como resolução de conflitos sociais, e aos movimentos sociais e sindicatos.

Resistido as manifestações, o então governo foi posto à prova nas eleições do seguinte ano, 2014. Ocasão em que saiu vencedor com a totalidade de 51,64% dos votos válidos, enquanto o candidato concorrente obteve 48,36%. Porém, dada a pequena diferença de votos e a insatisfação que a classe política já manifestada anteriormente a eleição, o desgaste da população com o partido da então presidente causado pelos casos de corrupção noticiados pela mídia tradicional e viralizado nas redes sociais, não se conseguiu a governabilidade necessária para atuar dentro de um sistema de repartição de poderes.

No final do ano de 2015, a então presidente foi noticiada da abertura do processo de *impeachment*, no dia 03 de dezembro. No ano de 2016, no dia 17 de abril, a câmara dos deputados aceitou o processo de *impeachment* da então presidente pelo cometimento de pedaladas fiscais, conduta que consiste em um manobra fiscal para o cumprimento de metas fiscais do governo, maquiando a real situação financeira. A defesa técnica da então presidente tinha como estratégia a descaracterização desta conduta, interpretando de modo que foram “meros remanejamentos de recursos feitos pela União a fim de manter em atividade diversos programas sociais de sua titularidade, como Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, dentre outros” (MINHOTO, 2018, p. 402). No dia 31 de agosto de 2016, o senado aprovou o processo de *impeachment*, sendo seu

juízo conduzido pelo ministro Ricardo Lewandowski da suprema corte brasileira.

Não cabe a este artigo a análise do enquadramento jurídico, um possível golpe parlamentar e os ritos que conduziram o juízo, sendo o objeto o impacto causado pelo o afastamento de um governo eleito pela maioria no campo democrático do Estado brasileiro.

A democracia quando se propõe a legitimar o escrutínio popular, os eleitos necessitam da segurança jurídica que terminarão seus mandatos, sendo este lapso temporal que o político terá para as resoluções dos conflitos sociais não podendo ser deposto sem infringir as regras democráticas ou pelos ares de insatisfação da população que não foram confirmados na urna.

O impacto que se causou com o *impeachment* tem como um dos resultados os retrocessos sociais que vieram na esteira, uma vez que a insatisfação com a classe política não advinha de movimentos sociais que buscavam por justiça social ou alguma reparação, mas uma classe média elitizada. Houve uma mudança de projeto de país sem a legitimidade das urnas, uma vez que o governo que assumiu o cargo da presidência foi responsável por diversas reformas no âmbito social, como a Emenda Constitucional 95 de 2016, conhecida popularmente como teto de gasto, onde não permite um investimento nas áreas sociais maior do que o ano fiscal anterior, somente sendo corrigido pela inflação; a lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, que gerou uma flexibilização na relação trabalhista, simplificando a relação entre trabalhadores e empregados, onde dispensou a contribuição sindical, ressonando uma das insatisfações das jornadas de junho.

Esse impacto causado em uma democracia de um país com uma modernidade tardia, impacta diretamente da soberania de seu povo, uma vez que os direitos sociais são os primeiros a sofrer alteração, como visto nos exemplos acima. Por ser um país de modernidade tardia, sequer pode se considerar estarmos em um estado social, como demonstra o professor BREGA FILHO (2014. p.118) ao tratar do retrocesso social

O Brasil, contudo, ainda está longe de ser considerado um Estado Social de Direito. As condições dos serviços prestados pelo Estado são péssimas. A saúde está em uma situação caótica, o mesmo ocorrendo com a educação e a assistência social. Em razão disso, não é o momento de discutir a proibição do retrocesso, pois ainda não atingimos níveis mínimos no reconhecimento dos direitos sociais. Ainda precisamos cumprir as promessas constitucionais.

Destacasse que as áreas destacadas são as mesmas que o governo que sucedeu, via *impeachment*, são as que agora estão sob o teto fiscal. A educação e a saúde, que são direitos sociais, já vinham numa situação caótica recebendo investimentos maiores que os dos anteriores corrigidos pela inflação, agora sequer há um investimento maior que a inflação do ano anterior.

Portanto, os grandes impactos causados pelo processo de *impeachment* foi a insegurança jurídica, causando a sensação que o próximo governante não poderá completar o mandato se não tiver apoio do legislativo e sofrer manifestações, ainda que essas manifestações de vontade, não se

confirme no resultado das eleições; e o desmande com os direitos sociais que sequer haviam sido sedimentos dentro da sociedade, com isso afastando a emancipação popular das camadas mais pobres via conquistas e exigência de cumprimento desses direitos.

Com a democracia impactada, e o corpo político descreditado, como se viram nas manifestações, impede a resolução de conflitos sociais pelo meio da política, pois, não se há confiança para que se atenda os compromissos constitucionais por essa via. Com isso, o poder judiciário, que não é composto por integrante da política, é tido como o único capaz de mediar as tensões sociais.

#### **4. PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

O poder judiciário detém um lugar de destaque dentro de uma imaginário popular, sendo o único poder que o ingresso se dá mediante concurso público que avaliará conhecimentos técnicos do candidato a ingressar. Portanto, sendo um poder composto por uma aristocracia do saber.

Esse sentimento influência nas expectativas que a sociedade detém sobre o mesmo, onde visualiza como o único capaz de cumprir com as promessas constitucionais e zelar pela democracia, como prevê CASARA (2019, p. 125):

O poder judiciário apresenta-se como ente estatal capaz de atender às promessas descumpridas tanto pelos demais agentes estatais quanto por particulares, ou seja como o ator político destinado a exercer a função de “guardião da democracia e do direito”.

A própria natureza de atuação do judiciário corrobora para a sensação deste poder ser o protagonista dentro do Estado democrático de direito.

A democracia entendida como governo que a maioria delega ao judiciário uma atuação contra majoritária, portanto, ainda que a maioria ganhe o escrutínio popular, não poderá governar sem respeitar os direitos das minorias, cabendo a este poder guardar estes direitos, uma vez que é o único não sujeito a *accountability* por parte da população em geral e não dependo de resultados das eleições para continuar seu exercício.

O meio de atuação do judiciário se dá por suas decisões: interpretacionista ou não interpretacionista.

As decisões fundamentadas em não interpretacionistas, que levam em consideração o contexto histórico, a moral etc., é conhecida como uma decisão de cunho ativista. Sendo este modo de atuação problemático em si, uma vez que estaria condicionado ao entendimento subjetivo daquele julgador, afastando o direito como conjunto de normas a ser seguido. Afastar o direito e condicionar a atuação ao entendimento individual do julgador é diferente das decisões tomadas em sede de parlamento em que há o debate e a instância de constrangimento, como o modelo adotado

foi o *judicial review* não há órgão de controla das decisões do judiciário. Ainda que o judiciário seja por excelência um órgão de atuação contra majoritário que tem a preocupação com a minoria, não existe a garantia que o mesmo atuará para a sua defesa de direitos fundamentais (LIMA, 2020, p.1313).

O judiciário atuando em especial no sistema criminal, foi chamado por diversas a ser o guardião dos direitos das minorias e fundamentais, como foi demonstrado, a própria mudança de entendimento do artigo 283 em 2016 foi um retrocesso contra direito fundamental a presunção de inocência. O judiciário quando chamado a defender os limites constitucionais ao poder de punir do Estado, omitiu – se, quando não explicitou os abusos e autoridades (CASARA, 2019, p.127).

O papel do judiciário na democracia brasileira como guardião da constituição não pode se dar de maneira não - interpretacionista, uma vez esta própria atuação já é antidemocrática, pois, não guarda relação com o ordenamento jurídico e depende da sorte do julgador, a decisão de cunha ativista “sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública.” (STRECK. 2016, p. 724).

A decisão a cargo de uma interpretação subjetiva do julgador impacta na democracia não somente pela incerteza, pois, as democracias contemporâneas, tem como norte a discussão de ideias, os debates públicos. Em especial o Brasil, país que adotou a democracia pós golpe militar, onde reinava o individualismo de um governo de exceção.

O espaço para a livre circulação de ideias é o espaço político, sendo o responsável para que a deliberação pública ocorra, respeitando e concretizando os direitos fundamentais, permitindo que o indivíduo tenha uma autonomia pública e participação efetiva dentro do seu meio social, possibilitando a população de participar do processo democrático (COSTA MOURA, 2018, p. 240).

O ordenamento jurídico, compostos por regras e princípios, permitindo uma atuação flexível do julgador, não sendo somente o juiz exegético em que fazia a subsunção do fato a norma que a revolução francesa queria, autoriza que as decisões de cunho interpretacionista tutelem os direitos fundamentais e, conseqüentemente, a democracia.

John Hart Ely (2010, p. 101), analisando o voto do juiz Stone no caso *United states v. Carolene products*, onde discutia sobre o transporte interestadual de leite nos Estados Unidos e a racionalidade da lei, conclui que:

O primeiro parágrafo é puro interpretacionismo: ele diz que a corte deve aplicar disposições “específicas” da constituição. Vimos, no entanto, que o interpretacionismo é incompleto: existem disposições na Constituição que exigem mais do que isso. O segundo e o terceiro nos dão uma versão do que esse algo a mais poderia ser. O segundo parágrafo afirma que é função da corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permanecem abertos. O

terceiro parágrafo assevera que a corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias. (2010. p.101)

Para o jurista norte americano, é responsabilidade do poder judiciário manter a máquina do governo democrático em pleno funcionamento, devendo se preocupar com as atuações do governo da maioria sobre a minoria.

No ordenamento brasileiro, em que é formado por uma constituição extensa e por códigos igualmente extensos, as fundamentações da decisão sendo calcadas no interpretacionismo são suficiente para que a corte atua como um árbitro no campo político que é norteado pela defesa do Estado Democrático como modelo de governo, uma vez que nosso sistema também permite a participação popular na tomada de decisão, mas somente pelo meio do político.

Com isso, o papel do poder judiciário dentro do Estado democrático de direito, ainda que seja o poder eivado de maior protagonismo é agir como um garantidor da democracia, pela via das normas postas, ou seja, de decisões interpretacionistas.

Não sendo democrático a atuação com fundamentação subjetiva, ainda que seja para a defesa da democracia ou de minorias, pois, da própria subjetividade já se depreende o caráter antidemocrático da atuação. Desse papel, resulta que deverá ser garantidor também a segurança jurídica. Fenômeno em que só ocorre com decisões interpretacionista, pois, dependesse da subjetividade de cada examinador não haveria tal segurança, mas sim o acaso em que a causa seria distribuída para o julgador que mais se afeiçoa a mesma, portanto, não sendo um Estado de Direito.

Ainda agindo como garantidor, o judiciário é responsável pelo retorno do político como ambiente para que se debate as ideias. Não sendo democrático a tomada de decisões que envolva direitos fundamentais em ambiente individual e de maneira solipsista, uma vez que a democracia brasileira foi pensada para privilegiar a pluralidade do debate.

## CONCLUSÃO

A partir dos estudos aqui expostos foi possível constatar que o poder judiciário é o poder de mais destaque dentro da república brasileira. Esse alçar ao papel de protagonista se deu por conta do sentimento de incapacidade de resolução dos conflitos coletivos pelas vias políticas, ou seja, do parlamento e do executivo. Tendo o direito também passado por uma mudança na sua interpretação, chamado de neoconstitucionalismo, movimento que consagrou a força normativa da constituição e ampliou a atuação das cortes, sendo que as mesmas as guardiãs da constituição federal. Sendo o instrumento normativo utilizado pelo judiciário para adentrar e ser revisor da atuação dos outros poderes é o controle de constitucionalidade, tendo como fundamento o *judicial review*, razão pela qual os atos dos demais poderes passam pelo crivo do judiciário.

A corte brasileira tem atuado de maneira interpretacionista, onde não fundamenta as decisões somente no ordenamento jurídico posto, mas tem suas decisões influenciadas pelo contexto histórico em que o país se encontra, como ficou demonstrado pelo julgamento da possibilidade da execução da pena sem o esgotamento dos recursos previstos no nosso ordenamento jurídico, onde no lapso temporal de 10 (dez) anos a corte reuniu-se três vezes para se debater o assunto e tendo opiniões diferentes em duas delas. Demonstrando um claro sentimento de insegurança jurídica nas decisões interpretacionistas, gerando um sentimento dúplice na população brasileira, de vilã ou redentora.

No modelo de governo adotado, a democracia, conclui que é o regime entendimento como aquele que o cidadão possui mecanismos jurídicos para se cobrar a prestação estatal, sendo inclusive pressupostas aos direitos fundamentais. Ingressando a análise na democracia brasileira, demonstra-se tratar de democracia de modernidade tardia, caracterizada pelo antagonismo aos direitos sociais.

Demonstrou que, apesar de jovem, a democracia tardia brasileira já vem sendo impactada. Na análise específica do *impeachment* da presidente Dilma Rouseff, certificou que, com a mudança de governo, teve impacto diretamente nos projetos distintos de cada governo, gerando reformas administrativas que envolvem financiamento e custeio de no campo social, justamente a características de maior evidência da democracia tardia, afastando ainda mais o Brasil de se chegar a um nível do mínimo existencial no espectro dos direitos sociais; além do impacto da insegurança jurídica de completar o mandato presidência; e a confirmação da sensação de incapacidade da política, sendo o judiciário o único poder capaz de resolver os conflitos e mediar tensões.

Portanto, a pesquisa conclui que o papel do judiciário brasileiro dentro da democracia, é o de agir como árbitro do jogo, de manter a máquina do governo em pleno funcionamento, garantindo que o modelo de governo seja preservado por meio de decisões interpretacionista, as únicas capazes de gerar segurança jurídica e não ser influenciadas por contextos histórico. Sendo também responsável pelo retorno do campo político para mediação e consenso de questões coletivas, dando destaque para a tomada de decisão organizada de maneira coletiva.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórica–discursiva do conteúdo jurídico – político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito. O passado pela frente: projeções para o futuro de um país de mãos dadas com a barbárie. Democracia em tempos de fúria: Brasil 2013-2018. Curitiba: Editora Prisma. 2018. P. 447-498.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas / Finishing the deliberation: the role of constitutional courts in contemporary democracies. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948>. Acesso em: 16 de março de 2023. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n1p124-134>.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR*, n. 19, p. 103-124, mar. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>>. Acesso em: 17 mar. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i19.409>.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo, [S. l.]*, v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 16 de março de 2023.

CAMBI, Eduardo. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO RESPONSÁVEL. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR*, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215/214>. Acesso em: 16 mar. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v16i16.215>.

CASARA, Rubens R.R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 5a ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

COSTA MOURA, Emerson Affonso da. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v. 18, n. 73. (2018). P. 229-245. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/913>. Acesso em: 18 de março de 2023.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GOHN, M. da G. A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais. *Caderno CRH, [S. l.]*, v. 27, n. 71, 2014. DOI: 10.9771/ccrh.v27i71.19697. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/crh/article/view/19697>. Acesso em: 17 mar. 2023.

LIMA, Jairo. DECISÃO POR SUPERMAIORIA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: o caso das emendas constitucionais inconstitucionais. *REI – REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.]*, v. 6, n. 3, p. 1310-1331, dez. 2020. ISSN 2447- 5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/509>. Acesso em: 18 de março de 2023. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.509>

MARINONI, Luiz Guilherme. APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 49, dez. 2009. ISSN 2236-7284.



Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>>. Acesso em: 16 mar. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v49i0.17031>.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. O impeachment de Dilma: Réquiem para um sonho corrompido – Brasil 2013 -2018. Democracia em tempos de fúria: Brasil 2013-2018. Curitiba: Editora Prisma. 2018. P. 393 – 445.

REIS, Maurício Martins. A prioridade substantiva das razões na jurisdição constitucional no ambiente democrático brasileiro. Democracia em tempos de fúria: Brasil 2013-2018. Curitiba: Editora Prisma. 2018. P. 193-231

SCHNEIDER, Gabriela. DA SILVA, Igor Castellano. Estado de direito e democracia: uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte - BH, n. 64, p. 435-469, jan/jun.2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304--2340.2014v64p435>. Acesso em: 16 de março de 2023.

SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016. DOI: 10.18593/ejll.v17i3.12206. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 18 mar. 2023.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; RODRIGUES VÉRAS, Gustavo. A desconstrução do princípio da separação dos poderes e a ascensão do ativismo judicial: a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no sistema constitucional. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 36, p. 395-476, jun. 2022. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2713>>. Acesso em: 16 mar. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i36.2713>.

# JUSTIÇA AGRÁRIA COMO REALIZAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Arthur Ramos do NASCIMENTO<sup>1</sup>  
Robson de Oliveira LEZAINSKI<sup>2</sup>

## RESUMO

O campo assim como a sociedade é onde um local de alteridade. As questões agrárias são permeadas de complexidades e vistas rasamente pelo pressuposto da regulação fundiária. O presente trabalho estabelece como pressuposto central a Justiça agrária como realização de uma Democracia Constitucional. A presente investigação busca responder ao seguinte problema: a Justiça Agrária (aqui se entendendo especialmente a existência de varas agrárias) é capaz de contribuir significativamente para a construção democrática brasileira? Para tanto, utilizou-se do método dedutivo com base na pesquisa bibliográfica (livros, dados e literatura) disponível para demonstrar a singularidade e peso do acesso à justiça como elemento construtor de uma sociedade democrática. O arcabouço teórico de Mauro Cappelletti e Bryant Garth possibilitou verificar o ambiente democrático e afirmar o acesso à justiça como sendo o mais básico dos direitos humanos. Assim, o ambiente democrático possibilita visualizar Direitos Humano-fundamentais como sendo um complemento do outro. Assim, propõe-se que as questões agrárias carregam consigo uma carga “especial” de valores e direitos considerados humano-fundamentais. A partir da Constituição de 1988, artigo 126, criar varas especializadas para atender às demandas agrárias, reflete em estar o Estado Democrático atento às possíveis violações e receptivo às alternativas para promover a dignidade da pessoa humana. A ideia de acesso ao Poder Judiciário, pelo pressuposto do acesso à justiça buscaria deixar à margem o simbolismo de devolutiva adequada, mas partindo pelo primado das varas especializadas passa-se ao alcance prático de acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVES:** Acesso à Justiça; Justiça Agrária; Democracia Constitucional; Direitos Humano-fundamentais.

## ABSTRACT

The countryside, like society, is a place of otherness. Agrarian issues are permeated with complexities and viewed shallowly through the assumption of land regulation. The present work establishes as central assumption the agrarian justice as a realization of a constitutional democracy. The present investigation seeks to answer the problem: is the Agrarian Justice (here especially understood the existence of agrarian courts) able to contribute significantly to the construction of Brazilian democracy? For that, we used the deductive method based on bibliographical research (books, data and literature) available to demonstrate the uniqueness and weight of access to justice as a building block of a democratic society. The theoretical framework of Mauro Cappelletti and Bryant Garth made it possible to verify the democratic environment and affirm access to justice as the most basic of human rights. Thus, the democratic environment makes it possible to view fundamental human rights as complementary to each other. Thus, it is proposed that agrarian issues

---

1 Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo do Curso de Direito e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Democracia, Constituição e Direitos Humano-fundamentais”. E-mail: [arthurnascimento@ufgd.edu.br](mailto:arthurnascimento@ufgd.edu.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1703887235949215> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6690-0667>

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Especialista em Metodologia do Ensino Superior e em Direito Processual Civil (Unigran-Dourados). Bacharel em Direito (Unigran-Dourados). E-mail: [robson.lezainski@gmail.com](mailto:robson.lezainski@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5028286741406733> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8905-2912>

carry with them a "special" load of values and rights considered human-fundamental. Since the 1988 Constitution, article 126, created specialized courts to attend to agrarian claims, reflects that the Democratic State is attentive to possible violations and receptive to alternatives to promote the dignity of the human person. The idea of access to the Judiciary, through the assumption of access to justice, would seek to leave aside the symbolism of adequate devolution, but starting from the primacy of the specialized courts we move on to the practical scope of access to justice.

**KEYWORDS:** Access to Justice; Agrarian Justice; Constitutional Democracy; Fundamental Human Rights.

## INTRODUÇÃO

A construção democrática exige perceber que se trata de um processo complexo de diálogos, ações, reações e, inegavelmente, conflitos. Hoje, é possível destacar que a ideia de Democracia como apenas um conjunto de procedimentos eleitorais, de escolha de candidatos e processos legislativos já se encontra superado. A atualidade e os fenômenos complexos exigem o reconhecimento de que as diferentes demandas populares precisam ser consideradas nos processos decisórios<sup>3</sup>.

Uma das dinâmicas que recorrentemente surgem nos debates atinentes à realização de uma Democracia Constitucional (aqui entendendo-se um Estado Democrático de Direito e que, portanto, está reciprocamente legitimando e sendo legitimado por um texto constituinte que tanto serve para conduzir o Estado, mas também se presta a controlar a atuação desse Estado), é como os diferentes atores de uma sociedade devem ocupar os lugares oficiais e oficiosos para que o significado da Constituição e do próprio ambiente democrático sejam considerados e (res)significados.

O ambiente político, todavia, muitas vezes parece se construir fora da sociedade e não a partir dela, desatrelando a população e suas reais necessidades da pauta decisória. Há conflitos que estão e são estruturais na sociedade brasileira e que acabam sendo negligenciados, silenciados ou mesmo marginalizados quando há tomadores de decisão que colocam seus interesses pessoais acima e a frente dessas demandas. Aqui, por certo, se destaca a questão agrária em toda a sua complexidade como dimensão de conflitos que não recebe um tratamento digno por parte dos poderes constituídos. A questão agrária é uma realidade de conflitos que incluem a questão indígena, a proteção (e a depredação) do meio ambiente e dos recursos naturais, fauna e flora, envolve a produção de alimentos e a soberania alimentar, a demarcação de terras, grilagem, populações quilombolas e tradicionais, mineração e extrativismos, entre muitos outros temas. Há no arcabouço jurídico que se debruça sobre o tema (o Direito Agrário) uma complexidade subestimada

---

3 O presente artigo é parte integrante de uma pesquisa maior em desenvolvimento sobre o acesso a justiça e varas especializadas agrárias, em sede de Mestrado, buscando estabelecer um aprofundamento de um dos temas transversais da pesquisa, mas também ampliando possibilidades de diálogo com a Teoria Democrática.

tanto pelo poder público quanto (até mesmo) pela Academia que sumariza a questão agrária apenas aos momentos de regularização fundiária.

A presente investigação, a partir desse contexto contemporâneo, busca responder ao seguinte problema de pesquisa: a Justiça Agrária (aqui se entendendo especialmente a existência de varas agrárias) é capaz de contribuir significativamente para a construção democrática brasileira?

Para responder a essa questão, a pesquisa lança mão do método dedutivo e de análise crítica, utilizando-se do procedimento de revisão bibliográfica e documental. Nesse sentido, utilizou-se da coleta de dados por meio de palavras-chave “Democracia”, “Justiça agrária”, “Varas agrárias”, “democracia rural”, “conflitos agrários” para levantar um arcabouço de produções acadêmicas suficientes para proporcionar um diagnóstico da realidade e traçar as contribuições que o Direito Agrário, e conseqüentemente a Justiça Agrária, podem oferecer para uma construção democrática efetiva e mais inclusiva.

Nesse sentido, o presente artigo foi construído de acordo com as etapas da investigação. Inicialmente a pesquisa buscou traçar, conceitualmente e de maneira problematizada, o que se entende por Democracia Constitucional para fins da investigação e como há uma vinculação com a Teoria dos Direitos Humano-fundamentais. Os resultados obtidos permitiram a produção da primeira sessão do artigo “Democracia Constitucional e a Teoria dos Direitos Humano-fundamentais”.

Posteriormente, a investigação passou a (re)visitar o Direito Agrário como ramo do Direito intimamente ligado ao processo de construção da realidade brasileira, com suas contradições e conflitos, bem como seus impactos (potenciais e efetivos) para a construção democrática. Essa etapa da investigação possibilitou a construção da segunda sessão do artigo: “As contribuições do Direito Agrário na construção democrática”. Por fim, a investigação buscou articular como a efetivação do compromisso constitucional de uma Justiça Agrária potencializaria uma construção democrática crítica, mais horizontalizada e participativa, incorporando os movimentos sociais e demandas interdisciplinares que orbitam e se dinamizam com os espaços agrários. Além disso, buscou identificar como o acesso à Justiça Agrária é um meio de proteção de direitos humano-fundamentais. Dessa etapa, foi produzida a sessão “Justiça Agrária como meio de acesso à Justiça e outros direitos humano-fundamentais”.

## **DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E A TEORIA DOS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS**

Uma Democracia Constitucional é, para fins da presente análise, entendida como um espaço que garante os valores de liberdade e igualdade, participação política por meio de eleições

justas e regulares, mas que também, se oriente pelo império do Direito (a Constituição como elemento legitimador e limitador das ações do Estado) e garanta os direitos humano-fundamentais da pessoa humana.

Trata-se, portanto, de entender a Democracia Constitucional como um ambiente que articule tanto valores de liberdade e igualdade como pilares de participação política, mas também a aplicação desses mesmos valores em outros espaços (sejam ou não de tomada de decisão) que garantam uma vivência social democratizada por força do “Império do Direito” (*rule of law*). É preciso o registro que em uma Democracia que não proporcione uma experiência cidadã substancial, estará fadada a ser democrática apenas em forma e não em conteúdo – com isso já se estabelecendo que a não garantia de direitos humano-fundamentais incorre em enfraquecimento do que, hoje, se entende e pretende como um ambiente democrático.

Kozicki e Bonatto destacam, como pressuposto de sua análise a respeito da realidade brasileira, a existência de uma relação direta entre Direitos Humanos e Democracia. A construção estabelecida pelas autoras, se faz de modo a demonstrar que o regime democrático estabelecido e adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) “não se restringe ao seu aspecto procedimental, mas compromete-se com a promoção e proteção dos direitos de todas e todos”. Segundo as autoras, violar direitos humano-fundamentais “representa na mesma proporção” um ataque à Democracia, “sendo necessário o fortalecimento da relação de interdependência entre ambos para o fortalecimento da democracia brasileira” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 405).

Essa percepção implica em afastar formatos “sacrossantos” muitas vezes suscitados para estabelecer o que é (ou deveria ser) uma Democracia. Não é possível atrelar a percepção e conceituação de Democracia ao modelo grego ateniense, chamado comumente de “Democracia dos Antigos”. A sociedade grega daquele período não possui paralelos com a sociedade brasileira, considerando-se o foco da análise, por diversos motivos<sup>4</sup>: a participação democrática era formalmente excludente e reducionista, as deliberações democráticas diziam respeito eminentemente à questões da cidade (ou seja, de ordem pública).

A Democracia existe em um contexto mutável (que é a organização jurídico-política em que ela se sustenta), sendo também ela mutável e adaptável aos momentos de transformação social. Seria um equívoco pensar que a Democracia é única ou imutável, sendo mais assertivo perceber que existem diferentes modelos de Democracia e diversos formatos de realização democrática que compartilham elementos e raízes em alguma medida comuns. É inegável que a própria disputa por (novos) significados dos textos constitucionais reflete essa necessidade de mudança e atualização de

---

4 Não há pretensão de traçar análises históricas, se prestando tal enumeração de diferenças como exercício argumentativo e ilustrativo. Para uma análise mais aprofundada da Democracia Grega, sugere-se a leitura de “Nós e os gregos” de Maria Carolina Alves dos Santos (1994).

paradigmas socioculturais das comunidades políticas, o que se reflete tanto na força do Constitucionalismo quanto na saúde de uma Democracia.

Nem mesmo o conceito de Democracia poderia ser considerado imutável, pois, como apontado por Kozicki e Bonatto, esse conceito “traz consigo uma carga histórica e envolve diferente lutas e conquistas, tal como o conceito de direitos humanos”, o que reforça no contexto contemporâneo a necessidade de reforçar a relação entre Democracia e Direitos Humano-fundamentais (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 407-408).

Não se ignora que Democracia e Direitos Humano-fundamentais (que aqui estão interligados com a noção de Constitucionalismo e Estado de Direito) não são conceitos que se implicam mútua e necessariamente, ou mesmo que são conceitos que estão livres de qualquer tipo de conflito. A questão aqui apontada é que, a despeito da tensão existente em diferentes dimensões entre esses conceitos, a questão é que no atual estado de coisas (dos movimentos identitários, de minorias e de grupos vulneráveis, dos processos políticos globais, das dinâmicas de proteção multinível dos direitos humano-fundamentais, entre outros), seria leviano ignorar que são conceitos que se justificam e se retro legitimam.

Assim, seria um equívoco restringir o conceito de Democracia “ao processo democrático” (e aqui querendo dizer os procedimentos democráticos, como o processo eleitoral), havia uma legitimação do “governo de maiorias eventuais, deixando os direitos humanos a mercê do que bem entenderem os representantes da maioria naquele momento” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 408)<sup>5</sup>. Acompanhando o raciocínio de Barbosa e Tárrega, se entende o Estado Democrático de Direito como “o principal alicerce do acesso à justiça contemporâneo”, de modo que o “alcance deste estágio político-social foi decorrente do Estado Liberal e do Social de Direito” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 344). Disso, depreende-se que o estado atual do Estado de Direito é também resultado de uma mutação dessa entidade jurídico-política frente às mudanças socioculturais dos últimos séculos.

O Estado Social de Direito também não poderia existir e resistir se não pela legitimação de lutas e de demandas que estão intimamente relacionados com a Teoria dos Direitos Humanos, ou seja, dos Direitos Humano-fundamentais. Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito garantir os Direitos Humano-fundamentais, pois sem essa garantia não seria possível “garantir a participação de todos nos processos democráticos” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 408).

O papel primordial do Poder Judiciário nessa construção de uma sociedade edificada pelo Estado Democrático de Direito e de tutela dos Direitos Humano-fundamentais não é ignorado nas

---

5 Cientes que existem diversas conceituações e recortes para se conceituar a Democracia, para fins da presente análise, toda a ideia de Democracia aqui desenvolvida se faz no sentido de explorar as reflexões que melhor contribuam para a garantia dos direitos humanos fundamentais.

análises sobre o tema. Assim, a função do Poder Judiciário não é apenas de dirimir conflitos sociais, mas efetivamente agir em prol “do equilíbrio e efetivação” da Democracia, de modo que o acesso à justiça é o meio concreto de que se realizar os direitos previstos na CRFB/88. Portanto, garantir o acesso à justiça é concretamente realizar a “afirmação cidadã da sociedade, por meio da tutela jurisdicional contemplado pelo Estado Democrático de Direito” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 345).

Os Direitos Humano-fundamentais que são especialmente protegidos em ambientes democráticos (ou seja, mais protegidos quanto mais fortes e estáveis são as Democracias), não podem ser reduzidos apenas aos direito de liberdade e igualdade ao contrário do que usualmente se apresenta nas produções acadêmicas sobre o tema<sup>6</sup>. A concepção dos Direitos Humano-fundamentais deve acabar os interesses da “totalidade de seres humanos” e não apenas da maioria e, nesse sentido, a análise procedimental da Democracia é insuficiente para garantir a proteção de tais direitos (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 409).

Considerando as muitas possibilidades e vertentes de conceituação e “fundamentação democrática dos direitos humanos”, é preciso optar pelas que não sejam restritivas ao ponto de enxergarem a Democracia apenas como algo “puramente institucional”. Nesse sentido, as teorias que melhor respondem aos problemas contemporâneos são aquelas em que a Democracia se legitima por sua substância e não apenas pela forma, de modo que a compreenderão “como um sistema político que expressa o poder e o autogoverno do povo, que somente seria limitado pelas ordens políticas criadas por ele” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 410-411).

Feitas as orientações conceituais e contextuais do que a presente investigação adotou como referência de compreensão de Democracia Constitucional, passa-se ao aprofundamento das contribuições do Direito Agrário (e da própria dinâmica do contexto por ele regulado) para a construção de uma Democracia inclusiva e crítica.

## **AS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO AGRÁRIO NA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA VIOLÊNCIA EM UM AMBIENTE DE CONFLITO**

A despeito de o Brasil ser um país marcado por sua história agrícola e dos inegáveis conflitos e contradições presentes no espaço agrário, há uma subvalorização ou mesmo intencional ignorância do lugar (que deveria ser) ocupado pelo Direito Agrário nas construções acadêmicas quando se pensa no Direito contemporâneo<sup>7</sup>. O Direito Agrário é, sem dúvidas, um dos ramos mais

---

6 Kozicki e Bonatto apontam que essa visão reducionista dos Direitos Humanos “ancoraria a ideia de democracia pela visão procedimental ou da democracia liberal amplamente difundida contemporaneamente” (2020, p. 409).

7 Algumas exceções relevantes que merecem destaque são os Programas de Pós-Graduação “stricto sensu” em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (que tem sua área de concentração em Direito Agroambiental) e, principalmente, o Programa de Pós-Graduação “Stricto sensu” em Direito Agrário da Universidade Federal de

potencialmente interdisciplinares e socialmente relevantes, além de se situar como tema estratégico para um país que tem na produção agroindustrial e nos recursos naturais, algumas de suas principais riquezas.

O Direito Agrário é subestimado quando analisado superficialmente quanto à sua potencialidade de interdisciplinaridade. Liga-se equivocadamente aos anseios da regularização fundiária, distribuição e redistribuição de terras. Para além destas colocações o Direito Agrário está permeado de aspectos que possibilitam incutir elementos democráticos, como por exemplo, o direito à propriedade, à dignidade e suas possíveis decorrentes, que possibilitem interpretar os valores da construção de um ambiente democrático.

Barbosa e Tárrega destacam a interdisciplinaridade do Direito Agrário, considerando que abrange em seus temas aspectos que também pertencem a outros ramos do Direito<sup>8</sup>: (i) dialogando com o Direito Constitucional, o Direito Agrário precisa resolver aspectos de descumprimento da função social da propriedade com a consequente desapropriação; (ii) dialogando com o Direito Civil, o Direito Agrário se debruça sobre o tema dos contratos agrários (arrendamento e parceria) e a responsabilidade entre os contratantes, [além da observância dos Direitos Reais, como a propriedade, e os elementos da responsabilidade civil extracontratual]; (iii) em diálogo com o Direito Processual Civil, o Direito Agrário avança em matéria de ações possessórias em movimentos de trabalhadores rurais como forma de aquisição da propriedade de terras improdutivas; (iv) o Direito Penal se faz presente nas atuações de combate à violência no campo; (v) o Direito do Trabalho recebe um olhar especial do Direito Agrário no que se refere às complexas relações laborais; (vi) entre tantas outras, como as “questões ambientais, indígenas, de mineração e de garimpagem” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 356-357).

O Direito Agrário se debruça sobre uma realidade complexa, de oposição de forças políticas e sociais, além de regular um cenário de conflito e violência. Tais aspectos intensificam a posição estratégica (e interdisciplinar) do Direito Agrário: não há como construir uma sociedade democrática em que seja possível realizar a promessa constitucional, sem considerar toda a herança histórica e social surgida com a colonização forçada, invasão de terra por parte dos colonizadores portugueses e toda a utilização política do Direito como meio de segregação e concentração de poder.

---

Goiás. Os referidos polos, entre outros, têm se dedicado à atualizar e aprofundar o desenvolvimento de pesquisas em Direito Agrário tão importantes para o desenvolvimento econômico, jurídico e estratégico do Centro-Oeste e do Brasil.

8 Isso sem considerar também a interdisciplinaridade com outros ramos do Conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia, Ciência Política, Filosofia, Economia e Relações Internacionais, por exemplo. É possível afirmar que o Direito Agrário é, junto ao Direito Constitucional, um dos ramos de estudo do Direito que possui o caráter indisciplinar como vocação “natural”.



Pelos pressupostos acima, o Direito fornece um vasto campo de estudos sendo talvez o maior e mais complexo deles, à luta pela terra e território. Nas palavras de Otávio Ianni (1981, p.164) a terra passou por uma transformação, foi condicionada como mercadoria. Essa premissa inicial, inaugura uma problemática de ordem social até hoje experimentado. Ianni (1981) bem destaca sobre o processo de metamorfose sofrido pela terra, que pôs em um violento conflito o homem com a natureza e contra o próprio homem. Desde muito cedo, o caloroso conflito no campo é parte do estudo sobre as questões agrárias no Brasil. Nas palavras de Ianni (1981), há várias possibilidades de violência no campo, àquelas cometidas por pistoleiros, jagunços à mandos dos grandes fazendeiros ou ainda, aquela cometida pelo próprio Estado, por policiais militares ou outros segmentos do Poder Público.

À luta pela terra e pelo território poder facilmente constatado em tempos hodiernos pelo cenário brasileiro. Nesse sentido, Fernandes (2004, p.2) destaca que ainda o que se têm é “uma compreensão predominante de que o conflito prejudica o desenvolvimento”. Assim, conflito no campo é visto como sinônimo de retrocesso e atraso ao desenvolvimento no campo. Cardoso (2012) permite aliar o estudo sobre a questão agrária no Brasil como sendo indiscutivelmente pautada em poder e violência.

O estudo sobre as questões agrárias (conflitos por terra) possibilita analisar as contribuições do Direito Agrário na construção democrática. O local do conflito, por diversas vezes envolve atores das mais variadas posições sociais. Fernandes (2004, p.2) sobre conflito, pontua acertadamente ao inferir que a denominada “conflitualidade é um processo constante alimentado pelas contradições de desigualdades do capitalismo”.

A replicação de um modelo expropriatório pautado na violência é retratado por Ianni (1981, p.172-173) “os donos do capital e seus prepostos – pistoleiros, jagunços, policiais e outros sentem-se bastante à vontade na prática da violência”. Fernandes (2004) possibilita a partir das questões agrárias realizar as mais valiosas contribuições do Direito Agrário no processo democrático, por meio da construção de paradigmas e visões distintas de mundo. Destaca-se que os relatos passados parecem replicar um mesmo modelo de violência que não limita esforços à supressão da vida (ou qualquer empecilho) em favor do “desenvolvimento” e do “capital”; mas que revelam um outro sentido a ser considerado: qual seja o local ocupado pelas minorias excluídas do processo de desenvolvimento.

Acompanhando a reflexão de Gustavo de Souza Preussler sobre a dialética da violência e sobre o cenário brasileiro, cabe destacar que a estrutura econômica do país transformou uma realidade “agrícola escravista para industrial”, mas que gerou contradições e influenciou a estrutura de classes que hoje são identificáveis. Nessas transformações e contradições, como apontado pelo

autor, se encontram “a) o trabalho escravo é proibido por lei, na estrutura subjacente do Estado capitalista; entretanto, essa mão de obra é utilizada; e b) há grande polarização da riqueza e da propriedade de terras no Brasil” (PREUSSLER, 2016, p. 190).

Esse cenário de violência apontado por Preussler está posto por força de uma concentração de terras e de poder político-econômico que o Estado brasileiro perpetuou através do tempo (se estabeleceu no Brasil-Colônia, se manteve no Brasil-Império e que pouco, proporcionalmente, avançou no Brasil-República). A má distribuição de terras e a concentração delas sob as mãos de latifundiários é um impeditivo para o acesso a diversos direitos fundamentais e para a própria democratização do acesso a terra.

Da Silva André e Silva ao analisarem a estrutura fundiária brasileira no ano de 2018, observaram que os latifúndios (grandes propriedades) ocupam o triplo de áreas em hectares, se comparados com as pequenas e médias propriedades, ainda sejam numericamente menores (ou seja, contando com menos imóveis). Conforme os autores, essa concentração desproporcional de terras resulta em diversos conflitos (2022, p. 188-189).

Desigualdades destacadas por Fernandes (2004) na soma de fatores políticos, sociais e econômicos possibilitaram o nascimento da questão agrária. Nas palavras do autor a “contradição estrutural do capitalismo que produz simultaneamente a concentração da riqueza e a expansão da pobreza e da miséria” (FERNANDES, 2004, p.6). Deste modo, inúmeros são os fatores (poder, sociais, culturais, econômicos, etc.;) capazes de criar classes sociais tão distintas.

Essa estrutura de classes (e isso pode ser especialmente identificado no campo) pode ser dividida em dois grandes blocos ou polos: (i) os “dominadores/ criminalizadores” onde se encontram os latifundiários (grandes proprietários de terras) e/ou grandes corporações, cujos interesses se ligam à “reprodução da miséria absoluta na grande massa do proletariado rural”, visto que são detentores de “poder político e econômico de grande escala” e capazes “de produzir e construir um sistema penal subterrâneo” 6 ; e (ii) os “dominados/criminalizados” onde são encontrados a pequena burguesia proprietária, camponeses pobres (possuidores ou não de terras), trabalhadores rurais, entre outros (PREUSSLER, 2016, p. 191).

Como apontado por Preussler, quando se trata da violência no campo, “inúmeros são exemplos visíveis de repressão que ocorrem na *terra brasilis*” e nesse sentido, o autor exemplifica com a “legitimação de terras em registros públicos em troca de dinheiro; julgamentos parciais em favor de latifundiários e grileiros de terras”. Preussler ainda aponta a “impunidade judiciária aos assassinatos de ativistas de direitos humanos e lideranças sindicais ou de movimentos sociais de luta pela reforma agrária” (PREUSSLER, 2016, p. 199).

A conjuntura permite considerar que as retomadas, ocupações, lutas pela terra, território e

reforma agrária, “demonstram uma afronta aos princípios da sociedade capitalista” (FERNANDES, 2004, p.49). Os espaços daqueles excluídos e deixados à margem dos interesses do Estado são permeados de um ideal de fácil identificação, garantido inclusive pela Constituição Federal de 1988 como sendo um dos fundamentos da República – Dignidade da Pessoa Humana. Busca-se impreterivelmente reivindicar condições dignas de sobrevivência. Fernandes (2004, p.46) sobre o conflito, aponta claramente sobre um dos “conflitos mais antigos existente no Brasil, o que envolve o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra”. Veja-se que as ocupações e retomadas são as principais formas de acesso à terra e territórios. O autor destaca que “os grandes proprietários querem manter seus privilégios em nome dos seus direitos. Os sem-terra querem conquistar os seus direitos em nome da democratização do acesso à terra” (FERNANDES, 2004, p.46).

A luta pela terra e ao território, evidência a rotulação dos seus integrantes como criminosos, ainda que estes estejam na posição de vítimas. Neste sentido, Gustavo de Souza Preussler destaca o papel da criminologia da reação social: O consenso social é baseado na imposição de valores de grupos ou classes dominantes em detrimento do restante da sociedade. A teoria criminológica do consenso interpretava o fenômeno crime para explicar quem é o criminoso. A criminologia da reação social têm três diferentes subteorias: a teoria da rotulação, a do estigma e a do estereótipo. O sistema de justiça penal – criminaliza condutas no terreno repressivo, perpetuando o papel marginal, mesmo que esse papel seja o da vítima, mas se adequa às teorias antes mencionadas (PREUSSLER, 2015, p.31-32).

Neste sentido, como bem destaca o autor “a seletividade se operacionaliza com base no que o público considera mais danoso/perigoso” (PREUSSLER, 2016, p. 33). O modus operandi ou como os conflitos agrários se desenvolvem (retomadas e reivindicações) fogem do padrão do que a sociedade considera como “comum”. As lutas por terras e por território, rotineiramente são veiculadas pelos meios jornalísticos. Discretamente ou legitimadas às massas minoritárias como desviantes, perigosas e danosas ao sistema considerado organizado. Gustavo Preussler ainda destaca que “em uma sociedade capitalista, o mais perigoso, são justamente, as condutas que oferecem risco à ordem estabelecida à polarização da riqueza e concentração de propriedade agrária.” (2016, p. 33).

A superação dessa realidade de polarização e conflito não se dará de forma “natural” ou mesmo se fará possível apenas no plano da atuação política (ainda que sem ela não seja possível uma construção verdadeiramente democrática). É preciso que a construção da Democracia Constitucional se faça também em espaços oficiosos

## **JUSTIÇA E VARAS AGRÁRIAS COMO MEIO DE ACESSO A JUSTIÇA E OUTROS DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS**

A construção de uma Democracia Constitucional é um ato complexo e que demanda a atuação de diversos atores: se incluem, mas não se limitam, sob esse aspecto a sociedade em toda a sua complexidade de coletivos, grupos, classes e organizações não governamentais (ONGs) que atuam também como forças de tensão e de pressão, e, os Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), entre outros. Muitos desses processos de luta se dão em espaços oficiais (como Congresso e Senado, no processo legislativo), mas também em espaços oficiosos que foram simbólica e efetivamente ocupados pelos diversos atores<sup>9</sup>. Entre eles se destacam as arenas judiciais como espaços de construção de uma Democracia substancial e efetiva.

A partir dessa percepção das dinâmicas atuais que colocam o Poder Judiciário em destaque (como o litígio estratégico, a advocacia em Direitos Humanos, entre outros), é preciso acompanhar a análise de Barbosa e Tárrega quando afirmam que o acesso à justiça “traz à baila a dimensão social do processo como instrumento de consolidação de garantias fundamentais presentes na atual Constituição Brasileira” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 344).

Esta reflexão introdutória reforça as considerações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.7) ao considerarem que nenhum sistema de justiça, por mais moderno que seja, está isento de críticas e enfatizam em alguns questionamentos inquietantes sobre: como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Duas finalidades são primordiais nesse sistema, o acesso a todos e a produção dos resultados, na esfera individual e socialmente justos.

Essa percepção, também apontada por Kozicki e Bonatto (2020), se dá a partir da CRFB/88, documento jurídico e político por meio do qual o Brasil incorpora (primeiramente ao ratificar) importantes documentos internacionais de direitos humanos. As autoras mencionam, entre os documentos internacionais ratificados pelo Brasil e que portando fundamentam uma proteção mais ampla aos direitos humano-fundamentais: a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 404) entre outros.

Não é possível, no contexto atual da realidade brasileira (e dos avanços globais em matéria

---

9 Para uma compreensão clara dessa dualidade de espaços oficiais e espaços oficiosos de construção da Democracia, pode-se dizer que para cumprir a promessa democrática presente na CRFB/88, os atores da sociedade (grupos ditos minoritários, movimentos identitários, movimentos sociais, entre outros) perceberam que os espaços institucionais (clássicos) de disputa democrática de discussão dos direitos humano-fundamentais, os espaços oficiais (como sendo os que foram criados e reconhecidos pelo Estado como canais legitimamente democráticos de participação social e deliberação) poderiam existir em paralelo com espaços oficiosos, ou seja, aqueles que foram “ocupados” por esses grupos para que se ampliassem os espaços de luta pelos direitos humano-fundamentais ou de criação de mecanismos legítimos e efetivos de reconhecimento ou proteção dos direitos já conquistados. (ALVES, 2009, p. 74; NASCIMENTO; ALVES, 2019, p. 26). O Poder Judiciário em geral (e as Cortes Constitucionais, em especial) se enquadra como espaço não originalmente reconhecido como espaço de disputa do significado da Constituição ou da própria Democracia, mas que não pode, hoje, ser afastado das dinâmicas que permitem o aperfeiçoamento, avanço e amadurecimento de uma Democracia Constitucional.

de Democracias que buscam ser efetivas), ignorar que os direitos humano-fundamentais fazem parte da Democracia (são por ela protegidos ao mesmo tempo que fortalecem e legitimam a Democracia). Em uma Democracia Constitucional se permite e possibilita “o exercício da autonomia pública, vertente do direito humano a liberdade no âmbito político”, podendo-se pensar também em ambientes não democráticos “que não respeitam os direitos humanos, sendo necessário concebê-los como uma limitação crítica a democracia” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 405).

Essa percepção da coexistência necessária (no contexto contemporâneo) entre Direito e Democracia (o que se faz consubstanciado na compreensão do que é uma Democracia Constitucional), fortalece a compreensão que não é possível ocorrer uma construção democrática que ignore as graves violações de direitos humano-fundamentais que acontecem no ambiente rural. Nesse sentido, conhecer “[o] fluxo histórico dos conflitos agrários permite a visualização da tradição do conflito de classes e as suas estratégias de poder (subterrâneo)” sem ignorar como a capital, violência institucional e estrutural se apresenta como mistura que “possibilita um campo fértil para que o direito penal subterrâneo se desenvolva, assim como a atuação violenta do Estado Capitalista” (PREUSSLER, 2016, p. 202). Essa realidade agride, frontal e diretamente, os Direitos Humano-fundamentais merecendo reiterados e renovados debates e investigações.

Na perspectiva do conflito agrário e sua latência constante, bem como suas implicações no mundo jurídico é permissivo analisar este como sendo um elemento de primordial interesse do Estado e o Sistema de Justiça. As complexidades que envolvem as questões agrárias partem para além de simples garantia de acesso ao Poder Judiciário. Sobre o mero acesso ou acesso formal como chamam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.9) chamam atenção para um detalhe muito bem pontuado; pois “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde apenas à igualdade formal, mas não efetiva”.

Fernandes (2004, p.4) pontua que a questão agrária ou o conflito agrário esteve e está presente no cotidiano há séculos. Afirmando ainda que “é uma coisa do passado, mas do presente, está ali, aqui e naquilo, em todo o lugar, ação e objeto”. As complexas situações que incutem ao tema a possibilidade de percepção que o mero acesso ao Poder Judiciário não seria suficiente, ou seja, o sistema de justiça (Instituições Jurídicas) deve produzir resultados justos, práticos e não simbólicos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.7-8).

As engrenagens da Justiça devem estar abertas às novas criatividade e nunca fechadas ou emperradas aos novos procedimentos. Aliado às complexidades que o tema nos fornece e sua possibilidade interdisciplinar, não nos parece atender aos preceitos de justiça social, o mero acesso dessas pequenas minorias/massas (indígenas, integrantes de movimentos sociais de luta pela terra, quilombolas, trabalhadores rurais, etc.;) ao Poder Judiciário.

Alinhado ao mandamento Constitucional do artigo 126<sup>10</sup> é vislumbrado a perfeita mutação progressiva e positiva, ao chamado complexo que envolve as questões agrárias. A efetividade do Sistema de Justiça abarca não somente celeridade, mas a devida prestimosidade. Nesse aspecto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.11) enfatizam que “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismo para a efetiva reivindicação”. Somados todos esses elementos, é possível caminhar no sentido de que uma justiça especializada estaria em comum acordo com garantias fundamentais e firmando o compromisso do Estado na busca pela redução das desigualdades e reafirmando o pleno acesso à justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) destacam que o acesso à justiça pode ser interpretado como requisito fundamental e o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno. Vejamos assim, a pretensão do Sistema de Justiça em garantir direitos humano-fundamentais, para além da mera proclamação.

Não sem razão que Kozicki e Bonatto destacam que “[a]penas há [D]emocracia quando há respeito aos direitos humanos, não como direitos necessários a ocorrência dos processos democráticos, mas como condições para a realização da dignidade humana de cada uma e de todas as pessoas”. (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 413). Essa percepção de necessário respeito, proteção e promoção dos Direitos Humano-fundamentais em uma Democracia Constitucional implica compreender que o acesso à Justiça é igualmente imprescindível.

Se é compreensível que acessar à Justiça é uma garantia cidadã e que contempla “anseios dos direitos dos movimentos sociais do campo”, é também compreensível que a atuação da Jurisdição (como a Justiça Agrária ou as Varas Especializadas Agrárias) potencialmente tem mecanismos “para amenizar a ineficácia do texto constitucional e o descrédito societário”, de modo que “[n]ão trata-se somente de igualdade, mas de preceitos básicos de dignidade da pessoa humana” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 345).

A consolidação de mudanças no Sistema de Justiça Brasileiro pôde ser verificada com a Emenda Constitucional N.45/2004. Portolese (2022) considera que as inovações retomaram as definições de acesso à justiça, o qual tem como ponto de apoio a delimitação de democracia. As mudanças na no funcionamento do sistema judicial brasileiro permitiram que fossem implantados instrumentos capazes de promover a efetiva tutela dos direitos. O acesso à justiça permite-nos associá-lo à democracia, pois a aproximação do Poder Judiciário com as massas menos favorecidas

---

10 Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

possibilitou efetivar direitos.

O desafio da Democracia Constitucional brasileira envolve reconhecer a pertinência argumentativa e instrumental dos Direitos Humano-fundamentais para que a dignidade da pessoa humana, como valor a ser introjetado na sociedade, fortaleça o ambiente democrático – é, portanto, “cada vez mais necessária a interdependência entre ambos” (KOZICKI; BONATTO, 2020, p. 416).

Essa interdependência apenas reforça o papel primordial do Poder Judiciário (e consequentemente da garantia do acesso à justiça) para a redução de injustiças, o que se faz possível quando se promove “acessibilidade jurisdicional”. A sociedade tem se tornado cada vez mais complexa e “abrange novos conceitos quanto aos indivíduos capazes de postular e reivindicar direitos frente a uma ordem econômica, política e social de avanço capitalista”, de modo que não é possível enfrentar tais desafios sem a proteção e eficácia de direitos humano-fundamentais por parte do Estado. É categórico reconhecer que “o acesso à justiça está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e igualdade” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 346). Seria igualmente equivocado ignorar como essa compreensão ocupa um espaço central nas dinâmicas de construção democrática.

A não efetivação da promessa constitucional presente na CRFB/88 a respeito das Varas Agrárias como mecanismo de promoção da Justiça é, em si, uma perniciosa violação de Direitos Humano-fundamentais. Nega-se o acesso à um atendimento jurisdicional melhor preparado para demandas que, como apontado na presente investigação, são marcadas por complexidades que o Direito, por si só, não é capaz de responder. Uma Justiça especializada (ainda que no formato apenas de Varas especializadas) se mostra um avanço, visto que a complexidade da matéria seria enfrentada por um arcabouço institucional e ferramentais devidamente preparados e adaptados para esse fim.

Garantir, portanto, uma justiça especializada corresponderia a compreender que: “[a] acessibilidade dos trabalhadores rurais à justiça compreende o déficit constitucional do acesso à terra”, pois sem a garantia do “respaldo quanto a justiça social perquirida” se “coloca em xeque o próprio Estado Democrático de Direito”. A CRFB/88 é clara ao determinar “a erradicação da pobreza, por meio de direitos sociais e fundamentais ao homem” o que implica reconhecer o direito de trabalhos rurais (bem como outros sujeitos e comunidades que são tutelados pela Justiça Social Agrária) possuem direito à melhores condições de vida e trabalho e ainda de melhor status social. Uma Justiça Agrária (portanto uma Justiça especializada) se mostra(ria) mais apta a superar eventuais contradições tanto da realidade quanto da própria construção jurídica: a CRFB/88, por ser uma Constituição, em muitos sentidos, principiológica, poderia apresentar também suas próprias contradições (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 350)<sup>11</sup>.

---

11 Barbosa e Tárrega, sobre essas aparentes contradições constitucionais, destacam que a CRFB/88 defende a

Arelado aos ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) sobre o acesso à justiça comportar ser o mais básico dos direitos humanos. Assim como os direitos humanos os avanços sobre acesso à justiça pressupõem uma constante evolução na sociedade democrática. Joaquín Herrera Flores (2009, p.17) destaca o olhar para um ponto importante, qual seja “os direitos humanos constituírem um desafio para a humanidade” bem como afirma ainda que “a globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade exploração”.

O acesso à justiça agrária implicaria em potencializar dois atributos do Poder Judiciário que é o de atuar como “fiscalizador de direitos e promovente de justiça social atendendo a cidadania e direitos fundamentais do homem decorrentes de desigualdades estruturais do país” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p.351).

A construção de uma Democracia Constitucional, que busca garantir o “direito de cidadania em seu sentido pleno”, não pode olvidar-se do acesso à justiça como caminho para alcançar esse objetivo, considerando o papel do Poder Judiciário de (em conjunto com os demais poderes constituídos e com a própria sociedade) “sanar as injustiças sociais, que surgem com o déficit constitucional” e como espaço (e garantia) de “representação efetiva de todas as camadas da sociedade por meio do acesso à justiça” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p.351). Nesse sentido:

A vara agrária deverá dirimir os conflitos entre proprietários e os trabalhadores rurais, representados ou não pelos movimentos sociais. Por meio da sua instituição buscar-seá a criação de precedentes decorrentes das sentenças de mérito. A serem consolidadas em uma justiça agrária, composta de Tribunais específicos, por meio da uniformização jurisprudencial como segurança jurídica. A consolidação jurídica de institutos que compõe o direito agrário. E o desenvolvimento de consciência jus-agrarista, com enfoque social (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 355).

E também, não se ignora que:

Nesse âmbito, a justiça traria celeridade e uniformização jurisprudencial de decisões com pensamento agrarista pelo função social da terra. Aumentando o acesso do homem à terra, para trabalho e sobrevivência. Sem no entanto, deixar de lado o direito a propriedade privada, mas com visão ampliada de conceito social. No atual estágio que se encontra o direito agrário brasileiro, não há um direito processual específico. Aplicado nas ações possessórias, portanto, o direito processual civil e o direito civil. Balizado na função social da propriedade, princípio elencado na Constituição. Quiçá, em um momento futuro, possa ter-se a consolidação das leis agrárias e um possível procedimento específico para as ações (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 357-358).

Por fim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.93-94) pontuam sobre “a necessidade de um sistema de servir as pessoas comuns”. As questões agrárias como já explanado exigem um olhar apurado. “O esforço para criar tribunais e procedimentos especializados para certos tipos de

propriedade privada (ainda que sob a baliza da função social) ao mesmo tempo que defende a tutela e proteção dos trabalhadores rurais e a Reforma Agrária. Para dirimir tais aporias, um Judiciário especializado apresentaria “soluções sociais por meio de decisões judiciais” incluindo o “entrave entre a propriedade privada (preceitos constitucionais e civilistas) e o acesso à terra (preceitos constitucionais e sociais)” (BARBOSA; TÁRREGA, 2013, p. 350).



causas socialmente importantes não é, evidentemente novo”. A justiça especializada agrária permitiria um olhar apurado sobre causas sensíveis, quanto são àquelas relativas aos conflitos no campo<sup>12</sup>.

Em um segundo momento é válido frisar mais uma vez Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 94), ao disporem sobre a necessidade de julgadores sensíveis e a lei mostrar-se em rápida evolução. “Aos juízes regulares pode faltar a experiência e sensibilidade necessárias para ajustar a nova lei a uma ordem social dinâmica.” A idealização de uma justiça especializada agrária carrearía ao pensamento de justiça social, pelo meio do qual se garantiria direitos não apenas formalmente, mas prático.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As relações sociais são indiscutivelmente pautadas por relações complexas. As questões agrárias são envolventes em abarcar para além da matéria civilista do direito de propriedade, mas caminha no sentido de conhecer e portar direitos que ultrapassam os limites do privado e assumem uma dimensão ainda maior, ou seja, a dimensão de direitos humanos, democracia e Dignidade humana. Acrescenta-se que o processo democrático em tempos hodiernos enfrenta desafios, restritos aos sabores das maiorias que ocupam posições privilegiadas de poder.

A justiça agrária como democracia constitucional necessita ser analisada para além dos olhares concentrados da reforma agrária. O sistema de justiça, conforme apresentado é merecedor de avanços, que para a temática hora abordada, possibilita a criação da chamada justiça especializada agrária, como meio garantidor de direitos humanos-fundamentais. As dimensões territoriais, bem como todo o arcabouço científico que permite cada vez mais tomar as questões agrárias como sendo um imbróglio de complexidade imensurável. Há que se forma um pensamento jus-agrarista, que permita ter plausibilidade social e não somente civilista.

Vejamos que as minorias são a realidade do mundo contemporâneo; essas massas desempenham um papel muito peculiar, seja nas cidades ou ainda no campo. A busca por dignidade imprime o verdadeiro significado da palavra conflito. O Poder Judiciário lança-se como o principal fiscalizador e promovedor da chamada justiça social. Nota-se assim, que o sistema de justiça é moroso devido a sua alta demanda. Partindo deste pressuposto, em muitos casos em que envolvam questões agrárias, a morosidade pode se revelar como um mecanismo violador de direitos humano-fundamentais.) Porém, a grande dificuldade do acesso à justiça e da eficácia dos direitos fundamentais ao trabalhador rural, não se dá pelo procedimento. E sim, pela morosidade da justiça,

---

12 Nas palavras de Sena e Corrêa da Costa (2010, p.10) “a pacificação é tratada como um escopo social e processual por se relacionar com o exercício da jurisdição na sociedade, tendo o Estado moderno o poder para a solução de conflitos interindividuais. A lógica é pacificar judicial ou extrajudicialmente; a relevância está na eficiência”.

devido ao abarrotamento de ações em geral e pela ausência de consciência jus agrarista em decisões.

Cabe ao sistema de justiça promover a justiça social, para além da aplicação da letra fria das leis, assim a especialidade da justiça, conforme se demonstrou até o momento, seria um meio garantidor e efetivador destes direitos. A especialidade da justiça caminha no sentido de possibilitar democraticamente a justiça social e cidadania, na eficácia de direitos.

A partir da Emenda Constitucional N.45/2004 possibilitou grandes avanços em matéria processual como também matéria constitucional. A referida mudança acabou modificar o artigo 126 da Constituição Federal, tornando-o um desígnio constitucional ao criar a jurisdição especializada para a solução de conflitos agrários. Chama-se a atenção mais uma vez, por meio do Julgamento da ADI 3433/PA, sobre as preocupações em que possam incorrer os magistrados ao julgarem matéria agrária. Confirma o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Relator Dias Toffoli, a necessidade da chamada expertise do julgador nesse ramo tão específico do Direito. Sobretudo, conhecedores das questões sociais e econômicas subjacentes que envolvem os conflitos agrários em suas particularidades locais ou regionais.

O Supremo Tribunal Federal, apontou no julgamento questões esclarecedoras sobre “o caput do art. 126 da Constituição Federal adotou as expressões genéricas “conflitos fundiários” e “questões agrárias”, não restringindo a competência das varas especializadas a questões somente de natureza cível. Por outro lado, as questões agrárias, muitas vezes, estão intrinsecamente relacionadas com conflitos de natureza penal, como a grilagem de terras, o desmatamento ilegal, a apropriação indevida de terras públicas, o esbulho possessório, dentre outros”.

Caminhando no sentido de validar a necessidades da justiça especializada agrária, ratifica mais uma vez o Supremo Tribunal Federal a ideia sobre “a expectativa de sejam essas as condições necessárias para o tratamento adequado das demandas agrárias, o que pode e deve (e deve) resultar na solução mais célere desses conflitos, evitando, assim, que se degenerem em violência”.

Pode-se analisar dessa maneira, ao passo de todos os argumentos até aqui apresentados, sobre a importância que recai sobre o Poder Judiciário na busca por uma concretização dos direitos humanos e direitos fundamentais que decorrem a partir do acesso à justiça. O caminhar nos avanços são frutos de movimentações de organismo de proteção de direitos humanos internacionais, possibilitando à ordem jurídica interna implementar mecanismos à concretização dos direitos e dos anseios das minorias – principalmente.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de**

**transição paradigmática.** 126 f. Dissertação (Mestrado) do Programa de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. 2009.

BARBOSA, Caroline Vargas; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. JUSTIÇA AGRÁRIA: A ESPECIALIDADE PARA O ACESSO À JUSTIÇA. In: Monica Bonetti Couto; Maria dos Remédios Fontes Silva; Miguel Kfoury Neto. (Org.). **Acesso à Justiça I.** 1ed. Florianópolis: Fundação de Amparo à Pesquisa FUNJAB, p. 342-366, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.433/PA.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 4.10.2021. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%203433%20%22%20%22&sort=score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%203433%20%22%20%22&sort=score&sortBy=desc). Acesso em: 13 de abril 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOSO, Franciele Silva. **A luta e a lida:** estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-23082013-131951/pt-br.php> Acesso em: 15 abril 2023.

DA SILVA ANDRÉ, Larissa; SILVA, Thiago Henrique Costa. A criação de varas agrárias e a (não) aplicação do direito de forma plural aos camponeses e populações tradicionais: uma análise das decisões judiciais dos estados de goiás, paraná, pará e alagoas entre 2019 e 2020. **Revista Vertentes do Direito**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 181–211, 2022. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/13967>. Acesso em: 14 abr. 2023.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Questão agrária: conflitualidade e desenvolvimento territorial. **Revista NERA.** Universidade Estadual de São Paulo: Presidente Prudente, 2004.

FLORES, Joaquin Herrera. **A (Re) invenção dos direitos humanos.** Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

GASPARDO, Murilo; SERRA, Victor. A Reforma Agrária e a consolidação da democracia brasileira - O necessário diálogo entre o direito agrário e a teoria do estado. In: Maniglia, Elisabete. (Org.). **50 ANOS DO ESTATUDO DA TERRA 25 ANOS DE DIREITO AGRÁRIO NA UNESP.** 1ªed. São Paulo: Cultura Acadêmica, p. 89-107. 2014, Disponível em: <https://cidadaniaativa.franca.unesp.br/arquivos/gaspardo-murilo-reforma-agra-ria-democracia-dir-agra-rio-teoria-estado270570.pdf> Acesso em 18 fev 2023.

IANNI, Otávio. **A luta pela terra:** história social da terra e da luta pela terra numa área da Amazônia. Petrópolis: Vozes, 1981.

KOZICKI, Katya; BONATTO, Marina. Direitos Humanos e democracia: uma relação necessária. **Revista Videre**, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 403–418, 2020. DOI: 10.30612/videre.v12i24.11794. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11794>. Acesso em: 31 mar. 2023.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. Proteção internacional dos Direitos Humanos e o reconhecimento do direito das minorias: questões contemporâneas e o risco de retrocesso. In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2019, Goiânia - GO. **Anais do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA/GO**. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

PORTOLESE, Júlia Teixeira. O Acesso à Justiça na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direitos Democráticos & Estado Moderno**, v. 3, n. 6, p. 125-144, 2022.

POSSAS, Thiago Lemos **O estado democrático de direito e a questão agrária** : cidadania e reforma agrária na construção da democracia.2013, 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Franca : [s.n.], 2013. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/98942/000719374.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso 15 fev 2023.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. **Criminologias do conflito**. Curitiba: Íthala, 2015.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. NOTAS SOBRE A VIOLÊNCIA DO ESTADO CONTRA OS MOVIMENTOS DE TRABALHADORES RURAIS. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 188 – 204, Jan/Jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/364/367> . Acesso em 08 de mar 2023.

SANTOS, Maria Carolina Alves dos. Nós e os gregos. **Trans/Form/Ação**. Universidade Estadual Paulista, Departamento de Filosofia , v. 17, p. 133-141, 1994. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/10660>>. Acesso 14 mar 2023.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

**CAPÍTULO VIII**  
**CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES**

# DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM: BETWEEN ANTAGONISM AND CO-DEPENDENCY

Matheus Conde PIRES<sup>1</sup>  
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS<sup>2</sup>

Traditionally, constitutionalism is treated as a precondition of democracy, as if the sovereign people, which provides the foundation for every political-legal order, were restricted to the past (COSTA, 2011, p. 218). In brief, this view is based on the assumption that through reason it is possible to arrive at universal values that need to be protected against the majoritarian action, to prevent some kind of autophagy (DWORKIN, 2011). In opposition, Waldron (2006, p. 1360) indicates that dissent will always be present, even in the face of the most elementary issues. His intention is to balance the debate with Dworkin, and rescue the dignity of legislation (WALDRON, 2003).

Your main concern regards the possibility that an institution, in its function as a Constitutional Court, can revert, definitively, a decision taken democratically (WALDRON, 2006, p. 1354-1359). The existence of a countermajority institution is also supported by pre-commitments established in the past and the assumption that judges would be more appropriate to align the values agreed in the past with current interests (WALDRON, 2009, p. 21). The Constitutional Court, as responsible for the last word of the constitutional signs, is placed as the true sovereign in the Hobbesian sense (WALDRON, 2021, p. 101-102).

Waldron draws attention to the fact that there is no possibility of absolutely pacifying a political decision, it is a space of non-decision. The undecidable consists in the impossibility of absolutely rationally substantiating a decision (LACLAU, 2011, p. 31). This means the impossibility of rationalizing the political space in a totalizing way. It is in this sense that the problem of this paper is presented: is the relationship between democracy and constitutionalism only antagonistic or also of co-dependency?

If at a given moment sovereign power is based on God (BODIN, 2011), over time, this

- 
- 1 Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade (2020), pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).
  - 2 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP) e bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduada em Direito (2018) pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Processual (2019) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB).

foundation becomes desacralized (Cf. HOBBS, 2019). If before the universal was a full place, from Hobbes it becomes an empty place, which must be filled by the sovereign (LACLAU, 2011, p. 100). In Rousseau, the people cease to be a mere contractual source and become a participant in authority (ROUSSEAU, 1999).

The people take the place of the throne, as a totalizing entity, capable of founding the entire juridical-political structure. The foundation is the people, and this necessarily carries a universal meaning, otherwise it would not be able to legitimize the social order. It turns out that the universal does not have its own content (LACLAU, 2011, p. 65). A practical attempt to say what the people are, or what their will is, is necessarily precarious, incapable of being totalizing. It is always a pleb that presents itself and functions as *populos* (LACLAU, 2018, p. 134) from of the absence of a previous fullness (LACLAU, 2011, p. 142).

However, what are the people? We could ask “who are the people” but this question would force the search to understand the people in a certain historical context, dated, properly located. Our question is theoretical, in the sense of the ontology of the social. Ernesto Laclau (2018, p. 123) asks precisely this question in populist reason, concluding that the people are always a discursive construction based on social demands. These demands can be mere requests, or unmet requirements (LACLAU, 2018, p. 124). The accumulation of demands allows their articulation in opposition to the establishment.

It turns out that the articulation of all demands is impossible, as the universal that can not be represented (LACLAU, 2018, p. 138). This fact incur the need for a cropping, that is, in which demands that will remain outside the chain of equivalences and formed institutionality. From this, an antagonistic cut is formed, in the existence of another that puts its own existence at risk (PESSOA, 2008, p. 138). For example, values conceived as “democratic” are incompatible with statements identified as “authoritarian”.

It is here that the relationship of co-dependence between democracy and constitutionalism can be noted. Democracy is established in this empty space, in the impossibility of pacifying dissent or completely rationalizing political decisions. If we were faced with universality in its transparency, there would be no dissent, the field of dispute would be eliminated (LACLAU, 2011, p. 66; LACLAU, 2018, p. 246). This means that there is always a need to decide, and there is not enough rationality to completely eliminate the arbitrariness of this act. Democracy manifest itself at this point, in the disputes surrounding the decision. Since democracy is not based on the “best” decision, but on the possibility of questioning (LACLAU, 2011, p. 150).

In this sense, constitutionalism presents itself as the antagonistic cut of democracy, it is precisely the border area of values and demands that are accepted or not by the community. It

impedes the full democratic constitution, which is impossible, since it develop in a *locus* of non-decision. The people and democracy are impossibilities, always manifesting themselves in a precarious and contingent way, while constitutionalism is the concrete manifestation of decisions that are always arbitrary. Thus, democracy and constitutionalism are not only antagonistic, they are in co-dependency, as each tradition is a condition for the possibility and impossibility of the other.

## REFERENCES

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Revista Teoria & Sociedade**, v. 1, n. 19.1, 2011.

DWORKIN, Ronald; Levando os direitos a sério. 2.ª tiragem. **São Paulo: Editora**, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PESSOA, Carlos. Hegemonia em tempos de globalização. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 133 - 144. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a Origem das Linguas**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, p. 2-24, 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Ij**, v. 115, p. 1346, 2006.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the role of courts. **Global Constitutionalism**, v. 10, n. 1, p. 91-105, 2021.



# WOMEN AND POLITICS: THE LACK OF FEMALE REPRESENTATION IN SPACES OF POWER AFTER THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

Vanessa de Souza OLIVEIRA<sup>1</sup>

The abstract has the scope of investigating the concepts of democracy and political representation with a gender perspective, highlighting the importance of female participation in the political sphere. To do so, the deductive research method was used, starting from a general study on the meaning of political representation and democracy, to the specific analysis of female representation in Brazil and the exclusion of women from political participation.

The notions of political representation and democracy, although they are related today, have not always been intertwined. Greek democracy was characterized by direct participation, with no elections of representatives by those who were considered citizens, a concept that excluded women, who "had no direct participation in democratic institutions, as men had." (REIS, 2018, p. 56). With the increase of individuals that composed society, direct democracy became unfeasible, and the idea of representation as a link between the people and power began to emerge in the political scene.

The act of representing can be understood as a strategy against absence, that is, even if the people are not participating directly in decision making, they will be present through representatives. Representative democracy, mainly through the electoral process, is increasingly present in contemporary national states, including Brazil. However, in a society marked by relations of domination, to what extent can women consider that their interests are being represented, given the low female political participation.

After the end of the military dictatorship, the process of redemocratization began in Brazil with the convocation of the National Constituent Assembly, which counted on high social participation, for the elaboration of the seventh Brazilian Magna Carta. The Citizen Constitution, as it became popularly known, innovated by recognizing the equality of rights between men and women, being a starting point for other rights conquered later by the female population. However, the National Constituent Assembly was composed of only 26 female deputies and no female senators, a tiny number compared to the more than 500 men present.

It is unquestionable that throughout the years women have conquered a space in the public

---

1 Advogada OAB/SP 476.410. Mestranda em Ciência Jurídica, na área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/PR. Pós-graduanda em Direito e Processo Previdenciário pela Damásio Educacional S/A. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/PR. Desenvolve pesquisas relacionadas à Função Política do Direito, Democracia e Violência de Gênero.

environment that has reflected in legislation that safeguards them from discrimination and violence, such as Law 9.504/97 (Election Law), Law 11.340/06 (Maria da Penha Law), and Law 14.192/2021 (Law that combats political violence against women). However, even with current norms that ensure basic feminine rights, society is still based on a conservatism that deprives women's representation in the political sphere.

Although more than 30 years have passed since the promulgation of the 1988 Federal Constitution, the female share in the National Congress is extremely disproportionate to the male; currently the House of Representatives has 91 elected women, while only 10 women occupy seats in the Senate. Regarding the executive branch, the disproportionality is even more evident, considering that only two women were elected female governors in 2022, among the twenty-six states and the Federal District.

In Brazil, the decisions that govern public life are mostly decided by the male portion of the population, evidencing that "the abolition of legal barriers did not represent access to equal conditions of entry into the political arena." (MIGUEL, BIROLI, 2014, p. 94). Although there is the provision for electoral gender quotas in Brazilian legislation, it is not sufficient for the elimination of barriers to female inclusion in politics and the promotion of participation in spaces of power and decision-making. Women encounter obstacles during their candidacy, with a lack of party and financial support, as well as after they are elected, because they are not considered equal to men in decision-making processes.

The lack of female representativity is a lamentable picture in the Brazilian political context, because a parliament composed mostly of men, although it is the result of an election in which women comprised the majority of voters, is not capable of representing and claiming the female interests. According to Marilda de Paula Silveira (2019, p. 330), the obstacles to women's participation in politics have systemic, cultural, and institutional orders, ranging from the absence of space to be occupied to the patriarchal stereotypes conferred on women. Political inequality is based on a patriarchal hierarchy and completely structured in historically masculine patterns, restricting financial support to women's candidacies, as well as belittling and ridiculing women's agendas.

Representativeness has a double function, as it enables both the claiming and the protection of women's rights. Thus, for better quality of democracy, "society must understand that women's participation in politics, in a democratic country, is fundamental to the achievement of equality, development, and peace." (ALVES, 2018, p. 97). The deprivation of female representation in politics harms not only the female population, but the entire society, given that it compromises political pluralism and the Democratic Rule of Law.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Y. K.T.R. Debatendo a representatividade: um panorama histórico e breve reflexão sobre a participação feminina na política brasileira. **Revista de Estudos Eleitorais**. Recife, v. 2, n. 3, p. 95-103, jul. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Bancada feminina alcança 91 deputadas federais**. Secretaria da Mulher. 2022. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/bancada-feminina-alcanca-91-deputadas-federais-1>>. Acesso em: 28 de mar. 2023.

LIMA, Daniela. **Uma luta pela igualdade**. Jornal Correio Braziliense, Revista do Correio. 2007. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Artigo%20CB%20Mulheres%20Constituintes.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Artigo%20CB%20Mulheres%20Constituintes.pdf)>. Acesso em: 27 de mar. 2023.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. **Feminismo e Política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014.

REIS, M. D. Democracia grega: a antiga Atenas. **Sapere aude**. v. 9. n. 17, p. 45-66, Jan./Jun. Belo Horizonte/MG, 2018. Disponível em < <https://doi.org/10.5752/P.2177-6342.2018v9n17p45-66>>. Acesso em: 27 de mar. 2023.

SENADO FEDERAL. **Apesar de maior presença de mulheres na disputa ao Senado, bancada feminina diminui**. Agência Senado. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/10/03/apesar-de-maior-presenca-na-disputa-ao-senado-bancada-feminina-reduz-tamanho>>. Acesso em: 28 de mar. 2023.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Democracia de gênero e seus desafios: como as ações afirmativas para participação feminina na política devem ser aprimoradas. Revista da Faculdade de Direito UFMG. n. 75, p. 323-348, 2019. Disponível em <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2041>>. Acesso em: 13 de mar. 2023.

# **JUDICIAL ACTIVISM IN THE STF: A BRIEF ANALYSIS OF THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY OF THE PRINTING OF VOTE RECEIPTS**

Isabela Christina Arrieta MASIEIRO<sup>1</sup>  
Gabriel Vieira TEREZI<sup>2</sup>

This paper aims to evaluate the possibility of judicial activism arising from the decision of the Direct Action of Unconstitutionality n°. 5.889, which declared unconstitutional article 59-A of the Election Law, which instituted printed voting receipts - what has been called "auditable printed ballots". The research problem can be defined as: How was the Direct Action of Unconstitutionality n° 5.889 decided in terms of judicial activism? The hypothesis is that there would have been judicial activism and, for such, a deductive methodology is adopted, being that, firstly, a definition of what would constitute judicial activism will be outlined. As a second premise, the trial procedure of that action of judicial review will be described. Finally, it will promote the comparison of premises in order to draw conclusions about the occurrence or not of activism. In Brazil, the more active position of the judiciary in politics has occurred since the 1988 Federal Constitution, through the notion of a democratic constitutionalism, however, this political element within the law generates a difficulty in understanding that the judicialization of politics and judicial activism are different phenomena, since the judicialization is a statement about what has been happening in society before the consecration of constitutional rights and regulations, i.e., it is part of the very function of judicial institutes and democracy, while activism is understood as something that destabilizes democracy, because it is when the judge takes into account his personal convictions, that is, a judicial review made from the will or the conscience of the interpreter, not representing a realization of the constitutional text, but, yes, its distortion. (TASSINARI, 2012, p. 17-23). Another way to understand judicial activism is when the interpretation made by judges are different from that intended by the legislature (LIMA, 2013, p. 158). In turn, the decision evaluated by this work stems from the change brought by Law No. 13,165/2015, which introduced Article 59-A, in the Election Law, establishing the printing of voting vouchers that could be compared with the results recorded electronically. In fact, it should be remembered that Brazilian elections, since 1996, have used electronic ballot boxes, considered by the literature as DRE - Direct Recording Electronic (ARANHA, et al., 2013, p.7-8). The model adopts certain technical and legislative provisions that ideally confer authenticity to the system, yet the use of electronic voting has been the object of

---

1 Master's student in Legal Science at the State University of Northern Paraná (UENP), Scholarship Holder (CAPES), [isabela\\_masieiro@fio.edu.br](mailto:isabela_masieiro@fio.edu.br).

2 PhD student in Legal Science at the State University of Northern Paraná (UENP), Scholarship holder (CAPES), [gabrielvterenzi@gmail.com](mailto:gabrielvterenzi@gmail.com).

skepticism and criticism, both from the general population - since in a 2020 survey, only 33% of respondents said they trust the devices a lot (DATAFOLHA, 2020) - and from the specialized literature, which shows that certain confirmations can only be obtained through printed vouchers (FERRÃO et al., 2019, p. 10 and GIBSON et al., 2016, p. 3). In this sense, the addition brought by Article 59-A would promote the introduction of "digital recording electronics with printed audit trails - DRE-VVPAT" (VILLAFIORITA; WELDEMARIAM; TIELLA, 2009). However, the legal provision was the subject of a judicial review in 2018, filed by the Attorney General's Office. The basis of the request was that there would be an affront to the guarantee of the secret vote and the reliability of the system. The case was reported by Minister Gilmar Mendes, who granted the injunction on June 6, 2018, determining the suspension of the effects of the rule. In 2020, the court issued a definitive decision for the unconstitutionality of the rule, and the main arguments of the rapporteur were that there would be an economic impact from the change that would impact the principles of economy and administrative efficiency (BRASIL, 2020). Most of the other ministers, in turn, adopted as grounds the possible violation of the secrecy of the vote. When analyzing the arguments brought by the voting Justices, Gilmar Mendes (rapporteur), Alexandre de Moraes and Luís Roberto Barroso, it is considered that the performance of all can be considered activist, since the rapporteur's interpretation was guided by economic aspects (whose consideration would be up to Congress) being considered beyond the normative parameters, therefore activist (LIMA, 2013, p. 155) Ministers Alexandre de Moraes and Luís Roberto Barroso, in turn, despite following the rapporteur's conclusion, reasoned based on what was required, but based on their own convictions about the legislative option, since the former only pointed out that the device contested would represent a setback in relation to Brazil's efforts to guarantee free and safe elections, without taking into account the fact that the device was democratically prepared and did not prove the insecurity of the indicated value (vote secrecy); while the second cited negative factors resulting from the impression of the vote, once again without taking into account the fact that the device was prepared by the elected parliamentarians, only demonstrating obstacles to the proposal and not really facing the problems of the option. For these reasons, it can be concluded that, in the judgment of the ADI, the foundations and interpretations of the Ministers can be seen as a manifestation of judicial activism, according to the criteria adopted by the work, since they were decisions that more expressed the personal opinion of the judges and escaped the constitutional normative limits, than the factual situation that the impact of the device would result.

#### **REFERENCES:**

ARANHA, Diego de Freitas, et al. **Vulnerabilidades no software da urna eletrônica brasileira.**

2013. Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/313421477\\_Vulnerabilidades\\_no\\_software\\_da\\_urna\\_eletronica\\_brasileira](https://www.researchgate.net/publication/313421477_Vulnerabilidades_no_software_da_urna_eletronica_brasileira). Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5889**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF\\_ADI\\_5889\\_cf8f4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1610418741&Signature=5Pdy3DcIVuSdkYuP8fpvSzyvS0o%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_ADI_5889_cf8f4.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1610418741&Signature=5Pdy3DcIVuSdkYuP8fpvSzyvS0o%3D). Acesso em: 23 mar. 2023.

FERRÃO, Isadora Garcia, *et al.* Urnas Eletrônicas no Brasil: linha do tempo, evolução, falhas e desafios de segurança. **Revista Brasileira de Computação Aplicada**. v. 11, n. 2, p. 1–12, 2019. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rbca/article/view/9056>. Acesso em: 1 mar. 2023.

GIBSON, John Paul, *et al.* A review of E-voting: the past, present and future. **Annals of Telecommunications**. v. 71, p. 279–286, 2016. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12243-016-0525-8#citeas>. Acesso em: 8 mar. 2023.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal**: uma proposta de delimitação do debate. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

VILLAFIORITA, Adolfo; WELDEMARIAM, Komminist; TIELLA, Roberto. Development, Formal Verification, and Evaluation of an E-Voting System With VVPAT. **IEEE Transactions on Information Forensics and Security**. v. 4, n. 4, p. 651-661, 2009. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/5290133>. Acesso em: 8 mar. 2023.

Voto obrigatório e sistemas de votação. **DATAFOLHA**. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2021/01/1989199-73-defendem-urnas-eletronicas-e-23-querem-volta-do-voto-impresso.shtml>. Acesso em: 14 jan. 2021.

# THE NOTION OF REPUTATION OF THE OAB: A THEORETICAL PROPOSITION FROM DATA OF THE INSTITUTIONAL PERFORMANCE OF THE ORDER

Paula Alves ZANOTO<sup>1</sup>  
Vinny Pellegrino PEDRO<sup>2</sup>

This abstract aims to answer the following research problem: from the investigation of the Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)'s interactions on the judicial review arena, and directly with the civil society, is it possible to affirm that there is an accumulation and spending of a certain kind of reputation on the deliberations of the OAB's interests?

The hypothesis is that, observing the OAB's interactions on the judicial review arena and its discussions with the civil society, it is possible to affirm that the institution accumulates and spends its reputation to obtain its interests, accumulating reputation when it seeks interests in common with the civil society, and spending its reputation to obtain institutional interests, connected to the lawyer's interests and the institution interests itself. The hypothesis emerges from previous results demonstrated by data gathered and processed on another research.

The research has as empirical and qualitative approach, using the historic-documental method of procedure, aiming to identify, set in time and, posteriorly, investigate the documents that contain the main interactions of the OAB on the judicial review arena and on the dialogue with the civil society. By the end of the research, we aim to obtain a specific concept of the OAB's reputation, based on justified theorization of the data.

The investigation justifies because it aims to use the data to elucidate the practices (and its motives) of an institution that historically had an important part to the redemocratization of the country and that has an unique position on the brazilian institutional arrangement, once it has a duplicitous scope, fixed on article 44 of the Statute of the Advocacy of the Ordem dos Advogados do Brasil. It prescribes that the OAB's purposes are the corporative organization of the lawyres class, and, at the same time, its role is to defend the Constitution, the rule of law and the democracy, the

- 
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (início em 2023), Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2014/2015), Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2009/2013), Professora de Prática Penal (2022 até o presente) Filosofia Jurídica (2022) e Direito Administrativo (2023) no curso de Direito da FASC - (Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo/SP (desde 2022), Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (desde 2020).
  - 2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2021). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2014). Graduated in Law by the Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2012). Coordenador do curso de Direito da FASC (2022). Professor da Graduação da Faculdade de Direito FASC (2016). Advogado (2012).

human rights, the social justice, and to watch over the correct application of the law, the fast administration of justice and the improvement of the juridical culture and judicial institutions.

The concept of reputation that we aim to develop exclusively relates to the OAB<sup>1</sup>, as a kind of esteem, acquired and conferred by a limited time, because of a quality or a specific achievement that brings public validation (VOSWINKEL, 2011, p. 32) and, in despite of the About an analogous attempt to build a concept of reputation regarding the Supremo Tribunal Federal, usable on the General Theory of States and Constitutional Theory, within an strategical and attitudinal view of the behaviour of the Courts and its members, limited by its functions and legal limits: SAUAIA, 2019.

Necessity of researching and obtaining data, parts initially from a theoretical approximation of Tom Ginsburg's and Nuno Garoupa's concept of judicial reputation on the book *Judicial Reputation: a comparative theory* (2017).

Ginsburg and Garoupa built the concept of *judicial reputation* based on economic analysis and on comparisons between countries, seeking to obtain information about the judicial performance of the courts and the consequences of the acts of the Judiciary Power on the legal system. The authors point that the judicial reputation plays two important roles: the first is to transmit information to the public in general, regarding the quality of the Judiciary Power; and the second is to promote the esteem to the career of the magistracy and to the individual judges, concluding that "a high-esteemed Judiciary will probably raise more material resources and will probably be more isolated than the other political actors that could expropriate those monetary or social resources" (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 16).

Even though there is an inicial approximation, we aim to discuss a proper concept of the OAB's reputation regarding its actions on Brazil, according to the indicated arenas, based on different criteria that the ones chosen by the authors, especially considering the places where the OAB accumulates and spends its reputation - meaning the judicial review arena, facing the other political actors of the judiciary system (internal reputation) and considering its image before the civil society (external reputation).

## REFERENCES

DOTHAN, Shai. *Reputation and Judicial Tactics: a theory of National and International Courts*. New York: Cambridge University Press, 2015.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Building reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, s. 1, v. 28, n.3, pp. 539-568, 2011.



GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Judicial Reputation: A comparative theory*. London: The University of Chicago Press, Ltd, 2015.

SAUAIA, Hugo Moreira Lima. *A reputação judicial do Supremo Tribunal Federal: análise crítica dos seus mecanismos*. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

VOSWINKEL, Stephan. *Reputation: A Sociological View*. pp. 31-45. *In*: Helm, S., Liehr-Gobbers, K., Storck, C. (eds) *Reputation Management. Management for Professionals*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2011.

# THE INVISIBILITY OF WOMEN JUDGES IN THE FEDERAL SUPREME COURT

Marcela Luísa FOLONI<sup>1</sup>

## THEME

The role of the STF in Brazilian politics is clear today. However, it is essential to note that there is a poor distribution, non-recognition and false representation of women in the judiciary, due to historical-cultural issues, which are legitimized by political and economic decisions.

## RESEARCH PROBLEM

According to the British sociologist Carol (SMART, 1992), Law is sexist, macho and sexed. Law is sexist, because it discriminates against women; Law is sexist because it is denounced as all Law being intrinsically masculine; Finally, Law is sexualized because, to the extent that Law is centered on men and incorporates an invisible rhetoric that leads to annulling women within male subjectivity and, with them, excluding them, this is how women's rights are claimed

Therefore, one of the main bases of Jusfeminism is to identify how the structures are "non-neutral", since they are determined by the patriarchal society. From this, it is possible to verify that not only legal norms, but also judicial institutions are inserted in this same context and, for this reason, cannot be seen as neutral elements of a given legal system. This is the case of the composition of the bodies of the Judiciary, more specifically, the composition of the Constitutional Courts and courts, the highest bodies responsible for interpreting constitutional norms and for controlling constitutional legitimacy. (LIMA; BUENO; STAMILE, 2021, p.228)

Based on this context, it is worth asking whether, in the current context, there is an invisibility of women judges in the Federal Supreme Court?

## HYPOTHESES

The study concerns the act of demonstrating whether there is an institutional and social performance with a gender perspective in the performance of women ministers in the Federal Supreme Court, investigating whether they use instruments, arguments and feminist studies to substantiate, legitimize, change and consolidate, in a in a practical and effective way, women's rights.

Philosopher Nancy Fraser (2006, p. 234) points out that gender concerns both an

---

<sup>1</sup> Law student at Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). researcher in Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB). E-mail: marcela.foloni1@gmail.com

economic-political differentiation and a differentiation of cultural valuation, simultaneously framing the problem of recognition and redistribution.

The author develops two generic ways of understanding injustice: economic and cultural (or symbolic). The first would be the injustice that is based on the economic-political structure of society, whose examples can be cited as exploitation, marginalization and deprivation. Economic injustice would be remedied by “redistribution”, understood by the author as a set of factors such as income redistribution, reorganization of the division of labor, democratic investment controls or the transformation of other basic economic structures (Fraser, 2006, p. 232). The second aspect by which Fraser understands injustice has to do with cultural injustice, which has its fulcrum in social standards of representation, interpretation and communication, and its examples are cultural domination, concealment and disrespect. In this case, the remedy would be cultural and symbolic change, involving the revaluation of disrespected cultural identities and the cultural products of maligned groups, as well as the recognition and positive appreciation of cultural diversity and, radically, may involve a comprehensive transformation of social patterns. of representation, interpretation and communication (Fraser, 2006, p. 232).

In addition to the elements of redistribution and recognition, more recently, Fraser develops a third political dimension of (in)justices. Her understanding is that there would be specifically political ways to prevent parity of participation, which could not be reduced to poor distribution and false recognition (Fraser, 2007, p. 305). This bias consists of enabling subjects to be genuinely present in decision-making spaces and to be seen as legitimate interlocutors in these spaces.

In this situation, having a Supreme Court, responsible for interpreting the fundamental document of the State, historically monopolized by men, means the production of political decisions based on an unfair standard from a gender perspective. Because of this, this research is essential, as it aims to question the standards imposed and crystallized today.

## **THEORICAL ANALYSIS**

The present summary was developed from the bibliographic review of articles published in magazines, such as the article "When gender knocks at the door of the STF: the search for a feminist constitutionalism", Supreme Ministers: the inclusion of women in the composition of the STF in light of the legitimacy of the constitutional courts; master's thesis, with the theme: "Supreme Ministers: The (under)representation of women in the Federal Supreme Court"; books, such as "Feminist Constitutionalism: expression of public policies aimed at gender equality", as well as technical and critical analysis of the studies of Nancy Fraser and Carol Smart.

## CONCLUSION

It is possible to point out that having a Supreme Court, responsible for the interpretation of the Federal Constitution, the fundamental document of the State, historically monopolized by men, means the production of political decisions based on an unfair standard from a gender perspective.

Thus, it is essential that this issue about the invisibility of women's role in the Federal Supreme Court should be studied, questioned and transfigured, based on theoretical references with a gender perspective.

## REFERENCES

BUENO, Marcela Pradella. **Supremas Ministras: A (sub) representatividade das mulheres no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2021.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós socialista”. v. 15, n. 14-15, p. 231-239. Trad. Julio Assis Simões. São Paulo: **Cadernos de Campo**, 2006.

LIMA, Jairo; BUENO, Marcela Pradela; STAMILE, Natália. Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. 18. n. 98. p. 217-55. **Revista Direito Público**, 2021.

SMART, Carol. **The woman of legal discourse**. v. 1. n. 1. Social and legal Studies, 1992.

# THE RESTORATIVE JUSTICE AS A PARADIGM FOR THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PUBLIC POLICY

Henrique GIACOMINI<sup>1</sup>

The violation of the human rights of individuals who are under the guardianship of the state for the protection of public safety is routine. And such facts are common knowledge. However, the idea of a society without any kind of social conflict is unattainable, because since the emergence of the State stems from such social tensions.

In this sense, such violations of individual guarantees will be analyzed from a new constitutional perspective, with the purpose of demonstrating the need to overcome the merely formal nature of law, as well as the imminence of the concretization of fundamental rights to improve repressive institutions. Furthermore, the paradigms of restorative justice will be presented as an alternative for the implementation of the dictates of human rights.

In this sense, the central point of the research is: considering the conception of the dignity of the human person and the treatment of prisoners, how can we delineate possible measures for the realization of a Democratic State of Law in the reality of Brazilian criminal prosecution?

This problem will be explored to demonstrate the distortion of human rights in the prison system, as well as the ineffectiveness of the fundamental rights guaranteed in the Federal Constitution. Besides, the ascendancy of the economic system that culminated as the central point of discussions on socioeconomic public policies related to crime will be presented.

In view of the stated, pondering all the problems arising from individualism and economic supremacy among social classes, it is necessary to rethink the security policies and investigate contemporary social relations correlating them to criminological studies in order to achieve satisfactory results in the effectiveness of public policies and ensuring individual rights.

It is a fact that in the last decades society has evolved substantially in the search for social harmony. However, there are still serious flaws in the state power in face of the increase in criminality and the decline in the credibility of the entire Brazilian punitive system. In this sense, the reason for the exploring on the affront to human rights during the criminal prosecution is the double attack against the Democratic State of Law and the citizenship of the individuals that make up society. These violations affect with intensity both those who are afflicted with insecurity and

---

1 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal com ênfase em Teoria da Pena e Execução Penal, Prática Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina (UNIFIL). Pós Graduado do Curso de Docência em Ensino Superior pela Unicesumar. Bacharel em Direito pela Faculdade Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR). Professor temporário e advogado. E-mail: giacomini.henrique@gmail.com. Currículo lattes:<<http://lattes.cnpq.br/7675803558053323>>.

those who suffer with state abuse in the current punitive system, which applies various actions that directly violate human rights.

In order to conduct an in-depth investigation on the violations of rights throughout history, it is necessary to evidence that the state activity is imbricated in an unavoidable function of providing a fair democratization of the State and society, assured as a constitutional right. And such function is effectively very difficult, especially in view of the distance that separates rights from the social practices that violate them with impunity (SANTOS, 2011, p. 16).

And still dealing with Criminal Public Policy, although provided by law as a social function, there is no way to disentangle it from economic policies since when performing the protection of property, capital will be associated to economic maintenance (CASTAMANN, 2018, p. 28).

In Brazil there is a succession of broad transformations, and for the realization of the Democratic State of Law, the formality of law is not enough, but must be associated with the effectiveness of social and institutional conditions (CAMBI, 2021, p. 723). There are also legal and technical challenges in socioeconomic policies, but anyone is more challenging than the implementation of a model of dialogic public administration, with co-participation among government, institutions and civil servants (CONTELLI; COSTA; SOUZA, 2020, p. 188).

In this sense, Santos (2013, p. 51) demonstrates that the State has remained at the center of human rights debates and must remain so. However, the transformations operated in political power by neoliberalism in recent decades have kept economic issues at the expense of state principles, with clear transformations in the field of human rights regulation.

And although socioeconomic factors must be considered in this study, human dignity is the anthropological premise of the Rule of Law and the key to understanding Constitutional Rights. It is important to consider, from the perspective of the universal protection of human rights, that no one can be excluded (CAMBI; FACHIN; PORTO, p. 167).

Therefore, the promotion of the fundamental right to public security must be understood in an intersectional way, associated with public policies that are adequate to the promotion of social fundamental-human rights in order to create a harmonic society (CAMBI; FACHIN; PORTO, p. 307), as well as to fight against state dysfunctions and establishing a repressive system that provides satisfactory results.

And one of the proposals so that the institutes of criminal repression are effective is based on the principles and values of restorative justice. This paradigm consists of looking at the acts that have been committed and encouraging the person who caused the damage to understand the impact of his behavior and instigate him to take steps to correct everything possible (ZEHR, 2015, p. 31).

The offered alternative does not aim to replace the contemporary judicial system, or even bring a definitive solution to the chaos of the Brazilian prison system, but to use institutes to deconstruct the negative consequences of a criminal act by building solutions to the case.

Moreover, the modern restorative justice proposed by Zehr, provides in addition to the adaptation of some values, principles and approach, also reveres human rights (ZEHR, 2014, p. 256-257). In view of this, it is found that using the approach under analysis has a potential as an instrument of social transformation within the dictates of universal rights.

In this way, the present work has the purpose, through the studies carried out, as previously demonstrated, to expose alternatives for the effectiveness of human rights in criminal public policies that provide efficient social instruments.

## REFERENCES

CAMBI, Eduardo; FACHIN, Melina Girardi; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo*. 3 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CASTAMANN, Eduardo Tedesco; NIGRIS, Letícia da Silva. A atuação do discurso criminológico nas políticas públicas frente ao Estado Moderno. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Salvador, v.4, n. 1, p. 22-38, jan/jun. 2018.

CONTELLI, Everson A.; COSTA, Ilton Garcia da; SOUZA, Marcelo Agamenon G. Diálogos na Segurança e Saúde Pública e o Papel da Inteligência e da Investigação Criminal Dialógica no Desafio Covid-19. In: Thais Janaina Wenczenovicz; Gustavo Noronha de Avila; Bartira Macedo Miranda. (Org.). *Criminologias e política criminal I*. 1 ed. Florianópolis: Conpedi, 2020, v. 1, p. 186-202.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. 4 ed. São Paulo: Palas Athena. 2015.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. 2 ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.

# CONVENTIONALITY CONTROL AS A MECHANISM TO ENHANCE THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

Olívia Fonseca MARASTON<sup>1</sup>  
Vladimir Brega FILHO<sup>2</sup>

Currently, it is possible to find a vast legal framework in favor of the protection of the human person, observing a humanist vision in International Law. It happens that the internal norms of states are not always compatible with the minimum international standards established in international human rights treaties, so seeking the effectiveness of rights and overcoming internal isolation have become the current challenges to be faced, including in Brazil.

Given this scenario, this research aims to analyze the conventionality control of laws and normative acts in order to demonstrate its contribution to guaranteeing human rights in Brazil, since the purpose of this control is to make domestic norms compatible with human rights conventions and treaties in force in the state (MAZZUOLI, 2020, p. 203). The research problem is: How does the institute of conventionality control, first mentioned in the American system of human rights in 2006 in the case *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, serve as a mechanism to enhance the enforcement of human rights in the country?

Through a bibliographical review, based on doctrine, Inter-American Court decisions, books, and academic articles that deal with the proposed theme, and by using the deductive research methodology, the hypothesis is that conventionality control is an instrument for the protection and enforcement of human rights.

The development of the theory of conventionality control in the American system has occurred with the decisions handed down by the Inter-American Court of Human Rights over the years, which have served to establish its contours and promote the evolution of jurisprudence on the subject, as in the Case of *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, the Case of the *Dismissed Congressional Employees v. Peru*, both in 2006, the Case of *Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico* in 2010, the Case of *Gelman v. Uruguay* in 2011, and the Case of the *Garífuna Community*

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES-UENP), coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi. Diretora de Cultura do Diretório Acadêmico Octavio Mazziotti (DAOM) pela gestão Íris (2023). Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiada pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pos doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, efetividade, igualdade e formas alternativas de solução dos conflitos penais.



of Punta Piedra and its Members v. Honduras in 2015.

Conventionality control is the one exercised in cases of legislative (in)compatibility with human rights treaties in force in the country, whether formally constitutional or not (MAZZUOLI, 2020, p. 204). With the advent of EC 45/2004, human rights treaties approved by a qualified majority (3/5 in each house of Congress) are formally and materially constitutional, and are equivalent to constitutional amendments (art. 5, §3, of the Federal Constitution, 1988). While the treaties incorporated immediately after their ratification (art. 5, §2), without the approval provided for in art. 5, §3, are only materially constitutional. In any case, the human rights treaties ratified by Brazil have constitutional status.

The primary competence for exercising control over the conventionality of a domestic rule is at the domestic level (it can be diffuse or concentrated), i.e., done by local judges and courts, so that only if the Judiciary does not control this same conventionality, or does so insufficiently, will the function of exercising this control be passed on to the international courts. Thus, it is said that the international courts exercise the control of conventionality in a complementary manner, being considered an "adjunct" to the control exercised by domestic law (MAZZUOLI, 2020, p. 204-205). A characteristic observed in the diffuse internal control of conventionality is the duty of the organs of the Judiciary to control it *ex officio*, without being limited to the request of the parties, provided that their respective competencies and corresponding procedural regulations are respected (CIDH, 2006).

In addition, when exercising the control of conventionality, the principle of *pro homine* interpretation is used, which provides that the most beneficial rule should be applied. Thus, the judiciary has the duty to apply the international treaty to the detriment even of the Constitution, whenever the rule in question is more favorable to the human being subject of rights (MAZZUOLI, 2020, p. 206). It is also important to point out the prohibition of retrogression, which means that a protection norm cannot retrogress a right that has already been conquered, only improve it.

The refusal of the judicial power of states to exercise control over the conventionality of the norms of domestic law leads to the international responsibility of the state (MAZZUOLI, 2020, p. 208). Such accountability is of utmost importance, because according to Dias (2018, 48) "the lack of coercive mechanisms for states that violate human rights is one of the main causes of the low effectiveness of international decisions".

In view of the structure of conventionality control, its characteristics and purposes, it is clear that it is a mechanism for harmonization between domestic law and conventional obligations, represented here by international treaties, which are not limited only to the American Convention, but to all other international human rights treaties. From this perspective, the control of

conventionality is pertinent to resolve conflicts between laws, the Federal Constitution and international treaties that deal with human rights.

Conventionality control reveals itself to be a fundamental institute for legal security and logical coherence between the internal legal system and the international human rights treaties, of which Brazil is a signatory, as well as for the maximum protection of human rights, restricting possible setbacks, limiting arbitrariness and preserving the principle of human dignity, which is the pillar of the Brazilian Democratic State.

## REFERENCES

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr 2023.

CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 2006.

DIAS, Ana Beatriz. Controle de convencionalidade da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos. **Cadernos Estratégicos: análise dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Seção 1 – Acesso à Justiça e Garantias Judiciais. Rio de Janeiro, 2018, p. 40-50.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

# COMMUNICATION AS A LEVELER: THE POSSIBILITIES OF INSTITUTIONAL DIALOGUE OF THE SUPREME COURTS WITH THE LATIN AMERICAN SOCIETY IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Leonardo Paschoalini PAIVA<sup>1</sup>

Rare are the social-political issues that today do not find, sooner or later, the path of judicialization (HIRSCHL, 2004, p. 169). In this process in which the Supreme Courts have become the institution responsible for guaranteeing minority rights and democratic principles, they have built a culture of being, par excellence, the place where the right to be heard is guaranteed, regardless of the outcome of the decision (HAREL; KAHANA, 2010, p. 247).

That said, it is noteworthy that the transformations that the popularization of communication and information technologies have obtained in the social, political, and judicial fields. In this sense, it is understood that such changes have also affected the dynamics of the Judiciary's relationship with other actors and with civil society itself, since the digital and analog media have consolidated and become responsible for building the audiovisual environment with which we constantly and automatically interact (CASTELLS, 2018, p. 418).

Thus, the present research is developed through the following question: "Do the media make it possible to establish an equivalent communication between the Judiciary and their own societies?", to determine whether the Judiciary of Argentina, Brazil, and Mexico, by making strategic use of such mechanisms within the context of their contemporary liberal democracies, accomplish the suppression of the distrust of judicial institutionality that remained after the transition of regimes and establish, in fact, a communication between the judicial body and civil society on a horizontal plane.

Based on the hypothesis that only the communication structures existing in Argentina, Brazil, and Mexico are insufficient to horizontalize communication between the judicial institution and the social body, the theoretical approach to the problem is conducted using the hypothetical deductive approach, while the research uses the comparative methodology, using the cultural methodological elaborations of Pierre Legrand (2018).

Even after the restoration of democratic rule in Argentina, the *Corte Suprema de Justicia*

---

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná - PPGD/ UENP. Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - PPGD/UENP. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB - UENP). Pós-graduado em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Projuris Estudos Jurídicos, graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UniFIO. Pesquisa na área de Direito Constitucional Comparado, Constitucionalismo Latino-Americano e as intersecções com os meios de comunicação na esfera democrática, jurídica e política.

*de la Nación Argentina* was weakened, so that even the fragmentation of power among the elected branches was not enough to build an independent judiciary" (CHÁVEZ; FERREJOHN; WEINGAST, 2011, p. 241). The change in institutional image would only come about in Argentina in 2003, when the Court began to adopt proposals that provided for internal reforms in the way the highest judicial body interacted with different political agents; with lawyers, with the press, and with the public, seeking to improve institutional transparency and access to information (SCRIBNER, 2017, p. 21). Such change provided greater public access and greater media coverage by the local commercial media, expanding its recognition and legitimacy in front of civil society, as well as breaking with the past image of a body without autonomy.

During the early years of Brazilian democracy, to make strategic use of the media, as well as to align socio-political interests with institutional principles, the *Supremo Tribunal Federal* implemented its Judiciary Channel through Law No. 10,461/02, becoming a pioneer in a phenomenon that, over the past 20 years, would break down the walls of the tradition of Supreme Courts around the world (TARAS, 2017, p. 1). This happened because the implementation of communication structures under the institutional domain of the Judiciary turned out to be beneficial to the construction of institutional reputation, while it allowed the due backing, with democratic characteristics, to the publicized acts. Moreover, with the implementation of *TV Justiça*, the Court consolidated itself as "the most transparent Supreme Court in the Americas" (INGRAM, 2017, p. 58).

In the Mexican case, the *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, once inserted in a new government regime without the presence of a single hegemonic party, found itself able to exercise its functions with a certain autonomy, due to the reforms it had gone through. To make up for this deficiency before the public, in 2006 the Court invested in transparency and information, adopting a broadcasting system for its judicial channel, which began transmitting the deliberations of its plenary session (GIMÉNEZ, 2017, p. 212).

Although these communication mechanisms have helped transform the institutional image of the Supreme Courts of those countries in the eyes of civil society, regarding institutional transparency, it is still necessary to ask whether there is a possibility that these instruments can serve, on a legal-subjective level, to make some dialogue between judicial institutions and civil society happen in an effective way. In this sense, by seeking to develop ways to provide means of dialogue through institutional instruments already erected, it has as its main objective to return the sense of sufficiency and effectiveness of the democratic regime and its mechanisms, which, in turn, would propitiate the rethinking of the legitimacy of the system.

However, the implementation of such elements eludes the material reality. The

communication mechanisms in place meet a specific need of the Courts: the continuous maintenance of institutional legitimacy vis-à-vis the population, as well as to consolidate their position with other political agents and powers belonging to the institutional systematic. Besides this, the apparent transparency that exists with institutionalized transmissions or those made by commercial media, even though they grant a certain degree of proximity to society and collaborate with the publicity of judicial matters, allow, on the other hand, the normalization of the spectacle around the plenary sessions, while the overexposure of the judges is intensified, which can result in the opposite of the horizontalization of the dialogue, collaborating even more to the distancing with an appearance of transparency and proximity, in a complex game of smoke and mirrors.

## REFERENCES:

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018.

CHÁVEZ, Rebecca Bill; FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Theory of the Politically Independent Judiciary. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio. (Eds.). **Courts in Latin America**. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo, Mexico City: Cambridge University Press, 2011.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in The Mexican Supreme Court. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Eds.) **Justice and Journalists: The Global Perspective**. United Kingdom, Cambridge University Press, 2017.

HAREL, Alon; KAHANA, Tsvi. The easy core case for Judicial Review. **Journal of Legal Analysis**. Vol. 2, n°1, p. 227-256, 2010.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts, London/England: Harvard University Press, 2004.

INGRAM, Matthew C. Uncommon Transparency: The Supreme Court, Media Relations, and Public Opinion in Brazil. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Eds.) **Justice and Journalists: The Global Perspective**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

LEGRAND, Pierre. **Como Ler o Direito Estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

SCRIBNER, Druscilla. Judicial Communication: (Re)Constructing Legitimacy in Argentina. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Eds.) **Justice and Journalists: The Global Perspective**. United Kingdom, Cambridge University Press, 2017.

TARAS, David. Introduction. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Orgs.). **Justices and Journalists: The Global Perspective**. United Kingdom; Cambridge University Press, 2017.

# NOTES ON THE TUTELAGE OF DEMOCRATIC VALUES IN THE EUROPEAN UNION

Augusto Franini dos SANTOS<sup>1</sup>

Until shortly after the end of the Second World War, the state and political life concept had developed almost entirely based on national constitutions and laws. It was on this bases that ordinary routines created roots, but also states and their organs were founded. It took the complete collapse of Europe and its political and economic decline to create the conditions for a new beginning and give a fresh impetus to the idea of anew European order. In overall terms, moves towards unification in Europe since the Second World War have created a confusing mixture of complex treaties that are difficult to keep track of. But, even after decades of peace and integration, nationalist and autocratic thoughts rise again, bringing old anti-democratic menaces onto the European stage. Through the hypothetico-deductive method, the main objective of this research is the analysis of the integration process of the European Union and the protection of democracy in Europe.

The European Communities, founded in the post-war period, now the European Union (EU), were created as an international organization endowed with competencies of an essentially economic nature (GORJÃO, 2021, p. 43-45, tradução livre). Therefore, there was no need for explicitly explained rules regarding fundamental Rights, which for a long time were not mentioned in the Treaties and were guaranteed directly by the European Convention for the Protection of Human Rights.

However, after the European Court of Justice (CJEU) affirmed the principle of direct effect and the primacy of European, there were concerns about the effects of jurisprudence on the protection of fundamental rights. If European law took precedence even over national constitutional law, the violation would be more susceptible. This situation led the Court of Justice of the European Union (CJEU) to affirm, through its jurisprudence, the principle of respect for fundamental rights. These rights are inspired by constitutional traditions as well as by international and community treaties for the protection of human rights.

Since its founding by the Maastricht Treaty or Treaty on European Union (TEU) in 1992, the EU rests on a set of values and objectives that create a common European identity. Although this Treaty presents legal gaps and inaccuracies throughout the text (GORJÃO, 2021, p. 59, tradução livre), it consolidated what the doctrine calls the “Greco-Roman and Roman-Christian legacy” in

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

the community order, binding Europe around specific elements that today constitute a common heritage. In an analysis of the Preamble of the TUE, this European identity inspiration is built around three vectors: the common cultural heritage, religion, and the set of humanist values, resulting in cultural diversity, with the Union committing itself to respect the History, culture, and traditions of each people.

Therefore, the Union's identity is constituted by two major elements: the general universal rights enshrined in the most varied instruments of International Law. Along the path of European integration, several instruments guaranteeing fundamental human rights were drafted, which resulted in the drafting of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in 2000.

Proclaimed without having binding value, the Charter was followed by a commitment by the European community to follow, in the exercise of their competencies, the guidelines expressed therein. The Charter today, after the Treaty of Lisbon in 2009, as provided for in Article 6 TEU, is a binding source of primary law and widely used in the foundation and interpretation of decisions and norms.

In addition, the EU also has, throughout Article 2 TEU, the values on which it is founded. As such, the rule of law seems to have become a dominant concept in the political and academic stages. The CJEU had previously established, in an emblematic in *Os Verdes*, that the European Economic Community is a community of law (ROCHA, 2020, p.17, tradução livre). In European doctrine, the rule of law is characterized as a central principle, intended to guarantee the subjection of all members of the community to its norms and definitions. (ROCHA, 2020, p.19, tradução livre).

The protection and tutelage of these values are done through different mechanisms. Thus, before the tutelage itself, the preliminary ruling is present in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union. According to Graça Enes, being a mechanism of cooperation between the national and international spheres, in the event of a question regarding the interpretation or validity of community norms in a national court, the court must inquire about the opinion of the CJUE (ENES, 2017, p. 581, tradução livre) in the matter.

Apart from the preliminary rule, the tutelage takes shape in Article 7 TEU in situations of disrespect by a Member State. Applying to situations where there is a clear and persistent risk of violation, in the initial phase, while there is still only the risk of violation, there is a follow-up process for the State at risk. However, if the violation has already been consummated, an application shall be taken against the violating State, such as the suspension vote.

The object of this study observed that democracy in the European Union, specifically the rule of law, presents not only a wide list of charters and norms that regulate and guarantee the

protection of rights, but also mechanisms for the harmonization of national and community norms as well as coercive instruments in cases of violation of the founding values.

However, despite democracy being considered a common European identity, serving as a path for the progress of the integration mission, the revival of authoritarian thoughts, as seen in Viktor Orban's Hungary and, more recently, in the resurgence of authoritarian parties in France and Italy, seem to jeopardize the peace and prosperity of the old continent. Thus, in the presented scenario, the ruptures of the democratic order in the bloc's composition will strengthen it towards an increasingly integrated union or collapse it back to the diplomacy of the last century. *Quo Vadis Europa?*

## REFERENCES:

ENES, Graça. A europeização dos direitos nacionais dos estados membros. O papel dos tribunais nacionais. 2017, p. 567-586. In: COUTINHO, Juliana Manuela et al. (Org.). **Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP**. Porto: Almedina, 2017, 567-586.

GORJÃO, Miguel Henriques. **Direito da União**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

JÚNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Possui a União Europeia uma autêntica Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 147, p. 145-150, jul./set. 2000.

ROCHA, Tiago Felipe Moraes. **A era digital e o estado de direito democrático na União Europeia**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrando em Direito) Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Ato Único Europeu**, 29 de jun. de 1987 Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/single-european-act>. Acesso em: 10 de abr. de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**, 7 de jun. de 2016 Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF). Acesso em: 10 de abr. de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre Funcionamento da União Europeia**, 7 de jun. de 2016 Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF). Acesso em: 10 de abr. de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal e Justiça da União Europeia. **Acórdão Os Verdes, C-249/83**, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294>. Acesso em: 10 de abr. 2023.



# **TERRITORIAL DISPUTE WITHOUT CLOTHES: THE DEMOCRATIC EXPRESSION IN THE REDEFINITION OF THE LIMITS BETWEEN THE STATES OF CEARÁ AND PIAUÍ**

João Pedro Felipe GODOI<sup>1</sup>

Brazil has a history of territorial disputes between states due to a series of geographic, social, political and legal factors. One of the main territorial disputes still existing in Brazil is between Ceará and Piauí, encompassing an area of about three thousand square kilometers, involving the territories of 22 municipalities and reaching a population of about eight thousand inhabitants. (SOUZA, 2020, p. 152/178). The issue involving the two states was brought to court in 2011, in the Original Civil Action (ACO) nº 1831, which has not yet been judged by the Federal Supreme Court. It is worth noting that the STF usually decides this type of conflict in a strictly technical manner, without consulting the local population<sup>2</sup>.

Thus, it is noted that the process of resolving territorial disputes in Brazil does not include the population in discussions and decisions about possible changes in the political-administrative structure. However, despite the absence of popular participation in the territorial dispute resolution process, the present work proposes to investigate the popular manifestation in the formation of this impasse, raising as a research problem the following question: in what way the resignification of the limits between the states of Ceará and Piauí, which later originated the territorial dispute, can it mean a democratic expression? As a hypothesis, it is formulated that the local residents, by their will and from the dynamics and relationships developed in this space, were responsible, in fact, for the alteration of the boundaries between Ceará and Piauí, despite any consultation or authorization on the part of the State. Thus, the hypothesis leads in the sense that this territorial change, promoted by the population, demonstrates the democratic manifestation of the people who compose and constitute this space.

According to Franzoni (2019, p. 2926), there is a “trend of despacialization of law”, causing the legal form to be covertly dissociated from spatiality (of matter, spaces, bodies), through garments of alienation in the right, (FRANZONI, 2019, p. 2927). This reveals, according to

- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGJ - UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Participou do Programa de Iniciação Científica Voluntária da UENP (PICV) entre 2020 e 2021. Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, financiado pela Fundação Araucária (PIBIC-FA), entre 2019 e 2020.
- 2 According to an excerpt from Justice Luiz Fux's vote in the judgment of PET 7,987 AgR/BA: “It can be seen, therefore, that the constituent legislator demanded consultation with the population through a plebiscite for two different situations. The first takes place in the case of States incorporating, subdividing, dismembering or, even, when forming new States. [...] At no time, therefore, does the Constitution of the Republic require prior consultation with the citizens of the State for the mere resizing of borders.”minis (BRASIL, 2019, p. 3)

Philippopoulos-Mihalopoulos (2017, p. 636), a fear of law regarding the “unique peculiarities of space”. Such peculiarities, generated by the relational aspect of space, challenge conceptions of causality, certainty, linearity, predictability of law (MILANO, 2016, p. 32; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, 2017, p. 636). For this reason, law is traditionally despatialized.

In view of this, Franzoni points to the need to remove the abstract and artificial clothing of the law, stripping it bare to bring the law to materiality, approaching spatiality and all the differences and contingencies related to it. (FRANZONI, 2019, p. 2946). In this context of an attempt to make space invisible by law, territory is a construction of the State (state space), the result of its own spatiality, which seeks to confer an illusory image of homogeneity and unity, moving away from the conditions and internal social relations that in fact constitute the space, to reinforce its unitary logic of power. (FRANZONI, 2019, p. 2934-2935).

It is possible to establish a parallel between this function performed by the territory and other mechanisms linked to constitutionalism, understanding both as tools to contain social relations and conceal and cool down the democratic drive. With this, constitutionalism provides a limitation, or even an emptying of popular sovereignty, reducing it to the function of legitimizing the constitutional order (COSTA, 2011, p. 223; LIMA; PIRES, 2021, p. 177).

Returning to the question of the territorial dispute in Ceará and Piauí, by laying bare this conflict, that is, by investigating beyond a judicialized dispute between states, it is possible to verify that the origin of the impasse is a territorial alteration that was not promoted by the State, but for the people who live in that space. As explained by Lima and Lima (2020, p. 201) and Souza (2020, p. 86-87), three popular movements on the border between Ceará and Piauí were decisive for the formation of the dispute: (i) a missionary trip by priests from Ceará with the aim of catechizing and baptizing residents of the town of Amarração, currently Luís Correa (PI); (ii) the arrival of the expedition from Ceará, led by Andrade Pessoa, to help the people of Piauí in the confrontation against the troops of Major João José da Cunha Fidié, who supported the Portuguese, in the Battle of Jenipapo; and (iii) the droughts in Ceará, between 1825 and 1877, which forced hundreds of people from Ceará to migrate to the Piauí side of the border.

Therefore, the genesis of the dispute between the States was the territorial redefinition promoted by the residents of the border region, which, through the relationships developed by people and groups and between them and space, generated new organizations and spatial dynamics, changing the limits territories of two states. Thus, it can be thought that the territorial redefinition promoted by population dynamics indicates a democratic manifestation of the residents by imposing changes in the territory according to their needs, despite the “will” of the State and contradicting the alienating logic of homogeneous territory. Thus, a material expression of popular sovereignty can be

understood, which challenges the State to change the structure of its own space, the territory.

## REFERENCES

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 7.987. Agravantes: Ademir Cazarotto e outros. Agravados: Estado da Bahia e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751693115>.

COSTA, Alexandre Araujo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria e Sociedade**. n. 19.1, p. 198-227, jan./jun. 2011.

FRANZONI, Júlia Ávila. Geografia jurídica tropicalista: a crítica do materialismo jurídico-espacial. **Rev. Direito e Práxis**, v.10, n.4, 2019, p. 2923-2967

LIMA, Eric de Melo; LIMA, Iracilde Maria de Moura Fé. Configuração de territórios: litígios entre os estados do Piauí e do Ceará. **Revista Equador (UFPI)**. v. 9, n. 4, p.193-213, 2020.

MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**: decisões jurisdicionais na produção da segregação socioespacial. 2016. 248 f. Tese (Doutorado). Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo Neia. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da constituição estadunidense. **Revista Meritum**, v. 17, n. 1, p. 304-322, Jan./Abr. 2022.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo Neia. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucional de Sieyès. **Duc in Altum**, v. 13, n. 31, p. 156-183, 2021.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Quem tem medo do espaço? Direito, geografia e justiça espacial. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 70, p. 635-661, jan./jun. 2017.

SOUZA, Vlândia da Silva. **As divisas interestaduais brasileiras**: uma análise sobre a permanência do litígio territorial entre o Ceará e o Piauí. 2020. 219 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Programa de Pós Graduação em Geografia, Centro de Ciências, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

# CHALLENGES FOR ACHIEVING A SIGNIFICANT PARLIAMENTARY MINORITY REPRESENTATIVENESS IN THE BRAZILIAN HOUSE OF REPRESENTATIVES

Victor Romário Alves Zaak SARAIVA<sup>1</sup>

Brazil is the greatest democracy of the Southern hemisphere. After its declaration of Independence from Portugal in 1822 and proclamation of the republic in 1889, the country has experienced a plethora of different types and variations of both state structuration and governance. More recently, after a civil-military dictatorship that lasted more than a couple decades, the country partook in a ‘*democratic reopening*’ that culminated in a new national constitutional assembly that generated its latest constitution.

The 1988 constitution was built upon the values of fundamental rights, social justice and popular democratic participation, largely due to the general failure of the authoritarian regime (1964-85) and the public reprehension of said regime that soon followed. The following articles of the constitution clarify how the voting population elects their representatives.

Article 1: The Federative Republic of Brazil (...) is based on: (...) II - citizenship; (...) sole paragraph - All power emanates from the people, who exercise it through representatives elected or directly, under the terms of this Constitution.

[...]

Article 14: Popular sovereignty shall be exercised by universal suffrage and by direct and secret ballot, with equal value for all, and, under the terms of the law, through: (...) III - plebiscite; IV - referendum; V - initiative popular.

[...]

Article 45: The Chamber of Deputies is composed of representatives of the people, elected, by the proportional system, in each State, in each Territory and in the Federal District. (BRASIL, 1988).

Focusing on the 45th article of the constitution, but also in the general spirit of the other two listed above, it is noticeable that the legislative power is meant to be elected by the population according to each individual’s spontaneous will, in a way that every person can materialize their political anima through a safe voting system that will, theoretically, make every social group represented in the house of representatives.

In that sense, John Stuart Mill stated that “*Representative government is nothing but the government of the opinion of the nation by the nation itself. No other government is possible in so advanced a stage of civilization as our own*”, and likewise, Paulo Bonavides declared that “*Political representation is the soul of democracy, for it allows the active participation of the people and the materialization of popular will in the government*”.

---

<sup>1</sup> Possui ensino-medio-segundo-graupelo Instituto Educacional Imperador(2022). Atualmente é Estudante de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

With those concepts imprinted on the *Lex Mater* of the Brazilian law, one would assume the legislative power is composed by some at least approximately proportional population of different geographical origins in the country, and also of different genders, races and sexualities as the very people of Brazil.

Such assumption would be even more exacerbated when analysing the representation of the general population in the house of representatives, as the article 45 of the constitution states it is imperative for the electoral system.

That assumption is backed by the data showing a strong similarity between the different Brazilian states' populations, and its number representatives in the House of Representatives, which, for the last general election of 2022 was pretty much proportional in that specific matter.

After the last general election of 2022, Brazil elected the largest number of women and blacks to the Chamber of Deputies in its entire history, with 91 female deputies and 135 black and brown representatives, in addition to five indigenous and three yellow, out of a total of 513 deputies that make up the house (CASSELLA, 2022). However, the proportion is radically smaller than the proportion that blacks and women have in relation to the total Brazilian population, 56% and 51%, respectively.

The **research problem** that describes the goal of this paper can be presented as “*What are the extents and consequences of minority under-representativeness in the Brazilian house of representatives?*”.

As for the **hypothesis** of this work, it can be presented as “*The under-representation of minorities in the congress is a contributing factor to the perpetuation of socioeconomic and political inequalities in Brazil*”.

Starting the **theoretical discussion**, it is necessary to rescue the historical context in which Brazil, as well as the other countries of South America, had its independence from the European powers in the beginning of the 19th century. Although, unlike other Latin American nations, Brazil initially adopted the form of a Monarchy, similarly to its neighbors, since the beginning of its independent history, public administration positions in general, both in the executive, when in the legislative and the judiciary, were occupied by white local elites.

Although women's access to elected positions has been allowed since the Revolution of 1930 and although there has been, since the beginning of the 20th century, the presence of blacks in isolation and with a negligible percentage within the legislative power, it is clear that, as well as in other South American republics, the evolution of access to some social rights such as health and education for the overwhelming majority of the population did not bring, in most cases, significant access to minorities and excluded sectors within parliaments, which for authors such as Souza

(2017).

For the author, the Brazilian representative system is characterized, among others, by a strategy set up based on the law itself, aimed at keeping the impoverished classes away from access to positions of power (SOUZA, 2017). Thus, although political parties are currently required that 30% of the candidacies of each party in a given legislative election be women, in practice, the party leaderships work to elect male candidates, perverting the system.

Perhaps the example that can be considered efficient in achieving a significant representation of minorities in the national congress is precisely that of Venezuela, so contested and controversial, but which, by guaranteeing closed percentages of each sector of society in its congress, has guaranteed in the last elections an effective change, with the working classes reaching important percentages of the national legislature for the first time.

We conclude by stating that, in the Brazilian case, although over 200 years of independence the country has increasingly ensured the presence of minorities and excluded sectors in spaces of power such as the Chamber of Deputies, the participation of these sectors is still residual, the which demonstrates the failure of the electoral system to comply with the democratic principles present in its constitution

## REFERENCES

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 15 abr. 2023.

CASSELA, Vinícius. Brasil elege número recorde de mulheres e negros para a Câmara dos Deputados. In: **G1 Eleições**. 03 out. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2020/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/03/brasil-elege-numero-recorde-de-mulheres-e-negros-para-a-camara.ghtml>>.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. The Floating Press. 2009. 122 pp. ISBN: 978-1-775410-61-4.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato. Editora Leya, 2017.

# THE IDEOLOGICAL CHANGES IN CHILDREN AND YOUTH ATTITUDE AS A CONSEQUENCE OF THE FAR RIGHT'S HATE SPEECHES

Angelica Rodrigues ALVES<sup>1</sup>

There have been several investigations into the converging points between political-ideological and institutional contexts of countries that in the last decade have ascended to governments called the ultra-right or radical right (gathered under the term far-right), not infrequently being identified under the same electoral, political and governmental strategies as of Presidents Jair Bolsonaro in Brazil and Donald Trump in the United States, and of Prime Ministers Viktor Órban in Hungary and Georgia Meloni in Italy.

This research, however, proposes the analysis, through the comparative method, from the perspective of the concordance method, of the discursive models adopted by right-wing populism assumed in Hungary and Brazil, from the following problem question: what are the ideological consequences of anti-minority speeches, strategically used by the extreme right, on the political attitude of children and adolescents?

The clipping chose the two parameters, mainly around the parallelism between the discourses attacking the rights of the LGBT community, which appear to be very similar, as well as the issues of xenophobia and racism, and, mainly in the supposed democratic normality, behold, *“not always a picture of drastic increase in repression and disrespect for human rights occurs with the implementation of an open dictatorship”* (BENJAMIN, 2019 p. 115).

The hypothesis presented in this investigation is precisely that hate speech against minorities, intensified by the extreme right in Brazil with the rise of the radicalized political polarization that began in 2015, causes changes in attitude in children and adolescents that transcend electoral behavior.

In this sense, it is mandatory to consider, as Siedler (2011), Mudde (2014) and Miller-Idriss (2020) point out, that many teenagers still cannot vote, and in addition, millions of young adults do not vote (in Brazil being one of the age groups with the highest electoral abstention), but once reached by these hate speeches, they end up engaging in other forms of political participation, such as engagement in neo-Nazi groups, in addition to predisposing themselves to perpetrate violent actions, bringing harmful consequences to the democratic system, as its own negation.

---

1 Possui Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná - UENP e Mestre em Ciência Jurídica - Programa de Pós-Graduação do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Área de Concentração: ?Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão? e na Linha de Pesquisa: ?Função Política do Direito?. Atuou como Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude NEDDIJ (2012 - 2015). Professora Titular do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO.

Siedler's propositions (2011) are also important, for whom the political attitudes developed during youth can have consequences throughout life in terms of future political values and behaviors, which gives this far-right hate speech mobilization power among young people and adolescents, an importance that is not only immediate, but that may be reflected on the democratic system many decades from now.

In this sense, although facts such as the attack on schools with firearms by the students themselves, or the participation of children in shooting schools and in weapons demonstrations have increased sharply in recent years, it is believed that research on bases academic research on the effect of hate speech on the attitudes of children and adolescents in Brazil in recent years.

The literature on the vertiginous increase in the popularity of the extreme right in Brazil has demonstrated important associations between, for example, unemployment among the middle class and the frustration brought about by the rise of the lower classes and, on the other hand, adherence to the hate speech against blacks, northeasterners and other minorities.

However, it remains to carry out investigations focused on youth and adolescents, seeking to identify determinants and factors that correlate adherence to hate speech and the cultural and socioeconomic characteristics of each one, which could bring answers capable of pointing a path towards a cultural and educational change capable of moving future generations away from the extremism and violence of the radical right.

In this sense, analyzing the relationship between the affinity of young people with extreme right-wing ideas and the unemployment situation of their parents, in reunified Germany, found a strong correlation between these two characteristics, and a greater tendency of youth to support the extreme right precisely in the region of former East Germany, where the socioeconomic situation is significantly worse (SIEDLER, 2011).

There are also important studies that confirm the fascination of the extreme right on adolescents in matters such as the desire to belong to a group and the desire to rebel against the dominant society, pointed out for example by Miller-Idriss (2020).

In this way, this work, which still does not have the answers to these questions, which would require an empirical investigation effort involving interviews with thousands of young people and adolescents, points to the conclusion, in international databases, of the greater willingness of adolescents and young people to adhere to the extreme right than the rest of the population and, what makes the problem more worrying, the fact that extreme right-wing youth are more likely than adults to engage in violence and are proportionately the main perpetrators of anti-government, immigrants, xenophobes and racists attacks (MUDDE, 2014; MILLER-IDRISS, 2020).



We conclude by stating that, in the Brazilian case, although in the october of 2022 the far right candidature of the in-term president Jair Bolsonaro was defeated during the biggest election in the Brazilian Democratic System's short history, and the ghost of 'light dictatorship' installation by the far right government was avoided, the consequences of its intense hate speech over the children, adolescents and youth are far deeper than what matters to vote, since those subjects are not only more attracted to extreme right ideas than others, but specially, because they are much more likely than adults to engage in various forms of political violence.

## REFERENCES

BENJAMIN, Walter. Teses sobre a filosofia da História, in: **Walter Benjamin**, São Paulo, Ática, 1985, pp. 153-64.

MILLER-IDRISS, Cynthia. Youth and the radical right.in: **The Oxford handbook of the radical right**. Oxford University Press. 2018. pp: 498-521.

MUDDE, Cas. Fighting the system? Populist radical right parties and party system change. In: *Party Politics*, v. 20, n. 2, pp: 217–226. 2014. <<https://doi.org/10.1177/1354068813519968>>.

SIEDLER, Thomas. Parental unemployment and young people's extreme right-wing party affinity: evidence from panel data. In: **Journal of the Royal Statistical Society: Series A (Statistics in Society)**, 2011, v. 174, pp: 737-758. <<https://doi.org/10.1111/j.1467-985X.2010.00683.x>>.

**CAPÍTULO IX  
CRIMINOLOGÍA**

# REFLEXIONES SOBRE LA UBICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

José Antonio Posada PÉREZ<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo aprofunda o debate sobre a localização legal da responsabilidade civil no Código Penal espanhol. Para isso, partimos das características fundamentais da instituição, bem como das razões históricas que motivaram sua inclusão no Código Penal. Nossa conclusão básica é que é aconselhável retirá-la do Código Penal e fazer uma referência legal, seja substantiva ou processual, ao Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil decorrente do delito, reparação, Código Penal, Direito Penal, Direito Civil.

## RESUMEN

En este artículo se profundiza en el debate sobre la ubicación legal de la responsabilidad civil en el Código Penal español. Para ello, se parte de los caracteres fundamentales de la institución así como de las razones históricas que motivaron su inclusión en el Código Penal. Nuestra conclusión fundamental es que resulta conveniente retirarla del referido Código y realizar una remisión legal, ya sea sustantiva o procesal, al Código Civil.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad civil derivada de delito, reparación, Código Penal, Derecho Penal, Derecho Civil.

## 1. INTRODUCCIÓN:

El Derecho comparado siempre ha resultado ser una fuente muy estimulante para la reflexión y el debate académico, en particular cuando se contrastan los contenidos de dos ordenamientos que comparten una tradición jurídica similar. Para el penalista especialmente, resulta frecuente (si no obligatorio) acudir al ordenamiento y doctrina alemanas con la finalidad de nutrirse de sus relevantes aportes. Sin embargo, lo cierto es que, en cuanto al tema jurídico que hoy quisiéramos tratar, comparar la problemática de nuestro interés con Alemania no resulta tan fructífero como su puesta en común con la experiencia jurídica de aquellos ordenamientos que gozan una pronunciada influencia romanística, tanto en Europa como en latinoamérica. En este sentido, debe hacerse valer que estos sistemas cuentan con una mecánica de resarcimiento del daño en sede punitiva que es, en el fondo, asimilable o incluso común: el modelo de responsabilidad civil derivada del delito o *ex delicto*. En efecto, esta institución no sólo se encuentra en el ordenamiento español (arts. 109 y ss CP 1995), sino también en otros ordenamientos europeos como en Francia

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Docente e investigador en Derecho penal; Universidad Internacional de la Rioja joseantonio.posada@unir.net ; Universidad del Atlántico Medio joseantonio.posada@pdi.atlanticomedio.es; Universidad de Almeríajposadap@ual.es

(*vid.* arts. R131-45 CP francés y 2 Código Procesal Penal francés), en Portugal (*vid.* art 129 CP portugués) y en Italia (arts. 168 y ss Código Penal italiano); pero también en todos los ordenamientos latinoamericanos, desde México (arts. 29 a 39 CP Federal) hasta Chile (arts. 58 a 68 Código Procesal Penal chileno).<sup>2</sup> De entre todos ellos, resulta llamativo comprobar cómo, hasta donde nos alcanza el conocimiento, únicamente el ordenamiento brasileño y el chileno han omitido por completo la referencia al tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en sus Códigos Penales y, por el contrario, remiten la cuestión al Código Civil a través de la legislación procesal (*vid.* arts. 63 a 68 del *Código de Processo Penal* brasileño de 1941).

En consonancia con lo expuesto, quisiéramos meditar aquí acerca de la ubicación sistemática de este instituto en el ordenamiento español, prestando especial interés a la manera en la que nuestro Código Penal regula la referida institución: determinando de una forma expresa (y un tanto amplia) el alcance y extensión material de la responsabilidad civil, ocupándose asimismo del contenido de la obligación y de su satisfacción. Esta realidad patria, que abarca 12 extensos artículos y otros 2 dedicados a su cumplimiento junto al de las demás responsabilidades pecuniarias, contrasta frontalmente con la esquematicidad brasileña y, en consecuencia, nos lleva a querer examinar con cierta profundidad los fundamentos y fines de esta aproximación normativa. A lo largo de las siguientes páginas, como decíamos, quisiéramos examinar las raíces históricas de este fenómeno jurídico y reflexionar acerca de su necesidad en el ordenamiento vigente.

## 2. LA INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

A la luz de lo expresado en la introducción, el punto de partida más apropiado para nuestra

---

2 Al respecto, quisiéramos traer aquí a colación las breves notas que ya aportara DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, p. 31, quien dividió los sistemas latinoamericanos entre aquellos que dan amplias reglas particulares para la responsabilidad civil en vía penal, los cuales constituyen la mayor parte de los ordenamientos, y aquellos que dictan unas reglas muy escuetas, o bien se limitan a remitir la cuestión a la legislación civil. Aunque algunos ordenamientos han replanteado la cuestión con el paso del tiempo, la distinción propuesta sigue siendo apropiada. De esta forma, como claros ejemplos del primer grupo pueden consultarse los arts. 87 a 93 CP boliviano, 34 a 52 CP nicaragüense, 114 a 125 CP salvadoreño, 113 a 127 CP venezolano, 112 a 122 CP guatemalteco, 92 a 101 CP peruano y 118 a 127 CP hondureño. De otra parte, como ejemplos del segundo grupo, véanse los arts. 30 a 33 CP argentino, 94 a 99 CP colombiano, 103 a 109 CP costarricense, 128 a 130 CP panameño, arts. 10, 51, 73 y 74 CP dominicano, 104 a 106 CP uruguayo y 27 a 30 CP paraguayo. También en esta línea, decíamos en el texto, como ejemplos de legislaciones en las que no hay un tratamiento unitario de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal y que remiten la cuestión al Código Civil a través de la legislación procesal, arts. 58 a 68 Código Procesal Penal chileno y 63 a 68 Código Procesal Penal brasileño. Por otro lado, DÍAZ VALCÁRCEL identificó, además, un tercer grupo, formado por aquellos que han incorporado normas inspiradas en la doctrina de la Escuela Positiva, reforzando el cumplimiento de la responsabilidad civil. Véanse los arts. 70 a 71 CP cubano y 29 a 39 CP Federal mexicano. En este sentido, quizás la referencia más singular sea la normativa mexicana, que recibe unos pronunciados tintes punitivistas en su tratamiento, más cercanos a la sanción pecuniaria que a la responsabilidad civil propiamente dicha. Finalmente, en el marco de la reparación del daño en el contexto latinoamericano, no quisiéramos concluir este apartado sin mencionar los peculiares y novedosos arts. 77 a 79 CP ecuatoriano, que apuestan claramente por un modelo reparatorio que supera las notas características de la clásica responsabilidad civil *ex delicto*.

investigación es, naturalmente, conocer por qué se incluyó la responsabilidad civil en el Código Penal. Sobre ello, la respuesta más habitual en la doctrina es la aseveración de que nuestro primer Código Penal (1822) se aprobó bastante antes que el Código Civil (1889), siendo éste el último Código en aprobarse durante el periodo codificador, pues al no existir una norma básica común de carácter privado el Código Penal se vería obligado a hacerlo.<sup>3</sup> Sin embargo, lo cierto es que, por nuestra parte, entendemos que más allá del criterio estrictamente cronológico existieron una serie de motivos histórico-jurídicos y filosóficos que van más allá del referido argumento y que, a nuestro juicio, serían capaces de explicar la cuestión con mayor solidez.<sup>4</sup>

### **2.1. La intrínseca complejidad del proyecto codificador del Derecho civil y su inestable contexto histórico**

Sobre lo anterior, téngase presente que el legislador español del periodo de la codificación tendría que hacer frente a una fatigosa tarea de recopilación y ordenación de todo el Derecho foral que se había ido promulgando en épocas anteriores. Era por tanto necesario superar la vetusta concepción del Derecho y el anticuado modelo de fuentes así como otorgar mayor unidad y sistematización a las normas en vigor. Sin embargo, ello contrastaba directamente con el profundo arraigo cultural de ciertas disposiciones en algunas zonas de España. Por tanto, no es ya que hubiera que recopilar y ordenar una abrumadora cantidad de normas completamente desperdigadas por todo el territorio nacional, sino que, además, había que intentar conjugar las nuevas corrientes renovadoras con este profundo sentimiento de arraigo hacia las normas forales propias, algunas de ellas, efectivamente contradictorias entre sí. A todo ello, igualmente, habría que sumarle la complejidad de la materia, y es que el Código Civil incluiría aquellas regulaciones más trascendentales para el interés privado de la persona: estado civil, relaciones familiares, propiedad, derechos reales, obligaciones y contratos (generales y especiales) y sucesiones. Se trataba, en consecuencia, de un proceso complejo, tedioso y dilatado. Por otro lado, habría que tener en cuenta el papel que ejercería en el periodo de codificación el inestable contexto político de la España del S. XIX, repleto de cambios de régimen, pronunciamientos militares y conflictos bélicos, entre los que cabe destacar las Guerras Carlistas particularmente. En consecuencia, la ambiciosa empresa codificadora del Derecho civil tomaría, por sí misma y entendida en su contexto histórico, bastante tiempo para poder llegar a materializarse debidamente. Los Proyectos de Código Civil se sucedían y no parecían poder consolidarse.<sup>5</sup>

---

3 Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 589 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 67.

4 Ampliamente, sobre esta tesis, POSADA PÉREZ, J. A., *La responsabilidad civil ex delicto*, pp. 39 y ss.

5 Sobre el análisis de la responsabilidad civil en los diferentes proyectos anteriores al Código Civil de 1889, *vid.* BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 555-566.

## 2.2. El argumento filosófico. La influencia doctrinal de bentham

Sobre todo y ante todo, al menos desde el punto de vista doctrinal o iusfilosófico, es referencia obligada la influencia de la doctrina de BENTHAM en el proceso de formación y sanción del Código Penal español de 1822, quien sería el autor más citado en los debates.<sup>6</sup> Su visión del Derecho se asentaba en el principio de utilidad, a través del cual se pretende maximizar el beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad y/o evitar el infortunio, dolor, mal o infelicidad. BENTHAM señala expresamente que este principio se aplica a través de la razón y la ley y, además, que puede aplicarse tanto al sujeto particular como a la comunidad. También en esta línea es imprescindible resaltar que, desde su visión, resulta imprescindible tutelar intereses particulares y comunes por igual, ya que la comunidad es un cuerpo que está constituido por sus miembros – los individuos. Desde su punto de vista, resulta inútil hablar del interés de la comunidad sin entender cuál es el interés del individuo, por lo que realiza un llamamiento tanto a los gobiernos como a los sujetos a regir su conducta en base al principio de utilidad, procurando la máxima prosperidad al mayor número de personas y evitando la mayor calamidad a la mayor cantidad de individuos posible.<sup>7</sup>

A partir de estas premisas expone que la función del Derecho es defender y aumentar la felicidad total de la comunidad y, consecuentemente, eliminar todo aquello que tienda a sustraer esa felicidad, es decir, prevenir contravenciones. Sin embargo, acentúa que, en todo caso, el castigo a la violación es algo negativo en sí mismo y sólo debe admitirse en aquellos supuestos en los que prometa excluir un mal mayor. BENTHAM defiende expresamente, por un lado, que este castigo no debe infligirse cuando sea infundado, ineficaz, improductivo o innecesario<sup>8</sup> y, por otro lado, que hay una serie de reglas que deben respetarse a la hora de castigar: ante todo, la función preventiva del castigo; elegir siempre el castigo menos aflictivo; no castigar más allá de lo necesario y que no se cause nunca más mal del bien que se obtiene de ello. En esta línea, insistiría particularmente en la proporcionalidad útil entre ofensa y castigo.<sup>9</sup>

Estos planteamientos utilitaristas llevarían a BENTHAM a reivindicar con fuerza el papel de los remedios reparatorios en la tutela de los males sufridos por una ofensa, llegando incluso a señalar que someterse a la compensación es propiedad (*rectius*, característica) del castigo.<sup>10</sup> En su

---

6 ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 271 y SAINZ CANTERO, J. A., “El informe de la Universidad de Granada”, pp. 516-517. También, más recientemente, ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 187. Por el contrario, lamentándose de esta influencia, y proponiendo una revisión *cfr.* TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, pp. 36-37.

7 BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, pp. 14-15.

8 *Ibid.*, pp. 134-139.

9 *Ibid.*, pp. 140-146, desarrollando las consecuencias y reglas que se obtendrían para la legislación a partir de estos planteamientos.

10 *Ibid.*, p. 153, realizando una primaria diferenciación entre el carácter aflictivo de la pena pecuniaria y el reparatorio en la compensación.

obra *Principles of Penal law* dedica un gran esfuerzo a exponer y analizar los caracteres y clasificaciones de la satisfacción. De una parte, entiende que la satisfacción es el beneficio recibido que compensa el mal sufrido. La satisfacción es, asimismo, plena y se compone de la compensación del mal causado en el pasado así como de la cesación de la ofensa en el futuro. Su fundamento es el cese del mal y el restablecimiento de la condición que existía antes de la ofensa. En este sentido BENTHAM llega a señalar que la reparación es incluso más necesaria que el castigo, ya que éste, por sí solo, no afecta al restablecimiento del orden de las cosas.<sup>11</sup> Es tal el papel que la reparación juega en el pensamiento de BENTHAM que el filósofo inglés llega a defender la necesidad de una reparación sustitutiva, es decir, una satisfacción realizada a expensas de una tercera persona que no haya cometido una ofensa.<sup>12</sup>

### **2.3. El contexto histórico-jurídico y la intervención de CALATRAVA en la Comisión redactora del Código Penal de 1822**

Por otro lado, debe resaltarse que, al momento de la aprobación del Código Penal de 1822, seguían vigentes varias normas reguladoras de la reparación *lato sensu*. Así, el Derecho precodificado se componía de los Fueros Real, Juzgo y municipales, pero también de la Novísima Recopilación y de las Partidas.<sup>13</sup> Se trataba, en el fondo, de una serie de normas un tanto desfasadas para lo que requerían los nuevos tiempos, necesitándose especialmente la apertura del concepto de daño hacia la atipicidad y la consagración de la culpa como elemento principal de la imputación. De la misma manera, era necesario separar finalmente entre la pena y la reparación civil, siendo la primera típica, intransmisible y aflictiva, y la segunda atípica, transmisible y resarcitoria de conformidad con lo expuesto en el paradigma jurídico-privado del movimiento codificador, el Código Civil francés o Código napoleónico de 1804.

De otra parte, también es una referencia obligada el innegable protagonismo que adquirió CALATRAVA en la aprobación del Código Penal de 1822. Sobre él sabemos que fue el principal redactor del Código y un gran admirador de la doctrina de BENTHAM.<sup>14</sup> A lo largo de los debates, se aprecia cómo CALATRAVA iba contestando en nombre de la Comisión a los intervinientes y defendía con gran obstinación el texto adoptado, rechazando muy frecuentemente hacer modificaciones.<sup>15</sup> En lo que se refiere a la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal,

11 *Id.*, “Principles of Penal law”, pp. 371-372, *amplius* distinguiendo y desarrollando las varias clases de indemnización *Ibid.*, pp. 372-383.

12 *Ibid.*, pp. 383-386, satisfacción sustitutiva que puede llegar a implicar al Tesoro Público, *vid.*, *Ibid.*, pp. 386-388.

13 Indicando expresamente que el Ordenamiento de Alcalá fue alterado en la práctica, de tal forma que los Tribunales aplicaron, ante todo, las Partidas con prioridad a los Fueros ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, p. 178. Acerca del Derecho en vigor al momento de la aprobación del CP 1822, *Ibid.*, pp. 178-184.

14 ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 271.

15 *Ibid.*, p. 269, indicando que observa en sus intervenciones “*altivez e intransigencia*”, aunque admite que gracias a

aunque se debatió si era procedente acogerla en el referido cuerpo legal, CALATRAVA declararía tajantemente:

“(…) aunque sea puramente civil en sus efectos, como dirigida contra los bienes solos, se impone como una especie de culpa que se considera haber en la persona responsable. Es una responsabilidad que, aunque meramente pecuniaria, procede de un delito o culpa, y por consiguiente está bien puesta en el Código Penal, sin perjuicio de que en el civil y en el de procedimientos se establezca todo lo demás que corresponda a cada uno”<sup>16</sup>

En puridad, a pesar de que hoy sabemos que el delito y la responsabilidad civil tienen unos presupuestos bien diferenciados, lo cierto es que CALATRAVA aquí emplea un razonamiento en la construcción jurídica del nacimiento de la obligación civil *ex delicto* que perduraría hasta nuestros días. Este razonamiento se basa en una fórmula silogística denominada *a maiore ad minus* o *a fortiori* a través de la cual se entiende lógica la existencia de la premisa menor constatada la concurrencia de la premisa mayor. En otras palabras, si efectivamente se demuestra que existe responsabilidad penal por la comisión de un delito, con más razón existirá responsabilidad civil a causa del mismo comportamiento. De forma consecuente, a partir de estos planteamientos se atienden de alguna forma los postulados de la doctrina utilitarista de BENTHAM, pues tomando como referencia común el enjuiciamiento de unos mismos hechos puede alcanzarse, por un lado, la mayor satisfacción de los intereses de la comunidad y del individuo así como, por otro, los menores perjuicios para ambos. Así pues, incorporando tales disposiciones normativas, se obtiene el mayor beneficio porque a partir del nuevo sistema se consigue tanto una condena penal como una condena civil a partir de un mismo proceso judicial, tutelando directamente, en consecuencia, intereses públicos y privados. Igualmente, también la cantidad de perjuicio causado se verá reducida ya que se le permite obtener un resarcimiento de los daños recibidos a quienes han sido directamente afectados por el delito, evitando que tengan que acudir a otro procedimiento para reclamar la correspondiente reparación. Del mismo modo, también se reducen los costes que supondrían ambos enjuiciamientos para la comunidad, resultando en un procedimiento judicial único y de carácter propiamente utilitario.<sup>17</sup>

---

este carácter tan poseído de sí mismo, tuvo firmeza y constancia, sin las cuales no se habría aprobado el Código Penal de 1822 en menos de tres meses.

16 Diario de las sesiones de Cortes – Legislatura Extraordinaria 1821-1822, nº 83. Presidencia del Señor Clemencin. Sesión del día 16 de diciembre de 1821, p. 1317.

17 Por nuestra parte, tenemos serias reservas sobre si realmente se atendieron debidamente los postulados del utilitarismo de BENTHAM en el Código Penal de 1822, ya que, como veíamos, nuestro autor muestra particular interés en la observancia del principio de utilidad, el cual, no tiene por qué entenderse necesariamente y en todo caso como acumulación de las condenas penales y civiles, sino como disminución del mal causado y aumento del beneficio obtenido. En el cuadro de las consecuencias jurídicas del delito, este postulado también puede plasmarse perfectamente en la necesidad de otorgar al juez la facultad de poder alternar, para unos mismos hechos, entre la sanción penal y la imposición de la obligación reparatoria. ¿O es que quizás el legislador decimonónico, en aplicación del principio de *ultima ratio*, entendía que los supuestos ya tutelados por el Código revestían tal gravedad que ello haría que los hechos por sí solos fueran siempre merecedores de una sanción penal y, acumulativamente, la imposición de la obligación del daño? En principio, bien podrían defenderse las dos posturas, lo que sí queda claro es que este modelo acumulativo y utilitario perviviría hasta nuestros días.



## 2.4. El texto de las normas de responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal de 1822

Aunque este primer Código tuvo una escasa y discutida vigencia,<sup>18</sup> lo cierto es que, como decíamos, la Comisión redactora decidió incluir la responsabilidad civil como consecuencia *lato sensu* derivada del delito en el Código Penal de 1822. Este hecho tuvo una trascendencia fundamental y es que, por vez primera, se configuró un modelo basado en una separación íntegra entre el delito y la responsabilidad de carácter privado que, además, vendría continuado por todos los Códigos Penales posteriores.<sup>19</sup> Con una técnica legislativa ciertamente imprecisa, los artículos 27 y 93 CP 1822 disponían respectivamente:

Art. 27 CP 1822: “Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometan alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables.”<sup>20</sup>

Art. 93 CP 1822: “Tambien se debe imponer de mancomun á los reos cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, asi contra la causa pública como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar lo satisfarán también de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores. Del propio modo se hará en todos los casos la restitucion libre de lo robado ó sustraído, y la reparacion de lo dañado, destruido ó alterado, siempre que se pueda verificar.”

Consecuentemente, esta responsabilidad civil de carácter patrimonial se entendía ya diferenciada de las penas pecunias según el artículo 28 CP 1822.<sup>21</sup> Además de esta división ya clara entre responsabilidad penal y civil, el artículo 137 CP 1822 también hacía la distinción procesal entre delitos de carácter público y delitos privados, necesitando estos últimos la acusación del agraviado para su persecución. Por lo demás, se considera que en este Código se apreciaba una fusión entre elementos de corte tradicionalista y nuevas concepciones liberales como el principio de

18 Vid., ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, p. 275 quien señalaría que la aplicación del CP 1822 sería breve, imperfecta y desigual. Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822”, p. 230 quien defiende la aplicación y CASABÓ RUIZ, J. R., “La aplicación del Código penal de 1822”, pp. 342-344, quien considera que las dudas sobre la aplicación carecen de fundamento. En esta última línea, aportando nuevos datos sobre la efectiva aplicación DE BENITO FRAILE, E. J., “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, pp. 58-68 y LÓPEZ REY, O., “El Código Penal de 1822”, pp. 380-391.

19 Aseguraba PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 260 que esta dualidad que representaba la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal era desconocida en las normativas medievales.

20 Sobre este mismo artículo indica SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, p. 261 que el CP 1822 modificó los criterios precedentes y reconoció por primera vez que la sanción civil es transmisible a terceros, aunque deba ser satisfecha por su autor. Subsidiariamente, serían también responsables civiles los ascendentes, tutores, curadores, maridos respecto de sus mujeres, fiadores y los dueños de los mesones respecto de huéspedes. Asimismo, se imponía un límite económico, de modo que no resultaren perjudicados sobremanera quienes no habían participado en el delito.

21 Diferenciación ya clara en CP 1822 de acuerdo con ROIG TORRES, M., “Algunos apuntes sobre la evolución histórica”, pp. 199-200.

legalidad de las penas.<sup>22</sup> Se trataba de un considerable avance en el método jurídico porque supuso un decidido paso hacia la modernización del Derecho penal español adoptando, por vez primera en nuestra historia, los postulados del movimiento codificador a nuestra legislación: racionalización y ordenación de las leyes, incorporación de los principios del liberalismo, cristalización jurídica de la doctrina de la Escuela Clásica de Derecho penal y, en general, una mayor sistematización y unificación normativa.

## 2.5. Responsabilidad civil *ex delicto*, Código Penal de 1848 y Código Civil de 1889

No obstante lo anterior, y hasta la aprobación del Código Civil en 1889, la responsabilidad civil (en puridad, *ex delicto*) se continuó regulando en los dos siguientes Códigos Penales, respectivamente, en el de 1848 y en el de 1870. A pesar de que la responsabilidad civil derivada de delito se reguló por vez primera en el Código Penal de 1822, lo cierto es que el modelo *ex delicto*, tal y como lo conocemos, inicia con el Código Penal de 1848. En él se acentúan los caracteres utilitarios y se aprecia la sistematicidad que ha revestido el tratamiento de la obligación privada en el Código Penal desde entonces. Por un lado, el artículo 15 CP 1848 procedió a enunciar tajantemente que “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*”.<sup>23</sup> Por otro lado, los artículos 115 a 118 CP 1848 enumeraron las formas a través de las cuales se podía resarcir el daño, desarrollando la tradicional tripartición del contenido de la responsabilidad civil *ex delicto*: restitución, reparación e indemnización. Igualmente, en lo que respecta a la sistematicidad, los artículos 16 a 18 y 120 a 123 CP 1848 indicaban quién, cómo y si se era responsable civil a partir del análisis jurídico-penal. Ciertamente, aunque ya se sabía que la responsabilidad penal y la civil se regían por parámetros bien diferenciados, estos nuevos artículos permitían al juez penal saber cómo proceder civilmente ante un caso u otro una vez que se habían analizado los hechos desde el punto de vista del Derecho penal. Esta serie de caracteres enunciados, con la excepción del primero de todos ellos, aún perduran en la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro Código Penal.

En este sentido, al momento de la sanción del Código Civil de 1889, la regulación de la responsabilidad civil había pasado por tres Códigos Penales, con sus respectivos regímenes. Sin embargo, lo cierto es que la obligación privada seguía estando regulada en el Código Penal. De esta forma, no es de extrañar que algunos autores hayan puesto de manifiesto que el verdadero error del legislador no fue regular la responsabilidad civil en el Código Penal, sino seguir regulándola en esta

---

22 BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 571-572.

23 Controvertida fórmula que continuaría en el resto de Códigos Penales hasta el anterior al actual. *Vid.*, art. 18 CP 1870, art. 72 CP 1928 y art. 19 CP 1932, CP 1944, CP 1963, CP 1973.

sede después de la aprobación del Código Civil.<sup>24</sup> Es más, el propio artículo 1092 CCesp reenvía (y sigue reenviando) la regulación de aquellas obligaciones civiles que “nazcan” de los delitos a la legislación penal. De cualquier forma, quisiéramos aquí resaltar someramente que múltiples fueron los proyectos de Código Civil y que compleja fue la materialización del Código Civil de 1889. No obstante, se asegura que el modelo sustanciado en el Código Civil napoleónico se benefició de un clima favorable a su aceptación en España ya que el sistema de culpa se había cristalizado en las Partidas y fue reforzado por los aportes de la Escuela de Derecho Natural de Salamanca.<sup>25</sup> En este texto se trasladaría el eje de la responsabilidad hacia el acto que la genera y se distinguiría acertadamente entre responsabilidad contractual y extracontractual. Ya con el paso del tiempo, se replantearía la construcción de la responsabilidad civil sobre el criterio de la culpa, dando lugar a la formulación de una responsabilidad por culpa presunta o, incluso, de carácter objetivo.

### **3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES**

Al hilo de lo expuesto, podrá fácilmente comprobarse que el rasgo más llamativo de la responsabilidad civil *ex delicto* es que se trata de una institución de Derecho privado que se solventa en el proceso penal.<sup>26</sup> Nos encontramos frente a un modelo de tipo acumulativo, en el que responsabilidad penal y responsabilidad civil se resuelven en un mismo proceso. Otro rasgo fundamental es la sistematicidad del modelo, que nos indica la aplicabilidad y extensión de la responsabilidad civil a partir del previo análisis jurídico-penal – simplificando así los profundos problemas de la interpretación y aplicación del Derecho civil. En cualquier caso, contando con un régimen de mera remisión a la legislación civil, como el brasileño, o con uno más extenso, como el español, parece evidente que la responsabilidad civil en sede de Derecho penal se ha venido entendiendo como una consecuencia jurídica del delito en todos los ordenamientos que la contemplan.

#### **3.1. Sobre la cuestión del nacimiento**

Si se conoce con suficiente detalle la institución jurídica de nuestro interés, se comprobará

---

24 Particularmente, es una constante reivindicación en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2011, *Id. Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 30 e *Id.*, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1109-1110, quien, a pesar de no estar en contra del modelo, critica especialmente la ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal así como la injustificada dualidad normativa. Con anterioridad, por todos, DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos”, pp. 796-801.

25 Con múltiples referencias doctrinales, BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, pp. 555.

26 Sobre la naturaleza jurídico-privada de la institución, difusamente, POSADA PÉREZ, J. A., *La responsabilidad civil ex delicto*, pp. 179 y ss.

cómo el razonamiento que ha venido siguiendo el legislador a la hora de articular la responsabilidad civil como consecuencia jurídica del delito consiste en una regla silogística *a maiore ad minus* o *a fortiori*.<sup>27</sup> Así pues, el legislador de influencia romanística ha venido entendiendo que, comprobada la premisa mayor, el delito, con más razón debería existir la menor, el ilícito civil – aunque esta afirmación tan genérica cuenta con algunos matices, ya que, en puridad, la estructura de la norma jurídica *ex delicto* exige la previa constatación de un ilícito penal para, posteriormente, poder pasar a analizar si esos hechos son subsumibles dentro del ilícito civil y, en consecuencia, generar responsabilidad privada.<sup>28</sup> Por ejemplo, en el caso del sujeto que hiere a otro conscientemente, tendremos, por un lado, responsabilidad penal, al encuadrar la conducta en el correspondiente delito de lesiones y, por otro, responsabilidad civil, al haber generado el sujeto con su conducta unos daños civiles. El mismo razonamiento puede aplicarse a todo aquel delito cuya ejecución, de una forma u otra, lleve aparejada daños en el plano civil, como el homicidio, asesinato, lesiones al feto, hurtos, robos, estafas, etc. Por ello, según el artículo 116.1 CP, la regla general es que el responsable penal es también responsable civil. No obstante lo anterior, es claramente apreciable cómo la responsabilidad civil no surge, en puridad, ni del delito formal ni con el delito en un sentido material, baste comprobar algunos artículos al respecto: la obligación del tercero a restituir el bien, aunque lo haya adquirido legalmente y de buena fe (art. 111 CP), la expresa responsabilidad de las aseguradoras (art. 117 CP), las múltiples excepciones a la regla general de la responsabilidad civil del responsable criminal (arts. 118 y 120 CP) y la responsabilidad a título lucrativo (art. 122 CP). Por consiguiente, no en todos los supuestos en que haya responsabilidad penal habrá necesariamente responsabilidad civil y, del mismo modo, no en todos los supuestos en los que se genere la obligación de responder civilmente se atribuirá responsabilidad penal en todo caso. Más bien, debería reconocerse que en el plano civil y en el plano penal se presentan diversos ilícitos con diferentes criterios jurídicos de imputación. Los presupuestos para el nacimiento de cada responsabilidad, consecuentemente, son bien diversos. Por tanto, es necesario resaltar que el *nomen iuris* que tradicionalmente se le ha otorgado a la institución no resulta correcto desde el punto de vista técnico. La responsabilidad civil *ex delicto* o derivada del delito no surge del delito, sino ante todo, como toda responsabilidad civil, del ilícito civil, integrado fundamentalmente por el concepto del daño.<sup>29</sup> Por nuestra parte, creemos más oportuno seguir refiriéndonos a tal responsabilidad como

---

27 MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 456-457 y ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 134-135.

28 Ampliamente, sobre el nacimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el ordenamiento español, POSADA PÉREZ, J. A., *La responsabilidad civil ex delicto*, pp. 196 y ss.

29 Sobre esta idea de que la responsabilidad civil prevista en el Código Penal deriva *lato sensu* del daño privado y no del delito, ya en los comentaristas decimonónicos PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1<sup>a</sup> ed., p. 277, SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 301-302. También en DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 23-24. En la doctrina actual, por

*ex delicto*, por respeto a la nomenclatura tradicional y para diferenciarla, como veremos, del modelo previsto en el Código Civil.

Teniendo presente lo expuesto en el extenso párrafo anterior resulta sorprendente, cuanto menos, la expresa declaración que realiza el artículo 1092 CC, con la siguiente literalidad: “*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*”. Se trata de un precepto singular que no se ha modificado desde la aprobación del Código Civil en 1889. A juzgar por su tenor literal, pareciera que estamos ante dos sistemas de responsabilidad civil diferenciados por el origen estrictamente formal de su nacimiento, por lo que no es de extrañar, como decíamos, que tal precepto haya sido duramente criticado por la doctrina civilista.<sup>30</sup> De nuevo, no es que la responsabilidad civil *ex delicto* surja del delito en sentido formal (*rectius* ilícito penal), sino que éste se constituye como requisito normativo de carácter *sine qua non* para entrar a analizar si cabe atribuir responsabilidad civil a algún sujeto.

### **3.2. La relación entre las normas del Código Civil y las del Código Penal**

Desde nuestro punto de vista, y ello parece ser una posición minoritaria en la doctrina, estimamos que es necesario diferenciar un auténtico modelo de “responsabilidad civil” *ex delicto* de un modelo de responsabilidad civil “pura”, por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la estructura del supuesto de hecho que genera la obligación de responder civilmente en sede punitiva. Así, por un lado, el artículo 1902 CC parte del ilícito civil como supuesto de hecho, mientras que el artículo 109.1 CP exige la constatación previa de un ilícito penal para posteriormente entrar a valorar la existencia de un ilícito civil. Es, de acuerdo con la terminología de ZENO-ZENCOVICH sobre los artículos 2043 CC y 185 CP en el ordenamiento italiano, una auténtica norma secundaria respecto a la disposición contemplada en el Código Civil, que se articula, en tal sentido, como una adaptación de la norma primaria a las exigencias del sistema penal.<sup>31</sup>

En segundo lugar, otro argumento que, a nuestro juicio, justificaría la existencia de un modelo diferenciado de responsabilidad civil es el contenido de la obligación *ex delicto* prevista en el Código Penal, es decir, sus modalidades de cumplimiento (art. 110 CP). Sobre ellas, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA ha puesto de relieve que, en rigor, muchas de las medidas contempladas

---

todos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 456, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 154 y SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, pp. 4-5. Entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, pp. 1973-1976, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2111, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 27-29 y ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, pp. 58-59.

30 Difusamente, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1107-1114.

31 ZENO-ZENCOVICH, V., *La responsabilità civile da reato*, pp. 22 y ss.

en el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* exceden del estricto ámbito de la reparación del daño causado.<sup>32</sup> Esta autora entiende que de la lectura de los artículos 109 y 110 CP parece desprenderse la idea de que se pretende lograr una reparación integral. Sin embargo, considera que, desde el punto de vista del Derecho civil, a veces resultarán más adecuados otros mecanismos regidos por diferentes normas, que exigen la aplicación de principios jurídicos diferentes.<sup>33</sup> Particularmente, en lo que respecta al caso de la restitución (art. 111 CP), y a pesar de estar recogida como integrante de la responsabilidad civil *ex delicto*, no es una consecuencia asimilable, paralela o derivada *stricto sensu* de la responsabilidad civil “pura”.<sup>34</sup> Así, en nombre de esta modalidad, se han sustantivado una serie de consecuencias civiles de las conductas calificadas como delito que ni siquiera están previstas en el Código Penal y que, por el contrario, con frecuencia son indebidamente encuadradas en la responsabilidad civil, como por ejemplo la declaración de nulidad de un contrato celebrado en fraude de acreedores utilizado como medio para cometer un delito de alzamiento de bienes.<sup>35</sup> Es más, la autora citada entiende que en ciertos supuestos la responsabilidad contractual resulta la consecuencia civil directa en determinados delitos, por ejemplo en el delito de apropiación indebida.<sup>36</sup>

A nuestro modo de ver, estimamos que los razonamientos de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA resultan incontestables. De hecho, la experiencia comparada en Italia en cuanto a la primera modalidad del artículo 185 CP italiano (*vid. restituzioni*) parece demostrarlo – así como también ocurre en múltiples ordenamientos latinoamericanos. Más allá de la crítica a la delimitación entre reparación e indemnización, daño y perjuicio, nos resulta evidente que la responsabilidad civil *ex delicto* supera el contenido enteramente resarcitorio de la responsabilidad civil “pura” para abarcar incluso un contenido de tipo “reintegratorio” o “restitutorio” en un sentido amplísimo. Todo ello por no hablar de la extensa y creativa aplicación que la jurisprudencia hace de ella, la cual resulta, en ocasiones, completamente necesaria para satisfacer el interés privado subyacente al público. Es cierto que, ya en una primera aproximación, las modalidades de cumplimiento presentan un contenido confuso, contradictorio y nada respetuoso con el Derecho civil, pero no es menos cierto que se encuentran integradas en el modelo y que, de alguna forma, otorgan una dimensión

---

32 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 16-17 y 19-22.

33 *Ibid.*, p. 29.

34 *Ibid.*, pp. 29-30. También en DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 278.

35 Críticamente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 30-31.

36 *Ibid.*, p. 31. De forma congruente, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA expone que, en el plano procesal, o bien la acción civil derivada del delito comprende diversas acciones civiles que se concretarían en cada supuesto (reivindicatoria, restitutoria de carácter personal, de nulidad, de responsabilidad extracontractual o contractual, etc) o bien es una sola acción. *Ibid.*, pp. 44-45. También en esta línea, con anterioridad, GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, pp. 204 y 208.

privatística más amplia a la responsabilidad civil *ex delicto*. Nos parecerá muy criticable el tratamiento que ha hecho el legislador y la jurisprudencia, pero lo cierto es que, *de lege lata*, forman parte de un modelo de tutela civil mucho más amplio que aquél de la responsabilidad civil “pura”.<sup>37</sup>

En congruencia con lo todo expresado, concluimos este apartado resaltando que, bajo nuestro punto de vista, y de acuerdo con algunos sectores doctrinales, nos encontramos ante un modelo de tutela del interés privado que no se identifica con la responsabilidad civil “pura”. Se trata de un modelo diferente. Sin embargo, precisamente por su carácter especial en lo que se refiere a la tutela del interés privado y por su naturaleza íntegramente civil, será necesario acudir a la aplicación supletoria del Código Civil para rellenar los huecos interpretativos que pudieran surgir.<sup>38</sup>

### 3.3. Sobre el concepto de Derecho penal y la responsabilidad civil *ex delicto*

A propósito de la tesis sostenida en el apartado anterior quisiéramos profundizar en la referida conclusión. Es decir, si la responsabilidad civil *ex delicto* efectivamente se trata de una institución diferente a la responsabilidad prevista en el Código Civil, con un contenido más amplio para dar cabida a otros supuestos de tutela del interés privado a causa del hecho subsumible en el delito, ¿debe por tanto entenderse incluida esta institución en la definición o en las funciones del Derecho penal? Sobre ello, la postura negativa ha sido la respuesta tradicionalmente aducida. Ya SILVELA consideraba que la responsabilidad civil se encuentra fuera de la órbita del Derecho penal, aunque se encuentre prevista en el Código punitivo.<sup>39</sup> Desde entonces, es ésta la línea que se ha venido siguiendo por la mayor parte de la doctrina.<sup>40</sup>

Por nuestra parte, la inclusión de la responsabilidad civil *ex delicto* en el concepto del Derecho penal no nos resulta apropiada, ya que, aun llegando a admitir que pudiera ser considerada un elemento de utilidad político-criminal, no deja de asociarse al delito más que artificialmente – como decíamos, a través de la exigencia de éste como requisito normativo previo al análisis de los

---

37 Sobre el contenido material y ámbito de aplicabilidad de esta modalidad, con detalle POSADA PÉREZ, J. A., *La responsabilidad civil ex delicto*, pp. 224 y ss.

38 Así, QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Capítulo I – De la responsabilidad civil”, p. 600 y ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Artículo 109”, p. 1363.

39 SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, pp. 240 y ss.

40 Por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, p. 34 (Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, p. 43), MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, pp. 50-51, corrigiendo los planteamientos previamente expuestos en *Id.*, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 18-19 y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, pp. 58-59. De otra opinión, por todos, BERISTAIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, pp. 82-83, también en sus esquemas en pp. 61-62, y HORTAL IBARRA, J. C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*”, pp. 25-26. Con matices, pero más cercanos a esta segunda postura que a la primera QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “De algunas bases del Derecho penal español”, pp. 308-309, siguiendo la línea de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pp. 18-19 que, como decíamos, sería posteriormente corregida por su autor, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, p. 56, también en *Id.*, *Compendio de Derecho Penal*, pp. 291 y ss, y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, p. 10.

hechos desde el prisma del Derecho civil. Tampoco compartimos que deba otorgarse al Derecho penal una función tan amplia como para incluir la reparación o el restablecimiento del orden jurídico dentro de él. Creemos que este punto de vista contribuye a distinguir con claridad los planos civiles de los penales, lo cual resulta esencial en nuestro sistema, tanto para no privatizar el Derecho penal como para no punitivizar el Derecho civil.<sup>41</sup> De acuerdo con nuestro sistema jurídico, entendido como un ordenamiento histórica y concretamente condicionado, el Derecho penal se ocupa del castigo, por lo que, examinada la institución de nuestro interés, no tiene mucho sentido incorporar un instituto enteramente privado (y de función resarcitoria) al concepto propio de éste. Cuando se analizan instituciones jurídicas, especialmente en lo que respecta al Derecho penal, nos resulta de una importancia capital diferenciar debidamente entre el carácter “punitivo” y los rasgos “coactivos” que puedan presentar las diferentes figuras. En nuestro sistema, la responsabilidad civil no tiene, ni debería tener, ningún rasgo punitivo, aunque sí es efectivamente coactiva. Sin embargo, este planteamiento no implica de ninguna manera que el Derecho penal tenga que dejar de incentivar actos reparatorios sobre los perjudicados. Al contrario. A pesar de que la reparación no presenta carácter afflictivo ni es cometido del Derecho penal, es perfectamente posible asociar funciones o cometidos reconducibles a un interés político-criminal (o, simplemente, de política jurídica en abstracto) a la reparación del daño, por ejemplo, identificar que el comportamiento del reo se encuentra en línea con caracteres especialpreventivos o de prevención general positiva (incluso puramente utilitarios, en un sentido iusfilosófico). Todo ello a pesar de que, en puridad, el modelo *ex delicto* no está construido ni desde el punto de vista del Derecho penal ni para ejercer funciones político-criminales.

### **3.4. Sus pretendidas funciones político-criminales**

Desde nuestro punto de vista, a juzgar por el tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto* en el ordenamiento español así como su perspectiva histórica, pareciera que el fundamento principal es la economía procesal.<sup>42</sup> La razón es que el modelo no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del Derecho penal, aunque subsidiariamente se le atribuyan (o pretendan atribuir) funciones político-criminales. Por parte de la doctrina más clásica, la respuesta tradicional no sólo ha sido la completa separación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, sino la afirmación de que, además, la reparación civil

---

41 Críticamente, sobre la punitivización de las instituciones civiles en sede penal YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1198-1202.

42 De forma similar, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Comentario al artículo 1.902”, p. 1973, SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿Ex delicto?”, p. 3 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, p. 154. Sobre esta discusión doctrinal, POSADA PÉREZ, J.A., “Acerca de los modelos político-criminales de reparación”, pp. 205-209.



no atenuaba ni afectaba a la responsabilidad penal con carácter general.<sup>43</sup> Esto se debe a que el cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* no cumple, por sí sola, ninguna función penal o político-criminal de una manera explícita.<sup>44</sup> Por el contrario, es cierto que las recientes reformas legislativas han venido otorgando cada vez más importancia a la reparación del daño, pero, de acuerdo con las modificaciones españolas, esto parece ser más bien un indicador de que el comportamiento del reo está en línea con las funciones y el objeto del Derecho penal. No se trata, por tanto, de un fin en sí mismo, sino de un medio o instrumento político-criminal que podrá parecer más o menos discutible. Sólo la atenuante del artículo 21 5ª CPesp tiene efectos prácticamente automáticos en este sentido, y con todo, maneja un concepto de “reparación” que no coincide exactamente con los lineamientos de la responsabilidad civil. Al respecto, debe resaltarse además que, fuera del ámbito de la atenuante, no se exige la reparación en sí, sino el esfuerzo por reparar. En consecuencia, todo esto parece acentuar la idea de que el fundamento del modelo no es un interés propiamente penal, sino un interés de exclusiva economía procesal.

### 3.5. Las injustificadas dualidades normativas

Igualmente, resulta interesante resaltar otra particular característica de la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*: su contenido. Desde el punto de vista de la coherencia del ordenamiento jurídico, la crítica más extendida al sistema de responsabilidad civil *ex delicto* es la pronunciada dualidad normativa frente a los preceptos correspondientes del Código Civil. En efecto, el sistema previsto en el Código Penal no sólo es regla especial frente a la general contenida en el Código Civil, sino que la altera significativamente en múltiples supuestos. Si, como decíamos *supra*, el fundamento principal del modelo es la economía procesal, quedaría por resolver la incógnita de qué explicación merecen los cambios en el fondo del asunto.<sup>45</sup>

La diferencia que más suele aducirse entre un régimen y otro es que, en caso de pluralidad de causantes, la regla general es la solidaridad en el Código Penal según el artículo 116.2 CP, mientras que, en sede civil, el estado de la jurisprudencia declara que la responsabilidad es mancomunada en supuestos de responsabilidad contractual y solidaria en casos de responsabilidad

43 Por todos, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, p. 809: “Ante todo debe tenerse presente que la reparación de los daños del delito no atenúa ni produce efecto alguno sobre la pena correspondiente al hecho punible en cuestión. El que malversa, el que hurta, el que estafa, aun cuando reintegren con posterioridad a la infracción todo o parte de lo malversado, hurtado o estafado, no obtendrán por ello atenuación alguna de la penalidad imponible, salvo en el caso de reparación de los efectos del delito a que se refiere la atenuante 9ª del art. 9º (CP 1973).”

44 Sobre esta idea de que la reparación del perjuicio no encaja completamente en el fundamento y el fin de las penas, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, p. 30.

45 Realidad apreciable ya en los Códigos Penales anteriores, *e. gr.*, CP 1973, *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 526-527. Desde el punto de vista civil, difusamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores”, pp. 2112-2130. Denunciando las disfuncionalidades actuales, ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, p. 62.

extracontractual – aunque existe controversia sobre este particular, ya que se trata de una solución que no es unánimemente aceptada.<sup>46</sup> De otra parte, es bien conocida la diferencia del tratamiento de la responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores legales. En el Código Civil la culpa se presume, mientras que en el Código Penal (arts. 118.1 1ª y 120 1ª CP) debe probarse. En el Código Civil la responsabilidad es directa, mientras que es subsidiaria en el artículo 118.1 1ª CP y solidaria en los artículos 120 1ª CP y 61.3 LORRPM.<sup>47</sup> En esta línea, existe una importante diferencia en la regulación de la responsabilidad civil del empresario por aquellos hechos cometidos por sus subordinados o la propia de los centros de enseñanza no superior. De un lado, esta responsabilidad es directa según los párrafos 5 y 6 del artículo 1903 CC, mientras que, según el Código Penal, la misma responsabilidad sería subsidiaria (art. 118 3ª y 4ª CP).<sup>48</sup> Asimismo, resulta especialmente incongruente la diferencia en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. De un lado, el artículo 36.1 de la Ley 40/2015 establece que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es directa y objetiva, mientras que, por otro lado, el artículo 121 CP señala que la responsabilidad civil *ex delicto* en este mismo supuesto es subsidiaria.<sup>49</sup> Finalmente, también habría que sumar la problemática del plazo de prescripción, que presenta un periodo mucho más amplio en vía penal que en vía civil.<sup>50</sup>

#### 4. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO PENAL?

##### 4.1. Aproximación al debate sobre la cuestión

En este orden de cosas, debe reconocerse que, a pesar de todas las críticas al modelo (de las cuales se han expuesto sólo algunas), el sistema ha venido recibiendo valoraciones positivas con carácter general.<sup>51</sup> Como hemos tenido ocasión de comprobar, la responsabilidad civil se introdujo en el primer Código Penal por motivos históricos, jurídicos y filosóficos; desde entonces, referíamos, se ha venido manteniendo en todos los Códigos Penales. Nuestro ordenamiento

---

46 Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1136-1138.

47 *Ibid.*, pp. 1119-1126.

48 Ampliamente, *Ibid.*, pp. 1126-1133.

49 Se trata de una controversia que también estaba presente con la anterior Ley 30/1992 y que ha sido ampliamente denunciada por la doctrina. Críticamente, entre los civilistas, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Los anteojos del civilista”, pp. 247-254, y “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, pp. 181-186 e YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1133-1136.

50 YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal”, pp. 1138-1146.

51 A favor del modelo, entre los comentaristas decimonónicos, CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado*, pp. 233-235. En la doctrina contemporánea, por todos, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, pp. 801-802, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 150, SANTA CECILIA GARCÍA, F., “La responsabilidad civil ‘ex delicto’”, pp. 1016-1018 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, pp. 243-244. Más recientemente, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*, p. 144.

participa de un modelo acumulativo, basado en postulados filosóficos de tipo utilitario y fundamentado en su nacimiento a través una estructura normativa *a maiore ad minus*. También en esta línea decíamos que aunque es un modelo autónomo del sistema previsto en el Código Civil, ni participa del concepto o fines del Derecho penal ni realiza funciones político-criminales.

En este orden de cosas, y adentrándonos ya en el debate sobre la ubicación legal del instituto, cabe admitir que esta cuestión no es una controversia novedosa. Entre otros autores, ya algunos comentaristas decimonónicos como PACHECO o DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ pusieron de manifiesto que nos encontramos ante una materia completamente privada y que, por consiguiente, era necesario reenviarla al Código Civil.<sup>52</sup> En la doctrina actual, la obra de PANTALEÓN PRIETO y de YZQUIERDO TOLSADA es, sin duda, la más representativa de la línea heredera de esta posición. Sus argumentos de tipo sistemático y lógico-conceptual no sólo se centran en el Código Penal, sino también en el referido artículo 1092 CC, que remite al Código punitivo la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*. Al respecto, se ha señalado que el problema no vino otorgado por los Códigos Penales de 1822, 1848 o 1870, sino por el legislador civil en 1889, al incluir el mencionado artículo.<sup>53</sup> Entienden que, una vez aprobado el Código Civil, lo lógico habría sido vaciar esas normas en él o bien unificarlas, ya que, si la explicación de su ubicación actual es enteramente histórica debido a la ausencia de Código Civil, no tiene sentido seguir manteniéndolas en el Código punitivo una vez aprobado este primero. En este sentido, se basan en argumentos tales como la naturaleza de la norma, los fundamentos y finalidades de la responsabilidad y las incongruencias normativas entre uno y otro sistema. También es frecuente hacer mención a la parquedad de la legislación civil contenida en el Código Penal así como a la necesidad de una innovación en la técnica legislativa.<sup>54</sup>

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO ha expuesto y contraargumentado algunas objeciones que pudieran hacerse a este planteamiento. En primer lugar, podría aducirse la necesidad y conveniencia de que los órganos jurisdiccionales penales deban seguir siendo competentes en materia de responsabilidad civil *ex delicto*. Al respecto, con acierto, señala que el mantenimiento de tal competencia no exige la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal.<sup>55</sup> En segundo lugar, sobre si daría la impresión de que el legislador penal no se preocupa por las

---

52 PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, 1º ed., p. 279 y DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, pp. 187-188. También en esta línea, SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios*, p. 240 y ss.

53 YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, p. 2110, en su nota al pie 4. También en *Id.*, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, p. 30.

54 DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos”, pp. 799-801, YZQUIERDO TOLSADA, M., “El perturbador artículo 1.092 del Código Civil”, pp. 2110-2111, PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, p. 6, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, pp. 24-26 y DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, p. 275.

55 PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Perseverare diabolicum”, pp. 6-7.

víctimas, considera que es falso, ya que tal eliminación no significa que éstas no puedan seguir solicitando indemnizaciones en el seno de procesos penales ni que el Ministerio Fiscal deje de ejercitar las acciones civiles en su interés. Únicamente cambiaría la localización.<sup>56</sup> En tercer lugar, acerca de si los preceptos del Código Civil se encuentran superados por la jurisprudencia, entiende que en tal caso sería una cuestión de reformar los preceptos del Código Civil, actualizándolos.<sup>57</sup> Finalmente, respecto a la “restitución”, entiende que tampoco debería cambiar nada, ya que los tribunales penales seguirían siendo competentes según el artículo 100 LECRIM.<sup>58</sup> En todo caso, nos resulta importante acentuar que este tipo de planteamientos no sólo han sido defendido por los civilistas, sino que, por el contrario, muchos han sido los penalistas que han defendido (y defienden) tal postura, en base a unos argumentos análogos a los expuestos.<sup>59</sup>

Por el contrario, un sector de la doctrina sigue defendiendo la actual ubicación. A favor de este planteamiento se aportan tres argumentos fundamentalmente. En primer lugar, se suele agregar que la ubicación, así como las diferencias de régimen, se basan actualmente en razones de política criminal. En segundo lugar, se pone de relieve la vinculación de la responsabilidad civil a fines y funciones criminales tales como la concesión de beneficios penales y penitenciarios, lo cual, a juicio de los autores, justificaría su inclusión en el Código Penal. En tercer lugar, se acentúa la necesidad técnica de ubicar la responsabilidad civil en el referido Código, para que los tribunales tengan a su disposición las bases normativas de la totalidad del fallo dentro de un mismo cuerpo legal.<sup>60</sup>

#### 4.2 Toma de postura

A nuestro modo de ver, para poder abordar debidamente el debate sobre la ubicación sistemática de la responsabilidad civil *ex delicto* en el ordenamiento español, es necesario partir de la ontología de la institución, esto es, de su esencia y caracteres fundamentales. Decíamos *supra* que a pesar de ser un modelo diferenciado de la responsabilidad civil “pura”, no participa del concepto ni del contenido ni de las funciones penales en sentido estricto. No obstante, también referíamos que nada impide que ésta pudiera llegar a desarrollar funciones político-criminales, aunque lo cierto es que tal posibilidad nos resultaba más aparente (o normativamente impuesta por el legislador) que real y/o efectiva, ya que la responsabilidad civil *ex delicto*, entendida con el debido rigor y el

---

56 *Ibid.*, p. 7, aunque considera criticable que sea el Ministerio Fiscal quien deba ejercitar de oficio las pretensiones indemnizatorias.

57 *Ibid.*, p. 8.

58 *Ult. Loc Cit.*

59 TERUEL CARRALERO, D., “Infracción penal y responsabilidad civil”, pp. 55-56, DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, pp. 24-25. En la doctrina actual, ampliamente RAMÓN RIBAS, E., “La responsabilidad civil derivada de delito”, pp. 87-94.

60 *Vid.* particularmente la obra de QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, pp. 23-27. También en *Id.*, y TAMARIT SUMALLA, J. M., “Título V - De la responsabilidad civil”, p. 592.

oportuno tecnicismo, no deja de asociarse al delito y al Derecho penal más que artificialmente, pues sus fundamentos se basan en criterios exclusivamente jurídico-privados y en planteamientos de economía procesal. De hecho, referíamos que sólo en la atenuante de reparación suele tener efectos inmediatos y, con todo, la concesión de beneficios penales y penitenciarios no manera un concepto de reparación que coincida con el contenido de la institución de nuestro interés. Por ello, y en todo caso, nos parece que el problema más grave no se encuentra tanto en la mera ubicación, que es completamente irrelevante, sino en la disparidad normativa, que modifica abiertamente, y sin aparente justificación, las reglas más básicas del Derecho civil. Creemos, por el contrario, que las exigencias de coherencia del ordenamiento jurídico imponen la necesidad de revisar las diferencias normativas en el tratamiento de la materia. Más allá de que se esté a favor o en contra de este modelo, lo cierto es que nos resulta incuestionable que esta concreta problemática, que tiene una clara explicación histórica, no existiría si el Código Penal (o Procesal Penal) se limitase a reenviar la cuestión a la legislación civil.

A pesar de que nuestro legislador haya apostado por un modelo de corte utilitarista y acumulativo, deben diferenciarse dos cuestiones fundamentales, por un lado, una cosa es el sistema en sí y, por otro, otra cosa bien diferenciada es que a través de su regulación en el Código Penal se acabe generando una injustificada dualidad normativa. De esta forma, aunque se siga defendiendo la necesidad o idoneidad del modelo para el ordenamiento jurídico, no se debe dejar de tener en cuenta que es perfectamente posible continuar con este modelo a través de una remisión general de la problemática al Código Civil, como ya nos demuestra la experiencia brasileña. Ciertamente, ya hemos puesto de manifiesto aquí que la cuestión de la regulación de la responsabilidad en el Código Penal tiene raíces mucho más profundas que la mera temporalidad entre una y otra norma. Sin embargo, resulta más razonable continuar con este modelo sin caer en la referida dualidad normativa. Si efectivamente se entiende que el modelo es de corte acumulativo y utilitario, basado en un acentuado interés de economía procesal que beneficia a los perjudicados y a la sociedad en su conjunto, nada impide la remisión de esta problemática a la legislación civil – bien sea a través de un artículo en el Código Penal, como hace el artículo 185 CP italiano, o bien a través de un precepto en la legislación procesal, como realizan los artículos 63 a 68 del *Código de Processo Penal* brasileño. También en este sentido, es obligado resaltar que, a pesar de mostrarnos partidarios de esta postura, lo cierto es que es necesario admitir que la actual regulación del Código Civil no resulta completamente satisfactoria. En particular, existen tres problemáticas jurídicas muy relevantes que no están contempladas en el referido Código y que, por el contrario, sí aparecen reguladas en el Código Penal: las cuestiones de la imputación subjetiva, la antijuricidad y el resarcimiento o cumplimiento. En este sentido, además de insistir en la remisión de las

problemáticas civiles al Código Civil, sería igualmente necesario resaltar la imperiosa urgencia de una regulación completa, rigurosa y sistemática de la responsabilidad civil en las normas privadas.

Por nuestra parte, finalmente, quisiéramos reflejar aquí que no compartimos ninguno de los argumentos aportados por quienes defienden la actual ubicación. Primero, el hecho de que las diferencias de régimen se basen en razones de política criminal es ciertamente cuestionable, ya que para algunos supuestos resulta más ventajosa la vía no punitiva, por ejemplo, en casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 121 CP *cfr.* art. 36.1 Ley 40/2015), inimputables mayores de edad (art. 118.1 1ª CP *cfr.* 1903 CC), empresarios por los hechos cometidos por sus subordinados y centros de enseñanza no superior (art. 118 3ª y 4ª CP *cfr.* 1903 CC). Al respecto, quizás sí sea “político-criminalmente” justificable en España el hecho de que la obligación civil se entienda solidaria en supuestos de pluralidad de causantes (art. 116.2 CP *cfr.* 1137 CP) o la previsión legal de un plazo más amplio para su reclamación, sin embargo, tal razonamiento no parece explicarlo todo. A nosotros, al menos, no nos resulta convincente. Quizás fuera necesario que se desarrollase con mayor detalle qué es lo que explica la política criminal en el Código Penal frente a la simple política jurídica contenida en el Código Civil. De otra parte, los fines y funciones penales tampoco justifican la inclusión de la responsabilidad civil en el Código Penal, ya que se puede realizar una simple remisión al Código Penal y seguir otorgando beneficios penales y penitenciarios. La experiencia comparada en Francia, Portugal, en algunos sistemas latinoamericanos, como en Brasil, así lo demuestra. Por último, el argumento de la necesidad técnica de ubicar la responsabilidad civil en el Código Penal para que los tribunales tengan a su disposición las bases normativas de la totalidad del fallo dentro de un mismo Código nos resulta un motivo poco sólido y, ciertamente, insostenible por sí solo, ya que, entre otras cosas, los tribunales se ven cada vez más asediados por las leyes penales en blanco – siendo consecuentemente obligados al examen de otras disposiciones normativas. Por no hablar, por ejemplo, de los Juzgados de Menores, quienes deben hacer el esfuerzo de compaginar la Ley del Menor con los contenidos del Código Penal – así como otras leyes penales. Quizás este argumento vaya más bien referido a la necesidad de “simplificar” el Derecho civil para que los jueces penales no tengan que realizar complejos análisis iusprivatistas tras la solución del caso con la aplicación del Derecho penal. No obstante, si tal es la necesidad, más bien esto sería un argumento en contra del modelo y a favor de la adopción de un sistema de reparación propiamente penal – en el sentido de que se pretende no tener que acudir a otras normas para solucionar la problemática, cuestión que, desde nuestro modelo, se vuelve necesaria, ya que los postulados del Código Civil complementan a los del Código Penal.

## CONCLUSIÓN

A la luz de lo expuesto en este pequeño trabajo, entendemos aconsejable retirar la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* del Código Penal de conformidad con lo expresado por ciertos sectores doctrinales. El argumento más solvente, a nuestro modo de ver, es la existencia de importantes duplicidades en su regulación sustantiva, entre lo dispuesto en el Código Penal y lo contemplado en el Código Civil. Junto a todo ello, además, debe recordarse que este último cuerpo legal no regula debidamente la totalidad de la institución de nuestro interés, sino que, por el contrario y sorprendentemente, algunas de las lagunas normativas se colman con las disposiciones contenidas en el Código Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “**Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822**”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978, pp. 229-235.

ANTÓN ONECA, J., “**Historia del Código penal de 1822**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 18, fasc. 2, 1965, pp. 263-278.

BENTHAM, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Batoche Books – Kitchener, 2000.

*Id.*, “**Principles of Penal law**”, en BOWRING, J. (Ed.), *The works of Jeremy Bentham*, vol. 1, William Tait, 1843, pp. 365-580.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, 1974.

BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, Dykinson, 2016.

CASABÓ RUIZ, J. R., “**La aplicación del Código penal de 1822**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 32, fasc. 2, 1979, pp. 333-344.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, t. 1 (Parte General), vol. 2, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Bosch, 18ª ed., 1981.

DE BENITO FRAILE, E. J., “**Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822**”, en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 8, 2008, pp. 41-68.

DE CASTRO Y OROZCO, J. y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. 1, Impr. y Librería de Manuel Sanz, 1848.

DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. 1 Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848.

DÍAZ ALABART, S., “**La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos** de los sometidos a patria potestad o tutela”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 40, fasc. 3, 1987, pp. 795-894.

DÍAZ VALCÁRCEL, L. M., “**Responsabilidad civil derivada del delito (I)**”, en *Revista de*

*Derecho Judicial*, nº 4, 1960, pp. 15-47.

DÍEZ-PICAZO, L., ***Derecho de daños***, Civitas, 1999.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., ***Introducción al Derecho penal***, Editorial universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2006.

GÓMEZ ORBANEJA, E., “**La acción civil de delito**”, en *Revista de Derecho Privado*, 1949, pp. 185-212.

HORTAL IBARRA, J. C., “**La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo**”, en *InDret* [Recurso electrónico], nº 4, 2014.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., ***Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual***, Tirant lo Blanch, 1997.

LÓPEZ REY, O., “**El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 71, fasc. 1, 2018, pp. 347-401.

MAPELLI CAFFARENA, B., ***Las consecuencias jurídicas del delito***, Civitas-Thomson Reuters, 5ª ed., 2011.

MIR PUIG, S., ***Derecho Penal. Parte general***, Reppertor, 10ª ed., 2ª reimpr., 2016.

*Id.*, ***Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método***, B de F, 2ª ed., 2002.

MUÑOZ CONDE, F., ***Introducción al Derecho Penal***, B de F, 2ª ed., 2001.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., ***Derecho Penal. Parte General***, Tirant lo Blanch, 10ª ed., 2019.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., ***Sobre el concepto de Derecho penal***, Universidad Complutense de Madrid – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1984.

PACHECO, J. F., ***El Código Penal concordado y comentado***, t. 1, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1º ed., 1848.

PANTALEÓN PRIETO, A. F., “**Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)**”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pp. 167-192.

*Id.*, “**Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas**”, en *Documentación administrativa*, nº 237-238, 1994, pp. 239-254.

*Id.*, “**Comentario al artículo 1.902**”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 2, 1993, pp. 1.971-2.003.

*Id.*, “**Perseverare diabolicum. ¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?**”, en *Jueces para la democracia*, nº 19, 1993, pp. 6-10.

POSADA PÉREZ, J. A., ***La responsabilidad civil ex delicto***, Aranzadi, 2022.

POSADA PÉREZ, J.A., “**Acerca de los modelos político-criminales de reparación a la víctima: la responsabilidad civil ex delicto versus la reparación penal**”, en *Cuadernos de Política Criminal*,



n.º 138, vol. III, época II, diciembre 2022, pp. 181-222.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “**De algunas bases del Derecho penal español**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 38, fasc. 2, 1985, pp. 303-332.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, t. I., Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

*Id.*, *Compendio de Derecho Penal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, S. y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad civil “ex delicto”*, Aranzadi, 2002, pp. 19-50.

QUINTERO OLIVARES, G. y TAMARIT SUMALLA, J. M., “**Título V - De la responsabilidad civil** derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 4º ed., 2005, pp. 591-593.

RAMÓN RIBAS, E., “**La responsabilidad civil derivada de delito** ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?”, en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (Coord.), *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normales Legales, 2004, pp. 69-98.

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., 2016.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “**La responsabilidad civil derivada de delito** o falta y culpa extracontractual”, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Comares, 1984, pp. 511-527.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, 18ª ed., 1995.

ROIG TORRES, M., “**Algunos apuntes sobre la evolución histórica** de la tutela jurídica de la víctima del delito”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 22, 1999-2000, pp. 153-308.

SAINZ CANTERO, J. A., “**El informe de la Universidad de Granada** sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 13, fasc. 3, 1960, pp. 509-545.

SÁINZ GUERRA, J., *La evolución del Derecho Penal en España*, Universidad de Jaén – Servicio de Publicaciones, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “**¿Ex delicto?** Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal” en *InDret* [Recurso electrónico], nº 3, 2001.

SILVELA Y DE LE VIELLEUZE, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, vol. 2, Imprenta de M. G. Hernández, 1879.

TERUEL CARRALERO, D., “**Infracción penal y responsabilidad civil**”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 11, fasc. 1, 1958, pp. 33-60.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “**La responsabilidad civil en el proceso penal**”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, Aranzadi,

5ª ed., 2014, pp. 1105-1236.

*Id.*, **Aspectos civiles del nuevo Código Penal** (*Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos*), Dykinson, 1997.

*Id.*, “**El perturbador artículo 1.092 del Código Civil: cien años de errores**”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 2109-2135.

ZENO-ZENCOVICH, V., **La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale**, CEDAM, 1989.

# LÍMITES Y POTENCIALIDADES DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL ARTÍCULO 136 DEL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN MATERIA DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO<sup>1</sup>  
Carla BERTONCINI<sup>2</sup>

La Ley 14.344/2022, conocida como Ley Henry Borel, tiene como objetivo elaborar medios para frenar la violencia doméstica y familiar contra niños y adolescentes. Para ello, consideramos las definiciones previstas en la Ley 13.431/2017 (según el segundo artículo, párrafo único, de la Ley 14.344/2022), que establece el sistema de garantía de derechos para niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia.

Esta investigación se centra en la violencia psicológica, porque, a diferencia de la violencia física, que facilita el reconocimiento, puede ocurrir de manera sutil, lo que requiere una atención especial (GARBIN et al, 2011, p. 669). La situación empeora cuando se considera que, comúnmente, las violaciones ocurren dentro del hogar, que debería ser un lugar de protección y abrigo (GARBIN et al, 2011, p. 668; FERREIRA; CORTÊS; GONTIJO, 2019, p. 3.998), pero se convierte en lo contrario, en particular porque se caracteriza por la esfera privada, marcada por la inviolabilidad (JULIÃO, 2004, p. 58).

A propósito, el Anuario Brasileño de Seguridad Pública 2022 monitoreó datos de violencia contra niños y adolescentes en los años 2020 y 2021. Se mencionan, en este análisis, los referentes a maltrato, por estar vinculados a un tipo penal que abarca la violencia psicológica (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p. 11). En este sentido, se dice que este delito victimizó a 19.136 personas entre 0 y 17 años (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p. 6).

En caso de denuncia, es común que el Consejo Tutelar lleve a cabo la asistencia, adoptando todas las medidas que le competen y, sólo cuando éstas se agotan, corresponde al órgano accionar al Ministerio Público (FERREIRA; CORTÊS; GONTIJO, 2019, p. 3.998). El artículo 136 del Estatuto

---

1 Doutoranda e Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista por intermédio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participante dos grupos de pesquisa Direitos: Estado e Bioética, Intervenção do Estado na vida das pessoas (INTERVEPES), e Grupo de Estudos e Pesquisas em Infâncias, Crianças e Educação Infantil (GEPICEI/UENP). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8287398590266450>.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada. Professora adjunta do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado/Doutorado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), e professora de Direito Civil (Família e Sucessões) da UNIFIO/Ourinhos/SP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9759779920993502>.

del Niño y del Adolescente delimita la rama de actuación del Consejo Tutelar, sin perjuicio de otras posibilidades previstas en la ley. Sin embargo, el organismo no debe limitarse a las disposiciones expresamente previstas en la legislación, especialmente en situaciones delicadas, como la violencia psicológica, que es invisible.

Se admite, así, una interpretación extensiva del artículo 136 del Estatuto del Niño y del Adolescente, a la luz del principio del interés superior de la persona en una peculiar fase de desarrollo, para permitir que la agencia disponga de todos los instrumentos para intentar extinguir una situación de riesgo. Sin embargo, se inserta el siguiente problema de investigación: ¿cuáles son los límites de una interpretación extensiva de la citada disposición legal? Se supone que el Consejo Tutelar debe adoptar todas las medidas necesarias para remediar una situación de riesgo, siempre que no interfiera en el ámbito de actuación de otro organismo. Para el análisis de la problemática, se utilizó el método inductivo - partiendo de la premisa de que, aunque el Consejo Tutelar tenga instrumentos de actuación previstos por ley, no debe limitarse a ellos, desde que observe cierta limitación -, por medio de investigación bibliográfica.

Es importante contextualizar que existen posibilidades de asistencia, por parte del Consejo Tutelar, asignadas por ley, que tienden a ser efectivas. A modo de ejemplo, la Ley 14.344/2022 establece que el organismo puede solicitar medidas urgentes de protección a favor de niños y adolescentes, según el artículo 16. Además, el Estatuto del Niño y del Adolescente prevé, en su artículo 101, medidas específicas de protección a ser adoptadas por la autoridad competente a favor de los niños y adolescentes en caso de posibles violaciones.

Específicamente, el artículo 136 del Estatuto establece que las medidas previstas en los incisos I a VII del artículo 101 deberán ser aplicadas por el Consejo Tutelar cuando los interesados sean objeto de las hipótesis previstas en los artículos 98 y 105 de la legislación, consistentes en la violación de derechos emanados de la sociedad, del Estado, de los padres o del tutor, cuando la persona en desarrollo sea colocada en situación de riesgo, o cuando un niño cometa una infracción.

Aunque el artículo 136 del Estatuto del Niño y del Adolescente especifique que la actuación del Consejo Tutelar debe abarcar solamente los ítems I a VII del artículo 101, el caput del artículo 101 habilita a la autoridad competente a determinar otras medidas más allá de las expresamente previstas en él. Así, en una interpretación que atiende al principio del interés superior del niño y del adolescente, se puede entender que el Consejo Tutelar puede adoptar medidas más allá de las expresamente previstas en los incisos I a VII del artículo 101 del Estatuto, o de las definidas en otras disposiciones legales, incluso por medio de solicitudes, desde que no interfiera en la función de otro órgano.

Tal limitación puede extraerse de una lectura sistemática del artículo 136, combinado con

el artículo 101 del Estatuto. En la medida en que el artículo 101 permite la adopción de medidas por diferentes autoridades, y el artículo 136 pone límites a la actuación del Consejo Tutelar, se puede inferir que el Estatuto pretende dividir las funciones entre diferentes actores, pero sin obstaculizar la protección a ser alcanzada por ellos.

Por lo tanto, corresponde al Consejo Tutelar prestar la asistencia necesaria para extinguir la situación de riesgo, utilizando todos los medios disponibles, aunque no estén expresamente previstos, siempre que no interfiera en la competencia específica de otro órgano, so pena de contradecir su función primaria, que, según Julião (2004, p. 82), consiste en proteger los derechos de las personas en una etapa peculiar de desarrollo. En el caso concreto, pueden ser necesarias medidas complementarias a la ley, precisamente para concretarla. En el caso de que un determinado menor pase a convivir con un familiar diferente, es necesario que la agencia de protección, además de proporcionar el plazo de responsabilidad, posibilite el cambio de residencia, intermediando para que los bienes sean llevados al nuevo domicilio, en el caso de que la relación familiar sea conflictiva, por ejemplo.

Esta comprensión es especialmente relevante en el caso de violencia psicológica que, como se ha señalado, puede no ser evidente (GARBIN et al, 2011, p. 669), requiriendo una intervención rápida y sensible. Es posible que incluso requiera una investigación preliminar por parte de la agencia de protección. En este sentido, Julião (2004, p. 82) señala que, en caso de denuncia, la agencia de protección es responsable de verificar la veracidad de los hechos, y, para ello, debe acudir a la residencia donde posiblemente tuvo lugar la práctica de la injusticia. Se concluye que el Consejo Tutelar puede exceder las funciones expresamente previstas por la ley en situaciones delicadas, precisamente para salvaguardar el interés superior del niño y del adolescente, siempre que no interfiera en la esfera de actuación de otro organismo.

## REFERENCIAS

BRASIL. **Lei 13.431, de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2017.

BRASIL. **Lei 14.344, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente [...]. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 1990.

FERREIRA, Cleiciara Lúcia Silva; CORTÊS, Maria Conceição J. Werneck; CONTIJO, Eliane Dias. Promoção dos direitos da criança e prevenção de maus tratos infantis. **Revista Ciência &**

**Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 11, p. 3.997-4.008, nov., 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**: as violências contra crianças e adolescentes no Brasil. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

GARBIN, Cléa Adas Saliba, et al. Violência denunciada: ocorrência de maus tratos contra crianças e adolescentes registrados em uma unidade policial. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, v. 64, n. 4, p. 665-670, jul/ago. 2011.

JULIÃO, Cláudia Helena. **O enfrentamento à violência doméstica contra crianças e adolescentes no município de Orlandia-SP**: o papel do Conselho Tutelar. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2004.

# CONSIDERACIONES SOBRE LA (A)TIPICIDAD DE LOS HECHOS COMETIDOS EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Angelo GIRALDI

## 1. LA INTRODUCCIÓN DE LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La lucha contra la corrupción, tanto en su vertiente pública como privada, se ha extendido hasta llegar, hoy en día, a la promulgación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Su finalidad, que consta en el propio texto normativo, además del otorgamiento de protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir los llamados *whistleblowers*, consiste en “el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público”.

Excluyendo de forma expresa que se puedan vulnerar de los principios rectores del proceso penal (y, en su marco, las diligencias de investigación), la Ley 2/2023 protege a las personas físicas que informen, a través de los procedimientos establecidos al efecto, de acciones u omisiones – *rectius*, actividades o inactividades– que puedan ser constitutivas de infracción penal, así como administrativa de carácter grave y muy grave, previendo que en todo caso se entenderán comprendidos todos aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido se refiera a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social.

La protección de estas personas físicas frente a posibles represalias se enmarca en las políticas de la Unión Europea encaminadas, entre otros, a la lucha contra la corrupción<sup>1</sup>, y asimismo propulsadas por el entorno jurídico internacional<sup>2</sup>.

Con arreglo a la nueva Ley, se prohíbe realizar represalias hacia las personas que comuniquen o revelen los tipos de infracciones recogidas, a través de los procedimientos legalmente previstos. Además, los “informantes” accederán a distintas medidas de apoyo (art. 37), entre las cuales: información y asesoramiento independientes, fácilmente accesibles y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona

1 LLEDÓ BENITO I., “La protección del informante (*whistleblower*) en los delitos de corrupción política”, en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, 2021, pp. 417 y ss.

2 En este sentido, los objetivos de las Naciones Unidas, a través de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, atestiguan la importancia de “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas” (objetivo 16). Para el alcance de este objetivo, hace falta “reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas” (meta 16.5).

afectada; asistencia por parte de las autoridades competentes frente a represalias; asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria; apoyo financiero y psicológico, en casos excepcionales.

## **2. EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS EN EL ENTORNO LABORAL**

El Código Penal, en su art. 197.1, recoge el delito de revelación de secretos. La casuística jurisprudencial relativa a dicho delito es floreciente y polifacética. Por lo que concierne el tema de este trabajo, es oportuno mencionar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre casos en los que la conducta delictiva se ha llevado a cabo en el entorno laboral, por parte del empleador hacia el correo electrónico (privado o corporativo) del trabajador. Entre ellos, la reciente STS n. 328/2021, de 22 de abril, confirmó la condena a un empresario que había accedido, en reiteradas ocasiones, al correo electrónico del trabajador.

Según la resolución del Tribunal Supremo, si el trabajador “conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral”. Sin embargo, “esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos”.

Es evidente que, si tampoco una actuación negligente o imprudente del trabajador vale para justificar la vulneración de la privacidad por parte del empleador, no se encuentra legitimada la irrupción del empresario en los correos electrónicos, más aún cuando, como en el caso mencionado, dicha irrupción se ha “generado durante tres meses en una cuenta privada”.

## **3. CUESTIONES JURÍDICO-PENALES SOBRE LA ACTUACIÓN (DELICTIVA) DEL WHISTLEBLOWER**

Desde la perspectiva del informante y, en particular, de su protección frente a represalias, habida cuenta del potencial alcance de su conducta en la lucha contra la corrupción, cabe plantearse las siguientes cuestiones.

En primer lugar, si según el *whistleblower* trabajador o empleador (tanto en el sector público como en el sector privado), existe la sospecha de que se está cometiendo un ilícito (penal o administrativo grave o muy grave) por parte de un empleado o colega, cabe cuestionar la eventual comisión, por parte del “informante” y a fin de adquirir “pruebas”, del acceso ilícito al sistema informático (*e.g.*, correo electrónico) ajeno. En otras palabras, cabe plantearse la duda de si, en términos maquiavélicos, la finalidad “legítima” de información acerca de la realización de un ilícito



(entre los comprendidos en el art. 2 de la Ley 2/2023) es adecuada para impedir la aplicación del art. 197.1 CP, bien por excluir la antijuridicidad de la conducta a la luz de la eximente del art. 20.7 CP, bien por imposibilitar la integración del elemento subjetivo del injusto (en el presente caso, el dolo específico exigido por el precepto penal: “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”).

Aunque todavía no se haya consolidado una doctrina jurisprudencial al respecto, debido a la reciente introducción de la Ley 2/2023, es posible formular las siguientes consideraciones.

En primer lugar, con respecto a la eximente del art. 20.7 CP, parece evidente que la Ley 2/2023, aun estableciendo medidas de protección para el informante, no llegue a introducir en el ordenamiento jurídico un deber legal<sup>3</sup> de actuación con vistas a “informar” sobre los ilícitos del art. 2 de dicha Ley. Asimismo, con respecto al ejercicio legítimo de un derecho<sup>4</sup>, si bien la Ley establece medidas de apoyo y sistemas específicamente creados para “informar” sobre los ilícitos –y, pues, en cierto modo otorga algún derecho al “informante”– parece que en ningún caso atribuya a los sujetos facultados para investigar y menoscabar los derechos constitucionales de igual o superior rango. En el caso planteado, el ejercicio del “derecho a informar” no puede quebrantar los derechos a la intimidad, previstos por la Constitución, y más bien parece referirse a los casos en que la *notitia criminis* (o de otra infracción prevista) llegue al “informante” por causas ajenas a la voluntaria actuación investigativa del mismo. En otros términos, el “derecho a informar” y a ser protegido por haber informado (con los medios legalmente establecidos) no conlleva de por sí el derecho a realizar investigaciones que, total o parcialmente, menoscaban la esfera de la intimidad ajena. En el mismo sentido parece pronunciarse el art. 38.1 de la Ley 2/2023, al prever que, aunque “las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley [...] no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley”, dicha medida de protección “no afectará a las responsabilidades de carácter penal”.

Por ende, la conducta del *whistleblower* que, con fines lícitos, pero no amparados en un auténtico deber jurídico ni en el ejercicio legítimo de un derecho, cometa el delito tipificado en el art. 197.1 CP seguiría siendo punible. Algunos ordenamientos europeos, como el italiano, han resuelto en sentido parecido la cuestión planteada: la sentencia del Tribunal de Casación italiano (sección V) n. 35792/2018, de 26 de julio, ha evidenciado que no existe ningún deber de

---

3 MORILLAS CUEVA L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, 2018, pp. 557 y ss.

4 COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 1999, pp.471 y ss.

señalamiento o actuación por parte de los “informantes” y que, en el caso de obtener una noticia de actividad ilícita, el sujeto implicado no está obligado ni legitimado a iniciar autónomamente operaciones de investigación, *a fortiori* cuando estas suponen una violación de los límites legales. Es razonable hipotetizar que una similar postura sea acogida, en su momento, por la jurisprudencia española, la cual ya estableció que “hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida. [...] En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa “cesión” anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. [...] El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario constituye el *punctum dolens* la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual”<sup>5</sup>.

Otra cuestión interesante acerca de la actuación del *whistleblower* se refiere al anonimato que se le garantiza por la nueva Ley, en su art. 33.1: “Quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas”. Ahora bien, es la misma Ley que establece una excepción a la regla general: “La identidad del informante solo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora” (art. 33.3). Con ello, ¿es posible garantizar el anonimato del “informante” también durante la celebración del proceso penal? Si bien no es posible proporcionar en esta sede una respuesta exhaustiva a dicho interrogante, cabe recordar que el derecho de defensa del acusado debería prevalecer sobre el derecho a la intimidad<sup>6</sup> del *whistleblower*, que podrá ser llamado como testigo para garantizar la correcta formación de la prueba en el juicio oral. Algunos pronunciamientos de la jurisprudencia italiana ya se han expresado en similar sentido: el anonimato del “informante” se garantiza en procedimientos disciplinarios, pero no puede operar en el proceso penal<sup>7</sup>.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ANDREIS E., ŠEPEC M., STAJNKO J., “La tutela della riservatezza dell’identità del whistleblower nel

---

5 STS 489/2018, de 23 de octubre.

6 ANDREIS E., ŠEPEC M., STAJNKO J., “La tutela della riservatezza dell’identità del whistleblower nel processo penale in Italia e Slovenia”, en «Archivio Penale», 1/2021, pp. 1 y ss.

7 Sentencias del Tribunal de Casación italiano (sección VI), n. 9041/2018 y 9047/2018.

processo penale in Italia e Slovenia”, en «Archivio Penale», 1/2021, pp. 1 y ss.

COBO DEL ROSAL M., VIVES ANTÓN T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 1999, pp.471 y ss.

ENCINAR DEL POZO M.A., “La transposición de la directiva de protección del Whistleblower. Un panorama inquietante”, en «Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas», 4/2021, pp. 273 y ss.

LLEDÓ BENITO I., “La protección del informante (whistleblower) en los delitos de corrupción política”, en MORILLAS CUEVA L. (Dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, 2021, pp. 417 y ss.

MASSARO A., “Legalità penale e diritto europeo: c’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico”, en «Sistema penale», 12/2022, pp. 83 y ss.

MASSARO A., *Appunti di Diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, pp. 69 y ss.

MORILLAS CUEVA L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, 2018, pp. 557 y ss.

OLAIZOLA NOGALES I., “La directiva (UE) 2019/1937 ‘whistleblower’: su eficacia contra la corrupción”, en VALIENTE IVAÑEZ V., RAMÍREZ MARTÍN G., GÓMEZ MARTÍN V., BOLEA BARDÓN C., GALLEGU SOLER J.I., HORTAL IBARRA J.C., JOSHI JUBERT U. (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 269 y ss.

PÉREZ MONGUIÓ J.M., “Whistleblower y las dificultades para su implantación en España e Italia”, en SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA M., SIERRA-RODRÍGUEZ J. (Coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, 2020, pp. 227 y ss.

# DESCIFRANDO LOS SECRETOS DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: UN ENFOQUE NEUROCIENTÍFICO PARA DILUCIDAR EL JUICIO DE RACIONALIDAD PRECEDENTE A LA ACEPTACIÓN DEL SOBORNO

Janna da Nóbrega SOUZA

La efectividad de las sanciones legales se vincula a una capacidad predictiva de las acciones individuales. De hecho, la mayoría de las decisiones del sistema de justicia penal implican algún tipo de predicción. Recientemente, la neurociencia ha contribuido al desarrollo de herramientas que permiten el examen de la actividad cerebral durante la ejecución de tareas específicas, lo que ha permitido identificar que ciertas áreas cerebrales están relacionadas con el comportamiento corrupto. Una de las formas más comunes de corrupción es la *corrupción en los negocios*, que ocurre en un contexto interpersonal en el que intervienen al menos dos partes: el sobornador y el detentor del poder. El primero, suele pagar de algún modo al segundo y, a cambio, se toman decisiones que beneficien al sobornador. En atención a lo previsto por el art.286, bis, 2, del Código Penal, el sujeto activo será quienes, *por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales*. Las partes se invierten en su modalidad pasiva, en donde el *directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad, por sí o persona interpuesta, recibe, solicita o acepta el beneficio o ventaja no justificada de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*<sup>1</sup>.

Con el fin de adquirir una comprensión profunda de las bases neuronales que subyacen en la conducta del individuo que detenta el poder en esta relación bilateral, resulta esencial dilucidar las diversas alteraciones cerebrales asociadas al proceso de toma de decisiones que culminaría en la aceptación del incentivo. Por un lado, se ha constatado que la activación de la parte ventral de la ínsula anterior se relaciona con la transgresión de normas morales y sociales. De igual modo, se han

---

1 BERENGUER PASCUAL, S., <<Tipo objetivo del Delito de Corrupción en los Negocios>>, en Pascual, B. (aut.), *El delito de Corrupción en los negocios*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág.130; España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm.281; KOBIS, N., et al., <<Prospection in individual and interpersonal corruption dilemmas>>, en *Review of General Psychology*, vol.20(1), 2016, págs.71-72.

registrado señales preponderantes en el momento en que se presentan las situaciones de engaño y/o cuando se recurre a la mentira con el fin de obtener ganancias adicionales. La misma región se involucra en la representación de los beneficios obtenidos a través del soborno, asociándose a las señales afectivas descendientes que reflejan el coste moral de la connivencia con el sobornador. Otras investigaciones han abordado la función de la unión temporoparietal en el equilibrio de los intereses personales y bienestar de los demás. Esta área cerebral se ha percibido más activa en la verificación de que la decisión tomada repercute en alguien que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Se ha sugerido que los detentores de podrían aceptar menos ofertas en la constatación de este perjuicio<sup>2</sup>.

Basándose en las investigaciones mencionadas, Hu et al., llevaron a cabo un estudio para investigar cómo ciertas variables asociadas con el proceso de toma de decisiones influirían en la elección de un individuo para aceptar o rechazar un soborno. Los investigadores descubrieron que este proceso se basaría en una evaluación previa del valor subjetivo de cada opción, en la que los sujetos analizarían no solo la compensación entre el beneficio destinado y el atribuido al sobornador, sino también los costos morales derivados de esta decisión. Este hallazgo es consistente con la teoría de Becker sobre el juicio de racionalidad que se aplica al elegir entre alternativas. La premisa cardinal de esta elegibilidad sería la maximización del propio interés, mediante un examen directo de las ventajas y desventajas que descenderían del comportamiento antisocial. Nichols y Robertson sostienen que esta premisa sería impracticable a causa del arduo proceso por el cual la mente determinaría esta acción, aunque estén de acuerdo en que implica una práctica consciente de cálculos. Un aspecto interesante es que el pago o aceptación inicial del soborno puede afectar las estimaciones posteriores de los actores en relación con las futuras acciones, predisponiéndoles a la continuidad delictiva. Pincus, La Vierns, Prietula y Berns relataron que el procesamiento de la decisión de someterse al soborno se origina en regiones cerebrales heterogéneas. Pese a ello, el descubrimiento no señala la existencia de una equivalencia de pensamiento en todos los implicados, por lo que la adopción de modelos favorecedores de una uniformidad no sería justificada debido a una multiplicidad de percepciones que se forman en la *praxis* deontológica<sup>3</sup>.

---

2 YIN, L., WEBER, B., <<Can beneficial ends justify lying? Neural responses to the passive reception of lies and truth-telling with beneficial and harmful monetary outcomes>>, en *Social Cognitive and affective Neuroscience*, vol.11(3), 2016, págs.423-432; YIN, L., et al., <<The good lies: altruistic goals modulate processing of deception in the anterior insula>>, en *Human Brain Mapping*, vol.38(7), 2017, págs.36753690; HUTCHERSON, C., et al., <<A neurocomputational model of altruistic choice and its implications>>, en *Neuron*, vol.87(2), págs.451-462; TUSCHE, A., et al., <<Decoding the charitable brain: empathy, perspective taking, and attention shifts differentially predict altruistic giving>>, en *Journal of Neuroscience*, vol.36(17), 2016, págs.4719-4732; HU, J., et al., <<How do self-interest and other-need interact in the brain to determine altruistic behavior?>>, en *Neuroimage*, vol.157, 2017, págs.598-611.

3 HU, Y., et al., <<Neural basis of Corruption in Powerholders>>, en *Elife*, vol.10, 2021, págs.2-3; NICHOLS, P., ROBERTSON, D., <<Thoughts on the control of Bribery>>, en Nichols, P., Robertson, D. (edit.), *Thinking about Bribery: Neuroscience, Moral Cognition, and the Psychology of bribery*. Cambridge: Cambridge University Press,

La optimización de las políticas corporativas anticorrupción en el contexto empresarial podía lograrse mediante la introducción de estos razonamientos. El establecimiento de programas de prevención adecuados fortalecería la estructuración de una cultura organizacional contraria a estas prácticas, interviniendo en la forma en la que los sujetos razonarán sobre los aspectos éticos involucrados en el ofrecimiento o aceptación de un soborno, así como en la asimilación de los prejuicios inconscientes que conforman el espectro visible de lo moralmente considerado. Thomas Jones identificó seis componentes que aumentarían esta noción de la atrocidad de las actuaciones antiéticas: la magnitud de las consecuencias, el consenso social, la probabilidad de engendrarse una secuela dañina, la inmediatez temporal, la cercanía a las víctimas y la concentración de los efectos. La metodología de la resonancia magnética funcional podría emplearse en la determinación de las alteraciones neurocognitivas que inciden sobre el procesamiento de estas variables relacionadas con el proceso de racionalización. Este enfoque innovador tiene el potencial de proporcionar informaciones valiosas para el diseño de estrategias más apropiadas para su control, ya que la decisión de involucrarse en actos de soborno es altamente maleable y susceptible de ser modificada para elevar o reducir la probable aceptación u ofrecimiento. Es precisamente en este aspecto donde reside la futura trayectoria de esta investigación, con la esperanza de que los resultados obtenidos puedan contribuir significativamente a la elaboración de herramientas destinadas a controlar este fenómeno destructivo<sup>4</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Berenguer Pascual, S. (2020). Tipo objetivo del Delito de Corrupción en los Negocios. En Pascual, B. (aut.), *El delito de Corrupción en los negocios*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 121-265.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm.281.
- Hu, J., et al. (2017). How do self-interest and other-need interact in the brain to determine altruistic behavior? *Neuroimage*, vol.157, 598-611.
- Hu, Y., et al. (2021). Neural basis of Corruption in Powerholders. *Elife*, vol.10, 1-95.
- Hutcherson, C., et al. (2015). A neurocomputational model of altruistic choice and its implications. *Neuron*, vol.82(2), 451-462.
- Jones, T. (1991). Ethical decision making by individuals in organizations: An issuecontingent model. *Academy of Management Review*, vol.16(2), 366-395.

---

2017, pág.242.

4 NICHOLS, P., ROBERTSON, D., <<Thoughts on...>>, *cit.*, págs.257-258; JONES, T., <<Ethical decision making by individuals in organizations: An issue-contingent model>>, en *Academy of Management Review*, vol.16(2), 1991, págs.366-395.

Kobis, N., et al. (2016). Propection in individual and interpersonal corruption dilemmas. *Review of General Psychology*, vol.20(1), 71-85.

Nichols, P., Robertson., D. (2017). Thoughts on the control of Bribery. En Nichols, P., Robertson, D., (edit.), *Thinking about Bribery: Neuroscience, Moral Cognition and the Psychology of Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 239-265.

Tushe. A., et al. (2016). Decoding the charitable brain: empathy, perspective taking, and attention shifts differentially predict altruistic giving. *Journal of Neuroscience*, vol.36(17), 4719-4732.

Yin, L., Weber, B. (2016). Can beneficial ends justify lying? Neural responses to the passive reception of lies and truth-telling with beneficial and harmful monetary outcomes. *Social Cognitive and affective Neuroscience*, vol.11(3), 423-432.

# RACISMO RELIGIOSO Y EL GENOCIDIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 EN BRASIL

Andrei Domingos FONSECA<sup>1</sup>  
Jordy Arcadio Ramirez TREJO<sup>2</sup>

Esta investigación tiene como objetivo presentar discusiones preliminares sobre el crimen de racismo religioso contra el pueblo indígena en Brasil, simultáneamente, a los momentos históricos y sociales en el contexto de la pandemia de Covid-19. De esa forma, a partir de la metodología deductiva con revisiones teóricas y documentales, el problema que se pudo identificar para el presente trabajo es: ¿Cómo es posible relacionar el curso de genocidio indígena brasileño con el aumento del racismo religioso en tierras indígenas brasileñas durante el escenario de la pandemia?

El problema de investigación presentado está relacionado con la tesis de maestría “Genocidio indígena a partir de los dispositivos de la necropolítica durante la pandemia de Covid-19 en Brasil” del profesor Andrei Domingos Fonseca. En dicha investigación, el profesor Fonseca constató la existencia de un genocidio brasileño con diferentes particularidades, por ejemplo, de aquella prevista en el Tribunal Penal Internacional amparado por la muerte física. Así como, en el suelo brasileño la desestructuración de políticas públicas y de órganos de protección a los derechos de los pueblos indígenas evidenció la existencia de una mortificación que también es social.

Por esa razón, la hipótesis a ser demostrada es que la relación de pertenencia existente entre los pueblos indígenas y sus territorios también tienen un punto central que sería la relación con la religión tradicional. En ese sentido, cuando un territorio indígena es atacado con violencia o extirpado de aquellas personas, diversos dispositivos constitucionales de protección a los pueblos indígenas son vulnerados, sobre todo, en el escenario pandémico marcado por el aumento de violencia religiosa, así como el alto índice de ataques a las políticas públicas de protección a los pueblos originarios y de masacre indígena que estuvo en curso en el periodo destacado, ya que el genocidio de los indígenas también es alimentado por la desestructuración tradicional.

En esa perspectiva, el crimen de racismo religioso está previsto como crimen en el artículo 5º, inciso XLL, de la Constitución Federal (CF/88) que considera a práctica de racismo como crimen no sujeto a fianza e imprescriptible. Además de ello, dicho crimen también se encuentra en

---

1 Doctorando y Magister por el programa de postgrado en Ciencia Jurídica de la *Universidade Estadual do Norte do Paraná* (UENP). Bachiller en Derecho por la *Universidade Federal da Grande Dourados* (UFGD). Profesor en la Facultad de Derecho de la UENP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3566351042917255>. E-mail: [andreifonseca40@gmail.com](mailto:andreifonseca40@gmail.com).

2 Doctorando y Magister por el programa de postgrado en Ciencia Jurídica de la *Universidade Estadual do Norte do Paraná* (UENP). Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3562054964709246>. E-mail: [jaramireztrejo@gmail.com](mailto:jaramireztrejo@gmail.com).



la Ley N° 7.716 de 05 de enero de 1989, puesto que esta ley considera a la religión como uno de los posibles hilos conductores de crímenes resultantes de prejuicios de raza o color. A pesar de aquellos dispositivos legales, los intelectuales indígenas apuntan que existe una gran invisibilidad hacia los pueblos indígenas cuando la agenda destacada es el racismo, puesto que esa práctica es marcada por una contradicción que es “(...) negar la existencia de prácticas racistas, así como la existencia del prejuicio racial”<sup>3</sup> (MILANEZ; et al, p. 2168). Sin desconocer el contexto colonial marcado por la aniquilación y por la literal caza de brujas de indígenas que vivían de acuerdo con sus religiones tradicionales en el país.

De ese modo, además del asesinato de innumerables pueblos indígenas a lo largo de la historia brasileña (CUNHA, 2012), las particularidades de ese proceso dialogan con la práctica asesina y violenta del Estado instaurado a partir del racismo de Estado (FOUCAULT, 2010, p. 215-216). Aquí, el racismo es una manera de fragmentación para elegir aquellos que deben o no vivir a partir de la emergencia del poder, o mejor, biopoder (FOUCAULT, 2010, p. 2014).

Como lector de Foucault, Achille Mbembe (2020) profundiza en esa discusión y pasa a entender que el racismo también es una tecnología de gobierno que ocurre no solo con la muerte física de los sujetos que hoy son atravesados por una “colonización contemporánea”. En ese sentido, la violencia que se ha convertido en una regla de los Estados Modernos (FOUCAULT, 2010), ahora establece nuevos medios de implementación de la muerte a partir, por ejemplo, de la eliminación y del olvido social contra aquellas que no importan para el Estado. Dentro de esos sujetos, pueden ser citados pueblos indígenas, negros, transgéneros y dentro de otros grupos atravesado por diferentes marcadores sociales de diferencia. Por esa razón, la asociación entre género, raza, sexualidad, edad, territorio y clase son algunos de los elementos esenciales para entendimiento de los problemas sociales como el encarcelamiento en masa y la intolerancia religiosa contra personas negras e indígenas.

Ante ese contexto, durante auge del periodo pandémico, hubo una serie de acciones y omisiones del gobierno de turno que vulneraron derechos de los pueblos indígenas brasileños. Dentro de ellas pueden ser citados la liberación de misiones religiosas en tierras indígenas aisladas y de reciente contacto y el aumento de destrucción de casas de oración tradicionales.

Las misiones religiosas fueron legitimadas por el artículo 13° de la Ley N° 14021 de 2020, estableciendo medidas para la prevención del contagio y propagación del Covid-19 en los territorios indígenas. Dado el carácter ilegal de la situación, el dispositivo legal fue cuestionado en el Supremo Tribunal Federal (STF) por la Articulación de los Pueblos Indígenas de Brasil (APIB) por medio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) que declaró la inconstitucionalidad del dispositivo.

---

3 En original: “(...) *negar a existência de práticas racistas, e a existência do preconceito racial*”.

La situación causó revuelta en diversas asociaciones cristianas, en especial las evangélica que todavía reivindicaban llevar su religión eurocentristas a los pueblos originarios de Brasil en cuanto un virus amenazaba con quitar la vida a todos<sup>4</sup>. Por otro lado, el aumento de la destrucción y quema de casas de oración están relacionas con la desestructuración de los territorios tradicionales y con la destrucción de medios culturales de sobrevivencia de los pueblos indígenas (KUNANGUE ATY GUASU; O.K.A, 2022).

Ante el escenario presentado, fue confirmada la hipótesis, de existencia del genocidio indígena brasileño durante la pandemia del Covid-19, así mismo fue articulada a partir del racismo e del no respeto de la religión tradicional indígena que también tiene su protección prevista en la Constitución Federal. Sin olvidar los cruces de las políticas de muertes contemporáneas que también son sociales (MBEMBE, 2020).

## REFERENCIAS

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. 1ª ed. – São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

KUÑANGUE ATY GUASU; O.K.A (*Observatório Kuñhangue Aty Guasu*). *Intolerância religiosa, racismo religioso e casa Kaiowá e Guarani queimadas*. Dourados, 2022.

MBEMBE, Achille. *Políticas da Inimizade*. 1. ed. - São Paulo: n-1 edições, 2020

MILANEZ, Felipe *et al.*. *Existência e Diferença: O Racismo Contra os Povos Indígenas*. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, nº 03, p. 2161–2181, jul. 2019. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/3SxDNnSRRkLbfh3qVFtmBDx/?lang=pt#>. Acceso em: 28 mar. 2023.

4 Existen puntos que salía del carácter religioso, ya que los territorios indígenas son, desde siempre, el objetivo de intereses de explotación de la dominación, opresión de quienes ocupan estos espacios, mayormente, los engranajes del Estado brasileño.

# ANÁLISIS Y PROPUESTAS EN MATERIA DE TUTELA DE DATOS DE ANTECEDENTES PENALES EN EL MERCADO DE SERVICIOS DIGITALES

Margarita Orozco GONZÁLEZ

## 1. TEMA

Desde los albores de la humanidad, el ser humano ha buscado cubrir unas necesidades básicas, las cuales, pese a la evolución radical que ha sufrido la sociedad desde esos estadios iniciales, han permanecido inmutables, aunque adaptándose a los tiempos. Entre ellas encontramos la seguridad, que se ha extendido también al nuevo contexto cibernético. Así las cosas, el uso intensivo y extensivo que se hace de Internet y de los servicios ofrecidos por tal canal – a través de la utilización de las redes sociales, los servicios de mensajería, la adquisición de bienes y servicios –, por su deslocalización y carácter intangible, crea en el usuario la necesidad de tener certezas acerca de la seguridad de lo que contrata y de con quien lo hace. En el mercado digital europeo, como veremos más adelante, esas necesidades se cubren, en muchos casos, con el acceso y tratamiento de datos personales, lo que ha requerido el desarrollo de un marco normativo comunitario omnicompreensivo de estas materias; en concreto, cabe citar, el Reglamento de Protección de datos personales de 2016 y, los recientemente aprobados y ya en vigor, Reglamento de Mercados Digitales y el de Servicios Digitales.

En el marco de esa economía de las plataformas, son múltiples las tipologías de intermediario online que podemos encontrar, cada uno con un régimen de participación en la gestión del servicio del todo diferenciado, pero, también, con una amplia diversidad de servicios prestados, si atendemos a su naturaleza. Así, ha ido creciendo en presencia en tal mercado digital la llamada economía colaborativa, basada en un sistema peer-to-peer, en el que son los particulares, en principio, entre sí, los que se intercambian estos bienes y servicios, ya sean desinteresadamente o con cualquier ánimo de lucro, a través de plataformas.

En íntima conexión con esta cuestión, hemos de hacer especial hincapié en el concepto de reputación, que posee una importancia clave y ocupa una posición hegemónica en el marco de Internet y, más especialmente en el del mercado digital, metamorfoseándose para amoldarse a los requerimientos del dicho mercado. Tal relevancia es aún más evidente en el contexto de las plataformas de servicios digitales aquí observadas, en las que las referencias de los sujetos participantes – su “buen nombre”, fiabilidad y garantías – se generan y consolidan, prácticamente de manera exclusiva, por los comentarios, opiniones y datos aportados por terceros.

Yendo un paso más allá, ese requisito de confianza, que ha de estar necesariamente

presente en el mercado de bienes y servicios, en concreto en el digital, alcanza su máxima potencia en determinados servicios que implican algún tipo de relación interpersonal, como podría ser en aquellos cuyo objetivo es conectar a personas desconocidas entre sí, ya sea de forma más o menos general, como cualquier red social, o más específica como sería el caso de plataformas como Tinder, o para servicios de transporte, alojamiento, etc., como en el supuesto de Blablacar, Airbnb o Couchsurfing, donde desconocidos transportan a otras personas en sus vehículos con un destino pre-acordado, o los alojan en sus domicilios. Y ello porque aquí surgen unos riesgos mayores, por cuanto el desconocimiento sobre rasgos propios del sujeto que presta el servicio o de quien lo contrata puede poner en peligro a la persona, por ejemplo, en el caso de que se trate de un delincuente sexual o un asesino/a. Surge así la cuestión de la pertinencia y legalidad de la exigencia y tratamiento de los datos relativos a los antecedentes penales de los usuarios de estas plataformas, posibilidad contemplada en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, como el norteamericano, pero que, a nivel europeo podría ser incompatible con la regulación actual de la tutela de tales datos de carácter personal – puesto que los antecedentes lo son –. Al respecto, se concluye que, en España, la norma aplicable, la LOPDGDD, prohíbe tal tratamiento por particulares salvo en casos tasados por la ley.

## **2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS, ANÁLISIS TEÓRICO DEL MÉTODO.**

Resulta evidente la extrema dificultad existente en integrar los distintos intereses y conceptos jurídicos aquí afectados, tarea indispensable a día de hoy para poder asegurar la subsistencia de la prestación de este tipo de servicios del mercado digital, con las debidas garantías para todos los bienes jurídicos en juego. Este es el ánimo del presente estudio, que pretende desarrollar un análisis del concepto de seguridad, a la luz de la normativa vigente, con propuestas de lege ferenda, empleando la metodología del Derecho comparado, que viene impuesto por el carácter global del mercado digital actual.

## **3. CONCLUSIONES**

La búsqueda de seguridad y confianza son pilares fundamentales del mercado digital de bienes y servicios, especialmente en el contexto de la prestación de servicios en plataformas online, necesidades a cuya cobertura, en este marco, solo contribuyen la captación y tratamiento de información, en concreto, datos de carácter personal. Sin embargo, para ese fin solo sirven datos que reúnan una serie de características, siendo pertinentes, adecuados, actualizados y veraces.

Así, sobre todo en el ámbito de determinado tipo de servicios, la existencia de antecedentes penales de los usuarios puede ser de gran relevancia, principalmente en aquellas que implican

contacto personal (intercambio en persona de bienes, prestación de servicios, etc.).

A la luz de lo analizado, se concluye que, aunque el marco regulatorio vigente europeo y nacional solo habilita el acceso a tales datos – o el requerimiento de que el sujeto aporte esa información – en los supuestos en los que el responsable del tratamiento sea un ente público, o bien exista una previsión expresa en la norma, hay casos en la práctica en los que se constata la existencia de dicha exigencia, entre los que cabe destacar el trabajo en contacto con menores, *crowdfunding*, en ámbito de actuación de los agentes de la propiedad inmobiliaria, o en el de la seguridad privada, entre otros.

Por todo ello, de manera muy resumida, defendemos la necesidad de que tal previsión expresa se pudiera introducir en la normativa reguladora de la prestación de servicios a través de las plataformas aquí estudiadas, de modo que se recogiera de manera expresa la obligación del usuario (ya sea usuario final o prestador del servicio) de aportar el certificado negativo de antecedentes penales en determinados casos. En concreto, entendemos que sería de gran interés en el marco de algunas tipologías de servicios prestados entre particulares; a modo de ejemplo, el acceso a la información relativa a antecedentes criminales por conducción temeraria, sobre todo en aplicaciones relacionadas con servicios de transporte, o, asimismo, los relativos a delitos de índole sexual o maltrato, específicamente en aquellas plataformas de relaciones interpersonales (ej. “Tinder”), de alojamiento y las de transporte (“Blablacar”, “Airbnb”, etc.).

Por supuesto, esta posibilidad se ha de contemplar teniendo en todo momento presente que, a nuestro juicio, esta obligación debería, en cualquier caso, equilibrarse adecuadamente con el fin de reinserción de la persona, que preside nuestro ordenamiento jurídico penal, así como con la indispensable garantía del cumplimiento de la regulación vigente en materia de privacidad, siendo indispensable garantizar, en todo momento, la protección de los datos de carácter personal, como derecho fundamental consagrado en la Constitución española, máxime en un campo sensible, dada la tipología de información que constituyen los antecedentes penales, objeto de una previsión expresa en la LOPDGDD.

# UNA APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA AL FENÓMENO DEL TRUE CRIME

Alberto Pintado ALCÁZAR

El asesinato, la violación o el canibalismo son tres comportamientos abominables, los cuales se podrían considerar que son conductas *antinatura*, que despiertan el interés de la sociedad, aún más si esos hechos han ocurrido en realidad, y no son fruto de la ficción. En este sentido, en la actualidad, la emisión de contenido cinematográfico relacionado directamente con hechos reales resulta del agrado de un amplio sector de la sociedad, que se muestra ansioso de poder visionar este tipo de material.

El criminólogo norteamericano Hickey (2015), en el año 2015, llevó a cabo una investigación directamente relacionada con los recursos cinematográficos que tenían su punto de partida en los asesinos seriales, ya sean historias reales o que se basaban de una forma u otra en un *serial killers*, es decir, el autor, sin quizás quererlo, estaba realizando un estudio temporal sobre el género *true crime*. En este sentido, el siguiente cuadro ejemplifica la evolución existente, década a década, de las películas y/o series basadas en hechos reales. Eso sí, hay que advertir que dicho análisis concluye en el año 2015, pudiendo afirmar sin temor a equivocarme que desde el mencionado año hasta la actualidad el número de recursos relacionados con esta temática ha crecido de forma exponencial, siendo causa directa la aparición y la consolidación de las plataformas audiovisuales, las cuales ofertan gran cantidad de contenidos basados en el *true crime*.

| Década    | Películas con asesinatos en serie |
|-----------|-----------------------------------|
| 1920-1939 | 5                                 |
| 1940-1959 | 7                                 |
| 1960-1979 | 32                                |
| 1980-1999 | 183                               |
| 2000-2015 | 500+                              |

No obstante, a pesar de la actualidad de este género fílmico, hay mucha gente que todavía no sabe con exactitud qué es el *true crime*. En este sentido, conviene hacer referencia a las afirmaciones llevadas a cabo por parte de la doctrina criminológica, quienes, desde diversos puntos de vista, coinciden a la hora de aseverar que este fenómeno seguirá creciendo debido a las ansias que despierta en la colectividad el hecho de poder obtener información sobre un crimen concreto, el cual, si presenta una extrema violencia, acaparará la atención de más público. En primer lugar, no se puede dejar de lado la definición que aporta el *Oxford Learner's Dictionaries*, donde se establece que es todo aquel “género literario, película, etc., que examina o cuenta la historia de un crimen real”.

Por otro lado, Vitis (2022; pág. 2) afirma que, con el género *true crime*, estamos haciendo una referencia directa a “historias centradas en casos o eventos reales que involucran crimen, daño, criminalización y al sistema legal penal y que están formadas por el narrador e inducidas por [sus] valores y creencias”. Otros autores como Vicary y Fraley (2010; pág. 81) sostienen que el fenómeno del *true crime* acumula una extensa audiencia debido a la temática sobre la que se basan los relatos narrados en este género de no ficción, los cuales suelen estar fundamentados en “temas espantosos como la violación y el asesinato”.

## CONCLUSIONES

No obstante, a pesar de aquellos aspectos positivos que nos puede aportar la reproducción de este tipo de contenido audiovisual, lo cierto es que no todo es tan positivo como se podría esperar, ya que, está comprobado que la reiteración en la oferta de material relacionado directamente con el crimen puede producir en el espectador unas posibles conductas desviadas, las cuales no es necesario que tengan como finalidad específica cometer un crimen, pero sí es cierto que esa aproximación a dicho evento delictivo puede despertar una fantasía criminal que no había existido hasta ese momento.

Entre las posibles anotaciones de corte negativo de este género destaca la posible imitación de la conducta remarcada en el material cinematográfico expuesto, pudiendo generar en el espectador un interés desmesurado que podría concluir en un intento por parte de este de llevar a cabo una repetición de las conductas que ha podido observar durante la exposición del *true crime*.

# LA ENSEÑANZA DE LA CRIMINOLOGÍA A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE ANIMES

Yanhan Josuab Carlos CALCINA

## 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Al encontrarnos frente a la enseñanza de la criminología en los centros de estudios muchas veces nos topamos con la imposibilidad de aplicar en el campo lo aprendido y de igual manera se suele tener problemas cuando el estudiante no logra comprender bien la figura o la teoría criminológica pues no se le presenta con ejemplos ni se le somete a una evaluación lo más real posible y de primera mano para la identificación de estas y diferenciarlas. En ese sentido:

¿Es necesario elaborar una teoría general para el análisis criminológico de animes y películas animadas?

## 2. HIPÓTESIS:

Se pueden establecer pasos metodológicos para aplicar la criminología en películas animadas y animes como forma de enseñanza.

## 3. ANÁLISIS TEÓRICO DEL MÉTODO:

### 3.1. Método de investigación

El método de investigación propuesto fue en una primera parte de carácter inductivo, ya que nos propusimos estudiar los animes previamente visualizándose y encontrando si podían ser sometidos bajo estudio de la criminología, después de esto se usó el método deductivo ya que de lo que se mostraba en el anime necesariamente teníamos que asociar determinadas conductas deduciendo de estas determinadas teorías criminológicas e incluso criminógenas. También utilizamos el método analítico ya que propusimos pasos para realizar un correcto análisis de lo que se observa y escucha en los animes. Por supuesto que también usamos el método descriptivo ya que una de las importantes características es el plasmar lo que hemos podido encontrar factible.

### 3.2. Técnicas de investigación

Las técnicas a emplearse es la documental compuesta por información bibliográfica; libros, artículos u otros de naturaleza análoga de naturaleza virtual y material audiovisual del contenido de diferentes animes.



### **3.3. Instrumento**

El instrumento es una ficha a través de la cual se clasifica la información y sistematiza a las teorías criminológicas que citaremos y algunos pasajes relevantes para la investigación de los animes GOKUSHUFUDOU, SLAM GUM, GANGSTA.

## **4. MARCO TEÓRICO**

### **4.1. Antecedentes internacionales**

No hay investigaciones de este tipo de manera moderna, la única investigación cercana y relevante para el presente trabajo sería el de Amaral.

Amaral, B. (2018). Cine y criminología: género y raza. Narrativas interseccionales en El color púrpura. *Opinión jurídica*. 17(34).

El autor en el año 2018 analiza la película el color púrpura desde una perspectiva criminológica, su objetivo es demostrar la presencia de la criminología cultural en la elaboración de la película, la primera influenciando en la segunda y corroborar la manifestación de la criminología feminista y crítica en la película a modo de descripción. El enfoque de este artículo es cualitativo, su especificidad y nivel es no experimental de carácter analítico. Se concluye que la película El color púrpura ha recepcionado de la criminología cultural la forma en la que se desenvuelve la trama y se convierte un punto de reflexión, de igual manera aterriza de manera concreta en la criminología feminista y en la crítica con respecto a la selectividad del sistema punitivo norteamericano.

Ripolles, Q. (1963). La criminología en la literatura universal. Biblioteca policial.

El autor en 1963 tiene como objeto en su obra usar personajes de literatura para comparar psicosis o trastornos, así como como conductas antisociales y delictivas en personajes de ficción en obras conocidas como Los Miserables, Los endemoniados y otros. El método utilizado es de carácter cualitativo, su especificidad y nivel de investigación en el libro es analítico no experimental, intentando dar explicaciones criminológicas a las figuras literarias. Finalmente concluye el autor que si es posible realizar este análisis usando la criminología y lo demuestra a través de todo el texto, encontrando incluso las probables causas en patologías mentales, trastornos, contextos culturales y otros como causas del comportamiento de determinados personajes dentro de las obras.

## 4.2. Antecedentes nacionales

En este apartado se debe decir que no se ha encontrado ningún artículo, libro, tesis o documento de naturaleza análoga que trate sobre el análisis criminológico de algún anime, película, obra literaria o dibujo animado como método para la enseñanza de la Criminología.

## 4.3. Bases legales:

A) Constitución Política del Perú (1993) y B) Ley N°29807 (2014) Ley que crea el Consejo Nacional de Política Criminal en su artículo 2, sobre la composición del Consejo Nacional de Política Criminal; Ley N° 30220 (2011) Ley Universitaria, en el artículo 87, Deberes del docente, inciso 3, dice lo siguiente “Generar conocimiento e innovación a través de la investigación rigurosa en el ámbito que le corresponde, en el caso de los docentes orientados a la investigación.

## 4.4. Discusión

En torno a esta parte que es de talante más propositivo el método para el análisis criminológico de animes propone una confrontación entre el anime y la teoría criminológica a la que quiere equipararse.

La industria del cine, la televisión y la literatura tampoco obvian este asunto y lo catapultan hasta ser considerado como uno de los géneros más demandados por parte de la colectividad, que anhela conocer todos aquellos datos o acciones que se han llevado a cabo en la comisión de un asesinato (Pintado, 2017) . Esto sería así:

Atender a una visualización previa del anime hasta su comprensión.

Registro de imágenes, características a través de descripciones hechas en un papel o un word. Este paso siempre apuntando a tratar de ser lo más preciso y detallado posible, solo de esta forma se aprovecha al máximo el contenido de relevancia criminológica que pueda ofrecer el anime.

Realizar un sondeo de teorías de aplicación estándar (ejemplo la teorías de la elección racional, de las subculturas, etc.)

Realizar un sondeo de teorías de aplicación específica (ejemplo la teoría de cuello blanco de Sutherland, de los incendiarios, etc.)

Identificadas las teorías establecer una relación de equiparación amplia (admitir dogmática, cuestiones éticas o morales).

Debe tenerse como premisa principal al anime y como segundo elemento el fragmento del anime a analizar (depende para que se requiera puede ser de carácter transversal o longitudinal).

Después del paso anterior debe proceder a equipar lo más detalladamente posible la

explicación criminológica que puede darnos de determinado pasaje del anime.

Realizada la equiparación se debe exponer los resultados.

## **5. CONCLUSIÓN:**

La implementación de la utilización de animes de contenido socio criminológico, para poder aprender las diferentes teorías e instituciones del derecho criminológico, sería una gran ventaja para los estudiantes de derecho, ya que utilizaremos una herramienta moderna y atractiva para poder internalizar y afianzar la información y el contenido del curso a los futuros agentes del derecho de nuestra sociedad.

Se ha demostrado desde los resultados que si se puede realizar un equiparamiento entre los animes, si es viable la enseñanza de criminología a través de animes y sus bondades son incontables ya que se puede encontrar escenas bastantes gráficas y explicativas.

El anime es considerado por unos autores como una ventana donde podemos encontrar historias que cuentan futuros posibles, en donde los personajes son complejos, las historias son cercanas a nuestros intereses, reúne la cultura del mundo aunado a la tradición filosófica. Es una materia animada, disponible, para poder aplicar sobre ella las diferentes herramientas de las ciencias sociales, logrando en los estudiantes una mejor comprensión de lo aprendido.

# MUJERES NARCOTRAFICANTES, CÁRCEL BRASILEÑA Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Camila Rarek ARIOZO<sup>1</sup>

La realidad de las mujeres encarceladas en Brasil es un tema ligado al patriarcado, que prefiere mantenerlas en un verdadero “cementerio de vivos” (LEMGRUBER, 1983). Sin embargo, la población carcelaria femenina ha aumentado significativamente a punto de convertir a Brasil - según los datos de la 5ª edición de la *World Female Imprisonment List* (FAIR; WALMSLEY, 2022), publicada por el *World Prison Brief* (WPB), *Institute for Crime & Justice Policy Research*, de la Universidad de Londres - en el tercer país del mundo que más encarcela mujeres, quedando atrás solamente de China y de los Estados Unidos.

Los informes difundidos por el *Sistema de Informações Penitenciárias* (Infopen), revelan que, en las últimas décadas, los delitos que eran considerados característicos de la práctica femenina, como el aborto, infanticidio y el homicidio pasional, pasaron a existir en menor porcentaje a raíz del delito de tráfico de drogas, por lo que dificulta disociar el tema: mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas.

En este sentido, el presente trabajo pretende investigar las posibles causas del vertiginoso crecimiento de los índices de encarcelamiento femenino por la práctica del crimen de tráfico de drogas y problematizar las políticas públicas orientadas al combate de este delito.

Se considera la hipótesis de que el ascenso de la participación de las mujeres en el narcotráfico está íntimamente ligado a las raíces de la construcción social de género, ya que su actuación en las organizaciones criminales refleja la precarización de la división sexual existente en el mercado laboral. Por otro lado, se estima que el aumento del número de mujeres encarceladas es producto de la adopción de políticas públicas equivocadas que no consideran las cuestiones de género, clase social y raza.

De acuerdo con Biroli (2018, p. 12) “hablar de división sexual del trabajo es tocar en lo que ha sido definido históricamente, como trabajo de mujeres, competencia de mujer, lugar de mujer”. Las definiciones creadas, aunque resulten de construcciones históricas y culturales, reflejan a la mujer como sujeto invisible, vulnerable y subalterno con respecto al género masculino. Por eso, independientemente del sector del mercado laboral que actúen, ocupan menos cargos de liderazgos y perciben menos ingresos que los hombres (MATOS; CIRINO, 2016). El empobrecimiento

---

1 Abogada y estudiante de posgrado de la Maestría en Ciencia Jurídica de la *Universidade Estadual do Norte do Paraná* (UENP). Miembro del Grupo de Investigación La Intervención del Estado en la Vida de las Personas, bajo el liderazgo del Prof. Dr. Renato Bernardi. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4612894295605432>. Correo electrónico: [adv.camilararek@gmail.com](mailto:adv.camilararek@gmail.com)

femenino y la violación de los derechos fundamentales de las mujeres hacen que, sobre todo aquellas que son negras y que se ubican en la base de la pirámide social, se incorporen más fácilmente al mundo del crimen.

Como en el mercado laboral, en el ámbito criminal, la mayoría de las mujeres continúan desempeñando actividades de menor relevancia y obtienen menores ganancias. Usualmente, son elegidas por el narcotráfico para desempeñar actividades más simples, como la preparación, el almacenamiento y el traslado de las drogas. Además, poseen menor protección y están más expuestas a los riesgos de condenación y encarcelamiento.

El último estudio divulgado por el *Departamento Penitenciário Nacional*<sup>2</sup> reveló que en junio de 2022, la población carcelaria era de 28.699 mujeres, siendo que el 67,81% representa a mujeres negras y el 54,85% a practicantes de delitos relacionados con el tráfico de drogas<sup>3</sup> (BRASIL, 2022). Según Varella (2017), antes de la Ley nº 11.343/2006, apenas el 13% de los presos cumplían pena por el crimen de narcotráfico, lo cual representa que el aumento del encarcelamiento femenino ocurrió, sobre todo, “debido al mayor poder de políticas de represión a las drogas en Brasil y a la creciente participación subalterna de la mujer en la jerarquía del narcotráfico” (QUADRADO, 2022, p. 17-18).

Cabe destacar que los artículos 28 y 33 de la Ley nº 11.343/2006<sup>4</sup> que tratan respectivamente del consumo y narcotráfico, no difieren los verbos rectores del tipo penal, quedando a cargo del intérprete de la ley la cualificación de la conducta como consumo o comercio de drogas y aplicación de penas totalmente opuestas.

Consecuentemente, las sentencias condenatorias por delitos relacionados a las drogas han impuesto a las encarceladas una punición desproporcionada, dado que se les aplican sin cualquier análisis a las cuestiones de género, clase social y raza. Así que, si antes de ir a la cárcel la mujer es víctima de los problemas sociales y del oportunismo de grandes narcotraficantes, después del encarcelamiento es víctima de la discriminación de género, clase y raza por el sistema de justicia penal.

De esta manera, las políticas públicas de represión a las drogas no han podido transformar

---

2 El *Departamento Penitenciário Nacional* excluye del cálculo poblacional a las mujeres que cumplen arresto domiciliario y a las que están bajo custodia de las Policías Judiciales, Batallones de Policías y Bomberos Militares.

3 Incluyen los delitos de: tráfico de drogas, asociación ilícita para el tráfico y tráfico internacional de estupefacientes.

4 Art. 28. Quién **adquiera, guarde, almacene, traslade o tenga**, para consumo personal, drogas sin autorización o en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria será sometido a las siguientes penas: I - advertencia sobre los efectos de las drogas; II - prestación de servicios a la comunidad; III - medida educativa de asistencia a programa o curso educativo [...].

Art. 33. Importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, **adquirir**, vender, exponer a la venta, ofrecer, **almacenar, trasladar, tener, guardar**, prescribir, administrar, entregar a consumo o proveer drogas, aunque gratuitamente, sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentaria: Pena - reclusión de 5 (cinco) a 15 (quince) años y pago de 500 (quinientos) a 1.500 (mil quinientos) días multa [...] (BRASIL, 2006, el subrayado es nuestro).

la realidad del país, por eso, se cree que si fueran pensadas y ejecutadas a través de la perspectiva de la criminología feminista (MENDES, 2017), los derechos humanos de las mujeres serían preservados y el autoritarismo penal evitado.

Finalmente, se empleó el método de investigación deductivo, implicando la técnica de revisión bibliográfica, análisis de documentos y datos equitativos extraídos del *World Female Imprisonment List* (FAIR; WALMSLEY, 2022), del *Sistema de Informação Penitenciárias* (Infopen) y del *Departamento Penitenciário Nacional* (BRASIL, 2022).

## REFERENCIAS

- BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades**: os limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: período de janeiro a junho de 2022. **Depen**, Brasília, DF, jun. 2022. Disponible en: [https:// bit.ly/40EJfgH](https://bit.ly/40EJfgH). Acceso en: 23 de mar. 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – **Infopen**. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Disponible en: [https:// bit.ly/3ZgGOQ3](https://bit.ly/3ZgGOQ3). Acceso en: 23 de mar. 2023.
- FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. World female imprisonment list (fifth edition): Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners. **World Prison Brief**, London, 19 out. 2022. Disponible en: [https:// bit.ly/3TIaynX](https://bit.ly/3TIaynX). Acceso en: 20 mar. 2023.
- LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CIRINO, Samia Moda. Análise crítica da efetividade do direito humano ao trabalho: um impasse na discriminação de gênero. **Quaestio Iuris**. Vol. 09, nº 04, Rio de Janeiro, 2016, p. 1955-1981.
- MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista**: novos paradigmas. São Paula: Saraiva, 2017.
- QUADRADO, Jaqueline Carvalho. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de droga. **Revista Gênero**. Vol. 22, nº 2, Niterói, 2022, p. 264-291.
- VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

# LOS PRINCIPIOS DE LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL SEGÚN ALESSANDRO BARATTA

Tamires PETRIZZI<sup>1</sup>  
Luiz Fernando KAZMIERCZAK<sup>2</sup>

La criminología crítica, para Alessandro Baratta, tiene un carácter macrológico, es decir, estudia el delito desde la estructura política, económica y social. Es un estudio que selecciona, al mismo tiempo, los bienes protegidos y el comportamiento de los individuos. Así, la etiología de la criminalidad para la criminología crítica se refiere al proceso de desigualdad y jerarquización socioeconómica.

Por lo tanto, la cuestión penal se relaciona con la posición de poder y las necesidades de orden de una determinada clase social (BATISTA, 2012. p. 23). Con ello, la criminología y la política criminal emergen como un eje específico de racionalización, un saber/poder al servicio de la acumulación de capital. La historia de la criminología está, por tanto, íntimamente ligada a la historia del desarrollo del capitalismo” (BATISTA, 2012. p. 23).

“La ideología de la defensa social nació contemporáneamente con la revolución burguesa, y, mientras la ciencia y la codificación penal se impusieron como elementos esenciales del ordenamiento jurídico burgués, la primera asumió el predominio ideológico dentro del sector penal específico” (BARATTA, p. 41) .

El principio de la defensa social es la legitimidad; el bien y el mal; culpabilidad; propósito o prevención; igualdad; e interés social. En cuanto a la legitimidad, se entiende al Estado como la expresión de la sociedad, que se legitima para reprimir el delito (BARATTA, p. 41, 2011)

Sin embargo, la legitimidad se encuentra a nivel institucional (legislación, instituciones judiciales, policiales y penitenciarias) y no institucional (familia, escuela). Para Anitua (p. 771, 2008), “el fracaso del estado de bienestar produjo un aumento significativo del papel de la familia en el control social, la educación y las posibilidades de inserción laboral de los niños en condiciones favorables”.

En ese sentido, el problema de investigación fue indagar si el Estado sigue el principio de

- 
- 1 Graduanda 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 Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB-UENP). Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (FA), sob orientação do Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak. E-mail: tamires.petrizzi@hotmail.com.
  - 2 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Ciência Jurídica e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica. Professor bolsista ERASMUS+ no ano de 2022 na Universidad de Murcia/Espanha. E-mail lfkaz@uenp.edu.br; Orcid <https://orcid.org/0000-0003-0653-6255>.

legitimidad en relación al sistema penal, y la hipótesis fue que el control social punitivo está más allá del rol del Estado.

El método de abordaje fue deductivo, basado en el análisis general de la perspectiva de la criminología crítica sobre la ideología de defensa social del poder punitivo. La investigación tuvo un carácter bibliográfico explicativo.

Así, con la jerarquización de la sociedad y la división entre el bien y el mal, siendo el bien la sociedad y el mal el “criminal” (BARATTA, p. 42, 2011), el Estado interviene en la criminalidad más allá de las instituciones penales. Ante la desigualdad social, ciertos grupos considerados minoritarios son más susceptibles a la delincuencia que la mayoría.

Se concluye que el individuo que contaba con una estructura familiar “sólida”, buen nivel socioeconómico y educación superior, no será considerado un elemento negativo en la defensa social, mientras que el individuo que forma parte de la “minoría” será, por sí mismo, ser considerado el malo.

El Estado no expresa la voluntad de la mayoría, expresa la voluntad de quienes ostentan el poder punitivo o persuasivo, pues la construcción de la desviación no está sólo en la legislación y las instituciones penales, sino también en aquellas que, en cualquier nivel, son jerárquicamente superior.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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



# **¿TRATA DE SERES HUMANOS O NARCOTRÁFICO? INJUSTICIA EPISTÉMICA EN LA CONDENA DE VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS UTILIZADAS COMO MULAS PARA EL NARCOTRÁFICO**

Paula Alves ZANOTO<sup>1</sup>  
Vinny Pellegrino PEDRO<sup>2</sup>

El tema de este resumen es el reconocimiento del estado de necesidad en la trata de drogas omitido por la víctima de trata de personas como forma de evitar condenas penales epistemológicamente injustas.

A partir de los datos del "Estudio sobre Víctimas de Trata de Personas Explotadas para el Transporte de Drogas" (BRASIL, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, 2022), producido a partir de una investigación ejecutada conjuntamente por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la Defensoría Pública de la Unión (DPU) y el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP) en el año 2022, se busca responder a la siguiente pregunta: ¿la justicia penal brasileña es capaz de reconocer la atipicidad de la trata de drogas cometida por víctimas de trata de personas, a partir del estado de necesidad causado por la vulnerabilidad de las víctimas, como forma de evitar condenas epistemológicamente injustas?

Partimos de la siguiente hipótesis: el sistema de justicia penal brasileño tiende a condenar por el delito de trata de drogas a las personas que afirman que eran conscientes de que llevaban drogas consigo, ignorando el hecho de que las víctimas de la trata de personas son personas especialmente vulnerables. Este tipo de decisión constituye una grave injusticia epistémica, concepto desarrollado por Miranda Fricker (2007) para denotar las injusticias basadas en la desconfianza de la palabra del otro a partir de algún prejuicio.

Según el Diagnóstico de la ENAFRON sobre Trata de Personas en Zonas Fronterizas, es la situación de vulnerabilidad la que determina la potencialidad de que alguien se convierta o no en víctima de trata de personas. Estas vulnerabilidades pueden ser personales (relacionadas con la edad, el género, el color, la religión, la discapacidad, etc.), situacionales

- 
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (início em 2023), Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2014/2015), Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2009/2013), Professora de Prática Penal (2022 até o presente) Filosofia Jurídica (2022) e Direito Administrativo (2023) no curso de Direito da FASC - (Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo/SP (desde 2022), Assessora de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (desde 2020)
  - 2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2021). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2014). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2012). Coordenador do curso de Direito da FASC (2022). Professor da Graduação da Faculdade de Direito FASC (2016). Advogado (2012)

(extranjero indocumentado, aislamiento social, aislamiento lingüístico, etc.) o circunstanciales (desempleo, pobreza, drogadicción y alcoholismo, etc.), y una víctima puede acumular varios tipos de vulnerabilidades. Así, para el traficante de personas, las características personales de la víctima no importan - la persona es cosificada, y su futuro será determinado por su utilidad (BRASIL, Secretaría Nacional de Justicia, 2013, p. 94).

Entre las diversas modalidades de explotación identificadas por la investigación de la ENAFRON, se verifica que las personas son objeto de trata para la práctica de actividades delictivas. En estos casos, "la víctima de trata es obligada o coaccionada a practicar actividades delictivas, como el transporte de drogas de un lugar a otro, pequeños hurtos, etc." (BRASIL, Secretaría Nacional de Justicia, 2013, p. 9). En esta sección, se verifica que mujeres cis, transexuales y travestis fueron traficadas de Pará a São Paulo, con destino a Europa, siendo obligadas a transportar drogas. En Amapá, se identificó que prostitutas consumidoras de drogas son reclutadas para "probar vida" en Surinam o en Guayana Francesa y, para pagar el pasaje, son obligadas a llevar drogas ilícitas. En Mato Grosso do Sul, los adolescentes (llamados "hormiguitas") son cooptados para traficar con pequeñas cantidades de droga en la frontera. En Rio Grande do Sul y Santa Catarina, adolescentes argentinos y uruguayos también son seducidos y traficados por brasileños o conciudadanos para vender drogas, sirviendo de "mulas". En Paraná, niños y adolescentes brasileños y paraguayos son reclutados para vender drogas en la triple frontera; el mismo movimiento ocurre en los estados de Acre, Rondônia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul y Paraná, especialmente en la frontera con Bolivia (BRASIL, Secretaría Nacional de Justicia, 2013, p. 154/155).

Tales datos muestran la diversidad del perfil de las víctimas de la trata de personas y los tipos de trata de drogas que esas víctimas son obligadas a realizar. En común, se verifica que tales víctimas son atraídas por organizaciones criminales enfocadas en la trata de drogas y utilizadas no como sujetos, sino como objetos semimóviles para el transporte de sustancias dentro y fuera del territorio nacional.

Así, es posible concluir que la vulnerabilidad de las víctimas de la trata de personas y su sometimiento a los traficantes conduce inevitablemente a la desnaturalización de la ilicitud de su conducta debido al estado de necesidad en que se encuentran, resultante de la especial situación de vulnerabilidad personal, circunstancial y situacional de estas víctimas. Esta hipótesis exculpatória está prevista en el art. 23, I, del Código Penal desde su redacción original, y prevé que no hay delito cuando el autor practica el hecho en estado de necesidad. No hay nada nuevo en esta afirmación ni en esta conclusión.

A pesar de la claridad del texto legal, la guerra contra las drogas y el discurso

punitivo adoptado por la judicatura conduce al procesamiento y condena de víctimas de trata de seres humanos por la práctica del delito de trata de drogas, incluso cuando existen pruebas de que dichas personas han actuado al amparo de esta exclusión de la ilegalidad. Como señala el Estudio sobre las víctimas de trata de personas explotadas para el transporte de drogas, si se acredita la condición de víctima de trata de seres humanos, el reconocimiento del estado de necesidad acercaría la disposición penal al principio de no punibilidad de la víctima de trata de seres humanos. Sin embargo, la mencionada exclusión de la ilicitud no se aplicó en ninguno de los 105 casos analizados en el Estudio, anclada en el argumento de que las posibles dificultades económicas deben ser evitadas de otra forma por las víctimas que no sea entrando en el submundo criminal. Se señala que miles de personas también se encuentran en la misma situación de miseria que la víctima de la trata de personas, pero sólo una minoría de esta población recurre al crimen como opción de supervivencia (BRASIL, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, 2022, p. 58.)

Además de moralista, el argumento es epistémicamente injusto al desconocer la especial situación de vulnerabilidad de estas víctimas de trata de personas que son condenadas por la práctica de la trata de drogas por el simple hecho de suponer que eran conscientes de que portaban drogas en el momento de sus detenciones. Tales decisiones eliminan toda la historia y subjetividad de la víctima de trata, cuya versión es descalificada por el poder judicial en función de algunos — o muchos — prejuicios del sistema de justicia en su conjunto, desde la ejecución de la flagrancia hasta el fallo de los recursos.

Se concluye, por lo tanto, que el sistema de justicia penal brasileño ignora las experiencias existenciales de las víctimas de la trata de personas que sirven de "mulas" a los narcotraficantes en ocasión de sus procesos por el delito de tráfico de drogas.

## REFERENCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Estudo sobre vítimas de tráfico de pessoas exploradas para transporte de drogas. Brasília. 2022. Disponible em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mjsp-lanca-estudo-sobre-vitimas-de-traffic-de-pessoas-exploradas-para-transporte-de-drogas/livro-traffic-de-pessoas-transporte-de-drogas-portugues-versao-2-1-1.pdf>. Acceso em 26/03/2023.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa Enafon. Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas nas áreas de fronteira Brasília 2013, Disponível em: <https://www.icmpd.org/file/download/48337/file/Assessment%20of%20Trafficking%20in%20Persons%20in%20the%20Border%20Areas%20in%20Brazil%20PT.pdf>. Acceso em 26/03/2023.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

# LA LEY MARIA DA PENHA BAJO LA PERSPECTIVA DE LA VICTIMOLOGÍA CRÍTICA FEMINISTA

Fernando de Brito ALVES<sup>1</sup>  
Marcela Luísa FOLONI<sup>2</sup>

Este trabajo abarcó las ramas del Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, más específicamente en lo que se refiere a investigaciones y ensayos sobre la revisión de la Ley Maria da Penha (Ley 11.340/2006) en la perspectiva de la victimología crítica surgida del sesgo feminista. Para ello, se utiliza el método deductivo, partiendo de una premisa general para llegar a conclusiones más restringidas, así como una revisión bibliográfica sobre el tema, como el artículo. ‘*Lei Maria da Penha: análise a partir da vitimologia crítica de orientação feminista brasileira*’ y estudios de Alessandro Baratta y Marília Montenegro, así como análisis técnico y crítico del texto de la Ley Maria da Penha (LMP), a partir de los aspectos feministas de la victimología crítica.

Ante esto, en primer lugar es fundamental identificar que la victimología es una rama de la criminología, surgida después de la Segunda Guerra Mundial, en la década de 1940, y cuyo fundador fue Benjamin Mendelson. (FALCAI; MARÍN, 2018, pág. 543)

La victimología crítica de orientación feminista es una rama de la victimología que estudia la situación de las mujeres como víctimas de delitos, en su mayoría relacionados con el género, como en el caso de la investigación en cuestión, la violencia intrafamiliar.

La elección de la victimología como forma de análisis de la Ley Maria da Penha (LMP), específicamente de la victimología crítica de orientación feminista, se debe al fenómeno al que las mujeres aún hoy están sometidas, o sea, la jerarquización basada en el sexo, en la que se difunde la idea de que los hombres son superiores a las mujeres, quienes son los detentadores del poder y, por tanto, quienes legitiman situaciones de discriminación, opresión y sometimiento respecto de las mujeres.

En el mismo sentido, el movimiento feminista defiende (FALCAI; MARIN, 2018, p. 543) que no se debe a hechos personales y singulares que hacen a una mujer víctima de violencia doméstica, sino a su condición de subordinación determinada por una perspectiva sexista, sociedad misógina y aún patriarcal, es decir, violencia de género.

Además, en línea con el razonamiento anterior, el jurista y filósofo Alessandro

---

1 Doctorado en Derecho por la Institución de Enseñanza de Toledo - ITE / Bauru-SP. Magíster en Ciencias Jurídicas por la Universidad Estadual del Norte de Paraná - UENP. Licenciado en Derecho por la Facultad Estatal de Derecho de Norte Pioneiro. Asesor de la becaria Marcela Luísa Foloni en el Programa de Iniciación Científica Voluntaria (PICV). Correo electrónico: fernandobrito@uenp.edu.br

2 Estudiante de Derecho en la Universidad Estadual del Norte de Paraná (UENP). Investigador del Laboratorio de Investigación de Teorías Políticas y Constitucionales (CPOL/LAB). Becaria del Programa de Iniciación Científica Voluntaria (PICV) E-mail: marcela.foloni1@gmail.com

(BARATTA, 1999, p. 43) percibió la urgencia del encuentro entre la criminología crítica y la feminista, ya que, juntas, redundarían en una corrección de rumbos en el proceso penal. política adoptada por ciertos sectores del movimiento de mujeres.

Dicho esto, Baratta indica que el control penal actual actúa de forma reactiva y no preventiva y, por tanto, la criminología sería la vía idónea para afrontar el problema de la violencia doméstica.

Además, Marília Montenegro (MONTENEGRO, 2015) discute, en su obra "Ley Maria da Penha: un análisis criminológico-crítico", la ineficacia del Sistema Penal frente a la violencia contra la mujer, ante la imposibilidad de prevenir la práctica de nuevos delitos; el hecho de no escuchar los intereses de las víctimas, ni ayudar a comprender la violencia misma para, finalmente, salir del ciclo de la violencia, ni contribuir a una mejor relación entre los géneros, quitando el protagonismo a la víctima; así como la violencia institucionalizada de la estructura del sistema de justicia patriarcal, que incentiva la victimización y revictimización de las mujeres.

Este fenómeno de victimización y revictimización atañe al fenómeno de la víctima, que al sufrir violencia en su entorno familiar, o con la persona con la que se relaciona, se encuentra ante la primera victimización. Además, por la implicación emocional y afectiva, se hace más difícil tomar la iniciativa para denunciar y tomar las medidas necesarias. (FALCAI; MARÍN, 2018, p. 546)

Cuando la mujer se arma de valor y va a la comisaría a denunciar, sufre otra fase de victimización, entonces hay revictimización. Esto se debe fundamentalmente a la falta de preparación y especialización para atender a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

Finalmente, el propio ordenamiento jurídico también provoca otro proceso más de victimización, pues contiene toda una historia de colocar a las mujeres en situación de sometimiento a las leyes ya los hombres con poder. Es notorio señalar que el mundo jurídico, en todas sus vertientes, es predominantemente masculino, y, por tanto, la construcción del pensamiento jurídico se formó y desarrolló con aspectos androcéntricos y discriminatorios entre hombres y mujeres.

Así, se concluye que la victimización de género proviene de estructuras sociales patriarcales. La LMP, por sí sola, es ineficaz para prevenir la violencia contra las mujeres, y sus disposiciones penales no son suficientes para cambiar la estructura androcéntrica. Para el mejoramiento de los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres, ya sean penales o extrapenales, es fundamental una comprensión sistemática de las contingencias sociales que rodean a la victimización por razón de género.

Para que la LMP sea efectiva es necesario un cambio, en primer lugar, en el ámbito social. En el campo jurídico, y del derecho más específicamente, es necesario poner en práctica el sesgo de la victimología crítica feminista y, en consecuencia, impulsar la iniciativa de políticas públicas para

la prevención de la violencia doméstica y familiar, la formación especializada de empleados de la Comisaría de la Mujer, para mejorar su cooperación en la lucha contra la violencia de género, así como la intervención de asistencia social y psicológica para la orientación y apoyo a las mujeres.

Finalmente, es fundamental que la Ley Maria da Penha tenga efectos más allá del carácter punitivo, ya que el objetivo de su existencia no es la creación de más hechos delictivos, sino la implementación de políticas públicas de prevención y sensibilización. La criminología crítica busca un nuevo referente, alejado de la concepción de una ciencia hecha por hombres sobre mujeres. Identificar el rol de objeto históricamente ocupado por las mujeres permite cuestionar si el Derecho Penal es o no un aliado de las luchas de las mujeres, y esta hipótesis es objeto de futuras investigaciones.

## REFERENCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BRASIL. **Lei 11.340/06 de 07 de agosto de 2006 [Lei Maria da Penha]**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 11 de Março de 2023.

FALCAI, Maria Fernanda; MARIN, Gustavo de Carvalho. Lei Maria da Penha: análise a partir da vitimologia crítica de orientação feminista brasileira. ISSN 2675-0104. v.3, n.1. Franca: **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, 2018.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Renavan; 2015.

# EL CICLO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y EL PAPEL DE LA LEY: ¿SE PUEDE ROMPER EL CICLO SÓLO CON LEYES?

Vitória Aguiar SILVA<sup>1</sup>

La violencia doméstica y familiar es un fenómeno que ocurre en el ámbito de la vida privada, es decir, en el ambiente íntimo de las mujeres, y es causada, en la gran mayoría de los casos, por la propia pareja de la víctima. El Foro Brasileño de Seguridad Pública, en colaboración con el Instituto Datafolha, publicó un informe sobre la violencia contra las mujeres titulado: "La victimización de las mujeres en Brasil - 3ª Edición" (2021), en el que se analizan los índices de violencia doméstica en Brasil durante la pandemia.

Entre los agresores, el 72,8% eran personas conocidas de las mujeres. Los compañeros de las víctimas representan el 25,4% de los agresores de las entrevistadas y los antiguos compañeros representan el 18,1%. En cuanto al lugar donde se perpetúa la violencia, la investigación constató que la residencia sigue siendo el espacio de mayor riesgo para las mujeres. De hecho, 48,8% de las víctimas informaron que la violencia más graves experimentadas en el último año ocurrió dentro de la casa (Fórum de Segurança Pública, 2021, p. 12).

El Instituto Locomotiva, en colaboración con el Instituto Patrícia Galvão, realizó una encuesta sobre la percepción de la población brasileña sobre el feminicidio del 22 de septiembre al 6 de octubre de 2021. La investigación fue online, siendo entrevistadas 1.503 personas mayores de 18 años y de todo el territorio nacional. Afirma que 87% de las personas entrevistadas están de acuerdo en que terminar la relación es la mejor manera de terminar con el ciclo de violencia y evitar el feminicidio. Al preguntar sobre la razón por la que las mujeres no logran dejar una relación violenta, 20% considera que la mujer retoma la relación con su pareja porque cree que él se arrepentirá y cambiará (Locomotiva, 2021, p. 44).

Dado que se produce en el espacio de la vida íntima, el mayor reto para acabar con la violencia es romper el ciclo<sup>2</sup> en el que se inserta la víctima. El ciclo se perpetúa a través de las fases

---

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), bolsista CAPES. Graduada em Direito pela mesma Instituição. Integrante dos Grupos de Pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas - Constitutional and Political Theories Research Lab (CPOL/LAB), e Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4552545720207163> E-mail: [vitoria.ags98@gmail.com](mailto:vitoria.ags98@gmail.com)

2 Lenore Walker, psicóloga estadounidense, estudió la dinámica del ciclo de la violencia, momento en el que creó la "Teoría del ciclo de la violencia", descrita en su libro "La mujer maltratada" (1979). La psicóloga propuso analizar las experiencias de violencia vividas por las víctimas escuchadas para identificar la ocurrencia del ciclo de violencia y los efectos psicológicos en la vida de las mujeres. Walker identificó tres fases recurrentes en el ciclo: momento de tensión, acto de violencia y arrepentimiento del agresor. La psicóloga afirma que hay tres fases en el ciclo: la fase de tensión, acompañada de una sensación de peligro; la fase del acto de violencia; y la fase de "luna de miel". El ciclo suele comenzar tras un período de cortejo que suele describirse como marcado por el intenso interés del agresor en la vida de la mujer, acompañado de un comportamiento amoroso demasiado intenso (WALKER, 2009, p.



de violencia que sufre la mujer en la relación. Debido a sus características cíclicas, las acciones y reacciones se repiten constantemente, o su aparente ausencia.

Así, el problema de esta investigación radica en la pregunta: ¿por qué la ley es ineficaz para ayudar, unilateralmente, a las mujeres a romper el ciclo de la violencia? Se utilizó el método hipotético-deductivo para analizar cómo se perpetúa el ciclo de la violencia en la relación entre víctima y agresor, partiendo de la hipótesis de que la ley es ineficaz para ayudar a las mujeres a romper el ciclo de la violencia, ya que la violencia doméstica no es un problema estrictamente jurídico, sino un problema estructural que involucra desigualdades, posiciones de dominación y jerarquía.

De hecho, la primera fase del ciclo está marcada por un momento de tensión, en el que la pareja se muestra agresiva e iracunda, con amenazas, humillaciones e insultos. En esta fase, las mujeres son incapaces de identificar que estos comportamientos constituyen formas de violencia. Se puede decir que en esta fase se produce violencia moral. Además, también está presente la violencia psicológica, ya que el agresor manipula a la víctima, haciéndola sentir culpable de la violencia sufrida.

La segunda fase está marcada por el arrebató del agresor, una oportunidad en la que se puede identificar la violencia física, sexual y, en la última etapa del ciclo, la muerte de la víctima. Tras los momentos de tensión, la víctima empieza a vivir con un miedo constante a ser agredida. Por ello, es en esta fase cuando se realizan las denuncias policiales por violencia y la solicitud de Medidas de Protección de Urgencia.

La tercera fase está marcada por el arrepentimiento del agresor, también conocida como "luna de miel". En esta fase la pareja se vuelve amable para lograr la reconciliación. En este contexto de arrepentimiento, la mujer cree que el agresor cambiará su comportamiento y que no se repetirán los episodios de agresión. La víctima, sin embargo, a veces no puede ver que está siendo manipulada y controlada. En esta situación, las mujeres no pueden romper el ciclo solas, porque cada vez que se repite, la víctima se excluye a sí misma y es controlada por el agresor.

Las mujeres insertadas en un ciclo de violencia pueden tener dificultad para identificar que los comportamientos del agresor son, inicialmente, violencia implícita, que evoluciona gradualmente hasta la explosión, la forma explícita de violencia. Para Maria Fernanda Falcai y Gustavo Marin (2018, p. 11), el vínculo afectivo y la proximidad entre mujeres víctimas y agresores las hace aún más vulnerables en la sumisión y la desigualdad. Como forma de reproducción de la violencia de género, la violencia doméstica ocurre en contextos de desigualdad.

Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 166) afirma que no es posible comprender los procesos

de criminalización y victimización de las mujeres sin considerar las creencias, conductas, actitudes y modelos culturales de las agencias punitivas estatales en relación con ellas. Es decir, al analizar los procesos que criminalizan o victimizan a las mujeres, no se deben dejar de lado los aspectos sociales que reproducen las desigualdades de género, especialmente la dominación y explotación de los hombres sobre las mujeres.

El análisis de la dinámica del ciclo de la violencia demuestra que la violencia doméstica no es un problema estrictamente jurídico, sino estructural, y que la ley, unilateralmente, es ineficaz para ayudar a la víctima a romper el ciclo. Al tratarse de un instituto que tiene lugar en el entorno familiar, no implica cuestiones puramente jurídicas, sino también sociales, psicológicas y económicas.

La solución al problema no está en la creación de un acto legislativo, ni en la tipificación de los tipos de violencia, sino en la elaboración de un proyecto más amplio y eficaz que preste atención multidisciplinar a la víctima. El castigo del agresor a través de una sentencia penal condenatoria no romperá necesariamente el ciclo de violencia entre las partes, siendo necesario el acompañamiento jurídico, junto con el acompañamiento psicosocial, además de otras medidas que pueden ser, complementariamente, adoptadas.

## REFERENCIAS

FALCAI, María Fernanda; MARÍN, Gustavo de Carvalho. Ley Maria da Penha: análisis desde el punto de vista de la victimología crítica con orientación feminista brasileña. **Revista de Iniciación y Extensión Científica de la Facultad de Derecho de Franca**, [S.L.], v. 3, núm. 1, pág. 535-553, 5 de mayo de 2020. Facultad de Derecho de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/2675-0104.2018.780>.

FORO BRASILEÑO DE SEGURIDAD PÚBLICA. **Visible e Invisible: la victimización de las mujeres en Brasil - 3ª edición**. Instituto de Investigaciones Datafolha, 2021. Disponible en: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Consultado el: 11 de abril. 2023.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO; INSTITUTO DE LOCOMOTORAS. **Percepciones de la población brasileña sobre el feminicidio**. 2021. Disponible en: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/percepcoes-da-populacao-brasileira-sobre-feminicidio-instituto-patricia-galvao-locomotiva-2021/>. Consultado el: 11 de abril. 2023.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminología feminista: nuevos paradigmas**. Saraiva Jur. 1ra edición 2017.

WALKER, Lenore. **La mujer maltratada**. Nueva York: Harper and How, 1979.