

XIII SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO



XIII SIACRID

Financiado pela:



CAPES

Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior



2024

UENP

JACAREZINHO/PR

BRASIL

ORGS.

JAIRO NÉIA LIMA

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

FERNANDO DE BRITO ALVES

Anais do XIII 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; Edinilson Donisete Machado; Fábio Benfatti; Fernando de Brito Alves; Flavia Donini
Rossito; Gisele Caversan Beltrami Marcato; Jairo Néia Lima; José Eduardo Lourenço dos Santos;
Luiz Fernando Kazmierczak; Luiz Geraldo do Carmo Gomes; Rafael Gomiero Pitta; Samia Moda Cirino;
Tiago Cappi Janini; 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 XIII SIACRID

Prof. Dr. Jairo Néia Lima (UENP-PR)
Prof. Dr. Samuel Rodriguez Ferrandez (Universidade de Murcia – Espanha)
Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR)
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 XIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão Preto)
Prof. Dr. Arthur Ramos do Nascimento (UFGD)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
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, 2024. (Anais do XIII
Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-01-22903-4

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

ARTIGOS COMPLETOS

CAPÍTULO I VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

- A ADEQUADA CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL PARA A MULHER ENCARCERADA.....12**
Isabela Mendez BERNI
Vladimir BREGA FILHO
- A LEI DE DROGAS E SEUS EFEITOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL.....27**
Isabella Fleury SALIBA
Maria Luiza Ferracioli MARQUES
- A PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO.....45**
Maria Eduarda TUNES
Larissa Marques BUENO
- CORPOS TRAUMATIZADOS: A DIGNIDADE E A TUTELA ESTATAL DAS CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL.....64**
Bruna Gabrielli de Lucas DOMINGOS
Vanessa Nunes PEREIRA
- LABELING APPROACH: DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS E LATÊNCIA.....88**
Lucas Soares e SILVA
- O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE.....111**
Verena Dias Barboza MUNHOZ
Gisele Mendes de CARVALHO
- SISTEMA PENAL SUBTERRÂNEO: DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS PRÁTICAS POLICIAIS AO RECONHECIMENTO POR MEIO FOTOGRÁFICO.....124**
Denner Murilo de OLIVEIRA
Luiz Fernando KAZMIERCZAK
- SISTEMA PRISIONAL FEMININO: UMA HISTÓRIA DE VIOLÊNCIAS.....142**
Maíra Ribeiro de REZENDE
Paloma Silveira Pique DOURADOR

CAPÍTULO II FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

FACES DA LIBERDADE: ONTOLÓGICA E JURÍDICA.....	158
Matheus TEODORO	
LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO: ADAPTAÇÃO SOCIAL E ACESSO À JUSTIÇA.....	172
Jamile Gonçalves CALISSI	
Renato Zanolla MONTEFUSCO	

CAPÍTULO III PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	194
Fernanda Sabião ESPINHARA	

INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONFLITOS E IMPLICAÇÕES DA LEI 14.230/2021.....	207
Ana Clara Baggio VIOLADA	
Vinicius Hiudy OKADA	

JURISDIÇÃO 4.0: A INCLUSÃO DA PESSOA ELETRÔNICA NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	225
Marcelo Negri SOARES	
Dirceu Pereira SIQUEIRA	

LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: PSEUDOCIÊNCIA NO JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DE CRIANÇAS E SUAS MÃES.....	249
Victoria Alessandra Vitorio GONÇALVES	

OS IMPACTOS DOS RECURSOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS SEGURADOS.....	260
Luiza Schiavon GIROLIMETTO	

OS PRECEDENTES E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHADOR NO PÓS-REFORMA TRABALHISTA.....	276
Jaime Domingues BRITO	
Heloísa Gomes NEGRÃO	

POSSIBILIDADE DA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	296
Henrique GIACOMINI	

CAPÍTULO IV VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

ANÁLISE DA ADPF 709 FRENTE A CRISE HUMANITÁRIA VIVENCIADA PELOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL.....	313
João Victor Nardo ANDREASSA Emilya Maria de Oliveira BRIGANÓ	
A LINGUAGEM SIMPLES COMO FORMA DE INCLUSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	331
Emanuele Giachini BOTELHO Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA	
A INCLUSÃO COMO PRERROGATIVA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	345
Jamile CALISSI Guilherme Loria LEONI	
A RESPONSABILIDADE DO INSS PELOS DESCONTOS AUTOMÁTICOS INDEVIDOS NOS PAGAMENTOS DE BENEFÍCIOS E A HIPERVULNERABILIZAÇÃO DA PESSOA IDOSA.....	363
Juliana de Almeida Salvador FIORILO Bruno Viudes FIORILO	
DESTINAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PRIMEIRA INFÂNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO “DIAMANTE ÉTICO” DE HERRERA FLORES.....	376
Derick Moura JORGE Rafaella Martins de OLIVEIRA	
ENTRE A IDENTIFICAÇÃO E O DESPERTENCIMENTO: A TUTELA DOS REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	402
Caio Vicente SLEIMAN Vanessa Nunes PEREIRA	
ENVELHECENDO COM DIGNIDADE - A EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS.....	425
Fernanda Sabião ESPINHARA	
O ENCARCERAMENTO EM MASSA DAS MULHERES MÃES: A EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.....	437
Laura Bianchi PICININ	
O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT COMO ALICERCE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE ASILO E REFÚGIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	456
Amanda Silva LOPES Sérgio Tibiriçá AMARAL	
OS MECANISMOS DAS RELAÇÕES DE PODER FOUCAULTIANA: O ESTADO COMO OPERADOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS.....	472
Jeferson Vinicius RODRIGUES	

Renato BERNADI

PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: SOLUÇÃO PARA MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS ENDIVIDADOS?.....489

Alessandra Cristina FURLAN
Rayssa Rayane da Silva ZANATTA

RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA NO ESTELIONATO: INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 479 DO STJ E O FORTUITO INTERNO COMO VULNERABILIDADE NAS CARTEIRAS DIGITAIS.....509

Gabriel Santos RIBEIRO
Guilherme Firmino NUNES

TECENDO NINHOS DIGITAIS: DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TRAMA INVISÍVEL DA CASA SE TORNANDO REDE E O CORPO, DADOS.....525

Marcelo Negri SOARES
Dirceu Pereira SIQUEIRA

TRIBUTOS E CIDADANIA: UMA ANÁLISE DO ATUAL CONTRATO SOCIAL NA AUSÊNCIA DE CONSCIENTIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.....546

Tauany Prado Oliveira da SILVA
Camila Cristina Alves RIBEIRO

VITIMIZAÇÃO INTEGRAL E AS ÓRFAS DO FEMINICÍDIO: INSTRUMENTOS PARA REDUÇÃO DAS VULNERABILIDADES DE GÊNERO.....560

Ana Clara Vasques GIMENEZ
Silvia de Jesus MARTINS

**CAPÍTULO V
DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES**

A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO FEMININO NO ALCANCE DE AUTONOMIA FINANCEIRA DA MULHER E NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....576

Daphini de Almeida ALVES

A LAICIDADE E A INCLUSÃO LGBTQIAPN+: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE DE IGUALDADE E RESPEITO FRENTE AO FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO.....598

Romualdo Flavio DROPA

A PROTEÇÃO BIOJURÍDICA DOS DADOS GENÉTICOS DE TESTES DE ANCESTRALIDADE NO BRASIL.....620

Herbert Correa BARROS
Bruno Ponich RUZON

NÚCLEO MARIA DA PENHA COMO UMA AÇÃO NECESSÁRIA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTES/PR....633

Fernando de Brito ALVES

CAPÍTULO VI

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CONSTRUÇÃO RACISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL E A RELEVÂNCIA SIMBÓLICA DO JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....649

Carla Graia CORREIA
Matheus Arcoleze MARELLI

A CULTURA DE PAZ SOB O VIÉS DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA ESCUTA ESPECIALIZADA E NO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....665

Derick Moura JORGE
Rafaella Martins de OLIVEIRA

A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A EFETIVAÇÃO DO SEU DIREITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO MEDIANTE A ADOÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL.....685

Bruno GOFMAN
Paulo Vitor Gonçalves Vieira KAMMERS

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS.....704

Maria Fernanda PIRES

FRAGILIDADE X RESISTÊNCIA: OS IMPACTOS DAS MODIFICAÇÕES NO TEXTO CONSTITUCIONAL ACERCA DAS POLÍTICAS DE FINANCIAMENTO NA EDUCAÇÃO717

Marcela Luísa FOLONI

OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM ÁREAS SENSÍVEIS CARIOCAS.....731

José Augusto Leite NETTO
Vladimir BREGA FILHO

O DIREITO UNIVERSAL À SAÚDE E A (IN)APLICABILIDADE SOCIAL DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....748

Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO
Juan Roque ABILIO

O PODER PÚBLICO E A EFETIVA GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL SOBRE AS INUNDAÇÕES E ALAGAMENTOS NAS CIDADES BRASILEIRAS.....767

Matheus das Neves VIDAL

PROCESSO ESTRUTURAL: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....781
João Victor Nardo ANDREASSA
Camila Cristina Alves RIBEIRO

SERVIÇOS PÚBLICOS E PANDEMIA NO BRASIL: O CASO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.....796
Bruno Ponich RUZON
Herbert Correa BARROS

CAPÍTULO VII DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

A EMENDA CONSTITUCIONAL 88/2015 COMO INSTRUMENTO POLÍTICO DE DIMINUIÇÃO DA FORÇA EXECUTIVA EPISÓDICA.....812
Vinicius Consoli Ireno FRANCO
Felipe Andrei Bonifacio SOUZA

A LIBERDADE NO CERNE DO CONSTITUCIONALISMO.....829
João Pedro Felipe GODOI

A PERSONALIDADE COMO DIREITO DA FORMA JURÍDICO-POLÍTICA: CONSTITUCIONALISMO DE IDENTIDADE E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO COMO CRÍTICA À “JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA”.....842
Fernando Rodrigues de ALMEIDA

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL SOB A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA JURÍDICA.....872
Elaine Cristina Vieira BRANDÃO

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....887
Sérgio Tibiriçá AMARAL
Lucas De Souza GONÇALVES

O MITO DA NÃO VIOLÊNCIA E A INVERSÃO DO REAL DE MARILENA CHAUI APLICADOS AOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023.....901
Tamires PETRIZZI
Isadora Ribeiro CORREA

PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA ORDEM DE PREFERÊNCIA SUCESSÓRIA E NO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO.....914
Daniela Braga PAIANO
Keiti Michele CAPERUCI

RESUMOS

CAPÍTULO VIII CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

A BREAKTHROUGH AMIDST SETBACKS: MINISTER ROSA WEBER'S VOTE IN ADPF 442 AND THE CONTRAST WITH BILL NO. 1904/2024 FROM THE PERSPECTIVE OF THE GENDER PERSPECTIVE JUDGING PROTOCOL.....932

Gabriela Vidor FRANCISCON

Fabrizio Romão THOSI

BETWEEN TENSION AND DECISION: THE INFLUENCE OF THE AMERICAN MODEL ON BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REVIEW.....935

Vinicius Consoli Ireno FRANCO

BRAZILIAN DEMOCRACY CRISIS: MILITARY AND RIGHT-WING POPULISM.....937

Vinicius Gomes de LIMA

NOTES ON BRAZILIAN CENTRIFUGAL FEDERALISM BY THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONAL SYMMETRY: LEGALLY SYMMETRIC AND FACTUALLY ASYMMETRIC.....940

Isadora Fernanda LATINI

SOVEREIGNTY: THE COMMON ELEMENT OF ABSOLUTISM AND CONSTITUTIONALISM.....944

João Pedro Felipe GODOI

THE COMPOSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND REPRESENTATION OF SOCIETY IN THE JUDICIARY.....947

Felipe Andrei Bonifacio SOUZA

THE DUE DILIGENCE MECHANISM AS A TOOL FOR THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS IN THE COMPLIANCE PROGRAM.....950

Pedro Henrique Hernandes ARGENTINA

THE JUDGMENT OF ADPF NO. 188 AND ITS EFFECTS ON EDUCATIONAL FUNDING POLICY IN BRAZIL.....953

Marcela Luísa FOLONI

Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS

THE POLITICAL-ECONOMIC CONTEXT OF THE 1988 CONSTITUTION: BETWEEN DEMOCRATIZATION AND CONTEMPORARY CAPITALISM.....956

João Alexandre de Souza MENEGASSI

CAPÍTULO IX

CRIMINOLOGÍA

"CRISIS DE LA CRISIS": CONTORNOS A PARTIR DE UNA EPISTEMOLOGÍA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN AMÉRICA LATINA.....960

Fabrizio Romão THOSI
Bruna Azevedo de CASTRO

EL FENÓMENO DE LOS JUICIOS PARALELOS EN BRASIL.....963

Andrea Gómez MARTÍNEZ

GRUPOS DE REFLEXIÓN PARA PERPETRADORES DE VIOLENCIA EN EL ESTADO DE PARANÁ A LA LUZ DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA.....965

Carla BERTONCINI
Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO

LA (IN)EFICACIA DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN DELITOS DIGITALES..968

Marcos Antonio FRABETTI

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: LA NECESIDAD DE UNA MIRADA INTERDISCIPLINARIA A UN PROBLEMA QUE EL DERECHO NO RESUELVE.....971

Vitória Aguiar SILVA

VIOLENCIA DIGITAL DE GÉNERO: NUEVAS FORMAS, DESAFÍOS LEGALES EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....975

Ethel Shantal Romero TREJO

PERSPECTIVAS PRE-DELICTUALES DE PERSONAS CON ESQUIZOFRENIA: PELIGROSIDAD, PREVENCIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN.....978

Rocío Arregui MONTOYA

CAPÍTULO I
VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

A ADEQUADA CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL PARA A MULHER ENCARCERADA

Isabela Mendez BERNI¹
Vladimir BREGA FILHO²

RESUMO

O presente texto foi elaborado com uso da pesquisa em artigos e trabalhos científicos, além da análise e interpretação de dados fornecidos pela Secretaria Nacional de Políticas Penais através do Sistema Nacional de Informações Penais (Sisdepen) e da legislação nacional e internacional. Possuindo como objetivo final evidenciar a problemática das mulheres encarceradas e dos menores que com elas convivem em decorrência do vínculo materno-filial e a importância deste. Assim sendo, o presente trabalho demonstrou a necessidade de políticas públicas que possam ser implementadas como meios de enfrentamento ao problema. Para tanto, o trabalho foi dividido em três núcleos, quais sejam, o de historicidade, estudo legislativo e no cerne da questão, qual seja o direito de convivência enquanto fundamental e intrínseco ao ser humano, sob a perspectiva da mulher e da criança, no que tange aos fatores psicológicos e biológicos determinados pelo desenvolvimento das primeiríssima e primeira infância.

PALAVRAS-CHAVE: Maternidade. Cárcere. Menor. Melhor Interesse. Convivência.

ABSTRACT

This text was prepared using research into articles and scientific papers, as well as analyzing and interpreting data provided by the National Secretariat for Penal Policies through the National Penal Information System (Sisdepen) and national and international legislation. Its final objective was to highlight the problems faced by incarcerated women and the minors who live with them as a result of the maternal-filial bond and its importance. This work has therefore demonstrated the need for public policies that can be implemented as a means of tackling the problem. To this end, the work was divided into three sections, namely: history, legislative study and the core of the issue, which is the right to coexistence as fundamental and intrinsic to the human being, from the perspective of women and children, with regard to the psychological and biological factors determined by the development of early and very early childhood.

KEYWORDS: Motherhood. Prison. Minors. Best Interests. Coexistence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará demonstrar a história do sistema penitenciário brasileiro, dando enfoque aos centros de privação de liberdade femininos, no que diz respeito aos pontos negativos, tais como a forma como foram implementados no país e as nuances que lhe dizem respeito e deveriam ser atendidas.

1 Graduada pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Estagiária docente da Toledo Prudente e advogada. E-mail: isamendezberni@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: vladimir@uenp.edu.br.

Em seguida, será realizado um levantamento numérico, com dados publicados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), das celas físicas destinadas ao gênero feminino e, desta população, qual a expressão numérica que representa as gestantes, lactantes e mulheres acompanhadas por filhos.

Abordar-se-á a ausência de ginecologistas, pediatras, celas adaptadas, creches, berçários, pessoal treinado e local de convivência propício para recebimento de crianças em desenvolvimento. Feito isso, irá analisar o ordenamento jurídico, interno e internacional, com a ressalva de que uma vez que tendo o Brasil ratificado aos Dispositivos estrangeiros, este deixa de serem alienígenas e passa a incorporar o *corpus legis*. Diante disso, deve o Estado cumprir com eles em decorrência dos princípios da boa-fé, do *non venire contra factum proprium* e do *Pacta Sunt Servanda*, de acordo com os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

Por fim, analisará a importância na relação materno-filial para a constituição do ser humano em sua primeiríssima e primeira infância, bem como para a genitora em fatores psicológicos, o que influencia diretamente na principal função do Direito Penal e seus sistemas, qual seja o da reabilitação social e não reincidência. Ao longo de todo o artigo, se buscará demonstrar a importância da adaptação adequada do sistema penal tanto para a mãe quanto para a criança.

Para a escrita será feito uso da pesquisa em artigos e trabalhos científicos, buscando uma interdisciplinaridade com o ramo da psicologia, bem como da interpretação legislativa. Também será realizada a análise e interpretação de dados fornecidos pela Secretaria Nacional de Políticas Penais através do Sistema Nacional de Informações Penais (Sisdepen). Para que, então, chegue-se a uma conclusão acerca da temática principal.

Destaca-se que o objetivo do presente texto não é solucionar o problema, mas sim evidenciá-lo e colocar possíveis propostas voltadas às políticas públicas que possam atender ao destaque populacional estudado.

1. BREVE HISTÓRIA DO GÊNERO FEMININO NO SISTEMA PENAL

É fato que, inicialmente, o sistema penitenciário não foi pensado para atender ao sexo feminino. Neste sentido, os estabelecimentos comportavam todas as pessoas sem distinção de gênero, não apenas no mesmo prédio, como na mesma cela (Andrade, 2011), havendo relatos de abusos, abandonos e rejeições (Sant'Anna; Stang, 2024, p. 2). De acordo com Queiroz (2015) em algumas instituições as mulheres usam miolo de pão e papel como forma de conter o fluxo menstrual, havendo a ausência de absorvente ou do modelo adequado.

No ano de 1921 foi criado o Patronato das Presas, já no ano de 1928 foi realizado um

Relatório denominado como “As Mulheres Criminosas no Centro mais Populoso do Brasil”, Bruna Andrade (2011, p. 39) fez uma análise e declarou que havia apenas trinta e nove mulheres condenadas nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo e Distrito Federal, o que refletia, diretamente, para o interesse público no que diz respeito à criação de estabelecimentos penitenciários separados.

Apenas em 1937 surgiu, no Brasil, o Reformatório de Mulheres Criminosas que, posteriormente, recebeu o nome de Instituto Feminino de Readaptação Social (Andrade, 2011, p. 193). E, com o advento do Código Penal na década de 1940, em decorrência de seu artigo 29, parágrafo segundo, os estados federativos se viram na necessidade de adaptarem seus sistemas prisionais às questões de gênero (Andrade, 2011, p. 191). Como consequência, em 1941, o Presídio de Mulheres. Sendo que estes dois primeiros, eram prédios já existentes e, portanto, foram adaptados. Já em 1942, foi construída a Penitenciária Femina em Bangu.

Ocorre que, nos primeiros momentos da história do sistema penitenciário brasileiro no que tange às mulheres, as construções eram mais voltadas ao caráter moral e social, gerando a auto culpa. Assim sendo, tratava-se de locais de descarte em sua maioria, onde eram colocadas as mulheres que não atendiam aos parâmetros sociais e familiares (Sant’Anna; Stang, 2024, p. 3). Muito disso se deu pelo fato de que os primeiros presídios femininos foram incentivados e administrados pela Congregação Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor d’Angers, que possuía como fim a cura moral e a salvação da alma (Andrade, 2011, p. 193).

Assim, segundo Sant’Anna e Stang (2024, p. 4), foram divididas duas perspectivas de reabilitação: (i) as mulheres se adaptarem e serem adequadas; e (ii) às mulheres mais velhas de seguirem a vida religiosa. Na concepção de Oliveira e Jurubeba (2023, p. 956) a intenção, na verdade, era a de domesticação.

Além de todos estes contornos, destaca-se que os presídios foram feitos pensando em homens e tão somente adaptados ao sexo feminino. De acordo com Picolli e Fachini (2018, p. 11), o início do encarceramento feminino se deu como uma maneira de contenção do progressismo. Para além, nos primeiros momentos as mulheres que, de fato, haviam cometido algum ato delitivo eram mantidas no local daquelas que fugiam aos padrões sociais.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (2016) na apresentação das Regras de Bangkok coloca que “historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina”.

Deste modo, o entendimento de políticas públicas é que por meio delas “que os governantes conseguem apresentar resultados concretos aos governados, de modo que as políticas

públicas se mostram como instrumento político-jurídico capaz, por vezes, de concretizar os direitos sociais e suprir parte das abstratas lacunas das leis” (Souza; Alves; Godoy, 2021, p. 63).

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos “nos últimos 20 anos, o percentual de mulheres encarceradas aumentou mais de 50%, o que não tem correlação com a taxa de aumento da população em geral, mas, antes, com políticas criminais que carecem de perspectiva de gênero” (2022, p. 48).

Embora, atualmente, haja penitenciárias por distinção de gênero o estigma ainda permanece, uma vez que as mulheres possuem peculiaridades próprias do sistema feminino, como: i. gravidez; ii. menstruação; e iii. crianças dependentes. Desta feita, segue a precariedade das unidades no fornecimento dos serviços mínimos assistenciais e de saúde que provenham a dignidade em sua mínima proporção ao menos.

2. A PRECARIEDADE ASSISTENCIAL À CONVIVÊNCIA EM NÚMEROS

Sousa, Araújo e Leonel (2024, p. 239) apontam, segundo uma leitura do Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial que “a ausência de filhos e familiares impacta mais profundamente as mulheres devido à natureza materna”.

De acordo com o levantamento realizado pelo SENAPPEN (2023/2) há 11.737 mulheres com filhos no sistema penal, correspondendo a 8.75% da população carcerária no geral estadual. Na mesma pesquisa, concluiu-se que há 18.372 mulheres que recebem visitas, enquanto há 462.254 homens que recebem, isso, proporcionalmente, representa 3.82% e 96.18%, respectivamente, de um total de 648.480 pessoas privadas de liberdade.

No que tange à maternidade, os dados emitidos pelo SENAPPEN (2023/2) em âmbito estadual, em celas físicas são: i. 99 bebês e/ou crianças em estabelecimentos penais; ii. 230 mulheres gestantes/parturientes; iii. 103 mulheres lactantes; iv. há capacidade para 444 bebês em berçário e 133 crianças em creches; e v. de 1.382 estabelecimentos penais femininos e mistos, apenas 268 possuem atendimento com berçário e/ou creche, sendo que em 250 o atendimento é realizado externamente, apenas 1 possui cuidadores, 2 ginecologistas, 4 nutricionistas, 1 com pediatria e 14 com outros profissionais.

Quanto aos dados do quarto ponto há, ainda, de ser demonstrado que do total de 267 estabelecimentos penais, apenas 61 possuem celas adequadas/dormitórios para gestantes, 51 possuem berçários e/ou centros maternos-infantil e apenas 8 possuem creches.

Realizando uma análise individualizada dos entes federativos, percebe-se que no Acre não há capacidade de crianças em creches, embora de 3 penitenciárias todas possuam celas adequadas para gestantes e duas possuam berçário. Em Alagoas também não há estabelecimento com creche,

havendo uma capacidade de 9 bebês em berçários. No Amazonas, também não há capacidade de creches e de sete locais, apenas um possui cela adaptada e berçário. No Amapá, de três estabelecimentos, apenas um possui cela adaptada e berçário. Na Bahia, de 10 penitenciárias, apenas uma possui berçário, não havendo nenhuma com cela adaptada ou creche. No que tange ao Ceará, de 3 estabelecimentos, apenas um possui berçário, embora os três possuam celas adaptadas. No Distrito Federal, há apenas um estabelecimento, este possui cela adaptada e berçário.

Já no Espírito Santos, de cinco estabelecimentos, dois possuem celas adequadas e 3 berçários, também não havendo nenhuma creche. Em Goiás, de quinze estabelecimentos penais, seis possuem celas adequadas e cinco berçários. Em Manaus, de cinco penitenciárias, uma possui celas adequadas, berçário e creche. Em Minas Gerais, de setenta e um estabelecimentos, apenas quatro possuem celas adaptadas e três berçários. No Mato Grosso do Sul de onze estabelecimentos, há quatro celas adequadas, quatro com berçários e um apenas com creche.

No que tange ao Mato Grosso, de seis locais, há dois com celas adequadas e berçários. No Pará, de cinco penitenciárias, quatro possuem celas adequadas e berçários. Na Paraíba, de seis, três possuem celas adequadas e berçários. Em Pernambuco, de seis presídios, três possuem celas adequadas e dois berçários. No Piauí, de três estabelecimentos, nenhum é adaptado para nenhuma das três necessidades que acompanham a maternidade. No Paraná, de trinta, apenas dois possuem celas adequadas e um berçário. No Rio de Janeiro, de dez penitenciárias, 3 possuem celas adequadas, uma com berçário e uma creche.

No Rio Grande do Norte, de quatro estabelecimentos penais, apenas um possui cela adaptada à gestante e berçário. Em Rondônia, de 14 locais penais, há apenas um adaptado às celas e berçário. Em Roraima, há apenas um estabelecimento e ele não é adaptado em nenhuma das categorias. No Rio Grande do Sul, de 13 estabelecimentos penais, 3 são celas adequadas e um possui berçário. Em Santa Catarina, de seis presídios, 3 são adaptados em celas e berçários. No Sergipe, de dois estabelecimentos, apenas um é adaptado com relação às celas e berçário. Em São Paulo, de 20 presídios, 8 possuem celas adequadas, 7 berçários e 4 creches. Por fim, em Tocantins, há 4 estabelecimentos, nenhum adaptado.

Assim, pelos dados, é possível verificar que há um descaso público com o mínimo necessário para essas mulheres. E não apenas para com elas, mas com as crianças que as acompanham.

A Constituição Federal brasileira, além de assegurar a dignidade a todas as pessoas, bem como o direito à saúde e ao mínimo existencial, prevê o princípio do melhor interesse do menor, que claramente não é respeitado pelos próprios entes federativos.

Embora nos estados do Piauí, Roraima e Tocantins não haja adaptações necessárias realizadas, levanta-se pelos índices que há, no total, quatro mulheres gestantes. Sendo que nestes mesmos locais da Federação o número de mulheres detidas com filhos supera o de sem filhos (SENAPPEN, 2023/2).

Importante essa demonstração, porque o ambiente adequado e saneado para as mulheres se estabelecerem enquanto gestantes e lactantes influencia na vida do menor, passando a pena privativa de liberdade e, portanto, violando o princípio da pessoalidade da pena, indo em contrário senso do que é exposto pela Opinião Consultiva nº 29 que traz uma leitura do artigo 5.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos e a impossibilidade de a pena passar da pessoa do delinquente (2022, p. 68). Isto também ao se estender para aquelas crianças que acompanham a genitora presa ou, ainda, vão realizar o direito de visita e convivência familiar.

Desta feita, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em visita *in loco*, afirmou que “nesse quadro de negação sistemática de direitos, a Comissão saúda medidas legais e judiciais adotadas para permitir a prisão domiciliar de mulheres ou adolescentes gestantes, com filhos pequenos, ou que sejam responsáveis pelos cuidados de pessoas com deficiência” (2021, p. 191), isto pois constatou que há uma carência generalizada de medicamento e produto de higiene, além da ausência de celas sequer separadas por gênero, quanto mais por necessidade fisiológica, indo, assim, no mesmo sentido dos dados elencados.

3. DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210) em seu artigo 89 prevê, expressamente, a necessidade de uma seção específica para gestante e parturiente, bem como creche para abrigar crianças de seis meses a sete anos, visando assistir a criança desamparada. Sendo requisito básico o atendimento com pessoal preparado e horário de atendimento visando o melhor para a mãe e o menor. Assim, pelos dados demonstrados no tópico anterior percebe-se o pouco compromisso das autoridades com o artigo penal, vez que apenas oito estabelecimentos penais possuem creches, apenas um pediatra e 14 outros profissionais.

Em âmbito onusiano, há as Regras de Nelson Mandela, também denominadas como Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, que em sua segunda observação preliminar coloca uma nota de que não se busca a imposição de regras em um sentido único e geral, tendo em vista as diversas peculiaridades dos continentes globais, mas sim objetiva-se “ultrapassar dificuldades práticas na sua aplicação, na certeza de que representam, no seu conjunto, as condições mínimas aceites como adequadas pela Organização das Nações Unidas” respeitando, portanto, o multiculturalismo.

Na segunda regra afirma-se a necessidade de que a administração deve levar em consideração as necessidades individuais dos reclusos, frisando aqueles com maiores vulnerabilidades. Conforme consta da quinta regra, um dos intuitos do regime é minimizar as diferenças entre a vida “durante a detenção e aquela em liberdade que tendem a reduzir a responsabilidade dos reclusos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos”.

Na regra 28, do mesmo Dispositivo internacional, expressa-se que as “reclusas grávidas, que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes” devem ser inseridas em instalações especiais, de modo que, sendo o caso de nascimento no estabelecimento penitenciário, este fator não poderá constar no registro de nascimento.

Destaca-se esta regra uma vez que se visa a proteção presente e futura do recém-nascido, como método de proteção à vida digna daquele que nasceu, buscando evitar que isto faça parte de sua jornada como um etiquetamento social. Uma vez que, segundo o Tribunal Regional de proteção aos Direitos Humanos (2022, p. 68) “as crianças que têm um pai, cuidador principal ou adulto referência privado de liberdade costumam ser objeto de estigmatização, discriminação e condenação social, e correm mais riscos de sofrerem violência na escola e na comunidade”.

Assim sendo, em sequência, a regra 29 expõe que a criança apenas ficará com o genitor ou a genitora sendo este o melhor para sua proteção, mas em consonância consta que o local deverá possuir “infantário interno ou externo, dotado de pessoal qualificado”, bem como pediatria composta por médico e especialistas. E se dá maior ênfase à regra 29.2 que prevê a impessoalidade da pena, ou seja, que a criança deve ser tratada como tal e não como prisioneira.

Para que o desenvolvimento do menor ocorra de modo saudável e conforme sua faixa etária e necessidades é preciso que esta criança esteja inserida em ambiente propício para tanto e para as fases de seu amadurecimento. Tendo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 decidido pelo Estado de Coisas Inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro para as pessoas privadas de liberdade, tomando-se em consideração serem maiores, quanto mais o é para crianças em fase de desenvolvimento pessoal, intelectual e biológico.

É fato notório que o sistema brasileiro de punição privativa de liberdade não consegue gerir sequer os apenados e presos provisórios, o final de reabilitação perdeu-se ao longo do tempo em decorrência do alto índice de superlotação. Desta feita há de se raciocinar por uma reestruturação do modelo existente.

Outro ponto que deve ser destacado é que se trata de direito familiar a convivência, de modo que pela regra 60 de Mandela, crianças não devem ser submetidas as revistas feitas em partes íntimas do corpo.

Há, também, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, denominadas Regras de Bangkok. Inicialmente, o documento deixa nítido que não exclui os demais que tangem sobre a temática de forma geral, sendo complementar. Já em sua segunda regra, o Diploma traz que o ingresso de mulheres e crianças deve ser tratado com atenção em decorrência da vulnerabilidade apresentada pelos grupos, de modo que as mulheres com guarda de menores poderão tomar as devidas providências, sempre visando o melhor interesse da criança.

Ademais, coloca-se que no ingresso da reclusa, serão registrados seus dados pessoais, inclusive dos filhos, de modo a não “prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda”.

A quarta regra dispõe que as mulheres deverão permanecer, preferencialmente, em locais próximos aos seus familiares. As regras seis e oito dispõem, inclusive, sobre saúde reprodutiva feminina. Para além, se prevê, também, a saúde da criança que acompanhar a genitora com tratamento médico específico, preferencialmente e adequado. Sendo dever dos Estados facilitarem o contato da detenta para com a família, incluindo aqueles que possuem a guarda dos filhos.

A regra 33 de Bangkok declara que, havendo menores, devem os funcionários serem “sensibilizados sobre as necessidades de desenvolvimento das crianças e será oferecido tratamento básico sobre atenção à saúde da criança para que respondam com prontidão a emergências”. Na regra 42 se coloca a necessidade de programas para gestantes, lactantes e mulheres com filhos, destinando-se uma parte do documento intrinsecamente para esse ramo da população feminina presa no tópico três, mais especificamente na regra 48.

Não obstante, as Regras Mínimas Padrão para o tratamento de prisioneiros já previam que mulheres e homens deveriam, preferencialmente, serem mantidos de forma apartada. Sendo um guia para a manutenção das boas condições das pessoas reclusas e sob a tutela estatal, baseando-se, dentre os princípios, na boa-governança. Já trazia em seu bojo que as instituições femininas deveriam possuir “acomodação especial para todas as necessidades de cuidado e tratamento pré e pós-natais”, também versando que o nascimento em estabelecimento penal não deveria ser constatado na certidão do menor. Também previa que a criança em amamentação que permanecer com a mãe deve estar em berçário e com equipe especializada. Ademais, como princípio orientador para categorias especiais está que as instituições devem minimizar as diferenças com a vida externa.

Neste sentido, estas trazem os procedimentos para sua aplicabilidade, fator importante uma vez que os Estados não poderiam, desta maneira, se valer de escusas para o não cumprimento.

Ressalta-se que dentre as Diretrizes para a Prevenção ao Crime da Organização das Nações Unidas coloca a promoção do bem-estar das pessoas e estímulo do comportamento social, com

enfoque nas crianças, com fundamento, inclusive, na liderança governamental eficaz e humanitária.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana desenvolveu a Opinião Consultiva nº 29 que tem foco nas pessoas privadas de liberdade, dispondo um capítulo exclusivo para as mulheres, trazendo para além dos direitos já narrados, os direitos à saúde, alimentação e nutrição adequadas. Determinando que:

Mais ainda, uma vez que as mulheres se encontram sob o total domínio das autoridades penitenciárias, é obrigação do Estado prevenir danos irreparáveis sobre os direitos à saúde física e mental, integridade pessoal e à vida das mulheres grávidas, bem como durante o parto e pós-parto. É essencial, portanto, a prestação de atenção à saúde mental por parte de médicos especializados, bem como a oferta e facilitação de programas de tratamento por uso indevido de drogas tanto nas prisões como na comunidade (Corte IDH, 2022, p. 59).

Outro ponto tratado pela Corte Regional que merece atenção é a prevenção, investigação e erradicação da violência obstétrica no contexto carcerário, com enfoque nas determinações expressas pela Organização Mundial da Saúde (Corte IDH, 2022, p. 62).

Assim sendo, percebe-se que o Brasil possui um grande arcabouço a ser seguido, precisando de adaptação dos estabelecimentos e treinamento do pessoal que encontra-se destinado a esse ramo para a aplicação da legislação.

4. A CONVIVÊNCIA DO MENOR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, da mesma forma, considera importante o desenvolvimento da relação familiar, inclusive, o “contato físico entre a mãe e os filhos lactantes, pela relevância do vínculo materno-filial e da nutrição com leite materno” (Corte IDH, 2022, p. 64), priorizando-se medidas alternativas ao cerceamento da liberdade. Em não sendo o caso, coloca-se a necessidade de estabelecimento adequado à convivência, agindo em consonância com as regras onusianas mencionadas no capítulo anterior. Sempre com o princípio do melhor interesse do menor como vetor e tendo em vista que este jamais poderá ser tratado como recluso.

Demonstrando que, em último caso, “serão dispostas medidas para o cuidado alternativo das crianças por familiares ou pessoas qualificadas e se garantirá a manutenção do vínculo com a mãe” (Corte IDH, 2022, p. 64). Também expressando que “o contato das reclusas com o mundo exterior, e em especial com os filhos, filhas e familiares, é crucial para reduzir o impacto negativo do encarceramento e da separação no bem-estar das mulheres, bem como com vistas a facilitar sua reintegração social” (Corte IDH, 2022, p. 64).

O artigo 17 da Convenção Americana prevê o direito à família como direito humano, mais especificamente como “elemento natural e fundamental da sociedade”. Sendo reconhecida, pela Constituição Federal brasileira, de igual modo e, mais, dispõe-se no artigo 227 do mesmo dispositivo interno que é direito da criança, em caráter de absoluta prioridade, a convivência familiar,

devendo esta ser realizada e permitida pela família, sociedade e Estado, bem como o direito à vida, saúde, alimentação, lazer, educação, profissionalização, cultura, dignidade, liberdade e convivência comunitária. E, do mesmo modo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo quarto.

A Corte Interamericana ainda pontua que a criança deve ser ouvida, mas que cabe ao Estado a formulação das políticas públicas e legislações (2022, p. 71). Deixando nítida a prevalência do melhor interesse da criança nos casos de sopesamento como é possível verificar pelo trecho extraído da Opinião Consultiva nº 29:

O interesse superior da criança constitui um mandato de prioridade que se aplica tanto no momento da interpretação como quanto é necessário decidir situações de conflito entre direitos. No caso da privação de liberdade de suas referências adultas impõe-se a especial consideração dos direitos das crianças e adolescentes envolvidos, sendo necessário considerar que, entre eles, são incluídos o direito de viver com os pais e em família (artigos 17 e 19 da Convenção Americana e especialmente o 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança) e os direitos à sobrevivência e ao desenvolvimento, conforme o princípio de dignidade humana, entre outros. As decisões que sejam tomadas sobre o eventual encarceramento da mãe ou do adulto referência devem considerar a situação, a idade e as necessidades afetivas e psicológicas das crianças e adolescentes. O interesse superior da criança se construirá ouvindo-a e ponderando sobre os direitos envolvidos, mediante uma argumentação que dê preponderância aos direitos da criança ou adolescente no caso concreto. Essa exigência é aplicável tanto às instâncias jurisdicionais como às decisões das autoridades carcerárias (Corte IDH, 2022, p. 72).

Destaca-se a necessidade de contato com o outro genitor e/ou familiares para o desenvolvimento do menor, inclusive em casos em que o pai também esteja no sistema penitenciário.

Portanto, considera-se que o Estado deve atuar na criação positiva da criança que esteja vivendo junto do principal cuidador na prisão, tendo o dever de fornecer tudo o que for necessário para se ver cumprir os direitos constitucionais/fundamentais do menor (Corte IDH, 2022, p. 79).

Sales e Viana (2024, p. 1694) afirmam que o “direito ao pertencimento familiar é uma proteção essencial para o desenvolvimento saudável de qualquer criança, este direito assegura que as crianças possam crescer em um ambiente que ofereça amor, segurança e a oportunidade de desenvolver relações sociais saudáveis”.

A nutrição do menor é o momento em que se inicia o estreitamento de laços (Sales e Viana, 2024, p. 1695), sendo importante para a formação da primeiríssima infância, gestação até três anos, uma vez que o “crescimento e desenvolvimento são fenômenos vinculados a alguns fatores, dentre eles nutricionais, ambientais e genéticos” (Araújo; Félix da Silva; Martins; Macedo; Santos Silva; Bezerra, 2021, p. 2).

Logo, é imprescindível a atenção estatal voltada aos menores, ainda em fase de desenvolvimento durante a gestação, bem como àqueles que acompanham a genitora que se encontra sob a sua tutela.

CONCLUSÃO

O Brasil possui um enorme arcabouço legal interno e internacional sobre a temática em questão, bem como é dotado de estrutura e pessoal destinado ao sistema penitenciário. Entretanto, é bastante notória a ausência de interesse governamental na resolução da problemática.

Muito embora haja a necessidade de replanejamento e remapeamento do sistema voltado ao encarceramento feminino, trata-se de um enredo que precisa ter como sustentação, em igual proporção, a boa-governança e gerência. Assim sendo, em primeiro momento seria preciso repensar no modelo de penitenciárias mistas, atendendo com as determinações internacionais que colocam a necessidade de separação entre os gêneros feminino e masculino.

No entanto, não apenas isso, mas também a imprescindibilidade na adequada adaptação das estruturas já existentes aos anseios fisiológicos do gênero feminino. Assim sendo, seria preciso que, através de políticas públicas, realizasse essa confecção nos estabelecimentos já criados e nos que viriam a ser construídos em decorrência do fim dos estabelecimentos mistos.

Dentro desta conjectura, os prédios deveriam cumprir com a determinação adequada de celas à gestantes, lactantes e mulheres acompanhadas de filhos dependentes, assim como a obrigação em creches, berçários e assistência médica eficaz. Ademais, o papel fiscalizatório seria demasiado importante para a verificação não apenas da imposição dessas adequações, como de seu uso adequado.

Não obstante, também seria preciso a criação de uma legislação que especificasse o uso desses locais adaptados, como tempo para permanecer e idade do menor que será atendida. Desta forma, os três poderes constitucionais teriam importantes papéis nesta definição e manutenção.

Para além, se vê como necessária a existência de um local adequado de visitação destinado às crianças que cumprem com seu direito fundamental de convivência, uma vez que os estabelecimentos penais são considerados insalubres e violadores da dignidade. É dever do Estado proteger a infância e não ocasionar traumas que moldem, negativamente, a personalidade do indivíduo.

Embora tudo o que se expõe, sabe-se que há um longo caminho a ser percorrido antes do alcance ao estado ideal de coisas, uma vez que a realidade prisional brasileira se encontra demasiada longe do que se considera digno, razoável ou proporcional. As construções já existentes não conseguem comportar, com o mínimo existencial, as pessoas que lá dão entrada e o Estado brasileiro sequer consegue resolver a problemática de forma efetiva. As pessoas lotadas ao trabalho carcerário possuem pouca visibilidade estatal e carecem de adequado treinamento proporcionado pela Federação. Em todos os âmbitos, trata-se de uma população esquecida e fadada ao *looping*.

Não há como tratar da prevenção à criminalidade tratando o ser humano como desprezível ou inexistente. Ao assim fazer acaba-se com a finalidade de ressocializar, mais do que isso, perpetua-se no sistema a reincidência como parâmetro normal de busca.

O trabalho focou nas mulheres e seus filhos, porque para além da população carcerária no geral ser esquecida, muito mais são este grupo que historicamente está inserido em más adaptações decorrentes da própria existência. Assim, havendo a possibilidade de reinseri-las e tratá-las com dignidade pelo mínimo existencial de serem mães, é não apenas obrigação do Estado, mas senso moral dos governantes. Antes, as mulheres eram deslocadas aos centros privativos por não se adaptarem às moralidades sociais, hoje é papel social cobrar a moralidade dos poderes federativos.

Por fim, quando se fala das crianças, não há como exigir que estas cresçam e mudem suas realidades quando estas são as únicas que conhecem. Isso vale para esta leitura, tratando-as como seres existentes e que, também, merecem o melhor zelo é possível prevenir que no futuro caiam no *looping* pré-existente a sua própria origem. O Brasil possui muitas previsões pelo melhor interesse do menor, mas ainda precisa colocá-lo em prática.

Conclui-se, portanto, o presente artigo com o entendimento de que com a boa-governança e planejamento de políticas públicas a longo prazo é possível realizar a adequada adaptação do modelo prisional interno aos parâmetros constitucionais e internacionais e que, através dos devidos estudos, é possível inclusive melhorar o âmbito psicológico das pessoas detidas e prevenir a incidência futura.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11062012-145419/publico/2011_BrunaSoaresAngottiBatistaDeAndrade_VOrig.pdf. Acesso em 8 jul. 2024.

ARAÚJO, Cintia Maria Magalhães Oliveira de et al. Políticas Públicas e a Primeiríssima Infância: avanços, limites e desafios. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 12, p. e171101220184-e171101220184, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/20184>. Acesso em 8 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras** (Regras de Bangkok). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em 7 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade** (Regras de Tóquio). Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em 7 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, p. 15562, 1992.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei da Execução Penal)**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente e outras providências)**. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. SENAPPEN. **Secretaria Nacional de Políticas Penais. Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN)**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMDY2ODEzOTgtYmJlMy00ZmVhLWlWMTU0MTJjZDQwZWRLYjdhIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection1ed529adc195e0b6a541&pageName=ReportSectionb3d08a860a29b198f482>. Acesso em 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 8 jul. 2024.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. 12 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 8 jul. 2024.

COLOMBAROLI, Ana Carolina Morais de; RODRIGUEZ, Victor Gabriel Oliveira de. CAPÍTULO 7 MULHERES ESTRANGEIRAS NAS PRISÕES LATINO-AMERICANAS: PUNIÇÕES PARA ALÉM DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. **Mulheres latinas e caribenhas, poder e política: espaços de luta e resistência**. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Mulheres-latinas-e-caribenhas-poder-e-politica_espacos-de-luta.pdf#page=209. Acesso em 7 jul. 2024.

Corte IDH. **Abordagens diferenciadas em relação a certos grupos de pessoas privadas de liberdade** (Interpretação e alcance dos artigos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos relativos à proteção dos direitos humanos). Parecer Consultivo OC-29/22 de 30 de maio de 2022. Série A nº 29. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_por.pdf. Acesso em 8 jul. 2024.

DIAS, Rebeca Fernandes. Criminologia Feminista e Direito Penal no Brasil. **London Journal of Research In Humanities and Social Sciences**, v. 24, n. 5, p. 55-68, 2024. Disponível em: <https://journalspress.uk/index.php/LJRHSS/article/view/712/3632>. Acesso em 8 jul. 2024.

GOMES, Simone Ribeiro. O encarceramento feminino recente no Brasil: uma discussão a partir do Rio de Janeiro, Manaus e Fortaleza. **Revista De Ciências Sociais**, 51(1), 291–319. <https://doi.org/10.36517/rcs.51.1.a03>. Disponível em:

<http://periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/41315>. Acesso em 5 jul. 2024.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SANTOS, Christiano Jorge. A POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: UM RETRATO DA IMPUNIDADE?. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 16, n. 2, 2019. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/414. Acesso em 7 jul. 2024.

OLIVEIRA, Ana Julia Ferreira et al. **Violência e precarização do sistema prisional feminino no Brasil**. In: Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: desafios contemporâneos; Seminário Nacional de Território e Gestão de Políticas Sociais; Congresso de Direito à Cidade e Justiça Ambiental. 2024. p. e3737-e3737. Disponível em: <https://anais.uel.br/portal/index.php/conserdigeo/article/view/3737/3621>. Acesso em 7 jul. 2024.

OLIVEIRA, Maria Luiza Albieri de; JURUBEBA, Yuri Anderson Pereira. COMBATE À POBREZA MENSTRUAL NOS PRESÍDIOS: UMA OBRIGAÇÃO DO ESTADO. **Facit Business and Technology Journal**, v. 3, n. 42, 2023. Disponível em: <https://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/2222>. Acesso em 6 jul. 2024.

ONU. Escritório contra Drogas e Crime. Promovendo a Prevenção ao Crime: **Diretrizes e projetos selecionados**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_crime/Publicacoes/Promovendo_final.pdf. Acesso em 7 jul. 2024.

ONU. **Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos** (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 7 jul. 2024.

ONU. **Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Disponível em: https://css.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 7 jul. 2024.

PICOLLI, Ana Clara Gomes; FACHINI, Flávia Granzotto. As raízes históricas da divisão sexual do trabalho no sistema penitenciário brasileiro. **Simpósio Gênero e Políticas Públicas**, v. 5, n. 1, p. 397-409, 2018. Disponível em: <https://anais.uel.br/portal/index.php/SGPP/article/view/1041/927>. Acesso em 6 jul. 2024.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015

SALES, Ana Karoline Pereira; VIANA, Jhonnatan Reges. MÃES NO CÁRCERE: O DIREITO DA CRIANÇA EM CONVIVER COM A MÃE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E UM ESTUDO SOBRE A CONVIVÊNCIA NO REGIME FECHADO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 10, n. 5, p. 1685-1707, 2024. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13955/6896>. Acesso 7 jul. 2024.

SANT'ANNA, Sumaya Rathge; STANG, Gabriela. **A Política Familista no Sistema Carcerário Feminino no Brasil**. In: Congresso Internacional de Política Social e Serviço Social: desafios contemporâneos; Seminário Nacional de Território e Gestão de Políticas Sociais; Congresso de Direito à Cidade e Justiça Ambiental. 2024. p. e3597-e3597. Disponível em: <https://anais.uel.br/portal/index.php/conserdigeo/article/view/3597/3370>. Acesso em 7 jul. 2024.

SOUSA, Amanda Sales de; ARAÚJO, Fabrício Silva da Costa; LEONEL, Juliano de Oliveira. O SUPERENCARCERAMENTO E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FEMININOS NO INTERIOR DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 10, n. 6, p. 231-242, 2024. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/14105/7262>. Acesso em 8 jul. 2024.

SOUZA, Matheus Silveira de; ALVES, Fernando de Brito; GODOY, Leonardo Rodrigues de. TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ESTADO SOCIAL. **Argumenta Journal Law**, n. 35, p. 51-70, 2021. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/355/pdf>. Acesso em 8 jul. 2024.

TRAVASSOS, Gabriel Saad et al. A prisão domiciliar de mulheres durante a execução da pena: as Olgas do sistema penitenciário brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 21, n. 21, p. 91-107, 2024. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/729/382>. Acesso em 7 jul. 2024.

A LEI DE DROGAS E SEUS EFEITOS SOBRE O SISTEMA PRISIONAL

Isabella Fleury SALIBA¹
Maria Luiza Ferracioli MARQUES

RESUMO

Neste artigo foi realizada a análise das fases da Lei de Drogas e seus desdobramentos no cenário atual. Tem como objetivo geral analisar o impacto da Lei de Drogas de 2006 na superlotação carcerária no Brasil e avaliar como a recente decisão do STF sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pode influenciar a dinâmica do encarceramento e a gestão do sistema prisional. Procura observar como o sistema carcerário é a representação do racismo estrutural no país, que se manifesta a partir de uma cultura voltada para a punição do indivíduo gerando a superlotação nos presídios, contra as próprias previsões constitucionais de ressocialização e tratamento. O estudo foi realizado com base em dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, artigos, doutrinas e pesquisas sobre a lei. Portanto, buscamos trazer a reflexão sobre a influência da nova decisão do STF e seus impactos, negativos e positivos para os indivíduos privados de liberdade devido às regulamentações anteriores.

PALAVRAS-CHAVE: encarceramento; drogas, racismo; superlotação carcerária; punição.

ABSTRACT

This article analyzed the phases of the Drug Law and its developments in the current scenario. Its general objective is to analyze the impact of the 2006 Drug Law on prison overcrowding in Brazil and evaluate how the STF's recent decision on the decriminalization of drug possession for personal use can influence the dynamics of incarceration and the management of the prison system. It seeks to observe how the prison system is the representation of structural racism in the country, which manifests itself from a culture focused on punishing the individual, generating overcrowding in prisons, against the constitutional provisions of resocialization and treatment. The study was carried out based on data from the Institute for Applied Economic Research, articles, doctrines and research on the law. Therefore, we seek to reflect on the influence of the new STF decision and its negative and positive impacts on individuals deprived of liberty due to previous regulations.

KEY-WORDS: incarceration; drugs; racism; prison overcrowding; punishment.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas de 2006 trouxe uma nova perspectiva a respeito do usuário, proporcionando diferenciação de tratamentos e penas entre uso e tráfico. Para isso, o desenvolvimento da Lei 11.343 e seu contexto histórico com a lei de 1976 são analisados. Ademais, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) é analisado como ferramenta para o cuidado com o usuário, a fim da reabilitação e ressocialização, não punição.

Neste íterim, a aplicação da lei é analisada e observa-se que, muitas vezes, a fiscalização das autoridades policiais não é precisa, e, o registro de drogas apreendidas não é feito com eficiência. Desse modo, através de dados do IPEA, notou-se que a ausência de registros das

1 Acadêmica de direito

quantidades que deveriam proporcionar diferenciação entre traficantes e usuários possibilita o disfarce da discriminação racial nas abordagens policiais.

Diante disso, o racismo estrutural e o processo de segregação da população negra na história do Brasil são analisados. A Lei Áurea, a qual aboliu a escravidão, apesar de proporcionar uma falsa sensação de liberdade, não foi acompanhada de políticas públicas de reinserção da população escravizada, a qual resultou em segregação e discriminação, que persiste até a atualidade. Assim, dados e gráficos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada analisam a diferença de tratamento da população negra em questões judiciais.

Desse modo, é analisada a discrepância entre a quantidade de indivíduos negros e brancos encarcerados, os quais são mais de 55% da população carcerária presa na lei de drogas. Esta comparação permite a observação a respeito do intuito da lei 11.343 e em como ela impacta diretamente na lotação do sistema carcerário e na criminalização e marginalização da população negra. Portanto, como uma melhora na fiscalização para diferenciar traficantes de usuários deve ser considerada.

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal determinou a descriminalização da maconha para uso pessoal, com uma quantidade limite de 40g. Assim, o problema da ausência de regulamentação e fiscalização que diferencie uso e tráfico poderia ser extinguido. Em contrapartida, alguns critérios essenciais ainda ficaram a cargo das autoridades policiais, o que pode, ainda, perpetuar o ciclo de criminalização e marginalização da população negra.

A cultura punitivista é uma realidade, não apenas no Brasil, mas em diversos países. Neste ínterim, observa-se a situação carcerária brasileira, resultado de anos de uma cultura que pune ao invés de, como proposto no Código Penal, ressocializar. Ademais, a quantidade de infratores na lei 11.343 é exposta, mostrando como este problema contribui diretamente para a superlotação dos presídios, e como a segregação racial está exposta nos dados dos indivíduos em restrição de liberdade.

Em contrapartida com a realidade, a Constituição de 1988 adota o Estado brasileiro como Estado Democrático e Social de Direito. Desse modo, é dever estatal que direitos fundamentais sejam garantidos a todos os indivíduos brasileiros, a fim de preservarem a sua dignidade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, é notório que o sistema prisional atual não condiz com o proposto e garantido constitucionalmente, estando em situação inconstitucional. Além disso, a infração dos direitos fundamentais que os detentos deveriam receber faz com que o propósito de ressocialização da pena de restrição de liberdade não seja efetivo, uma vez que ao sair do cárcere em situações desumanas, o indivíduo é ainda mais segregado.

Em suma, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o impacto da Lei de Drogas

de 2006 na superlotação carcerária no Brasil e avaliar como a recente decisão do STF sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pode influenciar a dinâmica do encarceramento e a gestão do sistema prisional. Para isso, a metodologia utilizada para a pesquisa consiste em análise de artigos científicos, dados estatísticos e teorias doutrinárias, além do estudo a respeito das legislações brasileiras.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A Lei de Drogas

A primeira legislação a respeito das drogas ilícitas no Brasil foi a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976 (BRASIL, 1976), a qual apresentava um olhar mais punitivista a respeito do usuário de drogas, criminalizando-o com penas de restrição de liberdade.

Porém, em 2006 esta lei é revogada, e substituída pela Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), a qual foi a primeira lei de drogas aprovada em período democrático no Brasil. Assim, a nova legislação proporcionou a despenalização do usuário, focando esforços na prevenção, tratamento e redução de danos associados ao uso de substâncias ilícitas.

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. (BRASIL, 2006)

Desse modo, é notório compreender que o intuito da nova lei de drogas não era mais apenas a punição, mas o tratamento do usuário como uma questão de saúde pública. Para isso, a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, SISNAD (BRASIL 2006), foi essencial para registrar o marco da nova visão a respeito do usuário.

Em contrapartida, apesar da nova perspectiva proporcionada pela nova Lei de Drogas, a prática é diferente do esperado. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2023), após a realização de uma pesquisa a respeito dos registros das quantidades de drogas, foi identificado que estes dados não são feitos com a precisão e cautela necessária, indicada pela lei 11.343.

Segundo o estudo coordenado pelas pesquisadoras do Ipea Milena Karla Soares e Natalia Cardoso Amorim Maciel, os dados sobre natureza e quantidade de drogas foram obtidos em cinco documentos distintos –denúncia, sentença, auto de apreensão, laudo pericial preliminar, laudo definitivo – em ações penais, envolvendo crimes da Lei de Drogas com decisão terminativa no primeiro semestre de 2019. Apesar do cenário de imprecisões e falta de padronização, com base na análise conjunta dos documentos e do estabelecimento de alguns critérios, foi possível determinar as quantidades de drogas, a partir do que se chama de ‘melhor informação disponível nos autos processuais (IPEA, 2023)

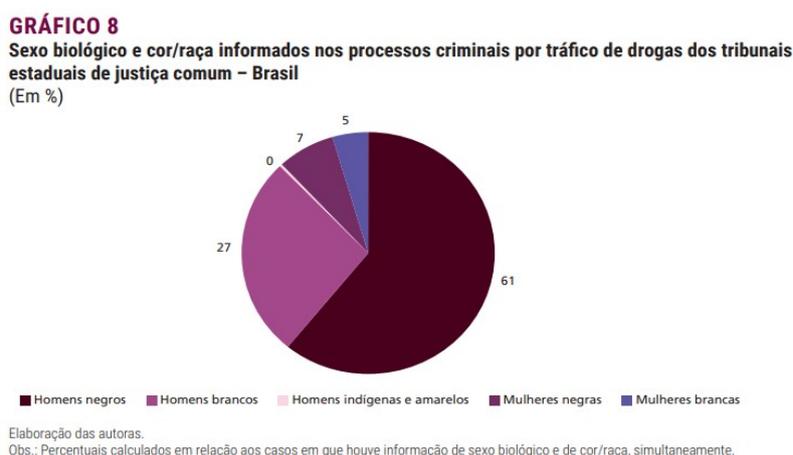
Neste sentido, é notório que há pouca preocupação por parte do sistema judiciário em delimitar a informação da quantidade de droga de forma objetiva e padronizada nos autos

processuais. Com isso, a ausência de registros das quantidades acentua a problemática da prisão de usuários, muitas vezes, por preconceitos raciais.

2.2 Questão Racial

Neste contexto, em razão da ausência de informações a respeito da quantidade de drogas portadas, a discriminação racial vinda das autoridades judiciais é facilitada, uma vez que não são registradas as diferenças das quantidades, o que impede a diferenciação verdadeira entre usuário e traficante. Logo, entende-se que cabe às autoridades legais decidirem, durante a abordagem, quem é traficante e quem é usuário, tendo em vista a ausência de uma legislação que delimite uma quantidade específica e melhor fiscalização.

Desse modo, sabe-se, que desde a abolição da escravatura a população negra vem sendo criminalizada e marginalizada. O preconceito racial e social muitas vezes influencia nas decisões do encarceramento, resultando em uma aplicação desproporcional da lei contra pessoas de baixa renda e negros, como mostra os dados abaixo:



Fonte: IPEA. Disponível em:

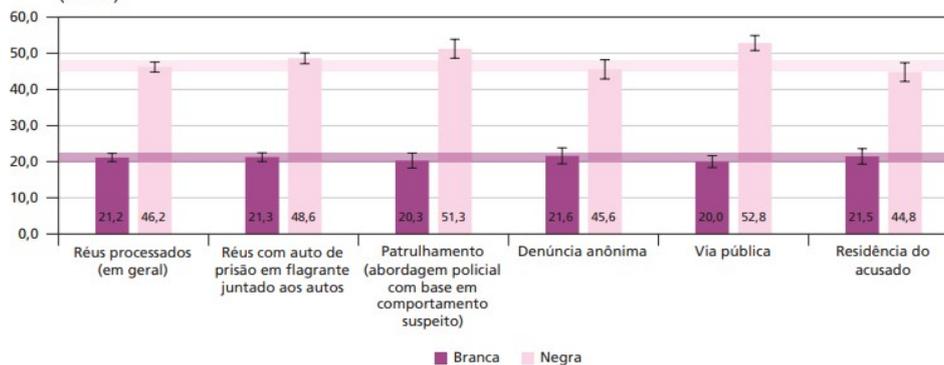
https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12439/1/NT_61_Diest_Questao_Racial.pdf. Acesso em: 06 de julho de 2024.

Além disso, estudos mostram que pessoas pretas são mais propensas a serem paradas, revistas e presas pela polícia. Com isso, entende-se que as abordagens e prisões são frequentemente discriminatórias, uma vez que em operações policiais, bairros predominantemente negros e pobres são alvos frequentes de ações repressivas, “O que sugere que pessoas negras tem maior probabilidade de serem abordadas em policiamento ostensivo na rua do que pessoas brancas” (IPEA, 2023).

GRÁFICO 11

Auto de prisão em flagrante, motivação e local da abordagem, por cor/raça – Brasil

(Em %)



Elaboração das autoras.

Obs.: Traços indicam o intervalo de confiança a 5% de significância estatística.

Fonte: IPEA. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12439/1/NT_61_Diest_Questao_Racial.pdf. Acesso em: 06 de julho de 2024.

A discriminação racial tem origens históricas no processo de escravidão e colonização do Brasil, no qual sempre explorou a população negra até a abolição da escravidão. Com isso, o Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão, apenas em 1888, e essa herança deixou profundas marcas na sociedade brasileira.

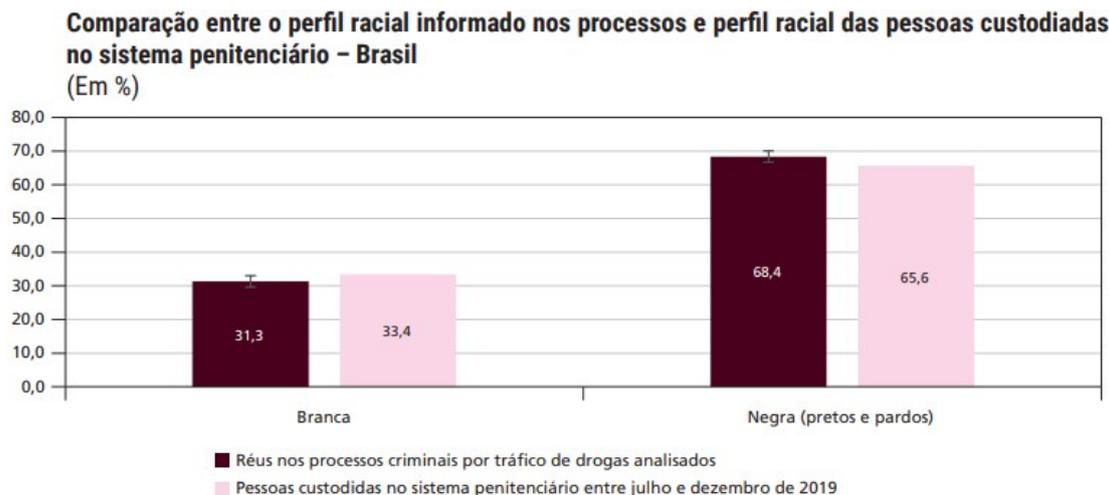
A realidade, diferente da ideologia proposta pela abolição de 1888, foi que a população escravizada, após o seu fim, não sabia para onde ir ou por onde começar a construir sua vida de liberdade após séculos de aprisionamento, uma vez que a abolição não foi acompanhada por políticas de integração dos ex-escravos na sociedade, o que resultou em uma exclusão social e econômica das populações negras, refletidas nas sociedades até a atualidade.

Gregório Bezerra, em suas memórias, descreve o relato de um ex-escravo após a abolição: “E tinha saudade da escravidão, porque segundo ele, naquela época comia carne, farinha e feijão à vontade e agora mal comia um prato de xerém com água e sal.” (Ferreira apud Santana, 2021, p.41).

Diante disso, compreende-se que os reflexos da escravidão e de seu processo de abolição atingem inúmeros aspectos sociais da sociedade brasileira moderna, em destaque, o judicial. A justiça, responsável pela proteção dos direitos dos cidadãos, muitas vezes não atinge as camadas mais carentes, como grande parte da população negra, mesmo sendo a maioria dos brasileiros. Na realidade, ao invés de protegida, essa população é ainda mais segregada, e, no âmbito judicial, aprisionada.

Neste contexto, a violência policial é desproporcionalmente direcionada contra a população negra. Para isso, observa-se que casos de abuso e homicídios cometidos por policiais são mais comuns em comunidades negras, nas quais, conseqüentemente, a população negra passa a ser a maior parte da população encarcerada. Enquanto no Brasil há 57% de pessoas negras (pretos e

pardos), entre os réus processados por tráfico de drogas havia 68% de pessoas negras (IBGE, 2023).



fonte: IPEA. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12439/1/NT_61_Diest_Questao_Racial.pdf. Acesso em: 06 de julho de 2024.

Além disso, a alta quantidade de indivíduos encarcerados pela lei de drogas deve ser observada. Quase 28% da população carcerária no país está presa por crimes previstos na Lei de Drogas, segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas.

Neste viés, tendo em vista a ausência de coerência com a lei no aprisionamento de usuários e traficantes e a ênfase no encarceramento em excesso da população negra, observa-se que a lei de drogas não é aplicada da maneira proposta pela legislação. Para isso, entende-se a importância da nova decisão do STF a respeito dos usuários de drogas, especificamente, da maconha.

2.3 Descriminalização da Maconha: análise da decisão de 2024 do STF

No dia 26 de junho de 2024, o Supremo Tribunal Federal determinou que comprar, guardar, transportar ou portar maconha para uso próprio não será mais crime. Para isso, para considerar-se usuário foi delimitada uma quantia de 40g de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas. (STF, 2024). Com isso, a descriminalização, e não legalização, transfere as consequências legais para consequências administrativas.

Essa decisão é coerente se analisada a esfera penal. A finalidade do direito penal é a proteção do bem jurídico, os quais são bens essenciais ao indivíduo e a comunidade, como explicado no trecho “não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado” (PRADO, 2023), em sua maioria expressos no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana. (PRADO, 2023)

Neste prisma, tendo em vista que o consumo próprio da *cannabis* não deve ser punido, pois não infringe nenhum bem jurídico penal, a decisão de descriminalização do usuário é coerente com a finalidade do direito penal brasileiro. Em contrapartida, pessoas com menores quantidades ainda poderão ser enquadradas como traficantes, se as autoridades policiais reconhecerem elementos que indiquem o comércio da substância, como modo de acondicionamento, a existência de variedade de drogas, a natureza, a quantidade, as circunstâncias da apreensão. Segundo o advogado Cristiano Maronna:

Ao manter a ilegalidade no plano administrativo e permitir que a presunção de uso pessoal seja afastada apenas com base no testemunho policial e nas provas elaboradas, o Supremo chancela o estado de coisas hoje, que é ruim, situação em que usuários são tratados como traficantes. O diagnóstico do Supremo foi correto, mas o encaminhamento não vai ser eficiente. (Maronna, 2024)

Neste ínterim, é notório que as autoridades policiais ainda detêm o poder de distinguir, mesmo com a quantidade estabelecida, os traficantes de usuários. Diante do analisado, a possibilidade dos problemas práticos de racismo e preconceito com classes inferiores refletirem na prática da nova decisão do Supremo é uma realidade, conforme destacado por Luis Carlos Valois, magistrado do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM).

Essa decisão não serve nada para o pobre, o preto, da favela”, afirmou. “Na medida em que o Judiciário dá valor acentuado à palavra da polícia, quando o policial disser que a pessoa [abordada] correu, correr é indício, se ela estava em local de tráfico, periferia é local de tráfico, são circunstâncias que a polícia cria. (Valois, 2024)

Diante da análise a respeito da população negra encarcerada por tráfico de drogas, a decisão do STF a respeito da descriminalização da maconha para uso pessoal deve ser aplicada de forma adequada, para que as medidas administrativas sejam eficazes de maneira equitativa, a fim de que os abusos e discriminações policiais com a população negra sejam monitorados da forma devida, uma vez que o código penal brasileiro (BRASIL, 1940) criminaliza o racismo.

Desse modo, diante do exposto, as pesquisas indicam que o aprisionamento de indivíduos pela Lei de Drogas não está sendo devidamente registrada e fiscalizada, e, ademais, a população carcerária possui significativa porcentagem de delitos na Lei 11.343. Portanto, compreende-se que, a legislação sobre drogas no Brasil não define critérios objetivos para distinção entre usuários e traficantes. Logo, a interpretação fica a cargo das autoridades policiais e do judiciário, o que gera uma ampla margem de discricionariedade e, conseqüentemente, injustiças.

2.4 O Punitivismo

No início do século XX, começaram a ser discutidas de maneira mais efetiva, as formas de proibição e sanções para todos as pessoas que fossem contra as normas proibicionistas relacionadas

às drogas. Contudo, analisando o cenário atual do encarceramento em massa e da notória diferenciação de tratamento de indivíduos negros, brancos, pobres e ricos, percebe-se que o intuito de dar prioridade a prevenção ao invés da punição da Lei 11.343/06 se dissipou, tornando-se instrumento de opressão aos mais vulneráveis.

Define proibicionismo como [...] uma forma simplificada de classificar o paradigma que rege a atuação dos Estados em relação a determinado conjunto de substâncias. Seus desdobramentos, entretanto, vão muito além das convenções e legislações nacionais. O proibicionismo modulou o entendimento contemporâneo de substâncias psicoativas quando estabeleceu os limites arbitrários para usos de drogas legais/ positivas e ilegais/ negativas. Entre outras consequências, a própria produção científica terminou entrincheirada, na maior parte das vezes do lado “certo” da batalha, ou seja, na luta contra as drogas. O proibicionismo não esgota o fenômeno contemporâneo das drogas, mas o marca decisivamente (Fiore, 2012, p.09).

Ademais, a maneira de lidar com essa diferenciação no Brasil acontece de forma muito tolerante, se escondendo atrás da falsa ideia de que “Não existe racismo no Brasil” devido ao alto grau de miscigenação no país, porém, apesar do crime não ser privilégio da população negra, a punição parece sê-lo. (Adorno, 1995) Nessa linha, além das construções estereotipadas dos perfis de usuários e traficantes, a espetacularização do crime traz instabilidade emocional para a população, principalmente para aqueles que possuem menor acesso à informação, e tem como reduzida fonte de confiança a palavra das autoridades, locais, nacionais ou que utilizam os meios midiáticos como único instrumento no papel da formação de opinião. (Conte; Pedroso, 2021)

Dessa forma, carregados pela incerteza, medo, ansiedade e desespero por qualquer forma de intervenção, o desejo generalizado por meios de punição atinge a sociedade, que deixa de entender as Leis Penais como meio de segurança pública, para transformá-las em instrumento de intimidação. Assim, é possível visualizar esse conservadorismo e autoritarismo em discursos políticos atuais, capazes de causar incentivo em larga escala, mesmo que isso vá contra os princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

2.5 Situação Carcerária Brasileira

O sistema penitenciário brasileiro iniciou com a Carta Régia em 8 de julho de 1796, no qual a criação da Casa de Correção da Corte foi estipulada. Neste contexto, as primeiras prisões derivam de um pensamento do século XIX, o qual buscava punir os delinquentes sem se preocuparem com ideais de dignidade humana e direitos fundamentais dos criminosos. Porém, como os ideais de reintegração do preso propostos no atual código penal (BRASIL, 1940), a correção e reforma do preso já eram objetivos finais das prisões.

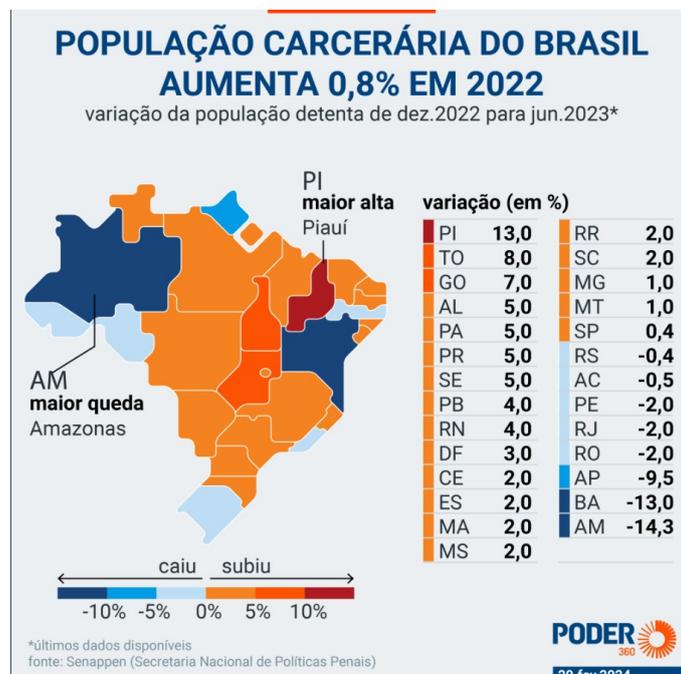
A prisão do século XIX vista como forma de controle social tinha o duplo objetivo de reprimir e reabilitar, a fim de obter a reforma moral do criminoso. Os reformadores do Império encaravam o projeto da Casa de Correção como uma possibilidade de transformar delinquentes em pessoas úteis e trabalhadoras. Tarefa árdua e até certo ponto incompatível

com uma sociedade escravista e excludente, em que as oportunidades dificilmente se apresentavam para a chamada “raia miúda”. (Reis, 2005)

Por conseguinte, com o passar dos séculos as prisões acompanharam os desejos e as punições que a sociedade pedia, uma vez que se encontravam cada vez mais punitivistas. A ideia de punição é trabalhada e analisada pelo filósofo Michel Foucault em 1975 (Foucault, 1975), o qual expõe a história das prisões ao longo dos séculos e a evolução das práticas de punição. Desse modo, o surgimento e processo evolutivo das prisões e das penas no Brasil são, assim como no resto do mundo, vistos como: “aparelho para transformar os indivíduos” (Foucault, 1975)

Dessa forma, a união do processo histórico de escravidão no Brasil com o aumento de uma cultura punitiva, a situação carcerária do país se transformou em um depósito de marginalizados. Este fato relaciona-se diretamente com o racismo estrutural presente na sociedade, tendo em vista que os agentes policiais, como anteriormente analisado, possuem suas principais rotas em zonas periféricas e com predomínio de moradores negros (IPEA, 2023).

Diante disso, compreende-se que a prisão e criminalização da população marginalizada é o mecanismo mais rápido e fácil para segregar esta população da sociedade. Com isso, a população carcerária passou a crescer significativamente ao longo dos anos. Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SANAPPEN, 2023) a respeito do segundo semestre de 2023, a população carcerária do Brasil é de 852.010 pessoas, incluindo prisão domiciliar. Este número representa um aumento de 257% da população desde o ano de 2000, porcentagem que cresce anualmente, como apresenta o gráfico:



Fonte: SANAPPEN. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/seguranca-publica/populacao-carceraria-cresce-nos-eua-e-no-brasil/>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

Diante do aumento contínuo e significativo na população carcerária, as vagas disponíveis não são suficientes. No ano de 2023, o déficit de vagas nos presídios foi calculado em 166.717 (SANAPPEN, 2023). Ou seja, a quantidade de presos encarcerados é consideravelmente maior do que o sistema penitenciário pode proporcionar e sustentar “a partir do momento em que a quantidade de presos ultrapassa a capacidade do estabelecimento, configura-se situação de superlotação.” (Rangel; Bicalho, 2016, p. 6)

Dessa maneira, diante da superlotação, os indivíduos em restrição de liberdade não recebem os direitos garantidos a eles. Com isso, os maus tratos e as baixas condições de vida são realidades cotidianas nos presídios e penitenciárias. A pena que deveria ser apenas a restrição de liberdade passa a infringir demais direitos, inclusive, fundamentais.

O Brasil e as legislações penais possuem como objetivo principal das penas de restrição de liberdade a ressocialização do infrator. Neste ínterim, o período da pena de restrição deveria proporcionar ao infrator condições para que, assim, ao fim de sua pena, ele possa se reinserir na sociedade e seguir como um cidadão comum e de bem. Em contrapartida, a realidade da superlotação carcerária e do preconceito racial enraizado na sociedade, as prisões, que deveriam objetivar a ressocialização, apenas segregam ainda mais a população negra, a qual recebe tratamentos que ferem o princípio da dignidade da pessoa humana, e são, assim, excluídos da sociedade.

Neste contexto, como analisado, a população negra é predominante na população carcerária, tendo em vista o alto índice de aprisionamento pela discriminação no processo de abordagem policial. Além disso, a Lei de Drogas (BRASIL, 2006) acentua o aprisionamento deste povo que, ao chegar na prisão é destrutado, tendo sua vida, em muitos casos, abandonada pelo Estado. Desse modo, ao saírem do encarceramento com tantos direitos violados, muitas vezes, usuários que poderiam estar soltos conhecem o crime, e ficam ainda mais afastados da sociedade.

Se tem uma política pública que não avança nada é prender menino pobre de periferia com pequenas quantidades de drogas, porque eles são repostos imediatamente [pelos traficantes]. Uma política [de Estado] de drogas eficiente deve ir atrás dos grandes carregamentos, do dinheiro e de policiamento de fronteira, e não prender menino pobre. (Barroso, 2023)

O encarceramento de negros e pobres perpetua um ciclo de pobreza. A prisão e o histórico criminal reduzem as oportunidades de emprego e acesso à educação, mantendo muitas famílias em condições de vulnerabilidade econômica. Além disso, compreende-se que após cumprirem suas penas, pessoas negras enfrentam maiores barreiras para a reintegração social, incluindo discriminação no mercado de trabalho e estigmatização. Ou seja, é notório que a criminalização e encarceramento da população negra resulta em maior segregação racial no país.

Neste âmbito, a quantidade de presos por tráfico de drogas no ano de 2023 foi de 168.021, e de 25.529 por associação ao tráfico (SANAPPEN, 2023), um total de 193.550 pessoas presas pela Lei de Drogas, o que expõe a contribuição dessa legislação para a superlotação carcerária. Ou seja, compreende-se que 22,7% da população carcerária está presa pela lei de drogas.

Desse modo, é notório que a superlotação carcerária se deriva, em grande parte, da criminalização da população negra, uma vez que a aplicação da Lei nº 11.343, como visto anteriormente, é majoritariamente racista. Além disso, observa-se que a lotação do sistema prisional impossibilita os infratores de receberem tratamentos que respeitem os princípios de dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente (BRASIL, 1988). Ou seja, a Lei de Drogas (BRASIL, 2006), o racismo estrutural e a superlotação dos presídios fazem com que o sistema prisional, atualmente, esteja inconstitucional, ferindo princípios de dignidade propostos pelo estado social e democrático de direito estabelecidos na Constituição Federal.

2.6 O Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana

O Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passa a ser um Estado Democrático de Direito. Dessarte, é obrigação Estatal a garantia de direitos sociais aos cidadãos, além da participação política e democrática. Neste cenário, os direitos e garantias individuais, baseados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, são cláusulas pétreas na constituição brasileira.

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais. (Dalari, 2002)

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) assegura esses direitos considerados fundamentais para que os indivíduos, independente de suas condições, atos ou decisões, possam viver uma vida com dignidade. Portanto, o fato de terem nascidos humanos torna todos aptos a receberem garantias dos direitos fundamentais, como o direito à uma vida digna.

Um indivíduo, pelo fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. (Scarlet *apud* Oliveira, 2011, p. 3)

Neste ínterim, cabe dizer que, independente dos delitos cometidos por um indivíduo, a população carcerária possui os direitos fundamentais garantidos pela CF (BRASIL, 1988), em virtude do conceito de Dignidade da Pessoa Humana. Porém, é notório que com a superlotação dos presídios e os tratamentos neles oferecidos, os direitos, constitucionalmente garantidos, estão sendo

infringidos.

A dignidade da pessoa humana, discurso recorrente de estudiosos de todos os campos do Direito- e mesmo de outras ciências -, não é um valor criado pelo legislador nem mesmo surgiu no final do século XX. Trata-se de um valor transcendental, o qual precede a norma legislada. Segundo Luiz Regis Prado, "O princípio da dignidade humana não é simples criação legislativa, porquanto apenas se reconhece no texto constitucional iminência da dignidade como valor (ou princípio básico), cuja existência, bem como o próprio conceito de pessoa humana, são dados anteriores, aferidos de modo prévio à normação jurídica. Como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo - como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica. Trata-se, portanto, de um princípio de justiça substancial, de validade a priori, positivado jurídico-constitucionalmente" (Prado *apud* Fachin, 2019, p. 209)

Em contrapartida, com a cultura punitivista existente na sociedade brasileira, muitos acreditam, mesmo que inconstitucionalmente, que os infratores não devam merecer tratamento digno em seu tempo de restrição de liberdade, e que devem ser punidos a qualquer custo.

A qualificação de indigno não pode, portanto, ser tomada como referente a alguém privado de direitos existenciais, mas a alguém merecedor de censura, castigo ou pena, em razão de algum comportamento contrário às regras de decoro, moral ou direito. (Andrade, 2003, p. 3)

Neste viés, os praticantes de delitos, os quais devem cumprir suas penas em restrição de liberdade (Prado, 2019, p. 553) acabam tendo muitos outros direitos infringidos, além do encarceramento. Desse modo, apesar de seus direitos fundamentais garantidos na constituição, muitas vezes os praticantes de delitos levam uma vida em cárcere sem dignidade.

Com isso, compreende-se que o papel de proteção às garantias individuais da população carcerária é dever do Estado. Logo, além dos artigos constitucionais, a Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) regulamenta o encarceramento e garante os direitos dos infratores. Assim diante da diversidade de regulamentos que protegem os restritos de liberdade, Rafael Damasceno de Assis aponta:

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. Em nível mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso. Já em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica - a Lei de Execução Penal - os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal. (Assis, 2007, p.4)

Desse modo, compreende-se que a proteção à dignidade humana e ao mínimo existencial que todos os indivíduos possuem direito não está sendo garantida à população carcerária. Além disso, é dever estatal a garantia de tais direitos, garantidos constitucionalmente.

2.7 Os Direitos do Presidiário

É fato que o atual cenário das prisões no Brasil se destaca no aspecto negativo, contudo, a constante violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade e egressas no sistema prisional não é de responsabilidade apenas das políticas atuais, a história dos presídios no país é rica em relação a quantidade de tratamentos degradantes e condições precárias para com os presos. Desde o período colonial, com a presença das Ordenações Filipinas até o surgimento do primeiro Código Criminal do Império em 1830, que, apesar do cunho liberal, ainda tinha como exclusivo objetivo o uso do direito penal como forma de controle social. Em seguida, foi no período republicano com o Código Penal de 1890, que, por influência de correntes iluministas, sofreu modificações a fim de estabelecer as prisões como um regime correccional (Assis, 2007)

Nesse prisma, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), apresenta regras sobre as condições dos presos, tratamentos, cumprimento das penas, destacando sua preocupação com a ressocialização do indivíduo detido, como disposto em seu Artigo 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (BRASIL, 1984)

Dessa forma, é visto que não só os direitos fundamentais previstos na constituição, como muitos dos artigos da própria LEP, existem apenas no plano formal, apresentando diversas falhas em sua aplicação, visto que, devido a superlotação e falta de interesse em regularizar esse cenário, resulta em condições de convívio degradantes e perigosas entre os próprios detentos, expostos a poucas condições de higiene, e ambiente com estímulos negativos, não realizando a divisão entre as modalidades de presos, impedindo o objetivo de que, quando este saía do meio carcerário, possa realizar mudanças significativas em sua realidade.

Portanto, a carência da efetivação da Lei resulta em altos níveis de reincidência, devido ao cenário ao qual o indivíduo foi exposto por anos, o qual teve efeito contrário do que o objetivo previsto em lei, ao ser corrompido moralmente em consequência do tratamento a ele fornecido nos anos privados da liberdade, ao invés da busca pela reinserção. Segundo pesquisas, em 5 anos a taxa de indivíduos que retornam ao sistema penitenciário é de 37,6%, e se dividem em diversas categorias:

Resultados revelam que no período de 2010 a 2021 42,5% dos indivíduos que deixam uma unidade de detenção voltam a ser presos. A reincidência se dá principalmente no primeiro ano, quando 23,1% desses egressos reincide [...] Ela é baseada nas saídas classificadas como (i) progressão de pena, (ii) decisão judicial (iii) fuga e (iv). (Barreto; Fonseca; Gomes C.; Gomes Y, 2022)

Assim, o caráter ressocializador e com o intuito de transformação do indivíduo para que ele possa retornar e se restabelecer acaba por se perder em meio aos números, que demonstram uma administração falha, não só no âmbito estrutural, como no social, tornando o sistema penitenciário

um ambiente reprodutor da cultura punitivista.

2.8 A droga, o racismo e a superlotação carcerária: a conexão

Sobretudo, a relação entre o racismo estrutural e o proibicionismo é notória, tendo em vista o seu reflexo na superlotação do sistema carcerário. Assim, analisando sob a perspectiva legislativa, a LEP é considerada uma norma penal em branco, ou seja, necessita que outra fonte formal a complemente, sendo essa classificação feita pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Sabendo que nem todos os produtos com efeitos psicoativos e/ou que podem levar à dependência são classificados como entorpecentes pelas diversas legislações, é preciso admitir, que a categorização de uma substância como “droga” é originada numa convenção social e cultural arbitrária, de modo que a droga se torna aquilo que é socialmente definido como tal pela (ou por certos segmentos da) sociedade e que é judicialmente classificado como tal pelo direito. (Bergeron, 2012 *apud* Barbosa; Tavares-dos-Santos p.255)

Logo, entende-se novamente que objetivo da criminalização deixa de ser a proteção e reinserção do indivíduo e passa a ser o seu domínio, tendo em vista a negligência do Estado, não só na falta de informações, no cenário degradante dos presídios e no aumento da população carcerária, mas no próprio corpo de texto da Lei, que deixa para que outro órgão regule as substâncias consideradas ilícitas.

Nesse sentido, o aumento de casos de racismo no país estão diretamente ligados a esse cenário, pois, historicamente, a utopia da libertação dos escravos, deixou os povos negros sujeitos a relações de trabalhos marginais ou voltados para a servidão, além disso, nosso passado carrega termos como “racismo científico” que reflete até os tempos atuais, de maneira mais velada. (Lima; Montenegro, 2023)

Para Du Bois (2023), sociólogo, historiador e ativista pelos direitos dos negros, realizava trabalhos contra a ideia da existência de um “problema negro”, tópico percussor de muitas teorias no século XX, que elaboravam estereótipos criminosos para justificar punições injustas, segregações e linchamentos.

Dessa forma, hoje, podemos relacionar essas linhas de pensamento na construção de perfis como, jovens pobres e negros sendo classificados como “traficante-delinquente”, e jovens brancos de classe média como “consumidor-doente” (Abramovay, 2017), resultando em extermínios a luz do dia, prisões em larga escala e invasões em domicílio sem mandado judicial.

A “guerra às drogas” não é propriamente uma guerra contra as drogas. Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, é sim uma guerra contra pessoas - os produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da “guerra às drogas” são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Os “inimigos” nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os não brancos, os desprovidos de poder. (Karan *apud* Duarte; Freitas, 2019, v.16)

Diante os dados, é fato que o encarceramento em massa, a reprodução das discriminações e a ilegalidade dada às drogas são tópicos que se entrelaçam, e não podem ser analisados de maneira individual, à medida que, as mudanças propostas pela decisão do STF, sobre o uso pessoal e o tráfico a respeito da maconha devem ser direcionadas para uma perspectiva mais humanitária, buscando prevenção, proteção e tratamento, e afastando o ideal punitivo, que visa normalizar a suspensão de direitos previstos na Constituição Federal e no Código Penal.

CONCLUSÃO

O trabalho foi realizado para ilustrar o cenário atual do sistema carcerário no Brasil, e os impactos causados pela Lei de Drogas e a nova decisão do STF, para discutir sobre como ambas estão diretamente relacionadas com o racismo no país, por meio de pesquisas em artigos e apresentação de dados. Para melhor compreender a face do objetivo geral, foram analisados os objetivos específicos, como a historicidade da Lei de Drogas, os impactos da cultura punitivista, o racismo estrutural e a descriminalização da maconha. Assim, a teoria proposta no artigo foi confirmada, tendo em vista a análise do número de pessoas encarceradas pela LEP, as falhas procedimentais, e de tratamento com os indivíduos privados de liberdade e a divisão entre brancos e negros nesta posição, além de ser comprovado que os estereótipos na área do direito penal são consequência da própria utopia da abolição da escravatura. Com base no que foi apresentado, a Lei de Drogas não irá ter um impacto distinto se a aplicação e a ideia de punição continuarem semelhantes, ambas se sustentam para construir a realidade de hoje, por conseguinte, se faz necessário que sejam transformadas em conjunto, a fim de construir um país que cumpra com sua Constituição Federal, e que direcione seus esforços para a proteção e integração do indivíduo.

Em conclusão, enquanto a Lei de Drogas de 2006 contribuiu para a superlotação carcerária ao não conseguir separar de forma eficaz usuários de traficantes, a decisão do STF sobre a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal tem o potencial de reverter parcialmente esses efeitos. Essa mudança pode promover um sistema prisional mais sustentável e humano, ao mesmo tempo que incentiva abordagens de saúde pública em relação ao uso de drogas. Dessa forma, ao remover o porte de drogas para uso pessoal do âmbito criminal, espera-se uma diminuição no número de prisões relacionadas a pequenas quantidades de drogas. Isso pode aliviar a superlotação nas prisões, permitindo que os recursos sejam redirecionados para programas de reabilitação e tratamento de dependentes, além de focar na repressão do tráfico de drogas em maior escala.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. p.57, novembro, 1995.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 16 de julho de 2024.
- ASSIS, Rafael Damasceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**, p.4. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/34/82/3482/>. Acesso em: 3 de julho de 2024.
- BARBOSA, Licínio. **Direitos, garantias e deveres dos presos**. 2017. Disponível em: https://www.fragoso.com.br/wpcontent/uploads/2017/10/20171002212217direitos_garantias_deveres_presos.pdf. Acesso em: 4 de julho de 2024.
- BARROSO, Luis Roberto. **Câmara dos Deputados**, 2023.
- BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Dispõe sobre a Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 17 de julho de 2024.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Secretaria Nacional de Políticas Penais**. Relatório de atividades 2023. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/relatorio-2023>. Acesso em: 16 jul. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. **Explosão Carcerária**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512922/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Ao%20todo%2C%2049%2C1%25,9%25%2C%20segundo%20o%20estudo>. Acesso em: 16 de julho de 2024.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha de direitos das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional**. Portal CNJ. Fazendo Justiça. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/07/cartilha-de-direitos-das-pessoas-privadas-e-egressas.pdf>. Acesso em: 3 de julho de 2024.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002, p. 8.
- DUARTE, Evando; FREITAS, Felipe. **Corpos Negros sob a Perseguição do Estado: Política de Drogas, Racismo e Direitos Humanos no Brasil**. v.16: Sage, 07-outubro-2019.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Verbatim, 2019.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. **O Sufrágio e o Voto no Sistema Eleitoral Brasileiro: a difícil**

tarifa de sintonizar o normativo e o empírico. Paripiranga, 2021.

IBGE, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 de julho de 2024.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** (Infopen). Brasília, 2023.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Processos criminais por tráfico contêm registros imprecisos de quantidades de drogas apreendidas**, 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13743-processos-criminais-por-trafico-contem-registros-impresos-de-quantidades-de-drogas-apreendidas>. Acesso em: 16 de julho 2024.

LIMA, L. S. de.; MONTENEGRO, D. P. **Proibicionismo-racismo na política brasileira sobre drogas a partir do encarceramento**. Em Pauta: teoria social e realidade contemporânea, Rio de Janeiro, v. 22, n. 54, pp. 84-98, jan/abr, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rep.2024.80307>

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica, Itajaí, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 16 de julho de 2024.

PEDROSO, Larissa. CONTE, Mell. *In: V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE*. 28., 2023. Santa Catarina. Artigo. [...] São Paulo: UNESC, 2023. p. 1-5.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial**. 17.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

RANGEL, Flavio Medeiros; DE BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. **Superlotação das Prisões Brasileiras: operador político da racionalidade contemporânea**, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Estudos de Psicologia, Rio de Janeiro, 2016.

REIS, Sérgio Ricardo Magalhães. **Casa de Correção da Corte da Corte: verso e averso de um projeto de ordem e civilização**. ANPUH – XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, Londrina, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOARES, Milena Karla; MACIEL, Natalia Cardoso Amorim. **A questão racial nos processos criminais por tráfico de drogas dos tribunais estaduais de justiça comum: uma análise exploratória**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12439/1/NT_61_Diest_Questao_Racial.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral em Pauta**. Processo RE 635.659. 298, 2024. MENDES, Gilmar. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio298.pdf>.

Acesso em: 17 de julho de 2024.

VALOIS, Luís Carlos. **Tribunal de Justiça do Amazonas**, 2024.

A PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Maria Eduarda TUNES¹
Larissa Marques BUENO²

RESUMO

Diversos fatores internos e externos que agem sobre o indivíduo podem afetar a prova penal dependente da memória. Diante dessa conjuntura, o objetivo deste trabalho é entender, no que tange a adultos, como funciona o reconhecimento de pessoas e também a produção de prova testemunhal, as regras que os disciplinam, assim como, a partir da Psicologia do Testemunho, compreender o que é capaz de influenciar e afetar, prejudicando a fidedignidade da prova penal dependente da memória. Com vistas a isso, analisa-se como se dá o reconhecimento de pessoas e a inquirição de testemunhas adultas no Brasil, bem como a relevância da prova testemunhal. Ademais, com embasamento na Psicologia do Testemunho, realiza-se uma discussão sobre os fatores que impactam na qualidade da prova penal dependente da memória, podendo ocasionar gravíssimas consequências no processo penal. Por fim, com base na análise crítica realizada, aponta-se o que é necessário ao sistema de justiça penal brasileiro e aos profissionais que atuam nele, para que a fidedignidade do depoimento e do reconhecimento seja preservada, indicando medidas legislativas e práticas que se fazem necessárias. Para tanto, este trabalho valeu-se do método dedutivo, baseado em revisão bibliográfica a respeito do tema, realizada principalmente em livros, leis e periódicos, de modo que a pesquisa se utilizou de abordagem qualitativa, bem como de análise documental de julgados acerca do assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Inquirição; Reconhecimento; Criminal; Adultos.

ABSTRACT

Several internal and external factors that act on the individual can affect the memory-dependent criminal evidence. Given this situation, the objective of this work is to understand, as far as adults are concerned, how the recognition of people and also the production of testimonial evidence, the rules that discipline them, as well as from the Psychology of Testimony, understand what is capable of influencing and affecting, damaging the reliability of criminal evidence dependent on memory. With this in mind, it is analyzed how the recognition of persons and the questioning of adult witnesses in Brazil are given, as well as the relevance of the testimonial evidence. In addition, based on the Psychology of Testimony, a discussion is conducted about the factors that impact the quality of criminal evidence dependent on memory, which may cause very serious consequences in the criminal process. Finally, based on the critical analysis carried out, it points out what is necessary to the Brazilian criminal justice system and the professionals who work in it, so that the reliability of the testimony and the recognition is preserved, indicating legislative and practical measures that are necessary. For this, this work used the deductive method, based on bibliographical review about the subject, carried out mainly in books, laws and journals, so that the research was used qualitative approach, as well as documentary analysis of judged about the subject.

KEYWORDS: Inquiry; Recognition; Criminal; Adults.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que um crime é algo que aconteceu no passado, há um empecilho temporal

1 Graduada em Direito pela Universidade Cesumar (Unicesumar). E-mail: maria.eduarda.tunes@hotmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Cesumar (Unicesumar). E-mail: lamarquesbueno@gmail.com.

para o alcance da verdade, uma vez que depende da memória, da presentificação dos acontecimentos anteriores, da eventual fantasia e também da imaginação (Lopes Jr., 2012). Desse modo, uma pesquisa interdisciplinar, a qual abrange Direito e Psicologia, faz-se necessária para que seja possível verificar quais são as eventuais falhas de cunho psicológico que a prova penal dependente da memória pode conter em virtude de influências externas, que agem sobre a personalidade da pessoa, ou internas, que são, espontaneamente, provenientes do psiquismo, além da imensa vulnerabilidade da memória (Campos, 2020).

Todos esses fatores são capazes de modificar a quantidade, bem como a qualidade da memória de uma testemunha. Isso acontece como consequência das condições pessoais, do estado mental e físico em que ela se encontra, da natureza do ocorrido, do contexto em que é realizada a oitiva e da maneira como as lembranças são rememoradas (Campos, 2020). Logo, a forma como é feita a inquirição, tanto da testemunha como da vítima, e a linguagem usada, podem contribuir para que a fidedignidade do relato seja conservada, fazendo com que as lembranças recordadas sejam as mais verdadeiras na medida do possível e, com isso, promovendo maior qualidade da referida prova (Lopes Jr., 2012).

Por essas razões, é preciso analisar e indicar quais medidas podem reduzir a influência de falsas memórias nos testemunhos, diminuindo o impacto prejudicial advindo dessas falhas cognitivas nos casos penais (Guaragni; Tanaka, 2020). Isso porque o fenômeno chamado de falsas memórias, por fazer com que a mente sofra enganos quanto ao que de fato aconteceu, pode acarretar severas violações de direitos, devido a julgamentos equivocados baseados em prova testemunhal prejudicada pelo supracitado fenômeno, que é capaz de causar consequências negativas no processo penal. Dessa forma, os profissionais atuantes na área jurídica, precisam tomar conhecimento dessa temática, para estarem preparados para lidar com isso por meio de mecanismos que atenuem o referido problema (Souza; Souza; Menuzzi, 2016).

Nesse cenário, a compreensão sobre a memória e o funcionamento dela é essencial no âmbito do Direito, sobretudo no que diz respeito à prova penal dependente da memória, pois entender como as falsas memórias prejudicam as decisões jurídicas é relevante para os atos referentes à gestão dessa prova, especialmente aqueles relacionados à produção dela, sendo importante analisar o que conduz a mente humana a criar memórias falsas e a repercussão disso na prova testemunhal, mais especificamente, na esfera processual penal (Guaragni; Tanaka, 2020). Inclusive, tais conhecimentos assumem uma posição relevante na produção dos saberes de caráter crítico acerca do sistema penal (Batista, 2011). Isso uma vez que, conforme Ceconello, Ávila e Stein (2018), embora não haja a possibilidade de modificação da maneira como a memória humana funciona, é fundamental pensar em alterações no sistema de justiça que sejam capazes de auxiliar na

preservação das provas que dependem daquela.

Destarte, a aplicação dos aludidos conhecimentos na área jurídica, possibilita situar os operadores do Direito dentro da ciência do comportamento, assim como dos processos inconscientes, com vistas a proporcionar melhor atuação dos referidos profissionais (Pereira, 2014). Para contribuir nessa discussão, sem almejar exaurir a temática, os objetivos desta pesquisa são: verificar como funciona a produção da prova penal dependente da memória, especificamente de adultos, no âmbito do Direito Processual Penal, no Brasil, apresentando as regras que regem a prova testemunhal e também o reconhecimento de pessoas, bem como analisar a importância desta e, com base na Psicologia do Testemunho, apontar o que pode influir e afetar a prova penal dependente da memória, prejudicando a fidedignidade dela. Isso em virtude de que são necessários maiores cuidados em relação às eventuais falhas da memória (Ávila, 2013).

Além disso, indicam-se medidas legislativas e práticas necessárias ao sistema de justiça penal brasileiro e aos profissionais atuantes nele que realizam a inquirição de testemunhas adultas e o procedimento de reconhecimentos de pessoas, visando colaborar para que a prova penal dependente da memória seja produzida com mais qualidade.

Para tanto, este trabalho utiliza-se do método dedutivo, operacionalizado em pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica sobre o tema, feita principalmente em livros, leis e periódicos que abordam a inquirição de adultos, assim como os fatores capazes de afetar seu depoimento e o reconhecimento de pessoas, além de como produzir tal prova acertadamente, considerando a Psicologia do Testemunho, de forma que a abordagem é qualitativa. Igualmente, a pesquisa vale-se de análise documental de julgados que abordam o tema.

2 A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O RECONHECIMENTO DE PESSOAS

No Código de Processo Penal (CPP), encontram-se as disposições concernentes à prova testemunhal, especialmente no que diz respeito a adultos. Nesse sentido, o artigo 202 do aludido Código prevê que todos os indivíduos podem ser testemunhas (Brasil, 1941). Todavia, o artigo 206, também do Código de Processo Penal, elenca as hipóteses nas quais as pessoas podem recusar-se a depor:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (Brasil, 1941, on-line).

Por sua vez, o artigo 207 do Código de Processo Penal determina que são vedados de depor aqueles que têm a obrigação de manter sigilo devido ao ofício, função, profissão, bem como

ministério, exceto no caso em que desobrigados pela própria parte interessada, desejarem prestar o depoimento (Brasil, 1941).

Nesse contexto, é dever das partes do processo arrolarem as testemunhas, o que deverá ser feito pela acusação, no momento em que for oferecida a denúncia ou a queixa, em conformidade com o artigo 41 do supracitado Código, e pela defesa, no momento em que apresentar a resposta à acusação, de acordo com o artigo 396-A do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Por seu turno, o Juiz pode realizar a oitiva de outras testemunhas, além daquelas que as partes arrolaram, se considerar necessário, conforme o artigo 209 do Código de Processo Penal. Então, de acordo com o § 1º do mesmo artigo, caso o Magistrado entenda pertinente, pode ouvir os indivíduos referidos por outras testemunhas (Brasil, 1941).

Além disso, é possível realizar o requerimento posteriormente, na situação em que, em decorrência de algum fato ou circunstância verificada durante a instrução, observa-se que o depoimento de determinada testemunha se faz necessário, em consonância com o artigo 402 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Nesse seguimento, no processo penal brasileiro, segundo o artigo 400 do supracitado Código, as oitivas são feitas na audiência de instrução e julgamento, ocasião em que, primeiramente, são tomadas as declarações da vítima; depois, são inquiridas as testemunhas que a acusação arrolou; em seguida, as testemunhas que a defesa arrolou, exceto na situação estabelecida no artigo 222 do Código de Processo Penal, em que a testemunha, residindo fora da jurisdição do Magistrado, será ouvida pelo Juiz do lugar onde ela mora, sendo expedida carta precatória para isso (Brasil, 1941).

Ademais, as testemunhas que não puderem comparecer na audiência, em razão de velhice ou por serem enfermas, podem ser ouvidas no local em que estiverem, de acordo com o artigo 220 do Código de Processo Penal. Outrossim, se as testemunhas estiverem presentes, serão ouvidas cada uma de uma vez, de forma que uma não tenha conhecimento do depoimento prestado pela outra e não o ouça, consoante ao artigo 210 também do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Brasil, 1941). Caso contrário, havendo comunicação entre as testemunhas, uma poderia interferir na percepção da outra, de modo a tomar como sua a visão de outrem (Kagueiama, 2021). Nessa ocasião, antes de começar a oitiva, é preciso que a testemunha proceda da seguinte maneira:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (Brasil, 1941, on-line).

Após isso, as partes devem fazer questionamentos para a testemunha diretamente, não podendo o Magistrado realizar perguntas capazes de induzir a resposta dela, fazer com que sejam repetidas outras anteriormente respondidas ou que não forem devidamente relacionadas à causa tratada, de acordo com o artigo 212 do Código de Processo Penal, ressalvada a possibilidade de que o Magistrado complemente a inquirição no tocante ao que não restou esclarecido, em consonância com o parágrafo único do supramencionado artigo (Brasil, 1941).

Logo, devido a essa norma processual, o Juiz somente fiscaliza a inquirição, ficando a critério da defesa, assim como da acusação, formular as questões. Desse modo, nos ambientes forenses criminais, a testemunha dá seu depoimento, relatando suas percepções acerca de eventos passados e sobre possíveis circunstâncias referentes à eventual materialidade e autoria (Butierres, 2019).

Inclusive, por diversas vezes, a prova testemunhal é a principal fonte que serve para embasar a decisão judicial (Butierres, 2019). A prova dependente da memória pode ser até mesmo a única evidência de que o delito aconteceu (Cecconello; Ávila; Stein, 2018). Entretanto, embora possua tamanha relevância, a prova testemunhal é falível (Butierres, 2019), como é explanado ao longo do presente artigo. Nesse sentido, os procedimentos adotados para a oitiva das testemunhas são capazes de modificar a memória original acerca do fato (Cecconello; Ávila; Stein, 2018).

Apesar disso, em 2023, segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estavam tramitando, nos tribunais do Brasil, mais de 84 (oitenta e quatro) milhões de processos, os quais devem ser instruídos e a prova testemunhal encontra-se entre as mais usadas (CNJ, 2023). Em consonância com isso, especificamente no meio processual penal brasileiro, a prova testemunhal é uma das mais empregadas (Siqueira; Ávila, 2018).

Ocorre que a utilização do depoimento em processos penais é generalizada, servindo de base para acusar e até mesmo para condenar alguém (Silva, R., 2022). Contudo, tendo em vista que a testemunha presta seu depoimento em primeira pessoa, a prova testemunhal precisa ser considerada como questão subjetiva (Gesu; Giacomolli, 2016).

Por sua vez, o artigo 226 do Código de Processo Penal estipula o procedimento do reconhecimento de pessoas, qual seja:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (Brasil, 1941, on-line).

No entanto, não se pode presumir a captação objetiva dos ocorridos pelo aparato sensorial, uma vez que o armazenamento feito pela memória não é como uma gravação de sons e imagens, sendo, portanto, capaz de provocar a falibilidade dos testemunhos (Gesu; Giacomolli, 2016), assim como dos reconhecimentos.

3 PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO E OS FATORES QUE PODEM AFETAR A PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA

Existem inúmeros fatores que podem afetar o depoimento e a maneira como é realizada a inquirição da vítima ou da testemunha, até mesmo a linguagem usada, pode colaborar para a conservação da fidedignidade do relato, fazendo com que as memórias sejam as mais verdadeiras na medida do possível, propiciando a obtenção da prova com maior qualidade (Lopes Jr., 2012). Todavia, aspectos cognitivos concernentes à memória, como ambiente, cansaço e emoção, dentre outros, são fatores que podem influir no depoimento (Altoé; Ávila, 2017).

Nesse seguimento, a emoção experienciada pode influenciar na forma como a produção da prova é conduzida e isso, associado às eventuais falhas da memória, entre outros aspectos, pode afetar a confiabilidade da referida prova, influenciando em pontos determinantes para a decisão sobre a liberdade ou prisão de alguém (Matos; Prates, 2021).

Em tal cenário, há diversos estímulos que a memória do ser humano pode ter, centenas de combinações que podem ramificar-se em diversas novas memórias, concomitantemente. Isso, bem como a capacidade de obter, de armazenar e de relembrar informações, segundo Izquierdo (1989, p. 2), “é inerente a muitas áreas ou subsistemas cerebrais, e não é função exclusiva de nenhuma delas”.

Ademais, conforme Altoé e Ávila (2017), além do controle humano, a memória pode bloquear determinados eventos considerados traumáticos, permitindo que sejam acessados apenas em alguns casos ou sejam completamente apagados. Outro fator que pode gerar impactos é o esquecimento que ocorre de maneira automática, pois nenhum indivíduo consegue recordar-se de todos os detalhes já vivenciados.

Em sentido semelhante, de acordo com Ceconello e Stein (2020), a memória humana não é uma fotografia, pois os indivíduos não armazenam tudo o que observam e informações codificadas na memória podem ser esquecidas, assim como memórias recuperadas podem ser alteradas. No tocante ao processo penal, embora testemunhas e vítimas tenham atribuições

diferentes, o funcionamento da memória delas se dá da mesma forma e também se sujeitam aos mesmos métodos. Ainda que os processos psíquicos que ocorrem na memória de uma testemunha, tenham o poder de modificar a prova testemunhal, no que concerne ao sistema de justiça, importa além do depoimento, o modo como este foi obtido. Nesse seguimento, também existe a problemática das falsas memórias que:

se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação (Lopes, Jr., 2012, p. 670).

Assim sendo, uma informação suposta pode gerar uma falsa memória, prejudicando a rememoração, “e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado” (Lopes Jr., 2012, p. 672). Tal problemática interfere na confiabilidade do depoimento prestado, o que prejudica a credibilidade da prova testemunhal e, por consequência, acarreta problemas processuais penais às partes do processo (Lopes Jr., 2012).

Dentre as variadas espécies de memória que existem, destaca-se, para a presente pesquisa, a memória declarativa episódica, a qual embasa o depoimento testemunhal, tratando-se da atividade de lembrar um evento ocorrido no passado e sendo mais propensa a distorções. Nesse contexto, os descobrimentos da Psicologia do Testemunho, atualmente, sustentam que o tempo atinge a memória declarativa episódica, dando abertura para equívocos e acarretando riscos à prova testemunhal (Altoé; Ávila, 2017).

Sendo assim, falsas memórias podem impactar na prova testemunhal em decorrência dos fatores externos, internos, bem como das percepções e das vivências que interferem no que o indivíduo ouve, vê e também interpreta (Guaragni; Tanaka, 2020). Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas geralmente abarcam sentimentos profundos, os quais podem ocasionar a distorção da realidade, além de provocarem suscetibilidade a falhas da memória, assim como serem oriundos de indivíduos sugestionáveis (Lima, 2006).

Nesse âmbito, a Psicologia do Testemunho analisa os “mecanismos da memória humana, levando em consideração as técnicas dos procedimentos realizados pelo sistema de investigação forense no que tange à recuperação de fatos passados” (Matos; Prates, 2021, p. 4). Nesse seguimento, aponta-se que as lembranças que as pessoas possuem não reproduzem os fatos fielmente e os eventos emocionais são mais lembrados. Entretanto, altas cargas emocionais, mesmo que gerem aumento no índice de memórias verdadeiras, podem vir acompanhadas por uma ampliação no índice de falsas memórias (Stein, 2010).

Além disso, os adultos apresentam maiores índices de falsas memórias do que as crianças devido às especificidades do funcionamento da memória nesta fase do desenvolvimento (Barbosa *et al.*, 2010). Por sua vez, conforme Elizabeth Loftus (2005), a informação errônea pode infiltrar-se nas lembranças quando os indivíduos falam com outras pessoas, quando são interrogados ou até mesmo por reportagem que trate de algo semelhante ao que foi vivenciado por eles. Em consonância com esse pensamento, Neufeld, Brust e Stein (2010, p. 20) corroboram essa percepção acerca das distorções da memória ao narrar o caso em tela:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: “eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!”. Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista.

Nesse contexto, os testemunhos podem ser afetados por conjuntos de variáveis. O primeiro conjunto diz respeito às variáveis de estima, tendo relação com as condições de observação que influenciam na forma como a testemunha é capaz de perceber, guardar na memória e descrever o fato acerca do qual ela vai prestar seu depoimento futuramente (Wells *et al.*, 1998).

Por outro lado, as variáveis de sistema, as quais são relativas às práticas presentes no sistema de justiça criminal, formam um conjunto de variáveis que também provocam falhas na produção das evidências. Nessa conjuntura, os procedimentos permeados por equívocos geram erros e todas as etapas que circundam a coleta de dados, que se inicia desde o momento da condução à Delegacia de Polícia e vai até a etapa do julgamento, são suscetíveis de contaminação (Stein; Ávila, 2015). Inclusive, no Brasil, ultimamente, organizações da sociedade civil estão pressionando o Poder Público para que dê respostas acerca de erros do Poder Judiciário que vieram a gerar condenações injustas (Silva, J., 2022).

Nesse aspecto, em conformidade com Kagueiama (2021), as palavras escolhidas pelo entrevistado, bem como perguntas fechadas (por exemplo, sim ou não) ou que pressupõem uma situação, são consideradas sugestivas e delas podem decorrer falsas memórias na pessoa inquirida, além de estas serem consequência de outras causas eventualmente. Desse modo,

A memória humana é complexa e falível, visto que está sujeita ao impacto de uma série de fatores de contaminação, que atuam desde a percepção e codificação do evento (seletividade da atenção, emoção e estresse, estereótipos e expectativas, condições objetivas da percepção como luminosidade e distância), passando pela retenção do traço de memória (formação de falsas memórias, interferência entre testemunhas, informações pós-evento advindas da mídia e das redes sociais), e, por fim, até a recuperação da lembrança perante a

autoridade policial ou judicial (perguntas sugestivas, esquecimento, preenchimento de lacunas e interferência entre memórias) (Kagueiama, 2021, p. 306-307).

Nesse cenário, de acordo com Altoé e Ávila (2017), o resultado da informação advinda do processo de (re)construção da memória nasce de três etapas: da codificação, do armazenamento e também da evocação que, interligada a incontáveis fatores, transmite um esboço como resultado. A codificação, uma vez que é a primeira etapa da formação da memória, diz respeito à maneira pela qual o indivíduo assimila informações.

Nesse sentido, após a etapa de armazenamento delas, ocorre a etapa final, sendo ela a evocação, ou seja, a recuperação da informação que foi armazenada. Contudo, as três etapas da memória podem receber influências ao final, trazendo resultados diferentes da realidade. Existe ainda a inserção de uma etapa especial que se refere às memórias traumáticas reprimidas, na qual a memória não será propriamente recuperada (Altoé; Ávila, 2017).

Conforme Loftus (2005), memórias podem derivar de lembranças verdadeiras, bem como serem modificadas por sugestões vindas de outras pessoas, quando a fonte da informação pode ser esquecida, assim como o indivíduo não perceber que está sendo influenciado quando é interrogado.

Nesse aspecto, os procedimentos utilizados em inquirição de testemunhas ou reconhecimento de pessoas, têm o potencial de modificar a memória original a respeito do fato. Esses riscos se mostram maiores no Brasil, onde provas dependentes da memória são consideradas repetíveis, não levando em conta o possível esquecimento ou o acréscimo de informações posteriores ao evento que podem modificar a memória original (Cecconello; Ávila; Stein, 2018). O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também é no sentido de que não é possível atribuir excesso de credibilidade à prova testemunhal:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. SILÊNCIO DO ACUSADO NA ETAPA INVESTIGATIVA SEGUIDO DE NEGATIVA DE COMISSÃO DO DELITO EM JUÍZO. VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 186 DO CPP. RACIOCÍNIO PROBATÓRIO ENVIESADO. EQUIVOCADA FACILITAÇÃO PROBATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO A PARTIR DE INJUSTIFICADA SOBREVVALORAÇÃO DO TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. MÚLTIPLAS INJUSTIÇAS EPISTÊMICAS CONTRA O RÉU. INSATISFAÇÃO DO STANDARD PROBATÓRIO PRÓPRIO DO PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

10. Foi exatamente o que ocorreu no caso deste recurso especial. O tribunal incorreu em injustiças epistêmicas de diversos tipos, seja por excesso de credibilidade conferido ao testemunho dos policiais, seja a injustiça epistêmica cometida contra o réu, ao lhe conferir credibilidade justamente quando menos teve oportunidade de atuar como sujeito de direitos. A confissão informal - se é que existiu - não tem valor como prova, no sentido processual, configurando-se equivocada a postura de aceitar acriticamente que o investigado fala a verdade em cenário carente das mínimas condições para atuar livre e espontaneamente. (REsp n. 2.037.491/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 20/6/2023) (Brasil, 2023, on-line).

Isto posto, evidencia-se que a memória declarativa episódica é suscetível a falhas (Altoé;

Ávila, 2017). Nesse sentido, na década de 1970, foram realizados trabalhos que estudaram os riscos referentes a reconhecimentos irregulares que eventualmente acontecem no sistema de justiça criminal, decorrentes de falsas memórias e, por conseguinte, a possibilidade de acarretarem condenações de inocentes em razão de reconhecimentos equivocados (Dieter; De Luca; Regensteiner, 2022), o que confronta os princípios da presunção de inocência, da legalidade, do devido processo legal, da vedação à prova ilícita e do contraditório. Nesse aspecto, os processos que tentam a (re)construção de fatos passados podem sofrer induções que não são condizentes com a realidade dos fatos. Ademais, essas falsas memórias podem até ser agravadas quando usadas técnicas comuns no âmbito criminal (Ávila, 2013).

Nesse sentido, em 2020, no julgamento do HC 598.886/SC, a 6ª Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça) considerou inválida a prova de reconhecimento de pessoas feita sem seguir as determinações do artigo 226 do Código de Processo Penal, cujo descumprimento torna inválido o reconhecimento, e levou em conta que são usuais as falhas provenientes da memória:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação [...]

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.

[...]

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução

histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional [...] (HC 598.886/SC. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020) (Brasil, 2020, on-line).

Por seu turno, no que tange à prova testemunhal, Badaró (2008, p. 253) aduz que “no processo penal, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, embora se trate de prova sujeita a influências e sentimentos que podem afastá-la do caminho da verdade”. No mesmo sentido, segundo Ávila (2013), a testemunha possui uma visão do sistema penal que pode influenciar na forma como descreve os acontecimentos, motivo pelo qual é necessário compreender essas perspectivas na produção da prova testemunhal, considerando a Criminologia.

Ocorre que se verifica que as insuficiências na narrativa do testemunho são ignoradas pelo sistema de justiça criminal, uma vez que não existe um procedimento de forma a recuperar as informações com qualidade, persistindo práticas autoritárias, longe da narrativa livre recomendada pelas pesquisas no campo da Psicologia do Testemunho. Disso advém a necessidade de trabalhar com as visões criminológicas críticas em contrapartida à cultura de dor e ausência de paridade de armas (Ávila, 2013).

Nesse sentido, a inadequada produção da prova penal dependente da memória pode ocasionar a supressão de bens jurídicos que são fundamentais, a exemplo da liberdade, gerando violências institucionais. Nessa situação, condenações injustas também se encontram fundadas em testemunhos acometidos de falsas memórias (Ávila, 2013). Entretanto, como assevera Lopes Júnior (2021, p. 216), a observância de regras “constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”.

Nessa conjuntura, se as condições de observação de crimes não são controláveis, bem como há a impossibilidade de alterar como se dá o funcionamento da memória das testemunhas, as práticas da inquirição e os procedimentos adotados pelo sistema de justiça devem adequar-se às recomendações científicas (Cecconello; Milne; Stein, 2022).

4 COMO OBTER MAIOR QUALIDADE DE PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA DE ADULTOS

Apesar de não ser possível alterar como se dá o funcionamento da memória do ser humano, é fundamental pensar em modificações a serem feitas no sistema de justiça que sejam capazes de colaborar para que a prova dependente da memória seja preservada (Cecconello; Ávila; Stein, 2018). Isso decorre do fato de que, embora tal prova possa conter falhas, há crimes, principalmente materiais, que dificilmente poderiam ser averiguados por outro meio que não seja a testemunha

(Ávila, 2013).

Contudo, ressalta-se que os procedimentos usados para a inquirição das testemunhas carregam consigo o risco de modificação da memória original sobre o fato, risco esse que é mais expressivo no Brasil, visto que as provas que dependem da memória são consideradas repetíveis na legislação brasileira, mas não deveriam ser. Isso em razão de que tal repetibilidade não leva em consideração que as informações podem ser esquecidas ou que outras podem ser acrescentadas após o fato, mudando a memória original (Cecconello; Ávila; Stein, 2018).

Todavia, conforme Cecconello, Ávila e Stein (2018), o fato de que o testemunho é considerado repetível não garante que as informações (re)evocadas sejam realmente verdadeiras. Inclusive, a memória da testemunha pode ser alterada permanentemente se ela for ouvida repetidamente muito tempo depois do fato, sem o uso de procedimentos apropriados:

[a]o aumentar as vezes em que uma testemunha é repetidamente entrevistada, após um longo tempo transcorrido desde o fato, sem a utilização de procedimentos adequados, aumenta-se a probabilidade de que a memória original seja modificada de forma permanente, com perda e possíveis distorções das informações (Cecconello; Ávila; Stein, 2018, p. 1063).

Nesse cenário, os elementos informativos obtidos no decorrer do inquérito policial são muito usados nos processos criminais, porém, no que tange a essa fase, não são procuradas alternativas para redução dos danos, sendo que, normalmente, apenas optam pela abolição do inquérito ou não o anexar à denúncia. No entanto, isso não basta, visto que as práticas antijurídicas, sobretudo inconstitucionais, continuam sendo legitimadas. Isso porque transcorrem-se anos entre a montagem do inquérito policial nas delegacias brasileiras e a inquirição da testemunha no processo penal (Ávila, 2013).

Nesse sentido, no Brasil, observam-se diversos problemas e falhas relacionadas à prova testemunhal tanto na legislação como na prática, de modo que a legislação processual é tida como insuficiente e iniciante para reduzir a falibilidade da aludida prova. Por sua vez, a prática mostra-se danosa e ineficiente, aumentando o risco de que a testemunha seja, conseqüentemente, contaminada (Kagueiama, 2021).

A partir do cenário exposto, as falsas memórias afetam, por exemplo, a validade das narrativas apresentadas pelas testemunhas, visto que o depoimento, diversas vezes, é conduzido de maneira inadequada (Barbosa *et al.*, 2010). Todavia, deve ser levado em conta que a tranquilidade da testemunha é essencial para fins de fomentar um depoimento verdadeiro (Malatesta, 2004).

Diante de tudo isso, com vistas a proporcionar uma melhor produção da prova testemunhal, sugere-se a implementação do modelo de Entrevista Cognitiva (EC). Essa técnica propicia que a lembrança seja rememorada de forma qualificada e sejam reduzidas as influências

externas que provocam a deturpação da memória. Para isso, a Entrevista Cognitiva, primeiramente, retira do entrevistador (por exemplo, Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, Delegado de Polícia, entre outros) o controle acerca da interação promovida durante a oitiva e passa para o entrevistado, ou seja, a testemunha (Siqueira; Ávila, 2018).

Tal técnica serve para impedir dez falhas habitualmente cometidas pelos entrevistadores forenses, quais sejam: não explicar qual é a finalidade da entrevista; não explicar quais são as regras fundamentais da sistemática da oitiva; não desenvolvê-la com empatia (*rapport*) para com a pessoa que está sendo ouvida; não pedir que ela faça o relato livre; elaborar questionamentos confirmatórios e sugestivos; formular questões fechadas em vez de questões abertas; não acompanhar o que o entrevistado mencionou recentemente; não possibilitar pausas entre os questionamentos; fazer interrupções enquanto a testemunha está dando seu depoimento; e não realizar o fechamento da oitiva (Feix; Pergher, 2010).

Então, na primeira fase, é preciso procurar se aproximar do entrevistado em virtude de que os ambientes forenses, comumente, são muito intimidadores, tanto para as vítimas como para as testemunhas. Logo, conquistar a confiança de quem será ouvido, por meio do diálogo a respeito de banalidades, bem como esclarecendo quais são os objetivos da oitiva, oportuniza a transferência do controle de tal interação (Feix; Pergher, 2010).

Na segunda etapa, faz-se necessário que a testemunha seja convidada a se colocar mentalmente na conjuntura original que se almeja reproduzir (Ávila, 2013). Para isso, o operador do Direito que realizar a inquirição, deve fornecer orientações com clareza para tal reprodução da situação original, de forma a situar o lugar do fato, valendo-se de todo e qualquer sentido possível: auditivo, tátil, gustativo, olfativo e visual (Feix; Pergher, 2010).

Também devem ser feitas pausas, as quais contribuem para a recriação da conjuntura original, devendo a oitiva valorizar o tempo de quem está sendo ouvido, propiciando que o relato seja construído em conformidade com seus sentidos e impossibilitando que o entrevistador faça sugestões. Igualmente, é dever do entrevistador respeitar o tempo que a testemunha necessita para recordar suas memórias sobre o fato (Siqueira; Ávila, 2018).

Por seu turno, na etapa seguinte, a testemunha tem a oportunidade de realizar o relato livre, no qual descreve o que se recorda, sem ser interrompida pelo profissional do Direito que estiver entrevistando-a. Depois, somente na penúltima fase, o operador do Direito que estiver entrevistando pode realizar seus questionamentos. No entanto, antes, deve começar com um agradecimento para a testemunha em razão da quantidade de informações expostas por ela, visando que permaneça engajada, assim como deve agradecer pelo esforço feito pela testemunha (Feix; Pergher, 2010).

Por fim, deve ser feito o fechamento da Entrevista Cognitiva, momento em que o entrevistador faz uma síntese das informações alcançadas e demonstra que a testemunha pode voltar caso lembrar de algo que não tenha sido informado ao longo do depoimento (Stein, 2010). Destarte, atualmente, a Entrevista Cognitiva é considerada o melhor modelo de entrevista investigativa, razão pela qual deveria ser usada pelos profissionais do Direito como protocolo padrão para oitiva de testemunha (Kagueiama, 2021).

Assim sendo, a técnica de Entrevista Cognitiva deve ser implantada como procedimento padrão para oitiva de testemunhas e de vítimas na fase policial e também na fase judicial, como forma de diminuir o impacto causado pelos fatores involuntários que prejudicam a prova testemunhal. Para tanto, a incorporação da supracitada técnica deve ser determinada por atos normativos como Resolução do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e protocolos dos Tribunais, bem como devem ser fornecidas orientações e treinamentos para os profissionais que lidam com a produção de tal prova (Kagueiama, 2021).

Entretanto, a realização de entrevista cognitiva apenas não pode ser considerada a linha de chegada, dado que nem sempre possibilitará o resgate da narrativa de modo fidedigno, visto que depende da maneira como é manipulada, bem como da carga punitiva que há no interior de quem a manipular (Ávila, 2013).

Além disso, é preciso que os profissionais da segurança pública também sejam treinados de forma adequada e específica para a coleta dos depoimentos, uma vez que isso se mostra precário na realidade brasileira, a qual, inclusive, apresenta uma estrutura deficitária no que concerne à produção das provas objetivas (Stein; Ávila, 2015).

Ademais, além das informações iniciais, também o procedimento e suas variáveis (grau de estresse, existência de arma, condições para visualização, distinção racial, tempo de duração do fato criminoso, eventual identificação na fase que antecedeu a investigação, pressões e contatos com os demais depoentes) precisam estar documentadas tanto na investigação preliminar, como na ação penal. A razão disso é que elas influem diretamente no nível probatório do reconhecimento feito (Rocha; Fernandes, 2022).

Nesse sentido, outras medidas recomendadas para que os reconhecimentos de pessoas tenham mais qualidade são: fazê-los na etapa investigativa logo depois do delito; serem realizados por profissionais adequadamente treinados, os quais deverão fazer o procedimento sem saber qual das pessoas é o suspeito, nem a posição que este ocupa no alinhamento; as testemunhas serem avisadas que o suspeito pode não se encontrar dentre as pessoas apresentadas e que elas não têm o dever de identificação de algum rosto (Ceconello; Stein, 2020).

Em tal contexto, também deve ser adotado o relato livre com perguntas abertas, não indutivas e, no alinhamento, devem constar não-suspeitos parecidos com o suspeito, conforme a descrição feita pela testemunha. Além de tudo isso, o procedimento de reconhecimento de pessoas precisa ser registrado em gravação audiovisual, a fim de que seja possível analisar não apenas o resultado, mas também o procedimento executado (Rocha; Fernandes, 2022).

Perante o exposto, haja vista que a prova penal dependente da memória, sobretudo a testemunhal, é elemento fulcral do processo penal no Brasil, é uma necessidade urgente o aperfeiçoamento da qualidade epistêmica da aludida prova. Isso em virtude de que, ao aumentar a qualidade dela, é possível proporcionar, por conseguinte, maior qualidade das decisões judiciais, de modo a aproximá-las, na medida do possível, da verdade processual e também diminuir a possibilidade de equívocos e condenações injustas (Kagueiama, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, concluiu-se que a prova penal dependente da memória, especialmente a prova testemunhal, é bastante utilizada no Brasil. Em contrapartida, apesar de sua relevância, ela, bem como o reconhecimento de pessoas, mostra-se suscetível à contaminação e falibilidade, tendo em vista que a memória humana, além de ser influenciável, está sujeita a variados fatores que podem afetá-la.

Tal problemática é agravada especialmente pela maneira como acontece a produção da prova penal dependente da memória de adultos no país. Desse modo, faz-se necessário que o atual sistema jurídico do Brasil passe por mudanças, tanto no campo legislativo como prático, especificamente no âmbito processual penal.

Isso em razão de que o país apresenta uma legislação insuficiente para tratar do supramencionado problema, a qual não leva em conta a falibilidade da referida prova, nem estabelece medidas para atenuar tal problemática. Pelo contrário, amplia os riscos de falibilidade, porquanto a prova penal que depende da memória é incorretamente considerada repetível, carecendo de alteração legislativa quanto a isso, assim como em relação à falta de determinação de procedimento apropriado a ser adotado para a inquirição e também para o reconhecimento de pessoas.

Ademais, é preciso que os profissionais que realizam os procedimentos de inquirição de testemunhas adultas e reconhecimentos sejam preparados para atuar de maneira efetivamente acertada, tomando conhecimento da Psicologia do Testemunho e valendo-se das técnicas apropriadas, conforme descritas no presente artigo.

Assim, embora as medidas apontadas não sejam suficientes para resolver totalmente o problema, que é estrutural no Brasil, são capazes de contribuir significativamente para que haja maior fidelidade da supracitada prova. Isso porque a forma como é feita a inquirição e o reconhecimento também pode colaborar para a proteção da fidedignidade da prova penal que depende da memória.

Por todo o exposto, evidencia-se imprescindível que os operadores do Direito e profissionais da segurança pública tenham conhecimento sobre o tema e que o sistema de justiça penal brasileiro o leve em consideração como forma de evitar que a problemática referente à contaminação, bem como à falibilidade da prova penal dependente da memória afete, expressivamente, a condução dos processos no âmbito criminal e também o julgamento deles.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 255–270, 2017. DOI: 10.12662/2447-6641oj.v15i20.p255-270.2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1272>. Acesso em: 2 jul. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARBOSA, Márcio Englert; ÁVILA, Luciana Moreira de; FEIX, Leandro da Fonte; GRASSIOLIVEI, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian M. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. [S. l.], Grupo A, 2010. p.129-151. E-book.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília-DF: Presidência da República: 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma) Habeas Corpus 598.886/SC. Relator: Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ. **Acórdão**. Jurisprudência do STJ, DJe, 18/12/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Sexta Turma). REsp 2037491/SP. RECURSO ESPECIAL 2022/0354287-9. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. **Acórdão**. Jurisprudência do STJ, DJe 20/06/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%222037491%22%29+ou+%28RESP+adj+%222037491%22%29.suce.&O=JT>. Acesso em: 5 jul. 2024.

BUTIERRES, Maria Cecília. A oitiva de testemunhas no processo penal sob a perspectiva da psicologia do testemunho. In: ROMERO, Ralfe Oliveira; FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes (Orgs.). **Direito 5.0: Temas Contemporâneos em Direito**. Erechim: Deviant, 2019. p. 31-48.

CAMPOS, Larissa Costa. A fragilidade da prova testemunhal no Processo Penal: falsas memórias e outras causas de deformação do testemunho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia**, [S. l.], v. 42, n. 1, p. 01-37, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RDU/article/view/20320/23530>. Acesso em: 2 jul. 2024.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312>. Acesso em: 2 jul. 2024.

CECCONELLO, William Weber; MILNE, Ryan J. Fitzgerald Rebecca; STEIN, Lilian Milnitsky. Capacitar profissionais, proteger provas, evitar injustiças: treinamento de reconhecimento de pessoas para a polícia civil. In: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Coordenação CRUZ, Rogério Schietti *et al.* Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2024.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, [S. l.], v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. DOI: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471>. Acesso em: 3 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2024.

DIETER, Maurício Stegemann; DE LUCA, Rafael Dezidério; REGENSTEINER, Gabriel. Reconhecimento pessoal no tribunal Bandeirante: Análise do posicionamento do TJSP em relação às decisões paradigmáticas do STJ nos HCs 598.886/SC e 652.284/SC. In: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Coordenação CRUZ, Rogério Schietti *et al.* Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas Memórias**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

GESU, Cristina Di; GIACOMOLLI, Nereu José. Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro. In: KRETSCHMANN, Ângela (Org.). **Formação Jurídica: III Ano**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016. p. 151-168.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas Memórias no Processo Penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 181-209, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i59.4086>. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4086/371372401>. Acesso em: 2 jul. 2024.

IZQUIERDO, Ivan. Memórias. **Artigos Assinados** - Estudos Avançados, [S. l.], v. 3, n. 6, p. 89-112, ago. 1989. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141989000200006>. Acesso em: 2 jul. 2024.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021. E-book.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, 2005.

MALATESTA, Nicola. F. D. **A lógica das provas em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 2004.

MATOS, Marjoriê Sartor de; PRATES, Flávio Cruz. **Psicologia do testemunho e processo penal**: memória e a problemática do reconhecimento pessoal. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUC-RS, 2021. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/marjorie_matos.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian M. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. [S. l.], Grupo A, 2010. E-book. p.19-40. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536321530/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

PEREIRA, Anabela Almeida Teixeira. **Psicologia do testemunho infantil**: verdades e mentiras na cena judicial. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia Forense e da Exclusão Social) - Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Escola de Psicologia e Ciências da Vida. Lisboa, Portugal. 2014. Disponível em: https://recil.ensinulusofona.pt/bitstream/10437/6305/1/DM_Anabela%20Pereira.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

ROCHA, Jorge Bheron; FERNANDES, Lara Teles. Pode-se falar de cadeia de custódia da prova testemunhal? In: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas**: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. In: CRUZ, Rogério Schiatti *et al.* (Coord.). Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2024.

SILVA, Juliana Ferreira da. Psicologia do testemunho aplicada ao reconhecimento de pessoas e recomendações ao sistema de justiça criminal. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas**: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. Coordenação CRUZ,

Rogério Schietti *et al.* Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em 06 jul. 2024.

SILVA, Renata Souza. **Processo penal e as falsas memórias**: a influência das distorções da mente na prova testemunhal. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário Doutor Leão Sampaio. Juazeiro do Norte, 2022. Disponível em: <https://sis.unileao.edu.br/uploads/3/DIREITO/D926.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Acesso à justiça e os direitos da personalidade: elementos para a formação da prova testemunhal no novo código de processo penal, levando a psicologia do testemunho à sério!. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 59-77, 2018. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4603>. Acesso em: 6 jul. 2024.

SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal. In: Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate, 17, 2016. **Anais eletrônicos [...]**. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2016. p. 21-35. Disponível em: <https://www.fw.uri.br/storage/publications/files/3dd03e6dea9b9b95436d27ac25126325227.pdf#page=21>. Acesso em: 16 jun. 2024.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, nº. 59), 2015.

WELLS, G. L. *et al.* Eyewitness identification procedures: Recommendations for lineups and photospreads. **Law and Human Behavior**, Washington, v. 22, n. 6, p. 603–664, 1998. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/228845143_Eyewitness_Identification_Procedures_Recommendations_for_Lineups_and_Photospreads. Acesso em: 4 jul. 2024.

CORPOS TRAUMATIZADOS: A DIGNIDADE E A TUTELA ESTATAL DAS CRIANÇAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL

Bruna Gabrielli de Lucas DOMINGOS¹
Vanessa Nunes PEREIRA²

RESUMO

A violência sexual infantil é uma problemática que necessita de atenção no Brasil, haja vista que as crianças são sujeitos dotados de direitos, tendo como garantia o direito da dignidade da pessoa humana. Diante disto, a pesquisa buscou discorrer a respeito da evolução histórica e conquistas legislativas que a população infantil obteve no âmbito internacional e que conseqüentemente refletiu no Brasil, evidenciando o direito à dignidade da pessoa humana e o dever de proteção à criança e ao adolescente garantido constitucionalmente como responsabilidade da sociedade, família e Estado. Assim sendo, buscou-se apresentar os dados deste crime no país, as conseqüências patológicas e biopsicossociais causadas, onde ele possui maior incidência e o perfil mais comum do agressor, bem como algumas formas de identificação de sua ocorrência e; a rede de denúncia e apoio às vítimas de seus próprios corpos pela violência em seu contexto social, além de tratar de recente discussão legislativa quanto à equiparação do abordo à pena de homicídio simples.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Sexual Infantil no Brasil. Dignidade da pessoa humana. Proteção de menores vítimas de abuso sexual.

ABSTRACT

Child abuse is a problematic situation that needs attention in Brazil, because children are individuals with rights and having as guaranteed by the human dignity rights. In addition, the research talks about the historical evolution and legislatives achievements that the child population earned in the international level and how this is reflected in Brazil, highlighting the human dignit rights and the child and adolescent protection duty guaranteed by constitutional right as as a responsibility of society, Family and State. Therefore, the research pursued to present a database of this kind of crime in the country, the pathological and biopsychosocial consequences, where has higher incidence and the most common profile of the agressor, as well as some ways to identify its occurence and treport lines and support to the victims of their own body by the social violence context, in addiction to addressing the recent legislative discussion regarding the equality of boarding with the penaltyof simple homicide.

KEYWORDS: Child abuse in Brazil. Human dignity. Protection of minor victims of sexual abuse.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana no tocante à questão da violência sexual infantil no Brasil, uma vez que é possível vislumbrar diversas situações em que o referido princípio é flagrantemente vilipendiado devido a extrema vulnerabilidade enfrentada por estes indivíduos em consonância com a violação dos Direitos

1 Estudante do 3º ano do curso de Direito junto à Faculdade Iteana de Botucatu, mantida pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

2 Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Professora de Direito Civil da Faculdade Iteana de Botucatu (FAIB), mantida pela Instituição Toledo de Ensino. Advogada.

Humanos e Constitucionais a eles inerentes.

A pesquisa buscará promover uma análise crítica a respeito da evolução dos Direitos Humanos e do histórico de leis de promoção aos Direitos da criança no âmbito internacional que resultaram na atualização da legislação brasileira a respeito do tema, para então evidenciar a necessidade da revisão e aplicação de fato destas leis, com a finalidade de propiciar uma melhor qualidade de desenvolvimento de vida com integridade para os menores de 14 anos no Brasil.

Ao considerar essas premissas, o estudo contextualiza o conceito do direito da dignidade da pessoa humana, que além de cláusula pétrea da Constituição Brasileira (1988) faz parte dos Direitos Humanos, o que reforça a busca por uma maior divulgação desse direito e de sua implementação, haja vista ser uma problemática internacional, principalmente no que tange às crianças e adolescentes. Da mesma forma, o trabalho explanará a dificuldade de tratar o tema da violência sexual no Brasil devido ao alto índice de subnotificações, bem como a sensibilidade do tema no que tange à saúde pública e às consequências biopsicossociais que este crime gera.

No mais, considerando a vulnerabilidade e a crítica social atinente ao tema, a pesquisa também abordará o Projeto de Lei 1904/2024 que hoje se encontra suspenso quanto à equiparação do aborto após as 22 semanas de gestão com a pena de homicídio simples, discutindo a prejudicialidade de sua aprovação e que crianças não são mães e quiçá criminosas, tornando-as vítimas de sua própria violência.

Para o desenvolvimento do artigo foi utilizado o método dedutivo, mediante pesquisas bibliográficas e análise doutrinária e estatística, apresentando os aspectos mais relevantes do tema, a fim de reforçar alegações teóricas ventiladas no estudo.

1. A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA PERSPECTIVA MUNDIAL E NACIONAL

Até o século passado, não havia entre os países um consenso sobre a necessidade real de uma legislação que definisse qual era o papel das crianças e adolescentes na sociedade e do que elas precisavam ser protegidas, sendo que a título de exemplo pode-se citar a prática do trabalho infantil, já que até então elas eram vistas com um olhar medieval e tratadas apenas como extensão de seus pais.

A efetivação de fato da proteção da criança e do adolescente passou por um processo que se iniciou há 100 anos com a enunciação de que a sociedade possuía o dever de garantir aos menores o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de forma sadia em condição de liberdade e dignidade, consoante se verifica dos termos da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924.

Embora a Declaração de Genebra tenha sido adotada pela Liga das Nações à época, a sua aplicabilidade dependia de uma construção e amadurecimento da sociedade em conjunto com a própria definição de direitos humanos (Santos; Vales; 2016, p. 2). No decorrer do século XX houveram ações significativas como a criação da UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) em 1946 para atender as necessidades emergenciais de crianças no pós-guerra, o que propiciou os avanços internacionais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

Ademais, observa-se no cenário global que diversas ações foram tomadas no século passado para que a vulnerabilidade dos menores fosse tratada de fato como um problema social para os países, como a criação de conferências para a avaliação do progresso das nações após a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a criação de regras mínimas para a administração da Justiça Juvenil (1985), bem como a Convenção da ONU para prevenção da delinquência juvenil (1988) e a Convenção sobre o Direito da Criança (1989).

A Convenção sobre os Direitos da Criança (UNICEF, 1989) adota a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito e a partir disso exige a ele proteção especial e absoluta prioridade (Piovesan, 2013, p. 276). Flavia Piovesan (2013, p. 277) ainda discorre que a Convenção ao ser ratificada entre os Estados-partes, faz com que estes assumam a responsabilidade de proteção à criança contra todas as formas de discriminação e assegure que elas tenham a assistência apropriada.

Ainda neste contexto de conquistas normativas, a Convenção (UNICEF, 1989) dispõe que:

Artigo 19 - Os Estados Partes devem adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. Essas medidas de proteção devem incluir, quando cabível, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais visando ao provimento do apoio necessário para a criança e as pessoas responsáveis por ela, bem como para outras formas de prevenção, e para identificação, notificação, transferência para uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos de maus-tratos mencionados acima e, quando cabível, para intervenção judiciária.

Estabelecendo ainda que os Estados possuem como dever a proteção da criança de todas as formas de exploração e abuso sexual, devendo adotar todas as medidas necessárias para impedir esta prática (UNICEF, 1989).

Henry Steiner (apud Piovesan, 2013, p. 52) expõe:

Os Estados devem pôr suas próprias casas em ordem sem a necessidade de que as vítimas de violações de direitos humanos recorram ao sistema de monitoramento internacional. Afinal de contas, tais violações surgem dentro dos Estados, não em alto-mar ou no espaço sideral. Idealmente, cabe aos Estados — nos quais as violações de direitos humanos se manifestam — o dever de punir e remediar essas violações. Em termos jurídicos formais, a

doutrina do esgotamento dos recursos internos consagra exatamente esta regra.

Rodrigues (apud Júnior, 2023, p. 10) nos ensina que:

O reconhecimento da criança e do adolescente como pessoa humana e sujeito de direitos é recente. A perspectiva de “proteção integral”, anunciada na última década do século XX e começo do século XXI, confronta-se com a história da negação da humanidade da criança, sua coisificação, sua dominação absoluta, bem como o rigoroso método disciplinar.

Em 1927 foi promulgada a Lei de Assistência e Proteção aos Menores, consolidada pelo Decreto nº 17.973-A, de 12 de outubro, conhecida como “Código de Menores” no Brasil. Essa lei foi a responsável pela consagração da “situação irregular” que possibilitava ao juiz a aplicação das medidas que fossem necessárias para restabelecer a ordem pública e a “normalidade” para os menores e para a sociedade, naturalizando a exclusão de crianças em situação de vulnerabilidade, onde o maior crime à época era ser pobre ou negro (Kroger, 2009).

De acordo com Julia Fonseca (2014), o Código de Menores foi produto de uma época culturalmente autoritária e patriarcal, portanto, não havia preocupação com o problema do menor em compreendê-lo e atendê-lo, mas sim com soluções paliativas, o principal objetivo do legislador era “tirar de circulação” aquilo que atrapalhava a ordem social, pois o referido código não estabelecia uma separação entre as crianças em vulnerabilidade social e aquelas que haviam praticado algum crime, deste modo, todas que se enquadravam neste contexto eram um perigo para o desenvolvimento pleno da sociedade.

Após o Brasil ter passado por um período complexo de abusos e violências causadas pela ditadura militar tornou-se um Estado Democrático de Direito e, aproveitando deste processo de redemocratização, a UNICEF em conjunto com parceiros realizaram a campanha Criança Constituinte, como uma apelação para que os brasileiros se conscientizassem da importância de votar em candidatos comprometidos com as causas da infância no país, resultando futuramente na inclusão de um artigo em sua Carta Magna voltado para a pauta em questão, mais precisamente o artigo 227, *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Brasil, 1988).

A partir deste momento as crianças passaram a ter como garantia o chamado *tríplice de proteção constitucional*: família, estado e sociedade. Como define Arx Tourino (1995, p. 145):

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins – tios, primos, sobrinhos e outros. [...] Na acepção restrita, a família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos.

Marcelo Novelino (2016, p. 824) complementa que:

Para fins de proteção constitucional, foram consagradas três espécies de entidade familiar: I) família matrimonial, cuja origem é a união formalizada por meio do casamento civil ou religioso (CF, art. 226, §§ 1º ao 2º); II) família informal, quando a entidade familiar é formada a partir da união estável (CF, art. 226, § 3.º); e, III) família monoparental, quando formada pelo pai ou pela mãe e seus descendentes (CF, art. 226, § 4º).

Alexandre de Moraes (2020, p. 1633) acentua também que o Estado, no cumprimento de sua obrigação constitucional, promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, admitindo não somente a participação de entidades governamentais, mas abrangendo a admissão para a participação de entidades não governamentais.

Como princípios norteadores e estruturantes desta doutrina de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), consolidando a partir de então a criança e o adolescente como sujeitos dotados de direitos com proteção e garantias:

Os esforços de concepção do ECA se iniciaram imediatamente após a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Três iniciativas que estavam ocorrendo separadamente se juntaram para conformar o Grupo de Redação do ECA: (i) a da Coordenação da Curadoria do Menor, do Ministério Público do Estado de São Paulo – que estava elaborando uma revisão do Código de Menores; (ii) a do Fórum Nacional DCA, cuja proposta buscava regulamentar a nova Constituição a partir da estrutura dos artigos 227 e 228; e (iii) a da Assessoria Jurídica da Fundação Nacional de Bem Estar do Menor (Funabem), que trabalhava em anteprojeto de normas gerais (TJDF, 2021)

Neste contexto, nota-se o avanço histórico, legal e social do Brasil em relação aos direitos dos menores, haja vista que o ECA possui como objetivo a reinserção do menor na sociedade através da reeducação, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana, trazendo para os menores de idade uma proteção integral, independente da condição deles na sociedade, diferentemente do antigo Código de Menores (1979) que tratava especificamente dos menores em situação irregular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) dispõe:

Art. 5: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais
E em seu artigo 18 ainda complementa: é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Nesta mesma acepção, Débora Xavier (2008, p. 49) aponta que o direito da criança e do adolescente se pauta sobretudo na doutrina da proteção integral, que abrange todas as suas carências enquanto seres em desenvolvimento.

Alexandre de Moraes (2020, p. 1.634) ressalta:

A Constituição Federal ainda prevê duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º) e que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial (Constituição Federal, art.

Segundo Wilson Seffair Bulbol Júnior (2023, p. 10):

De maneira imaginária, traça-se duas linhas do tempo, paralelas que se cruzam, correspondentes à trajetória do Brasil e do resto do Mundo na proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes pelo Estado. Essas trajetórias são marcadas pela instituição de marcos legais e históricos para humanidade, o combate a qualquer tipo de abuso contra crianças e adolescentes, dentro e fora do ambiente familiar, culminando na proteção legal dada ao menor no Brasil, através do compêndio de leis e instituições. Em seguida, após as linhas do tempo que auxiliaram no olhar ao passado, há a análise do presente, os mecanismos legais do Brasil para a proteção desse bem jurídico irrenunciável, basilar da civilização ocidental, a dignidade sexual do menor.

Ainda neste sentido, Pedro Lenza (2021, p. 2092-2093) nos relembra o posicionamento do Estado frente as relações familiares e o crime tipificado como “estupro de vulnerável” (art. 2017-A, CP) em que, a hipótese de conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos não admite renúncia ou perdão tácito. Perdendo, portanto, o sentido de discutir a respeito da maturidade ou consentimento da vítima para a prática do ato, como bem expõe o Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 593 (Brasil, STJ, 2017):

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

De fato, primordialmente, é necessário que o tríplice constitucional adote meios de distinguir e compreender a diferenciação entre crianças e adultos, de acordo com Júnior (2023), desde a gênese da família até a Revolução Industrial, entendia-se que crianças eram “mini adultos”, o que gerou conseqüentemente, diversas conseqüências como bem pontua Amaro (apud Júnior, 2023, p. 22)

As crianças eram tratadas como mini adultos, portanto expostas a atividades hoje consideradas inerentemente adultas, tais como jogos, estimulação ou exposição sexual e até incentivo dos meninos para a precoce sexualidade e resguardo das meninas para casamentos arranjados.

A tipificação do crime de estupro de vulnerável, foi um passo muito importante para o Brasil, Rodrigues (apud Júnior, 2023, p. 23) expõe que a não proteção a infância antigamente era tão recorrente que, comumente podia-se ser solicitado que crianças prestassem favores sexuais ou participassem de jogos sexuais, começado a serem vistos de forma singular, apenas após a diferenciação, propiciada pela educação formal, entre a fase infantil e a fase adulta.

Face a isso e ao que fora sucintamente abordado, é perfeitamente possível observar que a tutela de interesse e de direitos das crianças e dos adolescentes sofreu importante e necessária alteração no decorrer das décadas e do último século, haja vista que essas vidas em desenvolvimento passaram a ser visualizados como sujeitos de direitos em si e não mais como

extensão de seus genitores, conferindo-lhes deveres e, principalmente, direitos que visam afastá-los e protegê-los dos perigos que assolam a sociedade, mas, principalmente, objetivam garantir uma vida digna e compatível com a idade que apresentam. Neste sentido o próximo capítulo buscará realizar uma análise a respeito dos dados do crime de violência sexual infantil no Brasil.

2. VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL NO BRASIL: CONCEITO E DADOS SOBRE O CRIME NO PAÍS

Os crimes de violência sexual estão previstos no Código Penal em seus artigos 213 a 218, sendo o estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A, caracterizado pelo ato de qualquer pessoa que use uma criança para satisfazer seu desejo sexual, através de qualquer relação ou natureza erótica destinada a busca do prazer sexual com o menor de idade. Entre as formas de exploração sexual infantil estão o incentivo à prostituição, à escravidão ou turismo sexual e a pornografia infantil. O tema Violência Sexual Infantil no Brasil é um grande desafio, considerando a quase impossibilidade de mensurar de fato o tamanho real do fenômeno deste crime, devido a diversos fatores que serão abordados no decorrer deste tópico como a subnotificação, o monitoramento escasso de dados e falta de disponibilização para análise.

A subnotificação do crime de estupro é inegável, um estudo realizado pelo IPEA (2023) baseado em dados da Pesquisa Nacional da Saúde, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNS/IBGE), e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), do Ministério da Saúde, considerou o ano de 2019 como parâmetro e identificou 2 casos de estupro por minuto; com base nessa estimativa, foi calculado uma proporção de casos estimados que não são identificados nem pela polícia e sequer pelo sistema de saúde.

A conclusão a que o estudo chegou foi que, dos 822 mil casos por ano, apenas 8,5% chegam ao conhecimento da polícia e 4,2% são identificados pelo sistema de saúde. Ao se falar de estupro de vulnerável, estes números são ainda mais alarmantes, pois 6 em cada 10 casos de violência sexual são de crianças entre 0 e 13 anos de idade, vítimas de conhecidos e familiares; um estudo realizado pela Childhood Brasil (2019) estima que apenas 10% dos casos sejam notificados às autoridades.

Para a apuração e análise de dados qualitativos sobre a violência sexual infantil há ainda a problemática do monitoramento escasso e a falta de disponibilização destas informações a órgãos competentes, em um panorama realizado a UNICEF em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), informa que até recentemente os casos envolvendo crianças e adolescentes não eram analisados de modo a destacar as especificidades necessárias, devido a falta de sistematização e padronização que o tema requer, além disso, mesmo realizando a solicitação de

dados aos estados da União, por meio da Lei de Acesso a Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011) nas informações obtidas ainda faltam dados referentes a alguns anos, idade das vítimas individualmente e consistência na disponibilização de informação como cor/raça das vítimas. Este panorama, aponta que essas falhas da informação podem ser fruto de problemas no preenchimento de Boletim de Ocorrência, na informatização dos dados, na organização da base de dados de alguns Estados, ou mesmo na extração da informação e no reporte ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

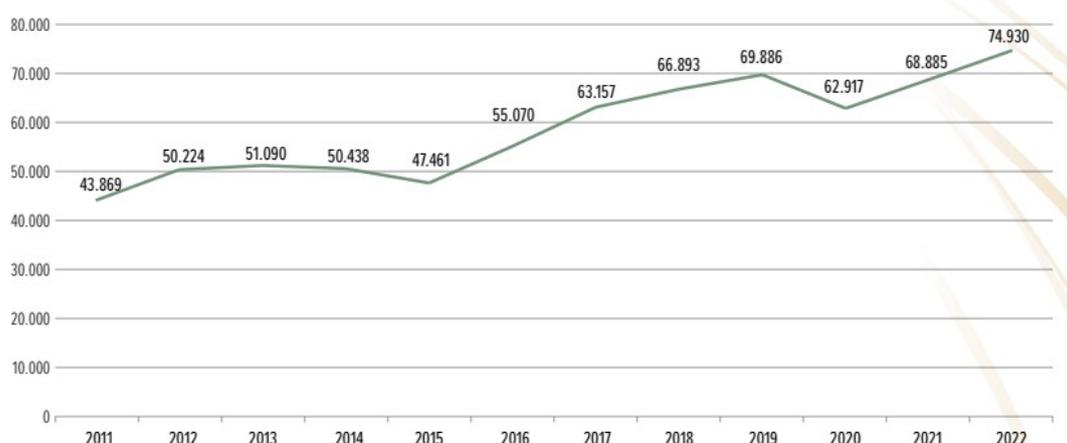
Ademais, é importante entender que além dos fatores citados, a falta de padronização de identificação e separação entre crime de violência sexual (art. 213 do Código Penal) e crime de violência sexual infantil (art. 217-A do Código Penal) também dificultam a análise dos próprios órgãos públicos (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022), além de fatores culturais que influenciam a prática do crime à notificação.

Os primeiros sinais dessa violência se encontram na própria cultura. Podemos encontrá-los materializados nas piadas que abordam a mulher de forma pejorativa, por exemplo, ou na forma como o sexo feminino é retratado nas músicas e nas novelas. O primeiro passo que precisa ser dado é o de desnaturalizar esse tipo de violência. Como vivemos em um país marcado pelo machismo estrutural, precisamos rever vários mitos que se encontram muito presentes em nossa sociedade (TJDF, 2021).

A Rede de Observatório de Segurança (CESEC, 2021) registrou no Brasil um caso de violência contra menores a cada 12 horas entre 2019 e 2021, sendo o Estado de São Paulo o Estado com maior índice de violência. Por meio deste estudo percebe-se que no estado de São Paulo, a violência sexual infantil foi o segundo maior registro.

Os dados divulgados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023) revela que em 2022 o Brasil teve o maior número da história de registros de estupro e estupro de vulnerável no país, sendo identificadas 74.903 vítimas, tendo um acréscimo de 8,2% em relação ao ano de 2021.

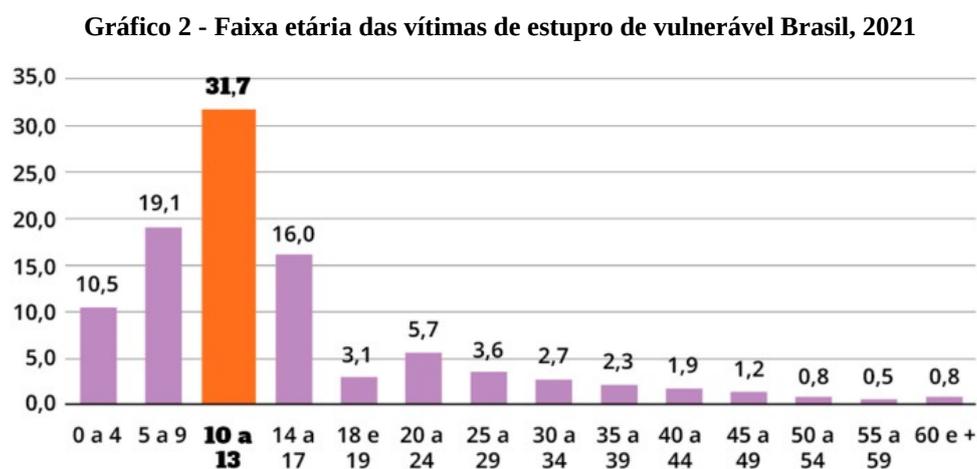
Gráfico 1- Evolução do número de estupros e estupros de vulnerável.



Fonte: Secretarias Estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto de Segurança Pública/RJ (ISP); Polícia

Ainda de acordo com estes dados, do total de registros 61,4%, a vítima possuía até 13 anos de idade, ou seja, a maior parte dos casos de estupro no Brasil não são contra mulheres, são contra crianças, não podendo esquecer que, embora o maior número de casos as vítimas sejam meninas, meninos também sofrem este tipo de violência representando atualmente 14% dos casos em sua maioria entre 5 e 9 anos de idade.

Abaixo, é possível identificar a faixa etária das vítimas de estupro de vulnerável em 2021 no Brasil:



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022, *apud* Instituto Liberta, 2023)

Ademais, o Projeto Maria da Penha vai à Escola (TJDF, 2021) resalta a importância de rebatermos alguns mitos debatidos sobre a violência sexual infantil que ao longo do tempo ficaram enraizados em nossa cultura devido o próprio preconceito estrutural e a falta de diálogo e mais informações sobre o tema.

Pode-se citar, por exemplo, o mito de crianças darem relatos inconsistentes sobre o crime sofrido e que por este motivo não haveria uma certeza se de fato o crime ocorreu, conceito este que exige da criança conseguir realizar uma explicação estruturada de forma lógica da qual, em sua maioria, seu desenvolvimento e nível cognitivo não estão prontos. Não se deve subestimar os sinais emitidos pelas crianças, pelo contrário, deve-se observar os gestos, brincadeiras, desenhos e linguagem simbólica que podem demonstrar comportamentos sexualizados, revelando possíveis violações. (TJDF, 2021, p. 34).

Ainda nesta ótica é interessante analisar o fato de ser comum o entendimento de que a criança irá desenvolver uma rejeição ao agressor após a violência, todavia:

É ele quem a leva para passear, que compra lanche e leva na escola. Muitas vezes ela nem reconhece que o desconforto é uma violência e acha que aquele comportamento faz parte

das atitudes previstas por um cuidador. Mesmo quando ela reconhece, a criança ou adolescente quer que só aquilo pare, mas não deseja mal ao seu ofensor. Isso porque ela o vê mais como pai, avô, tio do que como alguém que lhe faz mal. Isso não ocorre só na violência sexual. Na violência psicológica e física observa-se uma criança indignada com uma surra ou xingamento, mas depois ela mesmo defende o familiar, dizendo que mereceu. Essas violências naturalizadas em nossa cultura precisam ser revistas e combatidas, pois isso dificulta a responsabilização do agressor e retorna a culpabilização para as próprias pessoas que sofreram a violência. (TJDF, 2021, p. 34)

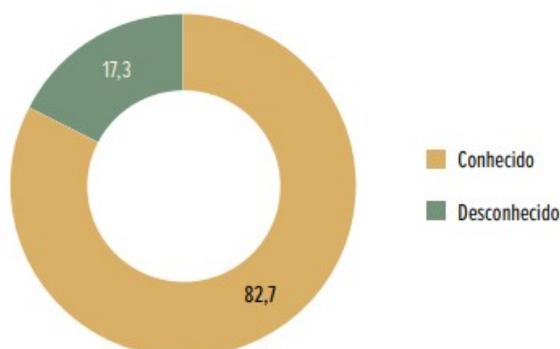
Tendo em vista a ligação entre o agressor e a vítima, o próximo capítulo aborda as características mais recorrentes que definem o perfil do agressor da vítima de violência sexual infantil, bem como as consequências físicas, psicológicas, de desenvolvimento e sociais que envolvem a criança e a sociedade a sua volta. Com o objetivo de voltar a atenção do leitor para onde está o perigo de fato, pois de nada adianta conhecer o crime, mas não saber identificar onde ele ocorre e os sinais de sua ocorrência ou pedido de ajuda daqueles que deveriam estar sendo protegidos e cuidados, mas que do contrário, estão tendo sua dignidade e direitos roubados por aqueles que deveriam garantir sua aplicabilidade.

3. A VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA: O MEU AGRESSOR É QUEM EU CONFIO?

A violência sexual infantil é um crime que deve ser analisado para além do *inter criminis* que o envolve, enquanto sociedade tendo como responsabilidade a proteção e o dever de assegurar ao menor de idade de toda forma de violência, deve-se buscar entender como identificar e onde essas violências ocorrem e quem são os responsáveis pela barbárie de violentar um ser indefeso – a criança – que ainda está em desenvolvimento intelectual, mental, físico e social. Vale destacar que é comum que a criança não tenha sequer capacidade de reconhecer o abuso sofrido, seja pela falta de conhecimento sobre o tema ou pelo vínculo com o agressor, de acordo com Conte, Simon (apud Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2023).

No gráfico abaixo, é possível visualizar relação de vínculo entre agressor e vítima

Gráfico 3- Vítimas de estupro e estupro de vulnerável, por relação com o autor do abuso (%)



Fonte: Análise produzida a partir dos microdados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança

Pública e/ou Defesa Social. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023)

Andressa Mioranza, et. al. (2018) define o abuso sexual infantil como uma relação de poder desigual, uma vez que o agressor se utiliza da confiança e dependência da criança/adolescente, com o objetivo de apoderar-se de sua sexualidade. Todavia, o agressor não comete o crime de forma repentina, ele se aproxima sutilmente criando laços com a futura vítima.

Quanto à característica do criminoso constata-se que em 95,4% dos casos o agressor é do sexo masculino, sendo em 82,5% conhecido da vítima e o local de violência (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p.5) – em contrassenso com a norma constitucional – é o ambiente familiar em 71,6% dos casos (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 159),

A via pública, tida no imaginário social como o local de maior insegurança, foi o local apontado como da ocorrência de estupro de vulnerável em 6,8%, em média, apenas 1 em cada 10 estupros/estupros de vulnerável no Brasil ocorreram em via pública (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 159).

Tabela 1 - Local em que ocorreu estupro de vulnerável Brasil 2022.

Local	Estupro	Estupro de vulnerável	Estupro + Estupro de Vulnerável
Residência	57,8	71,6	68,3
Via pública	17,4	6,8	9,4
Escola	1,0	2,6	2,2
Hospital	1,1	0,8	0,9
Área rural	2,9	3,3	3,2
Outros	19,8	14,8	16,0

Fonte: Análise produzida a partir dos microdados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social (*apud* Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023)

Ademais, nota-se ainda de forma lastimável que em 40,8% das denúncias o criminoso estava na figura de pai ou padrasto do menor, 37,2% irmãos, primos ou outro parente e 8,7% avós (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p.5).

Ou seja, observam-se dados que apenas reforçam o fato de o agressor ser alguém de confiança da vítima, além de demonstrar a fragilidade do assunto e a necessidade de ser tratado em palestras e aulas por meio de políticas públicas a fim de ensinar os menores a identificar a violência e denunciar, reforçando, ainda, a importância de uma atuação mais forte das redes de apoio em divulgação e acolhimento dessas vítimas.

O abuso sexual infantil dentro do ambiente intrafamiliar evidencia o vilipêndio do direito previsto pelo art. 227 da Carta Magna, deflagrando o caráter indefeso da criança que deveria estar sendo cuidada, o que a torna ainda mais vulnerável, pois o ambiente familiar deveria ser o seu primeiro contato com o sentimento de segurança e cuidado.

Martha Lucia Cabrera Ortiz Ramos e Ana Lúcia da Silva (2011, 137) apresentam que a violência intrafamiliar causa prejuízos físicos e psicossociais, afetando níveis socioeconômicos e culturais da sociedade. Além disso, segundo Bremner (apud Sanches et. al., 2019, p.7), o ato da violência sexual no processo de desenvolvimento físico do cérebro do menor de idade, possibilita que a estrutura e função neuronal seja afetada pelo trauma, provocando efeitos irreversíveis na criança como prejuízos cognitivos, emocionais, comportamentais e sociais

Briere e Elliott (apud Sanches, et. al, 2019, p. 7), ainda afirmam que:

Nesse contexto, a complexidade e os diversos fatores envolvidos tornam a violência sexual um importante fator de risco para o desenvolvimento de psicopatologias (apud Saywitz, Mannarino, Berliner, & Cohen, 2000). As vítimas podem desenvolver quadros de depressão, transtornos de ansiedade, transtornos alimentares e dissociativos, enurese, encoprese, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) e transtorno do estresse pós-traumático (TEPT).

Ainda nessa toada, admite-se que este crime além das demais áreas que afeta possui uma forte ligação com a saúde pública, uma vez que traz agravantes ao desenvolvimento da pessoa humana, bem como ameaças a sua vida atingindo o seu desenvolvimento biopsicossocial. Além das consequências físicas e psicológicas que os casos de violência sexual infantil trazem como problemática para a saúde pública, deve-se considerar também as consequências patológicas como os riscos de contaminação com IST's, bem como a gravidez precoce durante a infância.

Como bem afirma Souza et al.; e Sanjeevi et al. (apud Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022):

Dentre os impactos na vida de sobreviventes, os efeitos mais visíveis e imediatos são a gravidez indesejada, lesões físicas e doenças sexualmente transmissíveis. Efeitos menos visíveis, mas bem documentados pela literatura, mostram que vítimas da violência sexual com frequência sofrem de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão, ansiedade, transtornos alimentares, distúrbios sexuais e do humor, maior tendência ao uso ou abuso de álcool, drogas e outras substâncias, comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com relacionamentos interpessoais, bem como risco de suicídio.

Ademais, Luiziana Schaefer, et al. (apud Silva, 2020, p. 12) complementa que as vítimas passam a desenvolver sintomas externos como comportamentos delinquentes e agressividade, bem como desenvolvem sintomas internos como a depressão, ansiedade, isolamento, dificuldades de atenção e queixas somáticas.

Em um estudo publicado pela ANCED - Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (2009) há a apresentação de 10 casos acompanhados pelo centro de defesa da criança e do adolescente, onde um deles o caso citado é o do Pedro, um menino de quatro anos de idade que foi abusado sexualmente por seu primo de 30 anos de idade, com o qual mantinha uma relação de confiança. Pedro ficava com o primo para que a mãe pudesse ir ao curso de informática, a criança nada comentou até apresentar tristeza e enurese, a mãe ao trocá-lo percebeu

as marcas de agressão no corpo da criança e após muita insistência e paciência da mãe, a criança conseguiu relatar a violência sexual que sofreu diversas vezes pelo primo que tanta confiava. O caso retrata o fato de o agressor manter uma relação de confiança com a vítima para torná-la um alvo fácil:

Identificar esses e outros quadros que caracterizam a violência sexual intrafamiliar em nosso país nos permite pensar em como acionar os mecanismos de detecção da violência como uma estratégia que não cabe só aos equipamentos sociais do Estado, mas a todos os cidadãos. Essa é uma tarefa de toda a sociedade: garantir que crianças e adolescentes sejam vistos como sujeitos de direitos e combater, de forma intransigente, as violações a eles dirigidos. (TJDF, 2021, p.34)

Neste contexto, é importante conhecer os locais onde o denunciante poderá pedir auxílio ao identificar a violência sexual infantil. Por conseguinte, o capítulo a seguir, buscará fazer uma análise a respeito de uma grave consequência da violência sexual com menores de 14 anos, a gravidez infantil, bem como a atuação do triplice de proteção constitucional garantido aos menores de 14 anos e as medidas legislativas que tem sido tomadas neste sentido.

4. GRAVIDEZ INFANTIL NO BRASIL E O TRÍPLICE DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA (ESTADO, FAMÍLIA E SOCIEDADE)

Tratar de gravidez e, principalmente, gravidez infantil não é um tema de fácil colocação, ainda mais quando há elementos de proteção destinados às crianças e adolescentes para que tais situações, ou melhor, para que essas violências possam ser evitadas, até porque segundo o que nos descreve Pereira e Giacoia (2021, p.12), entre 2011 e 2021, o Brasil ocupava o quarto lugar no mundo em números absolutos de mulheres casadas até os 15 anos. De acordo com o Banco Mundial (apud Pereira e Giacoia, 2021), acontecem cerca de 554 mil casamentos de meninas entre 10 e 17 anos por ano no Brasil, o que corresponde a 30% da evasão escolar feminina no ensino secundário ao redor do mundo.

Importante destacar que no Brasil, o Código Civil permite o casamento a partir dos 16 anos, desde que autorizado pelos pais, enquanto não atingida a maioridade civil aos 18 anos, sendo que qualquer ato neste sentido com idade inferior aos 16 anos é ilegal, além de caracterizar estupro de vulnerável a relação sexual com menores de 14 anos.

A respeito do casamento infantil, Souto et al. (2017, p. 6) discorre:

Entre os países da América Latina e do Caribe, o Brasil se destaca pelo alto número absoluto de matrimônio na infância e adolescência. Apesar do SINASC registrar a alta prevalência de meninas até 13 anos casadas ou com união estável no período de 2011 a 2015, não é possível determinar a idade dos parceiros e estima-se uma grande subnotificação desse dado, já que os casamentos na infância, no Brasil, têm natureza predominantemente informal.

De acordo com o SINASC, (apud Souto et al., 2017, p.3):

No período de 2011 a 2015, 31.611 meninas de até 13 anos tiveram filhos, sendo elas predominantemente negras (67,5%). A maioria desses nascimentos ocorreu na região Nordeste (39,4%), alcançando quase o dobro da região sudeste (23,2%) que é mais populosa. Apesar da maior parte dessas meninas serem solteiras (76,1%), chama a atenção o fato de 19,6% delas informarem união estável.

Quanto aos procedimentos realizados nos serviços de saúde para prevenir gravidez indesejada e doenças sexualmente transmissíveis (DST), observou-se que apenas 6,4% das vítimas fizeram profilaxia de DST, 7,1% profilaxia de HIV, 4,8% profilaxia de Hepatite B e 1,3% de contracepção de emergência.

A Rede Feminista de Saúde (2021, p.5), realizou um estudo de análise de dados entre 2010 e 2019, concluindo que “entre 2010 e 2019, 252.786 meninas de até 14 anos deram à luz no Brasil, o que representa uma taxa de meninas mãe de 0,9%, ou do crime de gravidez de vulnerável no país, uma média de 25.280 casos por ano, ou 69 crimes presumidos/dia”, vale ressaltar que qualquer menina que dá a luz até os 14 anos foi estuprada.

Prosseguir com a gravidez infantil aumenta o risco de complicações e mortes maternas devido possuírem corpo ainda imaturo para gestar e parir. Além disso, a taxa de mortalidade de meninas mães também é superior à taxa de mortalidade materna de todas as faixas etárias, representando um registro de 62,57 por 100 mil nascidos vivos, enquanto a média geral é de 57,27 por 100 mil nascidos vivos (Rede Feminista de Saúde, 2021, p.16).

No estudo realizado pela Rede Feminista de Saúde (2021, p.6), é possível visualizar os dados referentes aos casos de meninas mães no Brasil:

As regiões brasileiras com maiores taxas foram a Região Norte (1,5%) e Região Nordeste (1,2%). As menores taxas estão na Região Sul (0,6), Sudeste (0,6), seguidas da Centro-oeste (0,8). Esses números não podem ser naturalizados, devem ser enfrentados e combatidos como crimes, conforme a definição legal, e não apenas como um problema de “gravidez na adolescência”.

Ainda neste sentido, o antigo artigo 1520 do Código Civil de 2002, permitia o casamento infantil para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, o referido artigo teve sua redação alterada pela Lei nº 13.811, de 2019, ou seja, apenas em 2019 o casamento infantil foi proibido em qualquer caso.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022) destaca que embora a interrupção da gestação em casos de estupro seja um direito previsto em lei, é possível identificar ainda que casos recentes de crianças grávidas após estupro indicam um ativismo, tanto do Poder Judiciário como do Executivo tentando se sobrepôr ao previsto no artigo 128 do Código Penal.

E tal é assim que recentemente o Brasil tem acompanhado uma extensão desse ativismo no Congresso Nacional, principalmente em razão das bancadas religiosas ali presentes, em que por meio do Projeto de Lei 1904/2024 apresentou-se proposta de equiparação da pena de aborto à de homicídio simples quando a interrupção da gravidez se der após 22 semanas, ainda que seja uma gravidez decorrente de estupro.

Sim, o projeto de lei propõe que a interrupção da gravidez após as 22 semanas, mesmo em casos de estupro de qualquer modalidade, enfrente uma pena semelhante à de homicídio simples – art. 121, do Código Penal – e que pode chegar até 20 anos de prisão.

Uma das justificativas do PL proposto aborda “se o legislador não colocou limites gestacionais ao aborto, não foi porque teria querido estender a prática até o nono mês da gestação” (PL 1904/2024), de fato, o aborto no Brasil é crime e a prática deste em casos decorrentes de estupro é uma excludente de ilicitude prevista pelo Código Penal, no qual o legislador não limitou idade gestacional para sua realização, justamente pelas dificuldades de identificação da gravidez infantil, além de que previu, de mesmo modo, a dificuldade da própria estrutura e infraestrutura brasileira para realização da interrupção da gravidez das vítimas de estupro que assim desejarem, tanto que o próprio Projeto de Lei menciona que mesmo após a promulgação do art. 128 do Código Penal, demorou 49 anos para que se tivesse o primeiro hospital que realizasse tal procedimento.

Diante dessa temática é importante refletir sobre a revitimização que as vítimas de estupro de vulnerável sofrem ao compulsoriamente terem que dar sequência em uma gravidez decorrente de estupro, bem como refletir a respeito do risco de vida e risco de saúde que são expostas cada uma das meninas menores de 14 anos que a cada 20 minutos dão a luz no Brasil.

Prosseguir com o referido Projeto de lei não é garantir a prioridade integral e absoluta às crianças e adolescentes, como determina o art. 227 da Constituição Federal, mas sim trazer uma cascata de violências à menina que se viu violentada e com a infância traumatizada para sempre, pois agora se verá mãe sem ao menos saber como cuidar de si mesma, além disso, se verá forçada a ter que conviver e manter contato com a figura do agressor que foi o responsável por ter-lhe abusado fisicamente, sexualmente e psicologicamente, gerando-lhe traumas para a vida toda e trazendo-lhe uma responsabilidade indevida.

Crianças não são mães. Mesmo no atual século XXI e sendo ordenado pela Carta Magna brasileira o tratamento prioritário, bem como a garantia de uma vida livre de violências e conservação da dignidade da pessoa humana aos menores de 14 anos, as crianças ainda são vistas como mini adultos sem direitos e proteção. O tríplice constitucional (Estado, Família e Sociedade) deve atuar na causa dos problemas para evitar que o desdobramento desse ocorra, a problemática que o Brasil enfrenta no que tange à crianças menores de 14 anos não é a interrupção da gravidez, a problemática é a violência sexual que ocorreu e não foi identificada e nos casos de identificação, a problemática está nos procedimentos adotados pelos profissionais e autoridades que acompanharam a denúncia e não realizaram as medidas cabíveis para o impedimento do início do processo gestacional.

Nessa esteira, o projeto de lei também nos leva a pensar se o Estado se tornaria responsável

pelo acolhimento da criança gerada, justamente, por uma criança, haja vista que em casos de violência sexual infantil estamos a tratar de crianças que são violentas e que, em sua grande maioria, já se encontram em situação de vulnerabilidade social, de modo que trazer mais uma “boca” para naquele local ser alimentada pode acabar agravando a vulnerabilidade e miserabilidade enfrentada.

Ou seja, mais do que crianças não serem mães, é preciso também vislumbrar a responsabilidade estatal quanto à criança que irá nascer e se o Estado, então, tomará a iniciativa e o abrigo do menor em tela, com o escopo de evitar a vulnerabilidade social, econômica e garantir àquela vida forçadamente gerada os direitos constitucionais que lhe são inerentes.

O Projeto de Lei foi suspenso apenas após a repercussão geral e clamor público, haja vista que as maiores vítimas seriam as meninas que sofreram a violência, assim como as crianças geradas e nascidas dessa condição. O Brasil tem avançado em vários aspectos a fim de proporcionar um amparo social e jurisdicional para tentar driblar o alto índice de violência sexual infantil e com isso espera-se que o triplice constitucional de fato garanta às crianças a sua não revitimização e a violência estatal. Nesta perspectiva, o próximo capítulo apontará algumas organizações e locais que fazem parte da rede de apoio a vítima, bem como algumas medidas que o Brasil e o mundo tem adotado para garantir o combate a violência sexual infantil.

6. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O COMBATE E ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL NO BRASIL

Após a Constituição Federal de 1988 e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foram criados diversos órgãos de apoio em busca de garantir os direitos e garantias constitucionais das crianças, visando de fato uma rede de proteção; entre estes órgãos estão: a Defensoria Pública que possui como função a assistência jurídica integral, gratuita e defesa dos necessitados, a Delegacia de Polícia que deve ser procurada em um atendimento inicial, como uma medida de segurança pública, o Ministério Público que possui como um dos papéis fiscalizar e proteger os princípios e interesses do menor de idade por meio de seus Núcleos Especializados, bem como também, as redes de saúde, Conselhos Tutelares, assistência social e Juizados da Infância e Juventude (Lei nº 8.069, 1990).

A violência sexual é por si só, uma situação extremamente traumática como já abordado anteriormente no presente artigo, o que deve ser considerado pelo Estado na coleta de provas ao longo do processo judicial de responsabilização do agressor, considerando este fator e como uma medida de enfrentamento a violência institucional que as vítimas poderiam sofrer ao longo do processo.

A fim de evitar a revitimização das crianças, em 2018 entrou em vigor a Lei 13.431/2017 a qual trouxe avanços como a escuta protegida garantindo uma maior proteção às vítimas ao deporem em um ambiente acolhedor e terem o depoimento gravado evitando, desta forma, ter que relatar o trauma mais de uma vez; a lei propõe a criação de Centros de Atendimento Integrados para crianças e adolescentes, e poderá ocorrer em dois tipos de procedimentos sendo a escuta especializada (nos serviços de saúde e assistência social a qual a criança será atendida) e o depoimento especial (quando a criança irá narrar de forma livre o fato da violência num ambiente acolhedor e por um profissional capacitado no protocolo de entrevista).

Em 2022 foi regulamentada a lei 14.432/2022, a qual dispõe a respeito de uma campanha de conscientização e prevenção do abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, que ocorre todo ano no mês de maio. Essa lei tem como objetivo abrange a notoriedade desse assunto, bem como trazê-lo ainda mais para os debates do dia a dia, visto que o abuso sexual é um assunto muitas vezes negligenciado pela sociedade (Pereira e Pinto Coelho, 2022, p. 2).

Em 18 de maio de 2023, foram firmadas 12 novas ações lideradas pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (MDHC) visando a proteção da população infantojuvenil, são elas:

1. A parceria com a Childhood Brasil para dar seguimento e aprofundar ações do Programa Na Mão Certa, que tem o objetivo promover esforços conjuntos para erradicar a exploração sexual de vulneráveis nas rodovias;
2. A adesão ao INSPIRE programa desenvolvido por 10 entidades internacionais incluindo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Fundo das Nações Unidas para a Infância e o Banco Mundial, o INSPIRE é um conjunto de estratégias integradas destinadas a erradicar a violência infantil, no Brasil, a implementação é realizada através da Coalizão Brasileira pelo Fim da Violência contra Crianças e Adolescentes;
3. O comprometimento com o Pacto Global, uma iniciativa que promove a troca de práticas exemplares para o envolvimento do setor privado na defesa dos direitos das crianças e adolescentes;
4. O reestabelecimento de uma Comissão Intersectorial de Enfrentamento a Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes;
5. O investimento financeiro para aprimoramento dos Centros Integrados de Escuta Protegida, a inserção das regionais da Polícia Rodoviária Federal no Disque 100;
6. A disponibilização de um código para atendimento especializado para orientação e encaminhamento das vítimas de estupro de vulnerável, bem como o reforço dos treinamentos da equipe do Disque 100;
7. O lançamento de dois documentos do MDHC em parceria com a Childhood Brasil, sendo o primeiro um Guia Norteador para Implantação dos Centros de Atendimento Integrado de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência e o segundo diz respeito à Escuta Especializada: conceitos e procedimentos éticos e protocolares;
8. O relançamento do Boletim Epidemiológico sobre casos de violência sexual contra crianças e adolescentes pelo Ministério da Saúde;
9. O anúncio do programa Mapear 2.0 em parceria com a PRF e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) que busca realizar o levantamento dos pontos vulneráveis à exploração sexual de crianças e adolescentes às margens das rodovias federais, elaborando relatório bienal sobre tais ocorrências, para o desenvolvimento de ações educativas, preventivas, de inteligência e de repressão no combate a exploradores, propiciando o resgate de crianças e adolescentes em risco;
10. A divulgação dos dados do Senso SUAS SUAS (Sistema Nacional de Informação do Sistema Único de Assistência Social) com o panorama dos atendimentos de violência

sexual nos equipamentos de assistência social de toda a rede no Brasil, o qual só foi possível pelo intermédio do Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, visando orientar ações e políticas públicas específicas para cada região de maior vulnerabilidade, com base em dados verídicos, além da promoção de encontros entre os profissionais da rede para troca e avaliação de experiências no atendimento às vítimas.

11. A aprovação do CONANDA (Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente) de uma resolução que orienta Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente a criarem Comitês de Gestão Colegiada da Rede de Cuidado e Proteção Social das Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência nas suas localidades;

12. A instituição do Programa Cidadania Marajó pelo MDHC, visando a promoção de cidadania e direitos e ao enfrentamento à exploração e ao abuso sexual de crianças e adolescentes no Arquipélago do Marajó, no Pará.

Portanto, é notório que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil tem avançado significativamente na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente no enfrentamento à violência sexual. A criação de órgãos especializados, como Defensorias Públicas, Delegacias de Polícia e Conselhos Tutelares, aliada à implementação de leis como a Lei 13.431/2017 e a recente regulamentação da Lei 14.432/2022, demonstra um compromisso crescente do Estado em garantir um ambiente seguro e acolhedor para as vítimas. Neste sentido, a promulgação de ações coordenadas, como as firmadas pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania em maio de 2023, reforçam essa estrutura de proteção, incluindo parcerias estratégicas, investimentos em infraestrutura especializada e programas de conscientização.

Esses esforços são essenciais não apenas para prevenir a violência, mas também para assegurar que as vítimas recebam o apoio necessário de forma integrada e eficaz, minimizando o impacto da revitimização durante o processo judicial, sendo tratadas, de fato, como prioridade pelo triplice de garantia constitucional. Deste modo, é evidente que o Brasil está progressivamente fortalecendo sua rede de proteção e implementando medidas concretas para enfrentar a violência sexual contra crianças e adolescentes, promovendo não apenas a aplicação das leis, mas também a conscientização e o apoio contínuo às vítimas ao longo de seu processo de recuperação e busca pela aplicação integral dos direitos e garantias previstos pela Carta Magna do país.

CONCLUSÃO

A violência está presente historicamente na sociedade como um todo, podendo dividir-se em violência física, psicológica, moral, patrimonial e sexual. A violência sexual infantil envolve marcas que podem se tornar irreversíveis e gerar sequelas neuronais e comportamentais que acompanharão as crianças e adolescentes até o final de suas vidas, como prejuízos cognitivos, emocionais, comportamentais, patológicos e sociais.

Internacionalmente a vulnerabilidade infantil ganhou visibilidade a menos de 80 anos com

a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, o que deu força para a criação da UNICEF e outros órgãos de apoio aos menores. No Brasil, as crianças passaram a ser consideradas sujeitos de direitos formalmente com a Constituição Federal de 1988 que auxiliou na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, estatuto este que consolidou como os menores devem ser tratados, bem como com o auxílio do Código Penal tem atuado na prevenção dos crimes previstos contra os seres em desenvolvimento.

Nota-se que embora o princípio da dignidade da pessoa humana faça parte dos Direitos Humanos declarados em 1948, como também seja um dos princípios da República Federativa do Brasil, ainda é possível vislumbrar situações recorrentes onde a referida clausula p etea é tratada como medida provisória no atual Estado Democrático de Direito, onde os filhos desta pátria antes mesmo de se desenvolverem fisicamente, neurologicamente, psicologicamente e socialmente já possuem sua vida ceifada, por meio de uma infância  oitada pela ignorância da violência medieval que ainda se faz presente no país, considerando que dos casos denunciados e notificados, a maior parte dos casos de violência sexual no Brasil ocorrem com menores de 14 anos de idade em um dos Estados mais desenvolvidos do país, o Estado de São Paulo.

Constatou-se durante a pesquisa que a maior parte dos violentadores são pessoas que estão inseridas no convívio familiar do menor, sendo pessoas que criaram laços e uma relaço de confiança com um modo sutil de aproximar-se para a consumaço do crime, perpetuando a hostilidade no tratamento a menores, e devido a essa relaço de proximidade torna a denúncia ainda mais dificultosa considerando que a criança embora esteja sendo violentada não deseja o mal do seu agressor que por muitas vezes é um ente familiar, corroborando desta forma para o aumento das subnotificaço de este crime.

Ademais, a maior parte dos casos ocorrem com vítimas do sexo feminino, o que demonstra que a mulher   vista como um objeto sexual para os homens independentemente da idade ou características que ela possua, pois basta que a vítima pertença ao sexo feminino para que a violência em questão se concretize, evidenciando, mais uma vez, a fragilidade inserta no sexo feminino quando se trata de uma proteço estatal mais eficiente.

Observa-se também que o país ainda sofre com a subnotificaço, não sendo possível identificar os dados quantitativos concretos da execuço e consumaço do crime de violência sexual infantil, uma vez que apenas 10% dos casos são realmente denunciados, evidenciando a importância de uma maior promoço do tema sobre violência sexual, educaço sexual e canais de ajuda, tanto no ambiente escolar e nas m dias sociais uma vez que são onde as crianças passam a maior parte do seu tempo, como também em rádios e televisões para que os familiares e profissionais da sociedade saibam identificar os sinais da violência e como ajudar a vítima a se libertar desta agressão e se

recuperar com o auxílio das redes de apoio governamentais e não governamentais.

Ensejando, portanto, através da presente pesquisa que os dados devem ser analisados para além dos números, voltando os olhos do Estado para tanto e que as legislações sejam efetivamente aplicadas ante todo o aparato assistencial, legal e jurisdicional existente, auxiliando o amadurecimento e conscientização da sociedade de que os menores de idade devem ser tratados com respeito e dignidade, buscando promover um aspecto de proteção e de efetivação dos direitos, com o escopo de que estejam a salvo da negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão, bem como que o tema em tela seja visto com a seriedade que exige, para que nenhuma outra criança ou adolescente venha a ser uma vítima de seu próprio corpo por alguém inserido em seu contexto social.

Ademais, conclui-se que o tríplice de proteção constitucional aos menores precisa adquirir ações mais assertivas e estruturadas para de fato atuar na aplicabilidade da lei, por meio de ações em conjunto com o Legislativo na criação de normas de prevenção e punição do crime de violência sexual infantil, na capacitação de profissionais da saúde e da educação que atuam de forma direta com as vítimas, na capacitação e acompanhamento dos pais para a conscientização da problemática e a importância da vigilância, na atuação de agentes de segurança pública para a manutenção da ordem social, no acompanhamento psicológico das vítimas e na atuação do judiciário de forma mais ágil para garantir a maior proteção possível dos direitos do menor. Além disso, percebe-se também a necessidade de políticas públicas no que tange à educação de crianças e adolescentes, bem como de adultos a fim de conscientizar que a prática da violência sexual infantil não é natural (como era encarado no passado), mas sim um crime que deve ser notificado às autoridades para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1988.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ANCD). **A defesa de crianças e adolescentes vítimas de violências sexuais: reflexões sobre a responsabilização a partir de dez situações acompanhadas por centros de defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo, 2009.

BULBOL JUNIOR, Wilson Seffair. **Violência sexual infantil e seu enfrentamento no Brasil**. 2023. 52 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, 2023. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/items/34e047d6-927f-47cc-aa35-4dfe65cee777>> Acesso em> 03 jul. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988; **Diário Oficial**

da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 jan. 2023.

____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 18 jan. 2023.

____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 593. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 nov. 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf> Acesso em: 18 jan. 2023.

____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Maria da Penha vai à escola: abordagem técnica das situações de violência sexual** [livro eletrônico] / Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. - Brasília: TJDF, 2021, 224 p.

CESEC. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. **Infância Interrompida: números da violência contra crianças e adolescentes**. In: Rede de Observatórios da Segurança, 2021. Disponível em: <http://observatorioseguranca.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/Infancia-interrompida_numeros-da-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-1.pdf> Acesso em: 18 jan. 2023.

CHILDHOOD. **A violência sexual infantil no Brasil: entenda o cenário da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil e saiba como preveni-la**. Ago. 2019. Disponível em: <<https://www.childhood.org.br/a-violencia-sexual-infantil-no-brasil>> Acesso em: 10 jan. 2023.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023 – Informação para gerar transformação**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2023.

____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022 – Violência sexual infantil**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/14-anuario-2022-violencia-sexual-infantil-os-dados-estao-aqui-para-quem-quiser-ver.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2023.

____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 13ª edição, 2021: A violência contra crianças e adolescentes na pandemia** – análise do perfil das vítimas. FBSP, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/13-a-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-na-pandemia-analise-do-perfil-das-vitimas.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2022

FONSECA, Julia. Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <[FRANCO, Andressa. OLIVEIRA, Daiane. ROSA, Patrícia. Adolescente de 12 anos grávida após estupro não consegue realizar aborto legal no Piauí. **Revista Afirmativa**, 01 dez. 2022. Disponível em: <<https://revistaafirmativa.com.br/adolescente-de-12-anos-gravida-apos-estupro-nao-consegue-realizar-aborto-legal-no-piaui/>> Acesso em: 10 jan. 2023.](https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente#:~:text=Faz%2Dse%20importante%20ressaltar%20que,ressalta%20Saraiva%20(2010%2C%20p.)> Acesso em: 02 jan. 2023.</p></div><div data-bbox=)

GIACOIA, Gilberto; PEREIRA, Rafael. Da nulidade do casamento Infantil inferior à idade núbil como política de prevenção da gravidez. **Revista Direito Civil UniAnchieta**, v. 3 n. 2, 2021. Disponível: <<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/article/view/1813>> Acesso em

03 jul. 2024.

GLEYSER, Cristina *et al.* Combate ao abuso e à exploração sexual infantil: o que nós podemos fazer para combater. **Blog UNICEF**, 31 mai. 2024. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/blog/combate-ao-abuso-e-a-exploracao-sexual-infantil>> Acesso em: 23 jun. 2024.

KROGER, Edmundo R. **Desnecessário toque de recolher**. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/toque-de-recolher/posicionamentos_gerais/toque_recolher_reduzido_para_jornal.pdf> Acesso em: 02 jan. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIORANZA, Andressa. BOLSON, Saionara Branco. ROCHA, Renata. Abuso sexual infanto-juvenil: interfaces com a saúde. **Revista Humano Ser**, v.3, n. 01, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unifacex.com.br/humanoser/article/view/994>> Acesso em: 10 jan. 2023.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019.

MPPR. Ministério Público do Paraná. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>> Acesso em: 10 jan. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**: Conforme novo CPC e a EC 90/15. 11ª Edição. Editora JusPodivm, 2016.

O que se sabe e o que falta saber sobre o caso da menina de 11 anos vítima de estupro e grávida pela segunda vez. **Globo.com**, Piauí, 19 set. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/09/12/o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber-sobre-o-caso-da-menina-de-11-anos-vitima-de-estupro-e-gravida-pela-segunda-vez.ghtml>> Acesso em: 10 jan. 2023.

PEREIRA, Eduarda Gomes. PINTO COELHO, Vânia Maria B. Guimarães. **Estupro de vulnerável: abuso sexual de crianças e adolescentes no Brasil**. Disponível em: <<https://fadiva.edu.br/documentos/jusfadiva/2022/25.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2024.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Edição. Editora Saraiva, 2013.

RAMOS, Martha Lucia Cabrera Ortiz. SILVA, Ana Lúcia da. Estudo sobre a violência doméstica contra criança em unidades básicas de saúde do município de São Paulo – Brasil. **Revista Saúde e Sociedade**, Universidade de São Paulo, v. 20, n. 1, p. 136-146, São Paulo.

ROSA E CAMPOS, Maria Angela Mirim da. **Violência sexual como questão de saúde pública: atenção específica em serviço de saúde**. 2006. 168 f. Dissertação para obtenção do título de mestre (Programa de Pós Graduação). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, SP, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-05032007-143228/publico/Dissertacao_MAngela.pdf> Acesso em: 10 jan. 2023.

ROSA, Carlos Mendes. REGIS, Célia Regina. Olhares sobre a Lei 13.431/2017: perspectivas para a construção coletiva de uma resposta estatal à violência sexual contra crianças. **Revista Humanides e Inovação**, v. 7, n. 16 – 2020, p. 537-548. Disponível em:

<<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3414>> Acesso em: 23 jun. 2024.

SANCHES, Leide da Conceição. ARAUJO, Gabriela de. RAMOS, Marina. ROZIN, Leandro. RAULI, Patricia Maria Forte. Violência sexual infantil no Brasil: uma questão de saúde pública. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 09, 01-13, 2019. Disponível em: <<https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/9654/10420>> Acesso em: 10 jan. 2023.

SANTOS, Teodoro Silva. VALE, Ionilton Pereira do. O sistema internacional aos direitos humanos: a força normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 95, abr.-jun. 2016.

Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.95.15.PDF> Acesso em: 10 jan. 2023.

SILVA, Dayana Monteiro da. O perfil psicossocial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. **Revista Educação, Psicologia e Interfaces**, v. 04, n. 01, 2020. Disponível em: <<https://educacaoepsicologia.emnuvens.com.br/edupsi/article/view/194>> Acesso em: 10 jan. 2023.

SOUTO, Rayone Moreira Costa Veloso *et al.* Estupro e gravidez de meninas de até 13 anos no Brasil: características e implicações na saúde gestacional, parto e nascimento. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 9, 2017. Disponível em: <<https://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/estupro-e-gravidez-de-meninas-de-ate-13-anos-no-brasil-caracteristicas-e-implicacoes-na-saude-gestacional-parto-e-nascimento/16264?id=16264>> Acesso em: 07 jul. 2024.

TOURINHO, Arx. A família e os meios de comunicação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, n. 125, jan.-mar., 1995. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176310/000495713.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 de jan. 2023

UNICEF. **Convenção sobre os direitos da criança de 1989**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca#:~:text=Artigo%2039,Os%20Estados%20Partes%20devem%20adotar%20todas%20as%20medidas%20apropriadas%20para,ou%20degradantes%3B%20ou%20conflitos%20armados>> Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **História dos direitos da criança**. Disponível em:

<<https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-dacrianca#:~:text=A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20enuncia%20que%20todas,institui%20consci%C3%Aancia%20e%20dever%20social>> Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Panorama da violência letal e sexual contra crianças e adolescentes no Brasil**. Outubro, 2021. Disponível: <<https://www.unicef.org/brazil/media/16421/file/panorama-violencia-letal-sexual-contra-criancas-adolescentes-no-brasil.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2024.

XAVIER, Débora Cristina Mota Buere. **A extensão do direito de visita com base no afeto: a dignidade da pessoa humana e garantia de convivência familiar**. 2008, 104f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós Graduação). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio

de Janeiro, RJ, 2008. Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113189.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2023.

WODON, Quentin; TAVARES, Paula; MALE, Chata; LOUREIRO, André. Child Marriage, Girl's Education and the Law in Brazil. Ending Child Marriage Notes Series. Abril, 2019. **Washington, DC: The World Bank.**

Rede Feminista de Saúde – Movimento de Mulheres, feminista e antirracismo. Disponível em:
<<https://www.redesaude.org.br/>>. Acesso em: 3 jul. 2024.

Instituto Liberta. Disponível em: <<https://liberta.org.br/artigos-cientificos/>>. Acesso em: 23 jun. 2024.

Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto. **IPEA**, 2023. Disponível em:< <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerca-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>> Acesso em: 23 jun. 2024.

LABELING APPROACH: DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS E LATÊNCIA

Lucas Soares e SILVA¹

RESUMO

Trata-se de artigo focado nos resultados de estudos criminológicos desenvolvidos na década de 1960, notadamente nos Estados Unidos da América, reunidos em torno do paradigma interacionista (*labeling approach*). O estudo apresenta os alicerces teóricos que deram ensejo a desenvolvimento do pensamento criminológico em questão. Para reflexão sobre a formação da identidade desviante, a estigmatização e os processos de criminalização, operados em grande medida pelas agências repressoras, utilizou-se das obras de Howard S. Becker e Erving Goffman, acompanhados de uma gama de autoras e autores brasileiros e latino-americanos, que bem discutem os desdobramentos teóricos frutos da reação social ao delito, isto é, do enfoque do etiquetamento. Ao final, procurou-se indicar a latência em que se encontra os resultados obtidos pelos estudos em questão, também por serem reputados insuficientes, mas especialmente por serem ignorados em muitas práticas cotidianas das agências repressoras. Para ilustrar, explorou-se decisões judiciais no campo da execução criminal, avaliando a negativa de direitos atrelados à liberdade, como a progressão de regime e o livramento condicional, motivada na improvável assimilação da terapêutica penal.

PALAVRAS-CHAVE: *Labeling approach*, etiquetamento, reação social, criminalização, estigmatização, terapêutica penal.

ABSTRACT

This is paper focuses on the results of criminological studies developed in the 1960s, notably in the United States of America, which fall under the scope the interactionist paradigm (*labeling approach*). The study presents the theoretical foundations that gave rise to the development of the criminological thought in question. For reflection on the formation of deviant identity, stigmatization and criminalization processes, largely operated by repressive agencies, the works of Howard S. Becker and Erving Goffman have been used, accompanied by a range of Brazilian and Latin American authors, who thoroughly discuss the theoretical developments resulting from the social reaction to crime, that is, from the labeling approach. In the end, an attempt has been made to indicate the latency of the results obtained by the studies in question, also because they are considered insufficient, but especially because they are ignored in many daily practices of the repressive agencies. To illustrate this point, judicial decisions in the field of criminal execution were explored, evaluating the denial of rights linked to freedom, such as regime progression and parole, motivated by the unlikely assimilation of penal therapy.

KEYWORDS: labeling approach, social reaction approach, criminalization, stigmatization, penal therapy.

1. INTRODUÇÃO

O *labeling approach* (em inglês também social reaction approach) ou a teoria do etiquetamento, igualmente chamada de teoria da reação social, rotulação, interacionista, dentre outros, pode ser definido, no âmbito da história das escolas criminológicas, como o pensamento

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Defensor Público do Estado de São Paulo. Tem interesse acadêmico nas áreas de Direito Penal, Criminologia e Direito Processual Penal. Integrante do corpo docente da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Parecerista da Revista da Escola da Defensoria Pública de São Paulo.

desenvolvido principalmente a partir da década de 1960, nos Estados Unidos da América, voltado ao estudo da reação social ao crime como fator criminógeno. Sob este enfoque, buscou-se o estudo não mais das causas etiológicas do crime, isto é, aquelas decorrentes da psiquê do agente, nem tampouco as causas ambientais, aquelas decorrentes de possíveis desajustes sociais aos quais o agente está submetido. Para teóricos e teóricas do *labeling approach*, as agências repressivas do sistema de justiça criminal possuem papel não pequeno na determinação do que se tem por crime e criminoso.

Do ponto de vista temporal, esta perspectiva é subsequente, portanto, às teorias desenvolvidas sobre o chamado paradigma do consenso² (Escola de Chicago, Associação Diferencial, Anomia e Subcultura Delinquente, dentre outras), desenvolvidas na primeira metade do século XX. Por outro lado, trata-se de uma criminologia ainda não conceituada como crítica, no sentido daquela criminologia desenvolvida a partir da década de 1970, enviesada pelo marxismo, muito embora imbuída de uma criticidade talvez não conhecida até então.

Atualmente, são conhecidos trabalhos paradigmáticos desenvolvidos no âmbito do *labeling approach*, dentre eles a obra de Howard S. BECKER, *Outsiders*, de Eving GOFFMAN, *Estigma e Manicômios, Prisões e Conventos*, em que se discutem a formação da identidade desviante a partir da reação social ao delito, os processos de criminalização e de estigmatização³.

A despeito de inúmeros resultados válidos obtidos pelos referidos estudos, há certo consenso em torno do que seria o maior mérito do enfoque do etiquetamento: servir de terreno fértil ao advento da Criminologia Crítica, como inovação paradigmática. Essa atribuição, que leva consigo também a principal crítica contra as conclusões do paradigma do *labeling*, faz com que muitas vezes se perceba tais estudos como algo superado, ou, ao menos, como algo que carrega consigo uma falha irremediável. De fato, se analisados criticamente os referidos estudos, muitas das críticas se mostrarão procedentes. No entanto, parte de seus resultados são válidos e precisam ser enfrentados até os dias atuais pelos pensadores da criminologia e, principalmente, pelas agências repressoras.

O cerne do trabalho é a possível latência do enfoque do etiquetamento, de modo que seus resultados ainda poderiam ser usufruídos na prática criminológica atual. Com isso, buscou-se

2 Os estudos criminológicos desenvolvidos até a década de 1960 tinham por pano de fundo a sociedade consensual, isto é, uma sociedade coesa em torno de valores comuns, onde o crime figura como ação destoante, que precisa ser reestabelecida por meio da ação repressora e imposição de pena. Já no contexto de uma sociedade conflitual, o crime é visto como uma conduta normal, que somente passa a ser problemática em virtude dos rótulos a ela impostos.

3 Este trabalho foi concebido originalmente como monografia para a conclusão do curso de pós-graduação estrito senso em Direito Penal e Criminologia, oferecida pelo Introcrim e Curso CEI, certificada pela Faculdade CERS. No âmbito da monográfica, os estudos de Howard Becker foram esmiuçados em capítulo próprio, o qual, por razão de espaço, teve de ser integralmente suprido para a produção do artigo. A opção se deu por ser o autor em questão constantemente retomado pelas demais fontes do trabalho.

desenvolver no derradeiro tópico reflexão crítica sobre julgados proferidos pelo Poder Judiciário brasileiro, focando-se nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesse ponto, optou-se pela análise documental, sem pretensões estatísticas. A intenção é mesmo ilustrar que sobrevivem ideias, expostas nas razões de decidir, que ignoram em grande medida aquilo que foi demonstrado pelos estudos sob o enfoque da rotulação (essas sim pesquisas com rigor científico). No âmbito de tais decisões – que decidem sobre a concessão ou não de direitos da execução penal, como a progressão de regime e o livramento condicional – expõe-se a necessidade, por exemplo, de um sujeito aderir à terapêutica penal, ainda que isso signifique, segundo os estudos do *labeling*, aderência ao processo de assimilação do rótulo de criminoso, dessubjetivação, transformação da personalidade, dentre outros fatores maléficos englobados no processo de prisionização.

Portanto, vislumbra-se a existência de um arcabouço científico possivelmente ignorado por decisões judiciais, que, caso o observasse dotaria as decisões judiciais de mais racionalidade. Esta seria a latência do paradigma do *labeling approach*, cujo alcance máximo ainda não se deu.

2. ALICERCES TEÓRICOS

Diante de um cenário de influências das mais variadas, a partir da catártica década de 1960, a qual representou verdadeira revolução do ponto de vista sociocultural, seria imprudente definir o que, especificamente, deu origem à teoria da reação social (*labeling approach*). Porém, do ponto de vista teórico, algumas teorias precedentes são notadas com certa clareza nos trabalhos desenvolvidos sob a nomenclatura que ora se aborda como escola.

Duas correntes da sociologia americana (ligadas entre si) podem ser indicadas como fontes: a) etnometodologia, inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Schutz; b) psicologia social, tendo como expoente George H. Mead, que teria cunhado o termo interacionismo simbólico.

Fenomenologia, segundo ANITUA (2008, p. 574),

seria aquela que proporcionaria uma quebra na forma de abordar o conhecimento e, em particular, o conhecimento sobre a realidade social. Segundo ela, os objetos existem como atos constitutivos da consciência. A mente não apenas percebe, mas também constitui, cria.

Portanto, aquilo que em um contexto tem um significado, em outro contexto pode ter outro significado completamente diferente. ANITUA (2008, p. 575) apresenta interessante apanhado a partir de Edmund Husserl e Martin Heidegger em torno do conceito de “coisa mesma”. A busca pela originalidade, pela essência da coisa, deixa de lado fatores importantíssimos, pois relacionados à vida social. No entanto, aquilo que foi deixado de lado é que interessa à fenomenologia.

Com esse pano de fundo, Alfred Schutz vai trabalhar com a noção de conhecimento a partir de construções típicas. Destaca-se (ANITUA, 2008, p. 576).

“Construções típicas”: mediante elas, é possível aos seres humanos assumir estereótipos de compreensão que permitem inteligir mais coisas do que as que efetivamente são vistas ou ditas. As “construções típicas” ou estereótipos não tornam necessário viver pessoalmente a experiência para saber, para produzir o comportamento do outro e para poder atuar rápida e “espontaneamente”. O entendimento, como qualquer outra relação social surge da intercambialidade de posições - o colocar-se no lugar do outro - e da relevância de congruências - dar por entendido o que se afirma. Dessa forma, não há estabilidade, mas apenas uma estabilidade precária, que, todavia, resulta importante conhecer para saber do que se fala quando se refere à realidade.

Tais ideias foram desenvolvidas por dois alunos de Schutz, cujas ideias vão impactar sobremaneira os criminólogos do rotulacionismo. São eles, Peter BERGER e Thomas LUCKMANN, sendo o principal trabalho a obra *A construção social da realidade*. Esses autores reconhecem que seus pressupostos sociopsicológicos “especialmente importantes para a interiorização da realidade social”, são influenciados pela obra de George Hebert Mead e “alguns desenvolvimentos de sua obra realizados pela chamada escola simbólica-interacionista da sociologia americana” (BERGER, LUCKMANN, 2014, p. 31). Colocam como questão central da sociologia a seguinte: “como é possível que significados subjetivos *se tornem* facticidades objetivas?” (BERGER, LUCKMANN, 2014, p. 33).

A resposta ao questionamento acima, como é de se esperar, compreende o processo de construções típicas e sua estabilização no âmbito social. Com efeito, a apreensão do *outro* se daria por intermédio de esquemas tipificadores, tais como “homem”, “mulher” “europeu”, “jovial”, dentre inúmeros outros. Tais tipificações precedem mesmo a interação face a face e é nela colocada à prova e à negociação. Dizem: “a realidade da vida cotidiana contém esquemas tipificadores em termos dos quais os outros são apreendidos, sendo estabelecidos os modos como lidamos com eles nos encontros face a face” (BERGER, LUCKMANN, 2014, p. 48)).

Nesse contexto, a apreensão do outro - e da própria realidade - se dá por meio da assimilação de tipos, de modo que a própria interação é, em si mesma, típica. As tipificações tendem a se tornarem anônimas - genéricas - à medida que se afasta da situação de interação concreta, face a face (BERGER, LUCKMANN, p. 48). Daí a suas noções de realidade social e de estrutura social (BERGER, LUCKMANN, p. 51):

A realidade social da vida cotidiana é, portanto, apreendida num contínuo de tipificações, que se vão tornando progressivamente anônimas à medida que se distanciam do “aqui e agora” da situação face a face. Em um polo do contínuo estão aqueles outros com os quais frequente e intensamente entro em ação recíproca em situações face a face, meu “círculo interior”, por assim dizer. No outro polo estão abstrações inteiramente anônimas, que por sua própria natureza não podem nunca ser achadas em uma interação face a face. A estrutura social é a soma dessas tipificações e dos padrões recorrentes de interação estabelecidos por meio delas. Assim sendo, a estrutura social é um elemento essencial da realidade da vida cotidiana.

Desse modo, foi percebido por essa corrente de pensamento que a realidade é construída socialmente. Reconhecendo a importância da etnometodologia, Vera Regina de ANDRADE aponta que “a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma “construção social” obtida mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos” (1995, p. 25). Para exemplificar o que se está dizendo, pode-se recorrer ao processo de socialização primária, ou seja, a formação do indivíduo feita por agências de socialização, tais como família, escola, televisão. Nesse contexto, argumenta ANITUA (2008, p. 577):

A internalização dos conceitos realiza-se mediante a apreensão imediata em encontros com o fenômeno ou com descrições de terceiros – com sua carga de significatividade subjetiva – que expressam significados, mas também através de conhecimentos socializados herdados ou abstrações que o sujeito cria e apreende. Este é o “acervo de conhecimento à mão” de que dispõe. Conseguir, assim, um acúmulo de tipificações que constitui a própria “subjetividade”, a que define o mundo, mas isso não é produto apenas de um conhecimento individual, já que se acumulam as “subjetividades” dos indivíduos – este é o termo de Mead – que cercam o indivíduo.

Portanto, chega-se a uma visão da realidade como resultado, produto da interação entre indivíduos, os quais criam conceitos que vão se solidificar socialmente, ou não. Trata-se de um paradigma socioconstrutivista, com forte potencialidade para se questionar conceitos até então estáveis, como de crime e de criminoso.

Por outro lado, no campo da psicologia social, desenvolvia-se o que se chamou de interacionismo simbólico. Por interacionismo simbólico, segundo Juarez Cirino dos SANTOS, entende-se o processo “pelo qual a consciência de si surge no curso da interação social, em que as pessoas assumem a atitude dos outros em relação a si próprias, formando a personalidade como construção social no processo de interação” (2021, p. 179). Já Vera Malaguti BATISTA, que também aponta que a identidade é resultado de uma “conversação na interação social”, destaca que “na vida social o indivíduo desenvolveria atitudes “estereotipadas” na relação com os outros, através de papéis estabelecidos de forma interativa” (2011, p. 73).

É pertinente a síntese de Alessandro BARATTA (2002, p. 85):

Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio), significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.

Apresentam-se aos sociólogos e criminólogos perspectivas altamente críticas da realidade social como dado objetivo, em constante processo de construção, de modo que seria, em certa medida, natural o desenvolvimento de ideias que relativizassem os conceitos até então consagrados de crime (desvio) e de criminoso (desviante), quando debruçados ao estudo da construção de tais fenômenos.

O *labeling approach* então se abre a dois campos: a) o estudo da formação da identidade desviante (o desvio secundário) – ou, dito de outra maneira, sobre os efeitos da aplicação da etiqueta de criminoso; b) o problema da distribuição do poder de definição (o estudo das agências de controle social). Sobre este segundo campo, é possível separarmos, para fins metodológicos, a atuação as agências de controle na criminalização secundária e o desenvolvimento das instâncias de criminalização primária.

Sobre os objetivos da teoria, diz Juarez Cirino dos SANTOS, que “o *labeling approach* reformulou estas questões deste modo: a) qual é a essência do desvio, como fenômeno sociológico? b) quais são os processos pelos quais pessoas tipificam atos como desviantes? c) como as pessoas compartilham essas tipificações?” (2021, p. 85).

Assim, a Criminologia, sob a perspectiva do etiquetamento, passa a se dedicar aos mais variados problemas, tais como a delinquência juvenil, o uso de substâncias entorpecentes e sua repercussão social, os efeitos criminógenos e estigmatizantes das instituições totais, a seletividade das agências do sistema penal e sua cifra oculta, a criminalidade de colarinho branco, dentre outros temas, sempre tendo como ponto de partida que a realidade é construída pelo processo de interação entre os indivíduos e, ainda que não intencionalmente, procurando responder às questões indicadas acima.

3. LABELING APPROACH

Em linhas gerais, o *labeling approach* promove o deslocamento do ponto de partida da construção do conceito de crime e de criminoso. Em primeiro lugar, parte-se da noção que tais categorias são construídas socialmente. Abandona-se explicações etiológicas, seja do ponto de vista individual, seja pelo aspecto social, para se dedicar aos efeitos produzidos a partir da atuação das instituições da justiça criminal. A tese central da perspectiva do rotulacionismo foi assim resumida por Juarez Cirino do SANTOS (2021, p. 180):

Nesse sentido, a teoria do *labeling approach* integra um movimento criminológico e sociológico contra o predomínio da teoria positivista sobre crime e desvio: rejeita os enfoques da criminologia biológica, como suas explicações genéticas, psicológicas e multifatoriais, assim como as abordagens da criminologia sociológica estrutural-funcionalista, ambas preocupadas com as causas da criminalidade ou do desvio. A tese central do *labeling approach* distingue entre (i) violação da regra e (ii) reação social contra

a violação da regra, mostrando que o comportamento desviante depende (i) da natureza do ato e (ii) da atitude dos outros contra o ato.

A conclusão de SANTOS é que (2021, p.182):

a) comportamento criminoso é comportamento rotulado como criminoso pelo controle social; b) um homem se torna criminoso porque uma violação inicial foi rotulada como criminosa; c) o controle do crime determina as taxas de desvio, como produto da atividade da polícia e da justiça criminal.

Nota-se, portanto, uma transição de compreensão do crime do modelo causal, aquele preocupado com as causas primárias do crime, procuradas em aspectos biológicos ou socioambientais do criminoso, para o modelo sequencial de crime, de modo a perceber que a reação ao delito é ensejadora – senão a principal – de novos delitos. Para bem compreender as produções no âmbito do *labeling approach*, são importantes também as noções de delinquência primária e secundária, afinal, uma das observações centrais da escola é a desviação secundária. Explica Alessandro BARATTA (2002, p. 90):

Enquanto o desvio primário se reporta, pois, a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo, e não conduzem, por si mesmos, a uma “reorganização da atitude que o indivíduo tem para consigo mesmo, e do seu papel social”, os desvios sucessivos à reação social (compreendida a incriminação e a pena) são fundamentalmente determinados pelos efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma; o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação “torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação ao primeiro desvio”.

Trabalha-se, com isso, com um modelo sequencial de desvio, sendo o segundo desvio decorrente da reação social ao primeiro, em detrimento de um modelo casual. Como já afirmando, na perspectiva construtivista da realidade social, firma-se a noção de que “a criminalidade não é um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições legais e da reação social” (SANTOS, 2021, p. 182). Nota-se que a identidade desviada é criada, portanto, a partir do processo de interação. Como argumenta ANITUA (2015, p. 591):

O desvio secundário ocorre como a resposta à reação social e, caso remeta aos dados centrais da existência da pessoa que o experimenta, altera a estrutura psíquica e produz uma organização especializada de papéis sociais e atitudes de auto-estima que lhe conferem um determinado status.

Assim, a formação da identidade do desviante é fruto da organização operada a partir da interação com aqueles que reagem ao delito, muito embora o fato em si possa não ter a menor importância se analisado objetivamente. A reiteração é expressão de autoconfirmação e confirmação das expectativas sociais. ANITUA (2015, p. 591) diz que “as atitudes posteriores, adequadas ao que se espera dele, serão mecanismos de defesa, de ataque ou de adaptação com referência a essa reação”.

4. O PROCESSO DE ROTULAÇÃO

A esta altura é possível perceber que o processo de etiquetamento, a rotulação, pode determinar a transformação do indivíduo, a ponto de levá-lo à prática de novas condutas que se conformem com esta nova identidade. Não só, a partir da constituição dessa nova identidade, agora estereotipada, as mesmas pessoas serão facilmente selecionadas pelas agências do sistema de justiça criminal.

É possível perceber, nesses termos, que o processo se dá com um primeiro passo, consubstanciado no desvio primário; com um segundo passo, que é a reação social ao desvio; e posteriormente, com um eventual desvio secundário, confirmando a expectativa social e a autopercepção após o processo de rotulação. É pertinente a forma com que SCHECAIRA (2014, p. 259) resume o processo:

Tornar-se transgressor é um processo transformativo que gravita em torno da aquisição de nomes, significados, motivos, e perspectivas. É mediado pela linguagem e pelas identidades e interpretações que a linguagem confere. É assistido e, por vezes, forçado pelos outros significativos que povoam os ambientes onde se movimenta o transgressor emergente. O transgressor, em suma, está profundamente implicado em definições negociadas de pessoas e comportamentos. As reações à transgressão dão-lhe organização simbólica e identidade pública.

O processo transformativo, portanto, opera sobre a autoimagem da pessoa, bem como sobre seus interlocutores, despertando questionamentos acerca da legitimidade de atribuição de rótulos. Os resultados apresentados pelos teóricos do *labeling* demonstram, então, que os “efeitos colaterais” da reação social podem ser mais danosos socialmente que até mesmo a ausência de qualquer reação. BARATTA (2001, p. 81), ao analisar a obra de Howard BECKER, indica,

Analisando a típica carreira dos fumadores de marijuana, nos Estados Unidos, Becker mostrou que a mais importante consequência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante.

A atribuição de um rótulo e sua tendente assimilação são reações mais duras que o próprio apenamento formal, de modo a, por exemplo, ser desproporcional. O rótulo de “drogado”, “noia”, é mais danoso que eventual pena de advertência sobre os efeitos dos entorpecentes (pena prevista no Brasil, na Lei nº. 11.343/06, art. 28), visto que pode inviabilizar o acesso a bons empregos, a frequência a determinados lugares, o pertencimento a alguns grupos, dentre outras sanções informais.

A existência de tais desdobramentos faz decorrer a preocupação como mergulho no papel desviado. Explica SCHECAIRA (2019, p. 261),

No que concerte ao mergulho no papel desviado, podem-se destacar dois principais pontos de referência: como os outros definem o autor e como o ator se define. De maneira bastante

cruel pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem. A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. [...] Surgirá uma espécie de subcultura delinvente facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência.

Também por meio da observação participante, Erving GOFFMAN analisou esses efeitos em instituições totais, como a prisão (além de manicômios e conventos). Em locais como estes, concebidos como locais de reforma da personalidade, o processo de rotulação e seus efeitos são maximizados potencialmente, uma vez que, normalmente, as pessoas que ali se encontram são privadas de outros tipos de socialização, os tipos mais elementares. Para a GOFFMAN, a instituição total tem tendência inevitável de “fechamento”, no sentido de que a vida interna é um mundo à parte (2015, p. 16). Assim as resume:

O aspecto central das instituições totais pode ser descrito com a ruptura das barreiras que comumente separam esses três esferas da vida [dormir, brincar e trabalhar em locais diferentes]. Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas elas tratadas da mesma forma e obrigadas a fazer as mesmas coisas em conjunto. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a sequência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição (GOFFMAN, 2015, p. 18).

O rompimento com o mundo externo reforça a criação e estabilização de estereótipos antagônicos, privando a pessoa reclusa não só da liberdade, mas de referências elementares de sua manifestação como pessoa, a exemplo do trabalho e da família. Nesse contexto, a pessoa é submetida a um inevitável processo de desculturação, no sentido de destreinamento social.

GOFFMAN chama esse processo de “mutilação do eu”, iniciada com a barreira entre mundo externo e interno (2015, p. 24); seguida de uma espécie de morte civil, quando a pessoa privada de liberdade e institucionalizada deixa de exercer hábitos básicos da vida civil, como transações comerciais, o voto, dentre outros (2014, p. 24). Uma vez institucionalizada, a pessoa será classificada para melhor alocação na instituição total, sendo que as novas classificações não respeitam quaisquer critérios de autoidentificação prévios, podendo ocorrer despojamento do nome, exposições vexatórias, como nudez, além da submissão às cerimônias degradantes (2015, p. 29). Estas características não se restringem ao cárcere, sendo também verificadas em hospitais psiquiátricos, por exemplo. São características recorrentes nas instituições totais como gênero.

O autor em questão também lista uma série de consequências decorrentes da perda da privacidade, refletindo sobre a exposição contaminadora dos atributos do eu. Em primeiro lugar, muitas informações privadas sob fatos anteriores são reunidas em um dossiê que fica à disposição

de muitas pessoas atreladas ao serviço institucional; além disso, os presos e doentes são expostos, muitas vezes em situações humilhantes, a todos os frequentadores do local, quando não identificados de maneira discriminatória⁴. Outra forma de contaminação é a exposição à “alimento sujo, locais em desordem, toalhas sujas, sapatos e roupas impregnados de suor de quem as usou antes, privadas sem acento e instalações sujas para banho” (GOFFMAN, 2015, p. 33). Enfim, a pesquisa de campo demonstrou uma série de eventos que acarretam a desfiguração e a profanação do eu, de modo que as instituições totais são, acima de tudo, tendentes a desconstituírem irremediavelmente as pessoas.

O processo de mutilação é acompanhado de um necessário processo de adaptação do sujeito, que vislumbra garantir sua sobrevivência no ambiente controlado. No ponto, o autor identificou algumas táticas usuais dos internos. Uma delas é a de “afastamento da situação”, no sentido de simplesmente se ignorar tudo que se passa ao redor, em postura amplamente apática, preocupando-se unicamente com as funções corporais básicas. Em segundo lugar, verificou-se a “tática de intransigência”, representada pelo intuito de negação da autoridade e enfrentamento, mostrando-se, evidentemente, ser uma tática perigosa dada a exposição à reações violentas. Uma terceira tática é a da “colonização”, consubstanciada na possibilidade de o interno aderir à vida no interior da instituição, com certo grau de satisfação, considerando sua referência externa menos desejável. Por fim, observou-se a “tática de conversão”, por meio da qual o internado parece aceitar a interpretação oficial e tenta representar o papel de internado adaptado (GOFFMAN, 2015, p. 61).

A permanência em uma instituição com esta natureza implica em uma inevitável adaptação progressiva, que por natureza é objetificante e alienante. Tem sido reiterada a fala a respeito da prisão, onde o sujeito não é ressocializado, senão prisionizado. O processo adaptativo é um processo de sobrevivência em um ambiente, no mínimo, hostil, mas que, sobretudo, não guarda relação com o mundo externo. Daí a impropriedade de se falar em processo ressocializador, pois, acima de tudo, precisa o internado colocar em condições de manter sua integridade física e mental e ainda ter condições de atender aos parâmetros apresentados para sua eventual liberação.

A perspectiva construtivista da realidade social e da identidade pessoal conduz à análise da concepção social em torno das pessoas institucionalizadas. Tais pessoas serão receptáculos de atributos pouco lisonjeiros, afinal, a mera privação da liberdade está atrelada, por exemplo, à periculosidade. Daí que tais indivíduos serão estigmatizados como desviantes e, portanto, perigosos.

No âmbito das instituições totais, mas não só em seu contexto, ocorrem as chamadas cerimônias de degradação, rituais destinados a marcar a identidade desviante no sentido de que o

4 O autor menciona o exemplo extremo da identificação étnica usadas por internos de campos de concentração (GOFFMAN, 2015, p. 32).

tratamento é mesmo o esperado à condição de desviante. Define SCHERAIIRA (2014, p. 261/262) que “são os processos ritualizados a que se submetem os envolvidos com um processo criminal, em que um indivíduo é condenado e despojado de sua identidade, recebendo uma outra degradada”.

É possível exemplificar com os rituais de ingresso no estabelecimento prisional – nesse contexto, o indivíduo será despojado de sua subjetividade, começando pelo troca de suas vestimentas usuais pelo uniforme. Todos os internos, detentos, devem utilizar a mesma vestimenta. O corte de cabelo será o mesmo, padronizado. Todos acordam, se higienizam e se alimentam no mesmo horário. Ou seja, possuem a mesma rotina. Recebem a mesma comida. Todos recebem basicamente a mesma programação cultural.

Em última análise, trata-se de um processo gradativo de desculturação: “série de rebaixamentos, humilhações, degradações pessoais e profanações do eu” (SHECAIRA, 2014, p. 264). Para além do procedimento já mencionados, acrescenta-se a perda do nome, dos pertences pessoais, bem como imposições de dever de tratamento respeitoso, até submissos (com respostas verbais humilhantes, por exemplo), aos funcionários da instituição. O indivíduo institucionalizado perde o sentido de segurança pessoal, sendo submetido a um regime de vigilância perene, implicando a ausência de privacidade.

As críticas do *labeling* à pena de prisão são, portanto, radicais e de impossível ignorância. De tudo que foi produzido, destacando-se três aspectos da pena privativa de liberdade: 1. desestruturação da personalidade e mutilação do “eu”; 2. relação dramaturgicamente: os funcionários e diretores agem como quem está avaliando e colaborando com a recuperação dos internos, e os internos se engajam numa obediência fingida; 3. estigma (prévio e pós-cárcere) (SCHECARIA, 2014, p. 269).

Nessa perspectiva, a reincidência pode decorrer da atribuição da etiqueta, embora o desvio secundário possa não guardar relação como o primeiro. As etiquetas – que podem ser positivas ou negativas – são “qualificações apriorísticas que induzem a um comportamento de acordo com seu conteúdo” (CASTRO, CODINO, 2017, p. 227). Para fins didáticos, utilizam-se da classificação de William PAYNE, indicando as seguintes características das etiquetas: 1) é o principal ingrediente de identificação, no sentido de que individualiza perante a generalidade das pessoas e apaga outras características dos indivíduos; 2) são, entretanto, generalizantes, e carregam consigo muitos atributos; 3) “as etiquetas contagiam outras pessoas por associação, da mesma forma como acontece com as doenças”, a exemplo da má reputação de um embora da família que afeta os demais; 4) “as etiquetas dirigem a atividade social”, de modo que, se algo é reputado problemático, haverá energia pública para enfrentar o problema; 5) “as etiquetas criam autoetiquetas”, no sentido de que a pessoa rotulada passa a se perceber de acordo com o rótulo atribuído; 6) “as etiquetas criam expectativas”;

7) “as etiquetas produzem subculturas”, tal como observado nos estudos de Howard BECKER junto a usuários de maconha e músicos de jazz; 8) “as etiquetas, então, produzem o desvio secundário”; e 9) cria, por fim, “ressentimento e hostilidade entre os sujeitos, que estarão menos dispostos a cooperar com os agentes de controle formal e ao próprio grupo” (CASTRO, CODINO, 2017, p. 227-230).

Portanto, fica estabelecido o processo de etiquetamento, de rotulação, a partir do desvio primário e do impacto da reação social, principalmente por meio da prisão. A prisão se constitui, em verdade, especial elemento criminógeno.

5. LATÊNCIA: A ASSIMILAÇÃO DA TERAPÊUTICA PENAL

A despeito de todos os efeitos atribuídos ao processo de prisionização – notadamente, a “mutação do eu” –, da formação da identidade desviante e a conseqüente estigmatização daquele indivíduo internado na instituição total, a prisão se mantém como resposta punitiva primordial nas sociedades contemporâneas, na alegada ausência de alternativas. É pertinente destacar que os teóricos do *labeling approach* não são, necessariamente, abolicionistas da prisão, mas, ao contrário, é possível dizer que a prisão é considerada legítima no âmbito de tal paradigma.

É interessante notar, no entanto, como o elemento tempo de prisão é constantemente utilizado como potencialmente capaz de inculcar no sujeito privado de liberdade alguma terapêutica. Em verdade, há no cotidiano do direito penitenciário – especialmente sua característica progressiva – certa descrença em seu próprio funcionamento, desconfiando-se de institutos desencarceradores, como se tais não fossem parte do processo de reintegração social.

Os estudos de GOFFMAN, explorados acima com mais atenção, demonstraram que a permanência no espaço-prisão, por si só, jamais poderá ser benéfica ao sujeito. Pelo contrário, parte-se da compreensão que a privação da liberdade em ambientes totais é sempre, em alguma medida maléfica. Tal constatação deveria conduzir à adoção de uma perspectiva redutora de danos, consubstanciada na redução, o quanto possível, do tempo de prisão.

Alvino Augusto de SÁ, em profunda análise da criminologia clínica, aquela operante no âmbito prisional, notadamente na realização de exames criminológicos, vislumbra o advento de uma terceira geração da criminologia clínica⁵, enviesada pela inclusão social, justamente após as

5 Os dois primeiros paradigmas da criminologia clínica são o modelo médico-psicológico e o modelo psicossocial. O primeiro modelo encara o crime por meio de fatores individuais, fundando-se nas características psicológicas do agente. Além disso, a equipe médica – normalmente responsável pelos exames classificatório e criminológico no âmbito da execução penal – é liderada pelo médico psiquiatra e composta por profissionais de saúde, os quais protagonizam a relação como sujeito prisionizado. Tem natureza causalista, buscando as causas do crime em fatores individuais (SÁ, 2015, p. 171). Por sua vez, o modelo psicossocial leva em consideração fatores que orbitam o indivíduo (familiares, sociais e ambientais), sem necessariamente procurar um efeito psíquico de sua influência. A equipe profissional não é liderada pela área médica. Foca-se da transformação de fatores ambientais ensejadores de

conclusões do *labeling approach* e da criminologia radical (2015, p. 250). Expõe o saudoso criminólogo que não se trata de uma criminologia crítica, já que não comprometida com os postulados do pensamento crítico. No entanto, não há como desconsiderar seu enfoque crítico, especialmente por levar em conta “as abordagens críticas da criminologia, o paradigma da reação social, da definição social, tal como entendido pela teoria do *labeling approach*, ou, que seja, do etiquetamento, da rotulação social” (SÁ, 2015, p. 252).

O referido autor critica a lógica do atual sistema punitivo, assim a caracterizando (SÁ, 2015, p. 250):

a) Quanto mais grave o crime, mais severa deve ser a pena; b) a pena deve ter finalidade ou a função de ressocialização; porém, ela é definida e imposta para determinada conduta criminosa, não primeiramente em função da ressocialização, mas em função do tipo e gravidade do crime cometido; c) para os crimes previstos no Código Penal, a pena padrão é a de prisão, tida como pena de referência. As demais serão penas alternativas; d) o autor do crime, desde que imputável, é o único responsável por seu crime, e unicamente a ele deve ser imputado o delito por ele cometido; e) no regime carcerário, as medidas de precaução pela segurança devem ter prioridade sobre quaisquer outras medidas, incluídas aqui as medidas de individualização da execução; f) a ressocialização é o pressuposto básico para que o encarcerado possa ser reinserido na sociedade.

Por outro lado, o autor crê que a finalidade última do sistema penal “é contribuir para a paz social e convivência social, pressupondo-se que as pessoas que têm condutas criminosas também fazem parte da sociedade e têm os mesmos direitos à paz social e à boa convivência social” (SÁ, 2015, p. 249), de modo que a lógica exposta acima deveria ser completamente inverdade, uma vez que a finalidade última também da pena deve ser a inclusão social.

Desse modo, a partir de algumas inversões lógica, teríamos:

a) A segurança no presídio deve subordinar-se à individualização. Não é a segurança que deve ser garantia para a individualização, mas a individualização é que se deve ser garantia para a segurança; b) não é a ressocialização (entendida como adequação social da conduta do indivíduo punido) que deve ser um pressuposto para a inclusão social (reintegração social), mas a inclusão social é que deve ser um pressuposto para a ressocialização; c) as penas hoje tidas como alternativas devem ter prioridade sobre a pena de prisão, pelo que esta se converteria em alternativa, para os casos de real necessidade; d) não é a meta de inclusão social que deve subordinar-se ao tipo e *quantum* de punição, mas é o tipo e *quantum* de punição que deve subordinar-se à meta de inclusão social e tê-la como pressuposto (SÁ, 2015, p. 250/251)

A interpretação de todos esses postulados permite o funcionamento de uma lógica eminentemente voltada à inclusão social do sujeito, levando-se em consideração até mesmo sua eventual vulnerabilidade frente ao processo de rotulação. A atribuição de responsabilização não ignora o indivíduo específico e seu contexto social. Desse modo, o que estaria sendo valorizado e priorizado seria a realidade do indivíduo, sendo a meta da pena a inclusão social, desprezando-se critérios como a gravidade da conduta e a natureza e *quantum* da pena (SÁ, 2015, p. 251). Conclui-se que, “em qualquer hipótese, para qualquer tipo ou *quantum* de punição, a meta de inclusão social

situações problemáticas (SÁ, 2015, p. 244).

deve ser prioritária, ainda que se atende para uma necessidade especial de contensão” (SÁ, 2015, p. 252). Essa terceira geração da criminologia clínica bem se insere, portanto, na perspectiva da sociedade conflitiva por natureza. A conduta desviante, por si só, não ameaça a coesão social, pois lhe são inerentemente natural.

Para Rodrigo Duque Estrada ROIG, em solo pátrio, a Constituição Federal de 1988 impõe a referida perspectiva redutora de danos, uma vez que a nenhuma das funções declaradas da pena possui o necessário respaldo fático. Em outras palavras, as ditas funções da pena não se comprovam na prática. O autor entende que nem a prevenção especial positiva, isto é, a ressocialização do agente, é uma resposta constitucionalmente admissível. Destaca:

Por sua vez, a prevenção especial positiva não é resposta constitucionalmente admissível, considerando que as ideias de tratamento e ressocialização pressupõe um papel passivo do preso e ativo das instituições, sendo resíduos anacrônicos da velha criminologia positiva que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que devia ser (re) adaptado à sociedade, considerando acriticamente esta como “boa” e o condenado como “mau”. Em última análise, a sanção penal e sua execução não podem trazer consigo a finalidade de regulação moral dos sujeitos, pois haveria ruptura do princípio da secularização (ROIG, 2014, p. 21).

Nesse cenário redutor de danos, desconfiadas das funções declaradas da pena, as agências executivas da pena teriam dois grandes desafios, quais sejam, o de “não acentuar ainda mais as características deteriorantes e dessocializantes da prisão”, bem com “oferecer meios (jamais impor) para que os presos tentem diminuir seu nível de vulnerabilidade ao poder punitivo” (ROIG, 2014, p. 23).

Desse modo, não seria despropositado esperar das agências repressivas, com ênfase nas agências judiciais, a adoção de medidas voltadas a desprisionização o quanto antes possível dos sujeitos presos, por meio da concessão dos direitos previstos na legislação pátria voltados à atenuação do cárcere, tais como a progressão de regime, a concessão do livramento condicional, a remição de pena, a suspensão da pena, dentre outros.

No entanto, tem-se a sensação de que há a adoção irrefletida de uma perspectiva mista de retribuição – da qual o estado não poderia dispor e que teria de ser a mais rígida possível – e prevenção especial, no sentido de que a prisão teria mesmo o condão de ressocializar o indivíduo. Esta impressão é sustentada pelo constante aumento do aprisionamento no Brasil nas últimas décadas, bem como o enrijecimento da legislação penal, como a alteração do artigo 75 do Código Penal, que prevê o limite máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, hoje fixado em 40 (quarenta) anos.

O exame criminológico tem sido o instrumento de grande entrave para concessão de direitos em sede de execução penal, tornando-se comum requisito para progressão de regime, concessão de livramento condicional, dentre outros, não obstante as críticas científicas contra o

referido e exame, fundado usualmente na “assimilação da terapêutica penal” e no “prognóstico de reincidência”.

Parte-se, portanto, da forte impressão de que o produto científico decorrente do paradigma do etiquetamento ainda é mal absorvido, quando não ignorado ou corrompido, pela *práxis* decisória no Brasil. Para ilustração, sem pretensões estatísticas, buscou-se verificar se, de fato, existem decisões radicalmente contrárias às teses do *labeling*. Para tanto, foram pesquisados acórdãos envolvendo casos em que se discutiam a concessão ou não de direitos da execução penal – especificamente a progressão de regime o livramento condicional – cujas decisões foram desfavoráveis aos indivíduos reclusos motivadas na expectativa de maior adesão à “terapêutica penal”, ou na necessidade de maior permanência em situação de maior privação de liberdade. A breve análise se limitou às decisões publicadas pelas Câmaras Criminas no Tribunal de Justiça de São Paulo. Como resultado, tem-se que todas as dezesseis Câmaras já decidiram questões envolvendo direitos da execução da pena (progressão de regime e livramento condicional), em muitos casos para negá-los, invocando, pelo menos como um dos fundamentos o motivo mencionado acima, mesmo em hipóteses em que o requisito objetivo (temporal) estava preenchido e o requisito subjetivo (bom comportamento ou comportamento carcerário satisfatório) estava ancorado em atestado de bom comportamento carcerário ou exame criminológico favorável.

Cabe notar que, muito embora a adesão à terapêutica penal normalmente não é o único fundamento para a negação de direitos da execução penal, outros fundamentos, nos casos pesquisados, se restringem à gravidade da conduta praticada, natureza hedionda ou tempo restante de pena, compreendidos aqui como inidôneos, uma vez que são analisados no momento da fixação do *quantum* da pena e regime inicial. Em algumas decisões um dos fundamentos invocados era o histórico de cumprimento de pena conturbado, normalmente caracterizado pelo cometimento de faltas disciplinares, ainda que reabilitadas conforme disposições administrativas.

Nos parágrafos abaixo estão indicados os casos pesquisados, mencionando-se os números únicos dos processos, sendo todos eles feitos públicos, cujas decisões integrais são acessíveis pelo sistema de busca jurisprudencial do portal eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶.

Para iniciar, destaca-se que a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo em execução número 9001198-84.2019.8.26.0637, em que se pleiteava o livramento condicional, ao argumento, conforme exposto em ementa, de que “falta de elementos concretos a indicar a assimilação da terapêutica penal pelo sentenciado” (fls. 2). No caso concreto, o agravante, pessoa presa, cumpria o requisito objetivo e, a título de requisito subjetivo, tinha a seu favor atestado de boa conduta carcerária e exame criminológico favorável. Ainda assim, foi

6 www.tjsp.jus.br

considerado que o agravante não atendia ao requisito subjetivo, pois cumpria pena por crime grave e possuía histórico prisional conturbado, tendo reincidido no âmbito do cumprimento da pena e praticado faltas disciplinares.

Da mesma forma, a 4ª Câmara de Direito Criminal negou provimento a agravo em execução em que se pleiteava o livramento condicional, ainda que preenchido o requisito temporal e diante da existência de atestado de bom comportamento carcerário. No feito 9000121-89.2022.8.26.0037 houve menção que o livramento condicional é instituto mais amplo que a progressão de regime, de modo que o mero atestado de bom comportamento não atende ao efetivo requisito legal, consistente em “comportamento satisfatório durante a execução da pena”. Contudo, não é possível extrair da decisão qual aspecto da conduta da pessoa privada de liberdade levaria à conclusão de que seu comportamento seria insatisfatório, afinal, mencionou-se somente que o agravante foi condenado por “incontáveis furtos qualificados” (p. 3). Concluiu-se: “trata-se, portanto, de indeferimento baseado em concreto desajuste à vida em sociedade e concreta falta de resposta à terapêutica penal” (p. 5).

No feito 9000087-40.2022.8.26.0482, um agravo em execução penal contra decisão que negou o livramento condicional, o acórdão de lavra da 9ª Câmara Criminal de Direito Criminal, entendeu, conforme fundamentos já expostos na ementa da decisão, que o recorrente não preenchia o requisito subjetivo porque o fato praticado era grave, o agente possuía histórico prisional maculado e considerável pena a cumprir, além de ser necessária a absorção da terapêutica penal. Em relação ao requisito objetivo (temporal), a decisão é expressa no sentido de que ele foi cumprido ao tempo do pedido. Por outro lado, no que se refere ao requisito subjetivo, verifica-se que a decisão foi desfavorável mesmo diante de atestado de bom comportamento, mencionando-se existir no prontuário do recorrente fatos concretos que demonstrariam que “o sentenciado ainda não desenvolveu meios próprios de autocensura” (p. 3).

Nesse específico caso, a informação desfavorável ao indivíduo é o fato de ter, em um primeiro cumprimento de pena, abandonado o regime semiaberto e cometido novo delito. Inexiste reflexão sobre as possíveis causas da reincidência e a possibilidade de a própria prisionização o sê-la. Chama atenção, entretanto, o fato de que os efeitos maléficos inerentes à prisionização, consubstanciados na absorção das regras da prisão pelo condenado (visto pelo enfoque do etiquetamento como perversos), foram vistos na decisão como algo a ser interpretado em desfavor do indivíduo. Veja-se:

Em relação ao requisito subjetivo, resalto que o atestado de boa conduta carcerária, por si só, não se mostra aceitável para avaliar o mérito da condenada, pois “ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. [...] estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no novo grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para

viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições.” (p. 6).

Ao final, decidiu-se pelo não provimento do recurso, indicando que o recorrente não preenchia o requisito subjetivo e que deveria “demonstrar assimilação à terapêutica penal antes de agraciado com um benefício tão amplo como o livramento condicional” (p. 7).

A 5ª Câmara de Direito Criminal, no agravo em execução número 0002745-16.2022.8.26.0637, deu provimento ao pleito do Ministério Público, cassando a decisão concessiva do livramento condicional, expondo na ementa da decisão: “liberdade que deve ser galgada gradativamente, possibilitando a assimilação do processo de reeducação penal em cada fase da execução” (p.2). No caso concreto, o requerente já tinha cumprido o requisito temporal e tinha a seu favor atestado de bom comportamento carcerário e exame criminológico favorável, de modo que a autoridade judicial teve de buscar motivo na prática de faltas disciplinares, embora todas estivessem reabilitadas, havendo menção expressa que o último desvio disciplinar datava de mais de um ano.

A 2ª Câmara Criminal deu provimento a agravo em execução interposto pelo Ministério Público, determinando o retorno do indivíduo recluso ao regime fechado para realização de exame criminológico antes de sua inclusão no regime semiaberto (autos nº. 0012897-16.2022.8.26.0996). No caso concreto a progressão ao regime semiaberto tinha sido deferida visto que preenchidos os requisitos legais (requisito temporal e atestado de bom comportamento carcerário). No acórdão, inexistem fundamentos fáticos a colocarem em dúvida o preenchimento do requisito subjetivo, de modo a ser possível dizer que a decisão foi tomada somente com base na gravidade do delito praticado. Indicou-se ser necessária a avaliação acerca da assimilação da terapêutica prisional, nesses termos:

No caso em exame é imprescindível apurar se a personalidade do Agravado arrefeceu; se refletiu adequadamente sobre os crimes praticados e os reflexos deles na vida das vítimas; se introjetou os sentidos de responsabilidade e disciplina necessários ao regime intermediário; se assimilou minimamente a terapêutica prisional. E não raro temos notícias de presos que, agraciados indevidamente com um benefício, tornam a delinquir, por vezes barbaramente. (p. 2/3).

A mesma Câmara Criminal, no feito nº. 0011001-35.2022.8.26.0996, entretanto, decidiu, ao negar recurso ministerial com o objeto idêntico, que “não tendo dado mostra de inadaptação no novo regime, o Agravante (referindo-se ao agravado) deixa entrever que assimilou a contento a terapêutica prisional que vem sendo dispensada e que introjetou o sentido de responsabilidade e disciplina necessários à nova situação carcerária” (p. 2). Assim também decidiu a 10ª Câmara de Direito Criminal, que entendeu que o apenado apresentava bom comportamento carcerário, demonstrando que vinha assimilando a terapêutica penal (autos nº. 0004661-79.2022.8.26.0154).

Aqui, a razão de decidir se aproxima de uma compreensão no sentido de que sempre que

possível o cárcere deve ser atenuado, de modo que eventual endurecimento nos requisitos legais deve ser concretamente justificado. Na última decisão mencionada, afirmou-se que a negativa de benefícios seria prejudicial à terapêutica penal. Destaca-se:

De nada adianta dispensar uma terapêutica criminal ao condenado, tentar imbuí-lo dos sentidos de responsabilidade e disciplina e negar-lhe um benefício quando ele deu mostra de estar engajado no processo de ressocialização, iniciativa que poderia frustrar a expectativa de melhora na situação carcerária e minar o processo de reinserção social, eventualmente se constituindo em fato gerador de indisciplina carcerária. (p. 3).

Por outro lado, a 1ª Câmara de Direito Criminal, autos nº. 0010262-10.2022.8.26.0496, entendeu ser correto reformar decisão que negava a progressão ao regime aberto pelo simples fato de que o apenado deveria “experimentar, por mais tempo, o semiaberto, para, então, ter concedido o regime ora pleiteado” (p. 2). No bojo do acórdão afirmou-se que o sistema progressivo de penas não distingue, para efeito de progressão de regime, penas longas, médias ou de curta duração.

A 6ª Câmara de Direito Criminal decidiu no sentido que vige o princípio *in dubio pro societate*. Dentre as decisões pesquisadas, uma chama atenção (autos nº. 0017529-40.2022.8.26.0041). A progressão de regime para o regime semiaberto foi negada em virtude da existência de exame criminológico desfavorável. Ocorre que o referido exame realçou em detrimento do réu sintomas causados pelo próprio cárcere, como apresentar “dificuldade no estabelecimento e manutenção dos vínculos afetivos familiares (mãe e irmãos), prejudicados ainda mais com sua reclusão”. Além disso, destacou-se que o apenado “apresentou planos para o futuro pouco definidos: não conta com apoio familiar e metas profissionais” (p. 2-3). Os registros dessas impressões sobressaíram ao fato de ter conseguido “elaborar uma crítica razoável sobre os efeitos do uso de drogas na sua vida em que as consequências [...]” (p. 3).

A 11ª Câmara de Direito Criminal também se utilizou deste princípio para fundamentar decisão que negou a progressão de regime para o semiaberto. Apontou como principal fundamento fático aspectos desfavoráveis constantes no exame criminológico, como a ausência de crítica satisfatória sobre os fatos praticados (autos nº. 0000432-08.2023.8.26.0521). Da mesma forma, decidiu a 15ª Câmara de Direito Criminal (autos nº. 0020225-15.2022.8.26.0602), que, igualmente, entendeu pelo não preenchimento do requisito subjetivo para a progressão de regime, visto que se esperava, conforme exame criminológico, “internalização mais aprofundada de valores morais e éticos” (p. 4).

Em outro caso a mesma 6ª Câmara de Direito Criminal expôs em decisão que a progressão de regime depende de “aptidão psicológica, adequação temperamental, senso de responsabilidade, e perspectiva de futuro, indicando que reúne condições de que não voltará a delinquir, assimilando a terapêutica penal”. Não obstante tais elucubrações sobre aquilo que deve se desenvolver no âmbito

do cumprimento da pena, no caso concreto, o direito foi indeferido porque o interessado teria “situação jurídica indefinida”, decorrente do fato de responder a outro processo criminal (autos nº. 0006476-10.2022.8.26.0026).

A 7ª Câmara de Direito Criminal fundamentou decisão que negou o livramento condicional – em hipótese que o juízo *a quo* havia concedido a progressão de regime – na impossibilidade de “progressão per saltum”, não respeitando, portanto, a natureza jurídica do livramento condicional. Foram somados outros fundamentos para a negativa (reincidência em crimes patrimoniais e histórico prisional descompromissado, com registro de faltas disciplinares (autos nº. 0008421-84.2022.8.26.0041), de todo modo, uma vez mais houve opção pelo prolongamento da pena privativa de liberdade, ainda que diante da concreta possibilidade de seu encurtamento.

A 8ª Câmara de Direito Criminal entendeu por bem confirmar decisão que negava a progressão de regime ao semiaberto, bem como o livramento condicional, posto que, a despeito do cumprimento do requisito temporal (objetivo), bem como de atestado de bom comportamento durante a execução e pena e relatório conjunto de avaliação favorável (requisito subjetivo), o executado cometeu uma falta média, o que evidenciaria a necessidade de manutenção do regime fechado. Foram somados argumentos referentes ao crime praticado e à duração da pena (autos nº. 0014120-91.2022.8.26.0482). Mesmo o regime semiaberto, em que, a despeito da possibilidade de o indivíduo usufruir de pontuais saídas temporárias, pode ser visto nas decisões comentadas como uma atenuação desmedida da pena, não obstante sejam os estabelecimentos penais e suas práticas, se comparados aos do regime fechado, muito semelhantes.

A 12ª Câmara de Direito Criminal (autos nº. 0011290-20.2022.8.26.0041), diferentemente, concedeu o livramento condicional, combatendo argumentos como a concessão recente da progressão para reafirmar a independência dos institutos. Os julgadores entenderam que o requerente vinha absorvendo a terapêutica penal. Destaca-se (p. 3):

Analisando o histórico prisional do reeducando verifico não possuir falta disciplinar pendente de reabilitação, superado o argumento de que a falta grave conduz ao não preenchimento do requisito subjetivo.

Tais elementos demonstram que o agravante vem demonstrando satisfatória absorção da terapêutica penal, não havendo nenhum acontecimento recente que desconstitua seu merecimento.

Assim sendo, pode-se concluir que o reeducando demonstra evolução de seu quadro psicossocial, de modo que a pena privativa de liberdade, *in casu*, vem cumprindo sua função legalmente estabelecida, qual seja: a prevenção especial positiva (ou reintegração social).

Como referido inicialmente, diversas decisões favoráveis aos indivíduos encarcerados também reforçam a possibilidade de absorção da terapêutica penal.

A 16ª Câmara de Direito Criminal, negou provimento à agravo em execução ministerial (autos nº. 9000248-70.2022.8.26.0637), contra decisão de primeira instância que havia concedido a

progressão de regime ao regime aberto, O recurso se fundamentava no argumento de que a pena a cumprir ainda era longa e os delitos pelos quais o indivíduo cumpria pena eram graves. Em última análise, a decisão favorável ao sentenciado firmou-se no fato de estar absorvendo, com correção, a terapêutica penal.

Em outro caso, também a 16ª Câmara de Direito Criminal deu provimento ao agravo em execução defensivo (autos nº. 0010172-02.2022.8.26.0496), concedendo ao apenado a progressão de regime ao regime semiaberto, a despeito da existência nos autos de exame criminológico desfavorável à concessão do benefício. Uma vez mais, entendeu-se que, não obstante o exame mencionado, o sentenciado demonstrava assimilação de terapêutica penal.

A análise das decisões acima conduz a um limiar de difícil transposição, afinal, tanto as decisões desfavoráveis quanto as eventualmente favoráveis se fundam na assimilação da terapêutica penal. Ocorre que, independentemente do que se entender por terapêutica penal, é inevitável a compreensão de que ela é desenvolvida, no mínimo, conjuntamente ao processo de mutilação do eu, de desculturação, isto é, do processo deletério de prisionização. Circunstâncias concretas do cotidiano do cárcere, tais como a prática de eventuais cerimônias degradantes, o respeito aos direitos da personalidade, como o chamamento nominal e a privacidade (se possível em ambiente superlotado), o acesso extramuros, seja pelo contato familiar ou mesmo o acesso à informação, a oferta de trabalho, lazer e cultura, dentre tantos outros elementos constitutivos da formação do indivíduo, não são refletidas em estudos criminológicos ou decisões judiciais.

Chama a atenção, portanto, que os efeitos maléficos da prisão há tanto tempo já identificados e tidos até mesmo pelo senso comum como inevitáveis e, muitas vezes, irreversíveis, não são levados em consideração quando da análise do grau de absorção da terapêutica penal. Pelo contrário, certos efeitos, como o distanciamento da família e a não formulação de planos concretos pelo futuro, reconhecidamente agravados pela privação de liberdade, chegam a ser considerados como fatores negativos atribuídos ao indivíduo.

A existência ou não de uma terapêutica penal possivelmente saudável e voltada à ressocialização demandaria trabalho autônomo. No entanto, se demonstrado de maneira suficiente pelo *labeling approach* as vicissitudes dos processos de criminalização, rotulação e estigmatização, é de se esperar que tais efeitos concretos sejam levados em consideração como critério de controle da racionalidade das decisões que implicam restrição ou concessão de liberdade do indivíduo.

Nesse cenário, oferta a criminologia, notadamente a criminologia clínica, ferramental suficiente para a adoção de uma postura de inclusão social – e não meramente preventiva. Com isso, eventuais estudos que recaiam sobre indivíduos privados de liberdade devem levar em consideração a multiplicidade de modos de vida e as múltiplas concepções de sociedade, sem deixar de refletir

sobre os efeitos deletérios operados pelo cárcere sobre a pessoa reclusa. Por outro lado, no campo da execução criminal e do próprio direito penal, a postura de redução de danos, ou seja, a adoção que favoreça à liberdade, com análise mais objetiva possíveis dos parâmetros legais, atende de melhor maneira a dignidade humana, diante da ausência de alicerce racional a sustentar as decisões.

CONCLUSÃO

O *labeling approach* é, portanto, uma escola criminológica e alto teor de criticidade – embora não englobado pela *Criminologia Crítica* – responsável pelo estudo da reação social ao crime. Com isso, pode-se dizer que estudos realizados no âmbito desse enfoque representam verdadeira mudança de paradigma em relação ao que vinha se produzindo na criminologia. Em apertada síntese, o funcionamento das agências repressoras do sistema penal passa a ser visto como elemento criminógeno em detrimento de fatores individuais e sociais que pudessem ser tidos como causas do crime.

A prisão é objeto de estudo fundamental para o *labeling approach*, já que, pelo viés interacionista, é um *locus* de transformação da personalidade. Ocorre que esse processo transformativo não atende – nem pode atender – ao que se propõe. A prisão, segundo estudos de Erving GOFFMAN, é espaço de “mutilação do eu”, de modo que a permanência no local, permeada por cerimônias degradantes, é sempre deletéria. Ao invés de, por exemplo, ressocializar uma pessoa, a tendência é que a prisão faça com que esta pessoa assimile definitivamente o rótulo de desviante que lhe foi atribuído a ponto de, no futuro, para confirmar as expectativas sociais – ou simplesmente fazer o que lhe parece normal –, reiterar delitivamente.

Como “instituição total”, a prisão – a pena privativa de liberdade – impõe um processo de desculturação. As instituições de tal natureza possuem características próprias, de modo que o indivíduo inicia um processo adaptativo desconectado com o mundo exterior. O agente se vê então obrigado a adotar condutas voltadas a sua proteção pessoal.

O processo de rotulação é um processo complexo, com a implicação final de atribuição de um estigma que marca o indivíduo a ponto de o próprio indivíduo se identificar com o rótulo. Diante de tal possibilidade, o desafio da criminologia passa a ser também refletir sobre a como frear o processo de rotulação, em suas diversas fases, evitando a consequência final, que pode ser a reincidência.

Nesse cenário, é possível verificar, por exemplo, na legislação brasileira, uma série de medidas voltadas a evitar o processo de estigmatização. Trata-se de medida que podem evitar uma condenação criminal, como institutos jurídicos como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional.

Merece destaque o fato de o Brasil ter adotado o sistema progressivo de cumprimento de pena no âmbito da execução penal. Por meio desse sistema busca-se minorar os efeitos deletérios do aprisionamento.

Os mencionados direitos da execução penal deram ensejo à breve pesquisa documental sobre julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foram analisados aleatoriamente acórdãos de todas as Câmaras Criminais do referido Tribunal, o que implica dizer que a análise não tem fins estatísticos, verificando as razões de decidir quando diante da possibilidade concreta de se reduzir o tempo de permanência na prisão. Trata-se de acórdãos que julgaram agravos em execução, no bojo dos quais se pleiteava a concessão de progressão de regime ou livramento condicional (ou suas cassações).

Em suma, procurou-se observar se o referencial do *labeling approach* é, ou não, aproveitado no âmbito da tomada de decisões. Observou-se ser possível dizer que é atribuída à prisão a função de desenvolver certa terapêutica penal, consubstanciada em um processo transformativo do indivíduo voltado à ressocialização. Por outro lado, a possibilidade de transformação negativa do indivíduo, sua estigmatização e efeitos daí decorrentes não são refletidos em tais decisões. Efeitos negativos decorrentes do aprisionamento, como o distanciamento da família, podem ser atribuídos ao próprio indivíduo, interpretados em seu desfavor.

A ilustração feita por meio da análise das decisões indica a possível latência em que se encontra o produto da criminologia do *labeling approach*.

Desse modo, partindo-se a ideia de que as agências repressoras, no sentido mais lato possível, precisam operar em uma lógica de constante apuração de sua própria racionalidade, enfrentar questões como o fato de indivíduos estigmatizados serem completamente normais ao restante da população; que as condutas incriminadas muitas vezes o são por razões desconhecidas, quando não decorrentes de empreendimentos morais desprovidos de respaldo democrático; que o aprisionamento pode ser maléfico à formação da identidade a ponto de levar a pessoa a reiterar, dentre outras, parece ser salutar ao aprimoramento democrático do funcionamento do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Revista Sequência, UFSC, Florianópolis, v. 16, n. 30. 1995, p. 24-36. Disponível online: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>

_____. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias do pensamento criminológico*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto

Carioca de Criminologia. 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

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

_____. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 36ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

CARVALHO, Salo de. *Curso de criminologia crítica brasileira: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CASTRO, Lola Aniyar de. CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2021.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

“MACHARTISMO”. In. Wikipédia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Macarthismo>

“NEW DEAL”. In. Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/New_Deal.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 3ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Verena Dias Barboza MUNHOZ¹
Gisele Mendes de CARVALHO²

RESUMO

O presente artigo discute o tema do crime de perseguição insidiosa e como as condutas relacionadas com esse tipo penal violam direitos da personalidade, que podem ser da privacidade, liberdade, integridade física, integridade psicológica, entre outros. A pesquisa realizada é a bibliográfica, com a utilização de livros, artigos e textos sobre a temática. O método é dedutivo, por meio da inferência de que ações persecutórias envolvem a vigilância, invasão de privacidade, controle e restrição à liberdade da vítima, o que faz com que se violem direitos básicos inerentes à sua personalidade e dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade; Liberdade; Perseguição; Privacidade.

ABSTRACT

This article discusses the crime of insidious stalking and how conduct related to this type of crime violates personality rights, which may include privacy, freedom, physical integrity, psychological integrity and others. The research is bibliographic, using books, articles and texts on the subject. The method is deductive, through the inference that persecutory actions involve surveillance, invasion of privacy, control and restriction of the victim's freedom, which causes violations on basic rights inherent to their personality and dignity.

KEYWORDS: Personality rights; Freedom; Persecution; Privacy.

INTRODUÇÃO

A perseguição insidiosa se tornou crime no Brasil pela Lei nº 14.132 em 2021, sendo relativamente recente em comparação com outros países, como Estados Unidos, que já criminalizavam esse tipo de condutas há muitos anos. Assim como em outros países da Europa, como Portugal, em que é crime há quase trinta anos. O crime de perseguição é a ameaça à integridade física ou psicológica de uma pessoa, restrição de sua locomoção e a invasão ou perturbação de sua liberdade ou privacidade, como dispõe o Art. 147-A do Código Penal brasileiro. As condutas envolvem diferentes maneiras de agir, podem ser violentas, como ameaças e agressões, ou insistentes e incomodativas, como mensagens, ficar nos mesmos locais, espalhar mentiras, enviar presentes, entre outros.

Esse tipo de conduta pode acontecer até mesmo em diferentes ambientes, como em universidades ou no trabalho. No trabalho, ela é chamada de assédio moral ou *mobbing* e será

1 Graduada em Direito pela UEM. Mestranda bolsista pela CAPES em Ciências Jurídicas na UNICESUMAR (modalidade Taxa/PROSUP) *.

2 Graduada (2000) e Mestre (2003) em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2000). Doutora (2007) e Pós-Doutora (2009) em Direito Penal pela Universidade de Saragoça, Espanha. Docente de Direito Penal na UEM.

esclarecida mais profundamente na pesquisa, uma vez que no mundo globalizado e industrial de hoje, pode acontecer com frequência do ambiente laboral ser repleto de competitividade e acontecerem situações de incômodos, cobranças, fofocas, entre outras situações que passem do limite e venham a caracterizar assédio moral, que pode configurar um tipo de perseguição, devido seu caráter prejudicial à vítima. Com isso, as ações degradantes causadas pela perseguição reiterada atingem direitos da personalidade da vítima, limitando sua liberdade e locomoção, ameaçando sua integridade física e psicológica, invadindo sua privacidade e assim por diante, chegando a casos extremos fatais contra a vítima ou seus familiares.

A pesquisa é bibliográfica, com referenciais teóricos sobre o tema, como o livro “*Stalking e cyberstalking*” dos autores Spencer Toth Sydow e Ana Lara de Castro, entre muitos artigos, livros e textos. O método utilizado é o dedutivo, partindo da premissa de que condutas persecutórias invadem a vida da vítima, causando danos e consequências e, dessa forma, também violam seus direitos personalíssimos, que são inerentes à pessoa humana, portanto merecendo atenção acadêmica e social.

Primeiramente, se aborda o que é a perseguição e suas principais características, além da especificidade da perseguição em ambiente de trabalho, chamado assédio moral. Em segundo se dispõe sobre o crime de perseguição no ordenamento jurídico brasileiro e o tipo penal do Art. 147-A. Por último se destaca como a perseguição viola direitos da personalidade, como a privacidade, integridade física e mental, além da locomoção e da liberdade.

1. A PERSEGUIÇÃO INSIDIOSA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

No âmbito internacional, os Estados Unidos (Castro; Sydow, 2021, p.196-197) foram um dos primeiros países a ter leis que combatiam o cometimento do *stalking*, um importante caso acontecido em uma universidade chamou atenção para como uma perseguição pode acabar sendo algo grave com resultado fatal. São leis, em vários estados, que não permitem e punem a importunação, vigilância, perseguição ou assédio. Desde 1995, existe em Portugal, o crime de perseguição no Art. 154-A, mas não há muitas políticas públicas para enfrentar essas condutas. (Castro; Sydow, 2021, p.217- 218)

O termo “*stalking* é uma perseguição reiterada, conforme o autor Cabette (2010, on-line), o perseguidor utiliza de diferentes maneiras de controlar, restringir ou vigiar vítima, já que o cometimento do *stalking* pode variar em muitos tipos de ações por parte do agressor.

Para Damásio de Jesus, o perseguidor invade a privacidade da vítima, por diferentes meios como ligações nos telefones celular, mensagens, presentes não solicitados, recados permanência na saída de locais, entre outros (Jesus, 2008, on-line). Para Spitzberg e Cupach (2007, p.71), a

perseguição deve provocar medo na vítima, e a perseguição pode ser pessoal ou por meio eletrônico e dura, normalmente, em torno de 22 meses. Os comportamentos podem ser os seguintes:

1) hiperintimidade; 2) contatos mediados; 3) contatos de interação pessoal; 4) vigilância; 5) invasão; 6) assédio e intimidação; 7) coação e ameaça e 8) agressão. (SPITZBERG, 2007, p.70)

Explicando um pouco de cada um, a hiperintimidade é demonstrar publicamente o afeto, como além do tolerável entregar presentes para a vítima, de forma que não a agrade. Os contatos mediados são as comunicações com a vítima por diversos meios. A interação pessoal é contato pessoal com a vítima e as estratégias de vigilância é a monitoração da vítima. As condutas de assédio e intimidação incluem agressões verbais ou não verbais. A coação e a ameaça são cometidas quando o agressor fica causando medo na vítima afirmando que irá fazer algum mal a ela ou alguém próximo. A agressão, que atinge a integridade física da vítima é uma das formas mais sérias de atingir a vítima. Além disso, essas ações devem ser repetitivas e não podem ser isoladas. (Spitzberg, 2007, p.71)

Segundo o livro “*Stalking e cyberstalking*”, de Spencer Toth Sydow e Ana Lara de Castro, a perseguição é a conduta de importunação obsessiva ou o assédio insidioso, sendo uma forma conjunta com outros ramos. Para eles, o *cyberstalking* é a perseguição pela internet, em que o perseguidor não tem contato pessoal com a vítima, mas por meio de diversos atos causa problemas e inconveniências em sua vida, pode ser fazendo comentários nas fotos da vítima, mandando mensagens nas redes sociais ou se passando pela vítima ao difamar outra pessoa com objetivo de destacar com raiva. Esses autores defendem que o *stalking* tem cinco componentes essenciais que é a existência de curso de conduta; intencionalidade, seja algo indesejado pela vítima, consistente em importunar, vigiar, perseguir ou assediar e capaz de provocar ofensa à integridade física ou psicológica da vítima. (Castro; Sydow, 2021, p. 15-43)

O crime de perseguição deve ser cometido por atos repetitivos. Os sujeitos que cometem esse tipo de delito podem atingir diretamente a vítima ou pessoas próximas a ela, como familiares, para acessar a vítima, amedrontá-la ou causar desconforto (Trindade, 2021, p. 3). Perseguidores utilizam diferentes meios de cometer o crime, como pela vigilância, invasão da vida da vítima, intimidação e interferência por meio de agressão (Castro; Sydow, 2021, p.143). Para os autores Castro e Sydow (2021, p. 94 e 95), os perseguidores mudam o seu *modus operandi*, ou seja, o seu modo de agir. Também são observadas diferenças nos traços biopsicológicos, no grau de patologia e nas influências recebidas no meio social em que cresceram e vivem. Segundo Damásio de Jesus o sujeito ativo, que é aquele que comete a ação, é, geralmente, o homem, e o passivo é a mulher, porém podem ocorrer de outras formas, o que não deve ser invalidado. (Jesus, 2008, online)

Mullen, Pathé e Purcell classificam os *stalkers* pela motivação e pelo contexto de ocorrência. Assim, existe o rejeitado, o que busca intimidade, o pretendente incompetente, o ressentido e o predador. O *stalker* rejeitado é aquele que pelo fim de um relacionamento quer uma reconciliação ou uma vingança. *Stalkers* em busca de intimidade querem um relacionamento com sua vítima e não tem correspondência. O pretendente incompetente persegue alguém que gostou, querendo um encontro, mas encontram barreiras em suas habilidades sociais. *Stalkers* ressentidos sentem que foram humilhados pela vítima e querem se vingar causando intimidação e medo. (Mullen et al, 2001, p.338-340)

As vítimas podem ter consequências graves, físicas e mentais, em decorrência da perseguição. Assim, a Associação Portuguesa de Apoio à dispõe algumas doenças que vítimas podem apresentar como problemas digestivos, dor de cabeça, exaustão, medo, culpa, desconfiança, perturbação de stress pós-traumático, ansiedade, depressão, vícios, entre muitos outros. (Costa, 2017, p.466-467)

O crime de perseguição, muitas vezes, anda junto com os crimes de violência doméstica e contra a mulher, em que o ofensor quer vigiar a vítima, colocar medo nela ou de alguma forma a controlar. Esse tipo de perseguidor, chamado por Castro e Sydow (2021, p.149-150) de perseguidor doméstico é um dos mais violentos e perigosos.

A perseguição que ocorre pela internet, é chamada de *cyberstalking*, que é de certa forma independente do *stalking*, pois a conduta é diferente, realizada pela internet, de maneira remota e mais fácil. O *cyberstalking* não tem contato pessoal, sendo que as perseguições são realizadas por meio de mensagens, redes sociais, entre outros. Até mesmo por meio da conduta de terceiros, que se torna o *cyberstalking-by-proxy* ou *cyberstalking* por procuração, sendo que o perseguidor se passa pela vítima, fazendo diversas coisas, por exemplo, injuriando ou ofendendo pessoa na internet, para que essas pessoas, com raiva, venham a perseguir a vítima que nada fez. (Castro; Sydow, 2021, p. 245-254)

1.2 Stalking como forma de assédio moral no trabalho (mobbing)

Para Carvalho, Machado e Silva em seu artigo “O assédio moral nas relações de trabalho: Uma proposta de criminalização”, o assédio laboral pode ser conhecido como *mobbing*, é uma situação de hostilidade psicológica pela qual uma pessoa ou grupo exerce violência psíquica extrema, durante um período de tempo prolongado contra outra pessoa, no local de trabalho. Sendo assim, o assediador quer prejudicar o outro nas relações de trabalho e há o assediado, que é a vítima da perseguição no ambiente do trabalho. Essas ações são consideradas contra a dignidade da pessoa, podendo ser condutas de ataque ao desempenho no trabalho, reputação e discriminação. (Carvalho

et al., 2013, p.2912-2913)

Assim, segundo as autoras citadas anteriormente, o assédio moral é uma atitude do superior hierárquico para provocar a despedida do funcionário que é subordinado a ele, o que é o *mobbing* vertical descendente, mas pode ocorrer entre trabalhadores de mesma categoria, motivados pela competitividade, que é o *mobbing* horizontal. Pode acontecer de ser uma situação envolvendo funcionários contra o superior, para desmoralizá-lo e testar sua competência, que caracteriza o *mobbing* vertical ascendente. Esse comportamento coloca em risco um direito fundamental do ser humano, previsto no Art. 5º, inciso III, da CF/88, que representa a integridade moral, proibindo a submissão de pessoas a tratamentos desumanos ou degradantes. Logo, o bem jurídico é lesionado no momento que a vítima é obrigada a aguentar, repetidamente, humilhações e degradações no ambiente de trabalho. (Carvalho et al., 2013, p.2912-2913)

O assédio moral nas relações de trabalho, segundo as mesmas autoras, é comportamento que se repete de forma habitual e permanente através do exercício reiterado e contínuo da violência psicológica, que é o componente temporal, descrito no artigo em análise. Há a violência psicológica, por meio de ações contra a dignidade da pessoa ou sua reputação, e existe a violência laboral ou intelectual, que são condutas contra o desempenho no trabalho. Também há violência econômica ou estrutural por meio da violação do princípio da igualdade, há a violência espacial com a discriminação no espaço físico do trabalhador, isolando a vítima do resto do grupo das relações sociais e a violência informática e contra a propriedade intelectual por meio de sabotagens contra o trabalho do assediado. (Carvalho et al., 2013, p. 2914-2915).

As autoras Lopes e Diniz descrevem algumas consequências do assédio moral, que são o choque emocional por meio da conscientização da vítima de sua situação, a descompensação da mesma com o esgotamento psíquico, esgotamento fisiológico e a tentativa de superação ou de esquecimento daquela situação a que foi submetida. (Lopes; Diniz, 2004, p.1).

Para Silva (2012, p.33-43), com as mudanças com a revolução tecnológica e a globalização houve consequências nas relações trabalhistas, o que exigiu dos trabalhadores mudanças nas suas capacitações, o que resultou em grande competitividade entre eles. Dessa maneira, houve benefícios de desenvolvimento profissional e pessoal, todavia, tiveram pontos negativos, como condutas inadequadas que praticamente forçam as pessoas a se destacar no trabalho. Para o autor, o assédio moral é a submissão do trabalhador a contextos humilhantes, vexaminosos e constrangedores, de maneira reiterada e prolongada, podendo ser durante o trabalho ou fora dele.

Assim, as condutas assediadoras nem sempre tem relação com o trabalho, pois o assediar visa buscar qualquer ponto para desestabilizar a vítima, atingindo sua dignidade, confiança e autoestima. O assédio moral não se caracteriza por certas atitudes ou ofensas isoladas da parte do

superior, pois a conduta deve ser contínua, por tempo prolongado e habitual, assim como a perseguição. As ofensas coletivas ou isoladas não são formas de assédio moral, mesmo com potencial de provocar danos físicas ou psíquicas para as vítimas (Silva, 2012, p.33-43)

Não existe lei específica que defina o assédio moral ou que defina uma pena. Segundo Jorge Luiz de Oliveira da Silva, a consciência sobre o assédio moral no ambiente de trabalho é relativa, já que muitos trabalhadores brasileiros não têm noção do que é o assédio moral e vários deles são vítimas, sofrendo danos à saúde, patrimônio e relações interpessoais (Silva, 2012, p.172). O autor Silva (2012, p.174) afirma que em relação à proteção do trabalhador, há uma tutela jurídica genérica em relação ao assédio sexual no ambiente de trabalho, no Art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, que protege a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Também há no Art. 5º, da CF/88, garante a proteção de direitos fundamentais, o que deveria ser um ambiente de trabalho saudável e no Código Civil, Art. 186, a previsão de que o dano moral é ilícito sujeito a possível reparação (SILVA, 2013, p.2). Sendo que alguns municípios têm leis próprias de proteção contra o assédio moral, como Iracemápolis, que foi o primeiro município a produzir uma Lei sobre assédio moral, além de estados e unidades da federação com projetos de lei em tramitação. (SILVA, 2012, p. 216-229).

Segundo Lopes, o assédio moral em um local de trabalho se caracteriza, como toda conduta abusiva, com a exteriorização de comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade, ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, e nesse caso colocar em perigo seu emprego e degradar o seu ambiente de trabalho (Lopes, 2004, p.643).

Para Alkimin (2006, p.68), a degradação do ambiente de trabalho se demonstra por meio de uma organização rígida demais e a com uma gestão perversa, o que caracterizaria o assédio moral, uma vez que introduzem no ambiente de trabalho atitudes abusivas através do exercício do poder de direção do empregador. Segundo Nascimento, a agressão psíquica é uma conduta abusiva, contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, expondo o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, ofendendo a dignidade ou a integridade psíquica, e que tenha por objetivo deteriorar o ambiente de trabalho do empregado, durante sua jornada de trabalho no exercício de suas funções. (Nascimento, 2009, p. 103)

Para o autor Jorge Luiz da Silva, as ofensas seriam atitudes desumanas e violentas, para causar desordens emocionais, atingir a dignidade e a identidade da pessoa, alterar valores, causar danos psíquicos, prejudicando a saúde e a qualidade de vida da vítima. Como, por exemplo, xingar um funcionário de burro, incompetente, entre outras denominações. Assim, o conceito de assédio moral é a perseguição através de condutas reiteradas do agressor em relação à vítima. O agressor

tenta, através do abuso emocional, fragilizar e prejudicar a vítima no ambiente de trabalho. Além disso, essa degradação que a vítima sofre pode não permanecer apenas no âmbito trabalhista, vindo causar doenças em razão do estresse que ela passou, afetando e diminuindo sua produtividade na sua vida em geral. (Silva, 2013, p.9)

2. O CRIME DE PERSEGUIÇÃO: ART. 147-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A Lei nº 14.132 de 2021 criminalizou a conduta de perseguição no Brasil, com a inclusão do Art.147-A no Código Penal. No Código Penal, conforme Costa (2021, on-line), ao contrário da visão de certos doutrinadores já citados, não há necessariamente o fator medo causado na vítima, pois essa previsão não está explícita, porém na visão de alguns autores, essa característica estaria subentendida, para justificar a atuação do Direito Penal, que é subsidiário aos segmentos do ordenamento jurídico. Assim, se o medo não for crime levado em consideração, o crime atingiria qualquer norma, como do detetive particulares ou *paparazzi*.

Costa (2021, on-line) também aborda a revogação do Art. 65 da Lei das Contravenções Penais (LCP) pelo Art. 3º, da Lei nº 14.132/2021, aquele se configurava como contravenção de perturbação da tranquilidade. Importante destacar que há algumas peculiaridades quanto a isso, se a conduta for na vigência do Art. 65 da LCP, for reiterada e ameaçadora, configurando perseguição, não há *abolitio criminis* e aplica-se o princípio da continuidade normativo-típica, porém se for considerada reiterada, há *abolitio criminis*.

Segundo os autores Castro e Sydow, somente a palavra perseguição para definir as condutas de *stalking* é insuficiente, já que não representa a magnitude das condutas desse crime, que são persistentes e repetidas, não sendo qualquer ação isolada. Dessa maneira, o tipo penal utiliza o núcleo duplo, sendo que o sujeito precisa com dois núcleos do tipo penal para que as ações sejam classificadas como crime (as ações são de ameaça, restrição, invasão ou perturbação. Os bens que são protegidos são da integridade psicológica e/ou física, a locomoção, a liberdade e a privacidade. (Castro; Sydow, 2021, p. 50-56)

O tipo penal do Art. 147-A do CP/1940 é um crime, portanto mais grave e com pena mais rígida, o que se denomina, em relação à contravenção penal, uma *novatio legis in pejus*, em consequência, crimes cometidos antes da criminalização terão a pena da contravenção aplicada conforme princípio da ultratividade da lei penal. O delito de *stalking* pode ter como sujeito passivo qualquer pessoa, mas tem maior incidência de vítimas as mulheres, dessa maneira, se for realizado contra mulher exclusivamente em razão do gênero feminino, aplica-se um aumento de pena. (Costa, 2021, on-line)

Além da causa de aumento de pena na perseguição quando o crime é praticado contra a

mulher, com concurso de agente ou uso de arma. A colocação, pelo legislador, da agravante que penaliza com maior rigor o uso de arma, é criticada por Castro e Sydow (2021, p.75), uma vez que ela se impõe apenas a crimes fora da internet. Sem contar outros pontos que dificultam a aplicação ao *cyberstalking*, como a pluralidade de agentes cometendo o crime, assim, não há previsões específicas a respeito desse tipo de perseguição informática, sendo que essa oferece muito mais facilidade ao agente.

Outro ponto, é que esse crime necessita da representação da vítima, pois é de ação pública condicionada à representação, portanto, a ausência da representação da vítima contra o ofensor gera extinção da punibilidade do agente. Além disso, as vítimas podem adotar meios de prevenção ao crime, até mesmo para evitar a evolução do caso para situações graves, então devem comunicar às autoridades policiais, denunciar aos sítios de internet, avisar todos os conhecidos, mudar sua rotina para despistar o agressor. Relevante destacar que para comprovar a perseguição é necessário que se comprove a conduta reiterada do agente, por isso, as vítimas devem recolher provas e documentar o máximo possível, sejam mensagens, curtidas, telefonemas, áudios, ofensas, entre outros. (Castro; Sydow, 2021, p. 275-277)

A relação estrita da perseguição com a violência doméstica e contra a mulher, primeiro pelo contexto da violência familiar, situação comum no cenário brasileiro, depois pois a sociedade brasileira é patriarcal e machista, que cultua os cultuando valores masculinos, portanto a grande maioria das vítimas do stalking são mulheres. Em contrapartida, quando a vítima é um homem, há muito preconceito e julgamento envolvido, sendo que ambos, homem e mulher, são vítimas do crime e devem ser legitimados. (Castro; Sydow, 2021, p. 170-181)

Em resumo, mesmo que a maioria dos casos envolvem relacionamentos amorosos, mas acontece em ambientes profissionais, por inveja, em amizades, em ambientes universitários, entre outros lugares. Dessa forma, quando ela ocorre no trabalho pode ser chamada de *mobbing*. (Castro; Sydow, 2021, p. 171-172)

3. O ASSÉDIO POR INTRUSÃO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A perseguição reiterada envolve condutas que ultrapassam os limites de uma ação normal e tolerável, sendo que ela é caracterizada como um assédio por intrusão, uma vez que não é apenas um assédio, ou seja, um caso isolado. O *stalking* é um conjunto de ações que se repetem e invadem totalmente a vida da vítima, causando danos aos seus direitos mínimos e sua dignidade como pessoa.

O princípio da dignidade humana, que envolve todos os direitos básicos que os seres humanos deveriam ter direito e acesso (como direito humanos e fundamentais), é preceituado na

Constituição Federal brasileira de 1988. Esse princípio é a base dos direitos da personalidade, que são os essenciais aos seres humano, como vida, integridade física, integridade psicológica, honra, entre outros (Soares, Bezerra e Berlanga, 2023, p.100-105). Além da previsão constitucional, há a previsão dos direitos personalíssimos no Código Civil, a partir de seu Art. 21.

Para o autor Elimar Szaniawski (2005, p.134-135), a ideia de personalidade se consagrou, de início, em uma ideia geral de personalidade até serem incorporados realmente na Constituição e no Código Civil. Por isso, há diferentes visões doutrinárias quanto aos direitos da personalidade, as divergências variam de um direito geral de personalidade e de direitos especiais de personalidade, mais legalista, por assim dizer, que é a visão que defende que são direitos da personalidade apenas aqueles expressamente previstos em Lei.

Além disso, Szaniawski (2005, p.88-89), afirma que os direitos especiais da personalidade podem ser, na sua visão, públicos, privados e sociais, sendo eles direito à vida e integridade física, direito à honra, direito à imagem, direito à liberdade, direito à identidade, direito ao nome, entre outros. Ainda de acordo com Szaniawski (2005, p.331), o direito à privacidade é de ficar sozinho ou ser deixado em paz, o que é completamente violado quando alguém sofre perseguição, quando uma pessoa é controlada, vigiada, seguida e muitas vezes tem que mudar até sua rotina para fugir de seu perseguidor.

Já na tese de doutorado do autor Capelo de Sousa (1995, p. 199-211), é defendida a ideia de direito geral de personalidade, que é tudo aquilo que envolve o ser humano, sua mente, seu corpo e o meio em que ele se encontra. Todos os direitos estão em posição de igualdade e sem diferenças na concepção do autor, pois são igualmente relevantes para a personalidade humana. Ainda, todos devem ter dignidade, que não é negociável nem substituível (Sousa, 1995, p. 205). Portanto, quando uma vítima de perseguição ao não ser ter mais sossego, paz, segurança, privacidade, liberdade de ir e vir, entre outros direitos, ela perde sua dignidade, o que não é algo que pode ser tolerado ou substituído. Devido a isso, a importância da criminalização de condutas de perseguição e o combate a elas.

Na concepção de Adriano de Cupis (2008, p.20-21), a personalidade da pessoa humana é atribuída também pela legislação, sendo que devem ser direitos protegidos pois são estritamente necessários à pessoa, como sua vida e liberdade. Além de proteger esses direitos, há necessidade de que terceiros os respeitem e não os ofendam para que haja sua manutenção, como defende o autor. (Cupis, 2008, p.71)

Segundo Lamartine e Muniz (2020, p.357) afirmam que a concepção de personalidade existe desde antes das normas as preceituarem, o que faz com que a personalidade não seja derivada do direito privado, mas do direito público e agora também privado, sendo que quando se discute

Direito Penal e Constitucional também é válido abordar a defesa dos direitos da personalidade. Da mesma forma que mencionado anteriormente, essa ideia decorre de que os direitos personalíssimos são embasados pelo princípio da dignidade humana, sendo essa inerente à pessoa, independentemente de qualquer lei.

Em relação à privacidade como um direito da personalidade humana, protegido pelo ordenamento jurídico, significa não ter a intromissão ou invasão de estranhos na vida privada e familiar (Marques, 2010, on-line). Para o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.49), a privacidade também diz respeito à autonomia, à integridade psíquica e à integridade intelectual, que são completamente minadas quando se está diante de um crime como o de perseguição.

Conforme Carvalho (1998, p.51-54), a privacidade é colocada em risco por muitas maneiras, sendo que assim, o que as condutas persecutórias fazem, invadindo a vida da vítima, interceptando ligações, importunando com mensagens, vigiando os locais onde ela frequenta, seguindo pessoalmente ou acompanhando nas redes sociais, entre outros.

CONCLUSÃO

A inserção do crime de perseguição insidiosa no ordenamento pátrio foi de extrema importância, a tendência mundial, há muitos anos, era pela proteção integral da privacidade, locomoção, liberdade e integridade física e psicológica da vítima. O Art. 147-A abarcou a proteção a esses bens jurídicos fundamentais e personalíssimos, porém ainda existem ressalvas quanto ao tipo penal, que não estendeu o âmbito de proteção expressamente à crimes cibernéticos desse tipo, nomeados *cyberstalking*.

A legislação também apresentou insuficiência em relação à questão envolvendo violência doméstica, que abarca a maioria dos casos envolvendo perseguição, que entra no conjunto com outros tipos de violências contra a mulher. Esses problemas devem receber atenção, pois quanto mais a legislação puder evoluir acompanhando a sociedade e as situações mencionadas, mais ela conseguirá proteger princípios, direitos e bens jurídicos das vítimas do crime exposto. Por isso, o ato de perseguir alguém significa a violação de diversos direitos fundamentais e da personalidade, já que esse tipo de ação causa consequências em diversos aspectos na vida da vítima, até mesmo na sua rotina. À vista disso, é que se pretende combater essas violações, que não são mais toleradas e tratadas como normais, ainda mais nas situações que são mais comuns, de relacionamento antigos e violência doméstica e contra a mulher.

A pesquisa realizada foi baseada em referenciais teóricos sobre o tema, como artigos e doutrinas. O método dedutivo foi utilizado, partindo da ideia central de que a perseguição envolve condutas que atingem direitos básicos, como liberdade e privacidade, entre outros, o que faz com

que seja necessário repelir esse tipo de ato, que causa muitas consequências para as vítimas, como mudanças de endereço, traumas, estresse, depressão, estado de alerta e muitos outros.

Em retrospectiva, em um primeiro momento do artigo, se descreveu os principais aspectos do *stalking* e do assédio moral no ambiente de trabalho. Logo após, se destacou a legislação abarcada pela Lei n. 14.132 de 2021 e o Art.147-A do Código Penal, assim, os principais pontos do crime de perseguição e as questões controversas. Depois se explanou sobre a conexão entre a perseguição e a violação de direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN; M. A. Assédio Moral na Relação de Emprego. **CESUMAR**, 2006. p.68. Disponível em:< <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021167.pdf>>. Acesso em: 7 de jul. de 2024.

ALMEIDA, K. R. de A.; ZAGANELLI, M. V. Cyberstalking: do enquadramento atual à necessidade de tutela específica–uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do direito comparado. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA**, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36359/24988>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

BRANT; M. H. C. Stalking – Perseguição obsessiva. 2013. Disponível em:< <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100536991/stalking-perseguiacao-obsessiva>>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

CABETTE, E. L. S. Stalking ou assédio por intrusão e violência contra a mulher. **OAB Santo Anastácio**, 06 set. 2010. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/264233531/stalking-ou-assedio-por-intrusao-e-violencia-contr-a-mulher>>. Acesso em: 10 de jul. de 2024.

CARVALHO, G. M. de; CARVALHO, E. M. de; MACHADO, I. V.; SILVA, L. M da M. Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização. **JM Editora**, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_841.pdf?fbclid=IwAR3nVq21ogSX_wlRYiggxP52NfDheB3UE_2kRil0jSDO2mdkd_4lNUy08vqY> Acesso em: 5 de jul. de 2024.

CASTRO, A. L. C. de; SYDOW, S. T. **Stalking e cyberstalking**. Salvador: EDITORA jusPODIVM, 2021.

COSTA, B. B. F.. Stalking: A tutela penal e os prejuízos à saúde. **Anais do Encontro Nacional de Pós-Graduação**, v. 1, n. 1, p. 464-468, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/ENPG/article/view/1148/1079>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

COSTA, A. S.; FONTES, E.; HOFFMANN, H. Stalking: o crime de perseguição ameaçadora. **ConJur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policial-stalking-crime-perseguido-ameacadora>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

CUPIS, A. de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quórum, 2008.

GRANGEIA, H.; MATOS, M. Riscos associados ao stalking: violência, persistência e reincidência. **Psiquiatria, Psicologia & Justiça**, n. 5, 2012. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/30967/4/Homens%20de%20quem%20n%C3%A3o%20se%20fala%20Psiquiatria,%20Psicologia%20%26%20Justi%C3%A7a_2012.pdf. Acesso em: 4 de jul. de 2024.

LOPES, R. L. M.; DINIZ, Normélia M. F. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. **Texto contexto - enferm.**, Florianópolis, v. 13, n. 4, p. 643-645, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072004000400019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

JESUS, D. E. de. Stalking. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

MACRÌ, F. A DISCIPLINA PENAL DO STALKING NO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO: PARTE 1. **Revista Jurídica Cesumar**, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9434/6485>. Acesso em: 6 de jul. de 2024.

MATOS, M.; GRANGEIA, H.; FERREIRA, C.; AZEVEDO, V. Stalking: Boas práticas no apoio à vítima - Manual para profissionais. Lisboa: **Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género**, 2011. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/30937>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

MULLEN, P. E.; PATHÉ, M.; PURCELL, R. The management of stalkers. **Advances in Psychiatric Treatment**, v. 7, p. 335-342, 2001. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/advances-in-psychiatric-treatment/article/management-of-stalkers/D7FCB8ED3A38E950FBD8E230DE8C3020>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

NASCIMENTO, S. M. Assédio moral no direito comparado, **Revista O Trabalho**, n. 143, jan. 2009. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2009;1000844728>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 24. ano 7. p. 349-368. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2020. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/rdcc-24-p.-349-368-lamartine-e-muniz-memria.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2024.

SANTOS, A. L. B. Vitimação por cyberstalking: prevalência, impacto e fatores de risco em jovens adultos universitários. **U. PORTO**, 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117783/2/303965.pdf>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

SARLET, I W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

SENADO, Agência. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

SOUSA, R. C. de. **O direito geral de personalidade**. Portugal: Editora Coimbra, 1995.

SILVA, J. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. 2 ed. São Paulo: Leud, 2012.

SPITZBERG, Brian H.; CUPACH, William R. The State of the Art of Stalking: Taking Stock of the Emerging Literature. *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, v. 12, 2007. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1359178906000450?via%3Dihub>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

SZANIAWSKY, Elimar. **Direito da personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, J. Stalking: A perseguição implacável. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354542/stalking-a-perseguiacao-implacavel>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

SISTEMA PENAL SUBTERRÂNEO: DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS PRÁTICAS POLICIAIS AO RECONHECIMENTO POR MEIO FOTOGRÁFICO

Denner Murilo de OLIVEIRA¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK²

RESUMO

Diante do racismo na sociedade brasileira que coloca o negro em situação de vulnerabilidade, esta pesquisa surge com o objetivo de apontar como as práticas dos órgãos de criminalização secundária reproduzem a desigualdade de caráter racial. Para tanto, o problema da referida pesquisa gira na órbita da seguinte pergunta: Como o reconhecimento fotográfico reproduz o racismo no sistema penal? Partindo desse cenário, abordou-se o discurso oficial do sistema penal e a sua real atuação, principalmente em relação às práticas policiais. Em prosseguimento, foi tratado acerca do racismo, expondo o racismo institucional nas práticas dos órgãos policiais através do índice de vítimas fatais nas operações destes órgãos. Após, abordou-se o instituto do reconhecimento fotográfico expondo suas problemáticas intrínsecas relacionadas a forma que é operado. Com base nisso, concluiu-se que os órgãos policiais reproduzem a desigualdade racial, principalmente através do reconhecimento fotográfico, ao passo em que realizam este instituto muitas vezes sem a observância às regras procedimentais. O principal marco teórico utilizado foi a obra de Cristiano Falk Fragoso, intitulada “Autoritarismo e Sistema Penal”. Importa registrar que foi utilizado o método dedutivo através da contextualização geral do sistema penal, afinando-se às práticas dos órgãos de criminalização secundária, em especial os órgãos policiais na efetuação do reconhecimento fotográfico, realizando uma abordagem metodológica explicativa para a demonstração da relação entre racismo e os órgãos e sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo; Reconhecimento fotográfico; Sistema penal.

ABSTRACT

Faced with racism in Brazilian society, which places black people in a vulnerable situation, this research aims to point out how the practices of secondary criminalization bodies reproduce racial inequality. To this end, the problem of this research revolves around the following question: How does photographic recognition reproduce racism in the penal system? Starting from this scenario, the official discourse of the penal system and its real performance were addressed, mainly in relation to police practices. Next, racism was discussed, exposing institutional racism in the practices of police bodies through the rate of fatal victims in the operations of these bodies. Afterwards, the institute of photographic recognition was approached, exposing its intrinsic problems related to the way it is operated. Based on this, it was concluded that police agencies reproduce racial inequality, mainly through photographic recognition, while often carrying out this procedure without observing procedural rules. The main theoretical framework used was the work of Cristiano Falk Fragoso, entitled “Authoritarianism and the Penal System”. It is important to note that the deductive method was used through the general contextualization of the penal system, funneling into the practices of secondary criminalization bodies, especially police bodies in carrying

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é Bolsista de Pós-Graduação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP.

2 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na graduação e no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica.

out photographic recognition, carrying out an explanatory methodological approach to demonstrate the relationship between racism and the penal bodies and system.

KEYWORDS: Racism; Photographic recognition; Penal system.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal é dividido em diversos órgãos, aqueles correspondentes à criminalização primária e outros à criminalização secundária, abrangendo desde a fase da criação de uma lei até a execução da uma pena. Nessa toada, o referido sistema possui discursos oficiais que são declarados e correspondem à sua função na sociedade. Entretanto, há práticas que fogem ao discurso oficial desse sistema, principalmente no que tange aos órgãos de criminalização secundária.

De outra banda, na sociedade brasileira o racismo é um fator que perdura desde a colonização escravocrata e que, de certa forma, é reproduzido por instituições, tendo em vista suas raízes estruturais. Partindo deste cenário, a pesquisa surge com o objetivo de apontar como as práticas dos órgãos de criminalização secundária reproduzem a desigualdade de caráter racial. Para tanto, o problema da referida pesquisa gira na órbita da seguinte pergunta: Como o reconhecimento fotográfico reproduz o racismo no sistema penal? Salienta-se que o principal referencial teórico utilizado foi a obra de Cristiano Falk Fragoso denominada “Autoritarismo e Sistema Penal”, fazendo o uso, de igual modo, de outros autores que tecem críticas aos institutos processuais penais, e que tratam acerca do racismo.

Ainda, para a construção do presente trabalho, utilizou-se do método dedutivo, através da contextualização geral do sistema penal até a aplicação do reconhecimento fotográfico nas investigações dentro do âmbito criminal. No mais, foi utilizada a abordagem metodológica explicativa com o intuito de demonstrar como a atuação sistema penal se relaciona com o racismo.

Nesse viés, na primeira seção deste escrito foram abordados o sistema penal oficial e o sistema penal subterrâneo, tratando do discurso oficial do sistema penal e do contraste em relação à sua real atuação. Registra-se que foi realizado um recorte, de forma que os órgãos analisados foram os policiais, tendo em vista que são os primeiros a terem contato direto com o fato ilícito supostamente praticado e, que executam o reconhecimento fotográfico na maioria dos casos, em fase investigativa.

Em seguida, abordou-se o racismo institucional, de igual modo, na atuação das polícias, analisando números que expressam as mortes decorrentes das operações policiais, em especial, o perfil das vítimas. Por fim, no último capítulo tratou-se acerca do reconhecimento fotográfico, descrevendo o que seria tal instituto, as normas existentes que regulam a aplicação deste instituto e expondo como o mesmo é realizado dentro das investigações policiais.

A frente disso, chegou-se à hipótese de que a os órgãos policiais, com a utilização do reconhecimento fotográfico, reproduzem o racismo no Brasil, ao passo em que este instituto é operado de forma distinta do que é regulamentado nas disposições existentes que tratam deste, principalmente o Código de Processo Penal, a Resolução nº 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça e as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. SISTEMA PENAL OFICIAL E SISTEMA PENAL SUBTERRÂNEO

O sistema penal subdivide-se em dois ramos, a criminalização primária e a criminalização secundária. A primeira, se baseia nos entes encarregados de criar uma lei penal ou de modifica-la, a exemplo, o poder legislativo. Diferentemente, a criminalização secundária pauta-se pelos órgãos, cuja função é aplicar a lei penal criada pela criminalização primária. Dentre os órgãos componentes deste último processo de criminalização tem-se, na fase investigativa, a polícia e, na fase processual, o Ministério Público, bem como os órgãos judiciais.

Nessa toada, o sistema penal pode ser concebido como uma “estrutura de controle social que se exercita (ou que pretende exercitar-se) através da pena, ou sob o pretexto da pena” (Fragoso, 2016, p. 7). Partindo disso, tal sistema possui o objetivo de controlar o fenômeno do desvio – criminalidade – presente no plano social. A título de exemplificação, estes processos de criminalização podem ser visualizados nas definições de direito penal objetivo e direito penal subjetivo.

O direito penal objetivo pode ser compreendido como o arcabouço de normas que cominam penas à determinadas condutas, isto é, definindo os atos que constituem crimes e estabelecendo a responsabilização para o agente que desenvolveu tais atos. De outro horizonte, o direito penal subjetivo está ligado ao *jus puniendi*, o qual se resume no direito de punir do Estado. É nesse sentido que, Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 35), explica, ao inferir que o direito penal objetivo pode ser entendido como o poder de criar uma norma atribuído a uma soberania, sendo que a sua positividade depende de um ato valorativo correspondente à vontade soberana, que garanta o cumprimento coercitivamente, enquanto o direito penal subjetivo surge do bojo do direito penal objetivo, legitimando-se como o direito do Estado de punir.

Diante desse contexto, compreende-se que o discurso oficial do sistema penal se baseia na aplicação da normal penal aos indivíduos que cometeram um ato ilícito, levando-se em consideração institutos do direito penal como princípios, em especial o da subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade, os quais, segundo Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 29), estabelecem que a norma penal deve ser utilizada em *ultima ratio* – apenas quando outras regras jurídicas não forem capazes de solucionar determinada problemática – devendo proteger apenas os

bens jurídicos essenciais, não sendo possível o emprego da sanção penal em situações em que esta se mostra desnecessária ou desproporcional ao ato praticado.

Entretanto, as práticas do sistema penal, em especial, dos órgãos policiais – criminalização secundária – se mostram estranhos a este discurso oficial. Nisso, tem-se a expressão de sistema penal subterrâneo, o qual refere-se à verdadeira atuação dos órgãos de criminalização na realidade material, diferente do discurso oficial propagado pelo sistema penal.

A atividade policial é marcada por diversas ilegalidades através de atos exercidos de forma violenta e arbitrária, com abuso de poder, a exemplo, o perfilamento racial, índices consideráveis de letalidade nas operações e execuções sumárias. É nesse sentido que Fragoso (2016, p. 285), explica o sistema penal subterrâneo brasileiro, apontando que o mesmo se manifesta principalmente por execuções sumárias e extorsões realizadas por policiais em serviço ou fora dele, por torturas a presos e investigados, e por corrupção passiva de agentes do sistema penal.

Importante salientar que esta arbitrariedade por parte dos órgãos de criminalização secundária não ocorre somente no âmbito policial. Evandro Charles Pizza Duarte (2020, p. 112), propaga uma crítica ao garantismo que, normalmente, direciona uma crítica somente ao processo penal, como exemplo, a possibilidade do uso do inquérito policial como elemento de prova. Entretanto, o autor explana que tal vertente se silencia acerca das investigações realizadas pela polícia nas periferias e nas manifestações culturais dos indivíduos deste local. “Fala-se do inquérito como se a violência hoje nas periferias se situasse nas delegacias, fechando os olhos ao fato de que os bairros da periferia se transformam em zonas de guerra nas quais repressão, juízo e execução estão num contínuo de violência, ali na cada dura” (Duarte, 2020, p. 112).

A título exemplificativo, tem-se uma reportagem realizada pelo G1 Globo, a qual noticia a violência policial nos bailes da cidade de São Paulo. De acordo com a referida reportagem, a Corregedoria das Polícias de São Paulo e Ouvidoria das Polícias apuram denúncias de agressões policiais nos bailes funk da zona norte da cidade. Foram identificadas gravações que mostraram estampidos e logo em seguida, pessoas correndo para fugir de bombas, sendo que os policiais agrediram quem estava tentando escapar.

Em outro caso, em Paraisópolis, a reportagem jornalística mostrou que os moradores da localidade, declararam que a polícia chegou ao local com motos e viaturas, fechando os acessos ao baile e usaram balas de borracha, bombas de efeito moral e spray de pimenta para reprimir a festa. Nessa sequência, alguns jovens correram na direção de duas vielas, viela 3 corações e viela do Louro, ocasião em que foram encurralados e agredidos pelos policiais. Além disso, de acordo com a reportagem jornalística, os parentes das vítimas desconfiam que os indivíduos morreram pisoteados ou em razão das agressões cometidas pelos agentes públicos.

Ainda mais, é possível ver este abuso de poder nos atos das polícias nas informações do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, referente ao ano de 2020 a 2021. Senão Veja.

FIGURA 1 – Mortes decorrentes de intervenções policiais

TABELA 10

Mortes decorrentes de intervenções policiais, segundo corporação e situação (em serviço e fora de serviço) ⁽¹⁾
 Brasil e Unidades da Federação – 2020-2021

Grupos segundo qualidade dos dados ⁽²⁾	Brasil e Unidades da Federação	Mortes decorrentes de intervenções de Policiais Cíveis em serviço		Mortes decorrentes de intervenções de Policiais Militares em serviço		Mortes decorrentes de intervenções de Policiais Cíveis fora de serviço		Mortes decorrentes de intervenções de Policiais Militares fora de serviço	
		Ns. Absolutos		Ns. Absolutos		Ns. Absolutos		Ns. Absolutos	
		2020 ⁽⁴⁾	2021	2020 ⁽⁴⁾	2021	2020 ⁽⁴⁾	2021	2020 ⁽⁴⁾	2021
Brasil		164	145	4.387	4.035	27	21	212	222
Grupo 1	Alagoas	12	20	74	43	-	-	-	-
	Ceará	3	1	119	102	1	1	20	14
	Distrito Federal	2	-	6	6	1	2	2	-
	Espírito Santo	1	-	37	40	-	-	2	-
	Goiás	14	7	614	564	-	1	3	4
	Maranhão	4	4	87	80	-	-	3	1
	Mato Grosso
	Pará	35	21	488	514	1	-	3	11
	Paraíba	-	14	34	31	-	-	4	6
	Paraná	1	4	360	393	2	-	14	17
	Pernambuco	8	10	108	92
	Piauí	-	3	23	16	3	2	3	13
Santa Catarina	2	3	82	64	-	1	2	2	
Sergipe	
Grupo 2	Bahia	40	21	1.098	989	-	-	-	-
	Mato Grosso do Sul	3	10	14	30	1	-	3	4
	Minas Gerais	6	1	111	108	2	1	3	4
	Rio de Janeiro
	Rio Grande do Norte	6	2	139	150
	Rio Grande do Sul	-	3	112	131	-	1	11	21
	São Paulo	21	17	659	423	13	10	121	120
Tocantins	
Grupo 3	Acre
	Amapá	2	-	107	150	1	-	1	-
	Amazonas	3	3	96	95	-	1	3	1
	Rondônia ⁽⁵⁾	1	1	6	6	2	1	11	3
	Roraima	-	-	13	8	-	-	3	1

Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 74).

Dos dados disponibilizados pela imagem acima, apurou-se que no Brasil no ano de 2020 e 2021 ocorreram 309 mortes decorrentes de intervenções da polícia civil em serviço e, fora de serviço, o número caiu para 48 mortes. Todavia, referente as mortes decorrentes de intervenções da polícia militar em serviço, apurou-se 8.422 mortes. Ainda, fora de serviço, foram 434 mortes em todo o Brasil.

Destes dados, evidencia-se alto índice de letalidade nas ações das polícias no Brasil, principalmente da polícia militar. Este fator, corrobora as explicações dos autores retromencionados que colocam em pauta a crítica à atuação dos órgãos do sistema penal, em especial, das polícias que agem com abuso do poder discricionário.

3. RACISMO INSTITUCIONAL NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A existência de desigualdade racial no espaço brasileiro é um fator já evidenciado. Todavia, cumpre debruçar-se à estruturação da sociedade que está impregnada de racismo, sendo este reproduzido diariamente por órgãos institucionais. As práticas racistas não dependem de uma ação consciente dos indivíduos para existir, ao passo em que a própria estruturação social é voltada para esta direção.

Nessa toada, Silvio Almeida (2019, p. 42), explica que as pessoas racializadas são construídas pelas condições das estruturas sociais e também das instituições, ou seja, o autor aponta que o privilégio de ser branco, por exemplo, não depende do agente branco de reconhecer-se como tal, nem dos seus atos para obter vantagem que lhe é atribuída por ser branco, mas sim do complexo social que é reforçado a todo momento pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e, também, pelo sistema educacional.

Após anos vendo telenovelas brasileiras, um indivíduo vai acabar se convencendo de que mulheres negras têm uma vocação natural para o trabalho doméstico, que a personalidade de homens negros oscila invariavelmente entre criminosos e pessoas profundamente ingênuas, ou que homens brancos sempre têm personalidades complexas e são líderes natos, meticolosos e racionais em suas ações (Almeida, 2019, p. 43).

O autor infere que a escola, por exemplo, reproduz esta noção ao apresentar aos alunos um mundo onde pessoas negras não contribuíram para a história, literatura, música, ciência etc. ficando resumidos apenas em festejar sua “liberdade”, a qual foi dada de bondade por uma pessoa branca (Almeida, 2019, p. 43). Prova disso pode ser visualizada no fato de que negros, na maioria das vezes, possuem empregos informais e formam maioria dentro dos estabelecimentos prisionais, enquanto o homem branco está em posições de lideranças, com os cargos mais cobiçados socialmente. A vista disso, é possível extrair o entendimento de que “[...] o lugar do negro é aquele que não foi feito para o branco: o lugar marginal e sem estruturas necessárias para viver uma vida boa, uma vida com dignidade. Perpetua-se, então, a escravidão; dado que os efeitos são eventos naturais dentro de nossa atual sociedade” (Tavares, 2022, p. 09). Infere-se que, nos isolados casos em que negros se encontram em posições de liderança, tal fato vem justificado, em especial pelo senso comum, na meritocracia, ignorando o fato de que negros e brancos possuem condições de

vida, leia-se economicamente e socialmente, distintas.

Lélia Gonzalez (1982, p. 89), também traz contribuições a respeito do racismo no Brasil. Para a autora o preconceito e a discriminação raciais não ocorrem da mesma após a abolição da escravatura. O racismo assume novas funções e significados dentro da nova estrutura social, sendo que as práticas racistas de um grupo racial dominante, não se resume a meros resquícios do passado escravocrata, mas estão relacionadas aos benefícios materiais e simbólicos que brancos obtém da desqualificação da população negra.

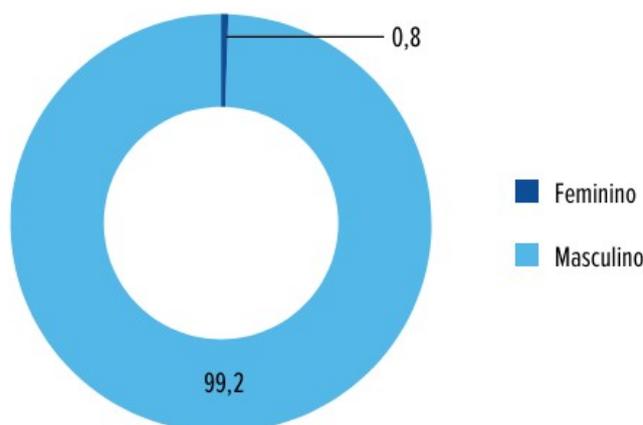
Assim, ao negro reserva-se a condição de dominado, ficando no foco dos órgãos repressivos de controle social que reproduzem diariamente esta desigualdade racial. Segundo Ana Clara Davila Borges e Juliana Vinuto (2020, p. 163-164), a pessoa favelada é o principal elemento na linguagem utilizada para reproduzir estereótipos raciais, resultando no fato de que este grupo de pessoas é sempre julgado como suspeito ou culpado quando entra em contato com a polícia, revelando a presunção da culpa com que são abordados constantemente, sendo que a questão de renda está diretamente associada à cor da pele no Brasil. Assim, para as autoras supracitadas, com a população negra sendo vista pelos agentes do Estado como criminosas – considerando que no Brasil o negro, principalmente morador de favela, é associado ao crime pela polícia, assim como pela sociedade – constrói-se uma nova forma de legitimar preconceitos e segregações.

Percebida a atuação dos órgãos policiais no que tange a letalidade em suas operações na seção anterior, importa observar o tipo de indivíduo que é alvo destas práticas. As informações do Anuário Brasileiro de Segurança Pública também disponibilizam tais dados, como faixa etária, sexo e cor. De início, em relação ao sexo dos agentes vítimas de intervenções policiais com resultado morte, as informações mostram o seguinte (FIGURA 2).

FIGURA 2 – Sexo das vítimas de intervenções policiais com resultado morte

GRÁFICO 17

Sexo das vítimas de intervenções policiais com resultado morte
Brasil, 2021



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 82).

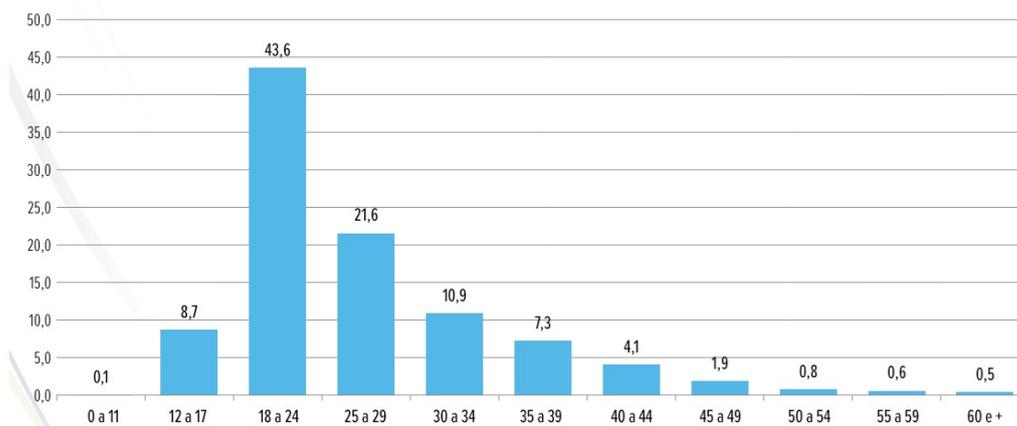
Na imagem acima é possível compreender que, no ano de 2021, a maioria das mortes decorrentes de intervenção policial a vítima era homem, mais especificamente 99,2% possuíam o sexo masculino e 0,8% o sexo feminino.

A diante, referente a faixa etária dos indivíduos os dados expõem, conforme se vê (FIGURA 3).

FIGURA 3 – Faixa etária das vítimas de intervenções policiais com resultado morte

GRÁFICO 18

Faixa etária das vítimas de intervenções policiais com resultado morte
Brasil, 2021



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 83).

A referida imagem expõe que 0,1% das vítimas possuíam entre 0 a 11 anos, 8,7% possuíam de 12 a 17 anos, 43,6% estavam entre 18 a 24 anos, 21,6% entre 25 a 29 anos, 10,9% entre 30 a 34 anos, 7,3% de 35 a 39 anos, 4,1% de 40 a 44 anos, 1,9% de 45 a 49 anos, 0,8% de 50 a 54 anos,

0,6% de 55 a 59 anos e, por fim, 0,5% possuíam 60 anos ou mais. Com base nisso, é possível compreender que a maioria das vítimas são jovens, entre 18 e 24 anos.

Dando continuidade, no que tange à cor das vítimas, os dados evidenciam o seguinte (FIGURA 4).

FIGURA 4 – Cor das vítimas de intervenções policiais com resultado morte



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 84).

Extraí-se da imagem que 01% das vítimas das intervenções policiais eram amarelas, 15,8% eram brancas e 84,1% negras. Estas ilustrações corroboram que o perfil das vítimas mortas em operações policiais, corresponde à homens jovens, entre 18 a 24 anos, e negros. Algumas das justificativas para as mortes em intervenções policiais é o auto de resistência, o qual se baseia no caso de um policial matar um suspeito sob a alegação de que o mesmo agiu em legítima defesa e que houve resistência à prisão. Sobre isso, Vera Malaguti Batista (2011, p. 99), discorre que o sistema penal possui novas tecnologias de controle, de vigilância, de constituição dos bairros pobres do mundo em campos de concentração, sendo que no Rio de Janeiro, a governamentalização da segurança pública produz o maior índice de mortos pela polícia, os autos de resistência, sendo mais de mil por ano, com a pacificação das favelas.

É nesse sentido que Walter de Oliveira Campos (2013, p. 228), aponta ao inferir que “embora o preconceito racial seja negado pelos policiais, assim como por todos os agentes do sistema penal, pesquisas e relatórios estatísticos demonstram o contrário”. As supracitadas pesquisas tornam nítido o racismo por parte destas instituições que compõem o sistema penal.

A negação e o silenciamento em torno do racismo fazem com que este seja pensado como processo marcadamente individual, mas o que muitos trabalhos observam é que há um tipo específico de racismo, chamado de institucional, que faz com que a qualidade do tratamento oferecido pelas organizações varie de acordo com a cor do indivíduo (Borges; Vinuto, 2020, p. 142).

Disso, compreende-se que a atuação policial vai de encontro a manutenção da desigualdade racial, sendo reproduzida pela seletividade das abordagens, pelas mortes de pessoas pretas e também pela inobservância dos regramentos dispostos nas legislações quando da realização

de algum procedimento na investigação.

4. O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO FATOR REPRODUTOR DO RACISMO NO SISTEMA PENAL

O reconhecimento fotográfico se pauta pelo ato de um indivíduo, vítima ou testemunha, analisar as características físicas de outros indivíduos para indicar o autor do fato ilícito praticado. Em outras palavras, o reconhecedor utiliza os sentidos para apontar o agente que praticou o delito. Nessa toada, embora o Código de Processo Penal não tenha abordado o reconhecimento fotográfico de maneira expressa, é utilizado, ou ao menos se espera que seja, o artigo 226 do mesmo diploma, o qual trata acerca do reconhecimento pessoal presencial. Assim, mesmo não estando expresso no CPP, “o reconhecimento fotográfico vinha sendo aceito como meio de prova válido [...]. O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico” (Badaró, 2021, p. 775).

O artigo 226 do CPP expressa algumas regras para realizar o procedimento, sendo que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento deverá descrever a pessoa a ser reconhecida e a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras pessoas, com características físicas semelhantes à sua. Antes de adentrar à problemática dos procedimentos utilizados para a feitura do ato, cumpre salientar as complicações referente à pessoa que irá fazer o reconhecimento.

A mente humana, embora capaz de armazenar diversas informações, pode apresentar falhas no que se refere à memória. Quando um agente passa por um período de estresse, medo, nervosismo ou ansiedade, tende a perceber com menores intensidades os fatos, nome das pessoas e suas características. Referente a isso, cumpre ressaltar o que se denomina de psicologia do testemunho, consistindo em uma área que estuda os processos cognitivos e as memórias de vítimas e testemunhas de um crime. De acordo com Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho (2012, p. 7170), a falsificação de memórias ocorre com bastante frequência, ou seja, muitas coisas que um indivíduo pensa recordar, são verdadeiras apenas em partes, “enquanto ‘dormem’ no cérebro, as memórias sofrem misturas combinações e recombinações, até o ponto em que o que lembramos não é mais verdadeiro”.

Trazendo o reconhecimento fotográfico para esta premissa, de acordo com Aury Lopes Jr. (2021, p. 551), há vários fatores que influenciam a vítima ou testemunha no momento do reconhecimento fotográfico, tais como a gravidade do fato – considerando-se que a memória está ligada à emoção experimentada pela pessoa que procederá o reconhecimento –, o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento, as condições ambientais – luminosidade – e as condições psíquicas da vítima ou testemunha. Assim, conforme Marina Trindade Magalhães

(2020, p. 1713), a percepção de uma pessoa referente a determinado acontecimento é eivada de interpretações subjetivas e, ao tentar recuperar fragmentos da memória, tais partículas podem ser imaginadas, reais ou sugestionáveis.

Ainda mais, frisa-se que a memória quando não exercitada é enfraquecida, resultando no esquecimento dos fatos ou perda de detalhes sobre os mesmos. Mesmo que um indivíduo não esqueça o determinado acontecimento, com o transcurso do tempo, vai perdendo os detalhes e particularidades do fato ocorrido, o que altera a memória sobre o referido episódio.

A memória de um fato, assim como nossos músculos, enfraquece na medida em que os neurônios por ela responsáveis não são exercitados. Assim como um músculo, é preciso atenção para qual o procedimento utilizado na recuperação da memória, e não somente para quantas vezes foi repetido. Um exercício realizado repetidamente, de maneira correta, pode tornar os neurônios mais fortes, enquanto exercícios incorretos ou a repetição excessiva de procedimentos podem deteriorar tais neurônios. Importante notar uma limitação crucial que difere essa metáfora da realidade: ao contrário de um músculo, uma memória não possui formato específico, e os procedimentos utilizados para acessar essa memória podem alterá-la de maneira permanente (Ceconello; Avila; Stein, 2018, p. 1061).

Acerca do tempo, em uma pesquisa realizada por Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha de Ávila (2018, p. 48), foi constatado em um caso que, decorreu-se um ano entre o fato criminoso e a coleta de provas, reconhecimento da testemunha/vítima. Os autores apontam que este tempo é considerado excessivo, tendo em vista o processo de esquecimento da vítima/testemunha e considerando o fato de a memória sofrer interferências internas e externas, que são amplificadas com a passagem dos dias, meses e anos.

Todos os fatores elencados acima influenciam a memória da vítima e comprometem o reconhecimento fotográfico a ser realizado. Elementos como o transcurso do tempo, medo, estado de pânico, nervosismo e condições ambientais, influenciam diretamente na percepção da pessoa que realizará o reconhecimento fotográfico. Nesse sentido, importa registrar que “independentemente de como os estímulos são experienciados e codificados durante o fato, uma memória do evento e da face do criminoso são formadas, dando início à etapa de armazenamento. Uma vez armazenadas, as informações do evento podem ser esquecidas” (Ceconello; Avila; Stein, 2018, p. 1060).

Somando-se a isso, quando da ocorrência de um crime envolvendo arma de fogo, no momento do fato, a vítima tende a centrar-se no objeto que está sendo apontado para ela, dado ao medo e nervosismo. Nas palavras de Lopes Jr. (2021, p. 551, grifo do autor) “o chamado *efeito do foco na arma* é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma”.

Outro fator relevante de levantar-se pauta é que as pessoas são influenciadas por suas expectativas, isto é, alguns estereótipos como, cor, sexo e aparência, influenciam as vítimas ou testemunhas no momento do reconhecimento fotográfico. Assim, tal elemento faz com que a pessoa

a realizar o procedimento tenha a tendência de reconhecer o indivíduo que se encaixa neste estereótipo.

Ainda que o criminoso nato de LOMBROSO seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso). Assim, um dos estereótipos mais presentes, [...] é o de que “lo que es hermoso es bueno”. Um rosto mais bonito e atraente possui – aos olhos de muitos – mais traços de uma conduta socialmente desejável e aceita, do que uma cara feia... (Lopes Jr., 2021, p. 552).

Arelado a isso, cumpre mencionar que pessoas de determinados grupos étnicos possuem dificuldade de identificar um indivíduo de outro grupo étnico. Em outras palavras, a título exemplificativo, uma pessoa branca possui dificuldade de particularizar um indivíduo negro e diferenciá-lo dos demais agentes negros, “pessoas brancas teriam menos facilidade em reconhecer um indivíduo negro específico quando este estivesse inserido em um grupo composto por apenas pessoas negras, do mesmo gênero” (Magalhães, 2020, p. 1715).

Entretanto, a problemática referente ao reconhecimento fotográfico não se restringe nisso. Antes de refletir sobre a outra face que envolve a realização deste ato, importa registrar a controversa que marcou as discussões sobre a temática nos Tribunais Superiores. O principal fator em pauta em tais discussões é se o artigo 226 do CPP deveria ser observado para realizar o reconhecimento pessoal ou não. A segunda turma do Supremo Tribunal Federal em 1998, no Habeas Corpus nº 73.839/RJ possuía entendimento de que o reconhecimento que não observasse o disposto no artigo 226 do CPP não ensejaria anulação do elemento probatório obtido, como se a observância do referido dispositivo fosse uma mera recomendação.

De outro vértice, vinte e quatro anos depois, a segunda turma do STF, através do Recurso em Habeas Corpus nº 206.846/SP, passou a entender que o reconhecimento pessoal, obrigatoriamente, tem que seguir o contido no Código de Processo Penal, sendo que a irregularidade ocasionada pela não observância do referido diploma, deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, não sendo apto para fundamentar sentença condenatória e nem ao menos decretação de prisão preventiva. Importa registrar, o Habeas Corpus nº 712.781/RJ da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual firmou tese no sentido de que se a prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, ela será considerada inválida, impossibilitando seu uso mesmo de forma suplementar.

Arelado a estes últimos posicionamentos supracitados, tem-se a Resolução nº 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça, a qual estabelece algumas regras para a realização do reconhecimento pessoal, seja presencialmente ou por fotografia, em harmonia com o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal. O artigo 4º da resolução explicita que o reconhecimento

pessoal deverá ser realizado de forma presencial e, somente na hipótese de impossibilidade devidamente justificada, é que o procedimento poderá ser realizado mediante fotografia.

Nesse sentido, o artigo 8º dita que o reconhecimento deverá ser realizado por meio do alinhamento padronizado de pessoas ou de fotografias, de forma que tal poderá ser simultâneo – apresentação em conjunto do investigado ou processado e das demais pessoas – ou sequencial – apresentação da pessoa investigada ou processada, de forma que sejam exibidas uma a uma. Todavia, nesta última hipótese, os indivíduos devem ser apresentados em iguais condições de ambiente e espaço de tempo.

O referido artigo versa também que a pessoa investigada ou processada será apresentada com, no mínimo, outras quatro pessoas – cinco pessoas ao total, o investigado e outros quatro agentes – as quais não podem estar relacionadas ao fato investigado e que atendam à descrição dada pela vítima ou testemunha às características da pessoa investigada ou processada. Em continuidade, o §1º do artigo 8º explica que a autoridade deverá zelar pela higidez do procedimento, com o objetivo de evitar a apresentação isolada da pessoa – show up –, de sua fotografia ou imagem. Acerca do show-up, Marina Trindade Magalhães (2020, p. 1705), explica que é um procedimento apto a estigmatizar a pessoa que está sendo reconhecida, pois é apresentado apenas um suspeito, já detido, e “o uso de algemas, ou o fato de estar dentro do camburão, leva a vítima a crer que a polícia tem mais elementos para acreditar que aquele é o culpado”.

O §2º, de igual modo, traz uma regra relevante para a feitura do procedimento, discorrendo que a autoridade deverá zelar para a não ocorrência de apresentação sugestiva, a qual se baseia na apresentação de um conjunto de fotografias somente de pessoas investigadas ou processadas, ressaltado também a vedação de fotos dos álbuns de suspeitos das autoridades policiais e imagens extraídas de redes sociais.

Em seguida, o §3º retrata que na apresentação assegurar-se-á que as características físicas, o sexo, a cor, a aparência, as vestimentas, a exposição ou a condução da pessoa investigada ou processada não sejam capazes de diferenciá-la em relação às demais pessoas. Por fim, o §4º aponta que nos casos em que a vítima ou testemunha manifestar receio de intimidação pela pessoa investigada ou processada, o reconhecimento será feito de forma que esta não veja quem fará o procedimento.

Embora existam procedimentos para a realização do reconhecimento fotográfico, na prática corriqueira das atuações policiais, o ato é realizado de variadas formas, com apresentação apenas de fotos retiradas de redes sociais que eventualmente podem estar com efeitos ou filtros, sendo então práticas contrárias ao disposto tanto no artigo 226 do CPP e nos entendimentos do STF quanto na resolução do CNJ. De acordo com a pesquisa mencionada anteriormente, feita por Lilian

Milnitky Stein e Gustavo Noronha de Ávila, acerca do reconhecimento pessoal, tem-se que:

Foram constatadas uma variedade de práticas de reconhecimento: na viatura, por imagem enviada por WhatsApp, pessoalmente, em corredor de passagem, por vidro espelhado, em álbum de fotos, com apenas uma fotografia, de voz, por vídeo, via anteparo com orifício, retrato falado e na sala de audiência. Em sua maioria, essas práticas valiam-se de show-up (Stein; Ávila, 2018, p. 48).

Assim conforme aponta (Matida; Cecconello, 2024, p. 413), abordar seriamente a temática do reconhecimento fotográfico implica rechaçar de pronto práticas como o álbum de suspeitos e a exposição de imagens dos suspeitos extraídas das redes sociais. No mesmo sentido, Lopes Jr. (2021, p. 553) aponta que muitas vezes anterior ao reconhecimento pessoal, a vítima ou testemunha é convencida pela autoridade policial a examinar o álbum de fotografia, com o intuito de buscar, de antemão, a identificação do autor do delito. Além disso, outros fatores que restam prejudicados no reconhecimento por fotografia são: altura, peso, marcas no corpo e cicatrizes, elementos que a pessoa que faz o procedimento não possui êxito em identificar.

O induzimento da autoridade policial, de igual modo, é outra problemática no reconhecimento fotográfico. Imagine-se que a autoridade policial tenha um indivíduo como suspeito sobre um determinado fato, entretanto, faltam diligências para concluir a investigação e ter indícios sólidos de autoria para a ação penal. Neste caso, ao executar o reconhecimento por meio da fotografia, a autoridade policial deve evitar todo tipo de confirmação ou práticas que induzam o reconhecedor a apontar o suspeito da polícia como autor do fato. Sendo assim, é importante “evitar qualquer *feedback* confirmatório, como quando o investigador diz à vítima/testemunha que ela apontou a pessoa que a polícia tinha em mente” (Matida; Cecconello, 2024, p. 424).

Nessa toada, o reconhecimento fotográfico abre espaço para a reprodução do racismo dentro das práticas penais. Um exemplo disso é o caso de um indivíduo que foi acusado 62 vezes apenas com base no reconhecimento fotográfico. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o judiciário do Rio de Janeiro condenou um homem negro com base apenas no reconhecimento por fotografia, levando em consideração ainda que, neste caso, houve inconsistências nas declarações da vítima, a qual “descreve o suspeito de roubo como ‘jovem, pardo, com cavanhaque e magro’. Cerca de 15 dias depois, ao participar do reconhecimento fotográfico de um suspeito, a vítima afirma que o criminoso seria ‘negro, magro, aparentando 1,75 m’” (BRASIL, 2023). Importante inferir que o indivíduo não possuía antecedentes criminais, sendo que suas fotos foram retiradas das redes sociais e colocadas no mural de suspeitos em delegacia no Rio de Janeiro. A partir disso, vítimas de crimes de roubo passaram a apontá-lo como autor dos fatos.

Não resta dúvida de que a democracia racial no Brasil é um mito, assim como também é um mito o Direito Penal igualitário, ou um sistema penal justo. Esse discurso, que serve para amenizar e até ocultar o racismo presente em nossa sociedade, tem por finalidade evitar o questionamento das relações de poder, e o poder, como se sabe, pertence a uma elite

burguesa e branca (Campos, 2013, p. 230).

Percebe-se que o sistema penal da continuidade nas relações de desigualdade existentes no plano social. No que se refere ao exposto nesta pesquisa, produz a manutenção da desigualdade racial estruturante das relações de produção atuais da sociedade. Gustavo Noronha de Ávila (2013, p. 206), infere que este sistema acaba sendo uma instância de controle social que constitui um “*continuum*” da seleção e reprodução das relações desiguais de produção, em conjunto com diferentes formas de controle social formal e informal.

Diante disso, compreende-se que o reconhecimento fotográfico se comporta como um procedimento capaz de reproduzir o racismo dentro dos órgãos do sistema penal devido a sua fragilidade, identificada pelas falsas memórias das vítimas e testemunhas e como também, pelas maneiras que tal procedimento é realizado, em desconformidade com as determinações legais ou reguladas pelo judiciário. Além disso, reforça os estereótipos negativos à população negra, influenciando as decisões dos órgãos judiciais, ao passo em que são identificadas as pessoas que se espera que tenham modos voltados à criminalidade, colocando as características do negro junto a este “estilo de vida”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discorrido no início deste trabalho, as práticas do sistema penal subterrâneo são verificadas pela clandestinidade do sistema punitivo, isto é, pelo abuso de poder, execuções sumárias, dentre outros atos realizados de forma ilegal. Nesse viés, ao analisar o contraste entre o discurso do sistema penal e a atuação do mesmo, mais especificamente no que tange a atuação dos órgãos policiais – criminalização secundária – entende-se que o sistema penal reproduz as desigualdades de contorno racial, principalmente quando da realização do reconhecimento fotográfico.

Nesse sentido, esta pesquisa surgiu diante do cenário incongruente relacionado às práticas do sistema penal. Em outras palavras, o índice de vítimas negras nas operações policiais somado às problemáticas na realização do reconhecimento por fotografia, aponta o racismo por parte das instituições que compõem o sistema de justiça criminal.

Em relação ao índice de vítimas letais decorrentes de operações policiais no ano de 2021, percebe-se que 84,1% destes agentes eram negros, fator que já indica um dado extermínio deste grupo populacional. Quanto ao reconhecimento fotográfico, tal instituto possui falhas identificáveis pelas falsas memórias das vítimas e testemunhas e pela forma que tal procedimento é realizado, em desconformidade com as determinações elencadas no art. 226 do Código de Processo Penal, com a Resolução nº 484 do Conselho Nacional de Justiça, assim como com os entendimentos dos

tribunais superiores.

A vista disso, considerando que na ótica do racismo institucional as instituições promovem o racismo estabelecendo privilégios e desvantagens aos indivíduos em razão de sua cor, pode-se considerar que as instituições do sistema penal, mais especificamente as policiais, as quais são o objeto deste trabalho, reproduzem esta desigualdade a medida em que ocasionam a exclusão de negros, seja ocasionando a morte destes indivíduos nas operações ou utilizando institutos processuais penais como forma de atribuir aos mesmos um fato tipificado, como o caso do reconhecimento fotográfico realizado de forma ilegal.

Assim, conclui-se que há uma distinção entre o discurso oficial do sistema penal e sua real atuação, o que é chamado de sistema penal subterrâneo. Tais práticas dos órgãos deste sistema resultam na reprodução da vulnerabilidade em que a população negra se encontra, ocasionando exclusão social e a manutenção do racismo dentro da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; FILHO Luiz Alberto Brasil Simões Pires. “Falsas” memórias e processo penal: (Re)discutindo o papel da testemunha. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, nº12, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7167_7180.pdf. Acesso em: 06 de jul. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. 1. Ed – São Paulo: Editora Pólen Livros, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9 ed. – São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BORGES, Ana Clara Davila; VINUTO, Juliana. Presunção de culpa: racismo institucional no cotidiano da justiça criminal em Niterói (RJ). **Revista PerCursos**, Florianópolis, v. 21, n.45, p.140-172, jan./abr., 2020. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/1984724621452020140>. Acesso em: 15 de jun. 2024.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022: Como funciona a segurança pública no Brasil**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 1-360. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 03 de jun. 2024.

BRASIL. **Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2024.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 de mai. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.839**, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 24/09/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 206.846**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 712781**. Relator(a): Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO, PUBLIC 22-03-2022.

CAMPOS, Walter de Oliveira. Sistema Penal e exclusão social: a discriminação do negro. **Argumenta Journal Law**, v. 5, n. 5, p. 217-231, Jacarezinho-PR, 2013. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/772>. Acesso em: 30 de jun. 2024.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312>. Acesso em: 05 de jul. 2024.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Diálogos com o “realismo marginal” e a crítica à branquitude: por que a dogmática processual penal “não vê” o racismo institucional da gestão policial nas cidades brasileiras? **Revista eletrônica direito e sociedade**, v. 8, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5151>. Acesso em 16 de mai. 2024

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

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. **Lugar do negro**. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero LTDA., 1982.

G1 Globo. **Novos vídeos mostram violência da PM em bailes funk**; Corregedoria apura denúncias. 05 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/12/05/novos-videos-mostram-violencia-da-pm-em-bailes-funk-corregedoria-apura-denuncias.ghtml>. Acesso em 15 de mai. 2024.

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do Etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1699-1791, set.-dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/339>. Acesso em: 05 de jul. 2024.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 14 mai. 2024.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 18 ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

SANTOS. Juarez Cirino dos. **Direito Penal Parte Geral**. 9 ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky; Ávila, Gustavo Noronha de. Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Boletim de análise político-institucional, n.17, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8866>. Acesso em: 06 de jul. 2024.

Superior Tribunal de Justiça. STJ vê falha grave em reconhecimento fotográfico e manda soltar porteiro acusado em 62 processos. **Superior Tribunal de Justiça**, 11 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10052023-STJ-ve-falha-grave-em-reconhecimento-fotografico-e-manda-soltar-porteiro-acusado-em-62-processos.aspx>. Acesso em: 01 de jun. 2024.

TAVARES, Denise Cerveira. Explicando o racismo no Brasil usando Lélia Gonzalez em sala de aula: possibilidades de construir uma aula antirracista. **Revista Semina**, Passo Fundo, vol. 21, n. 3, p.103-118, abri/set, 2022. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/ph/article/view/14077/114116868>. Acesso em: 20 de jun. 2024.

SISTEMA PRISIONAL FEMININO: UMA HISTÓRIA DE VIOLÊNCIAS

Maíra Ribeiro de REZENDE¹
Paloma Silveira Pique DOURADOR²

RESUMO

O estudo utiliza do método analítico-dedutivo como meio de análise relacional para verificação das múltiplas e reiteradas violências que o corpo feminino, especialmente o corpo da mulher negra e de baixa renda, enfrenta no sistema prisional brasileiro. Assim, por meio de estudos em criminologia feminista e criminologia crítica, o artigo é desenvolvido em três seções, sendo a primeira parte destinada a mulher na história da punição, demonstrando a passagem do movimento de perseguição às bruxas para o confinamento, até a chegada do encarceramento. Segue-se pela análise crítica dos dados atuais sobre o sistema prisional para na terceira seção do artigo identificar a representação das mulheres com o recorte de classe e raça. O estudo conclui pela necessidade de análise com recorte de classe, raça e gênero das violências perpetuadas no sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Classe; Gênero; Raça; Sistema prisional feminino; Violência.

ABSTRACT

The study uses the analytical-deductive method as a means of relational analysis to verify the multiple and repeated violence that the female body, especially the body of black and low-income women, faces in the Brazilian prison system. Thus, through studies in feminist criminology and critical criminology, the article is developed in three sections. The first part focuses on women in the history of punishment, demonstrating the passage from the witch-hunting movement to confinement, until the arrival of incarceration. This is followed by a critical analysis of current data on the prison system, and the third section of the article identifies the representation of women with a class and race focus. The study concludes that there is a need for a class, race and gender analysis of the violence perpetuated in the prison system.

KEYWORDS: Class; Class; Gender; Race; Women's prison system; Violence.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional, concebido inicialmente para o delinquente masculino, negligenciou as especificidades das mulheres, perpetuando sua marginalização. O crescimento da população feminina nas prisões brasileiras expõe a necessidade urgente de reavaliar as políticas públicas e práticas penais, que atualmente não atendem às necessidades dessas mulheres.

A interseção de desigualdades de gênero, raça e classe social agrava ainda mais a situação das mulheres negras e pobres, que enfrentam preconceitos múltiplos e são desproporcionalmente representadas no sistema carcerário. O presente texto visa explorar a complexa realidade do

1 Mestre pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professora de Direito Penal do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Coordenadora do Grupos de Estudos, Pesquisa em Extensão no Cárcere (GEPEC-UFLA). Pesquisadora. Advogada. Email para contato: mairarezende@hotmail.com

2 Mestre em Direito (2023) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professora na Escola de Formação Jurídica (EFJ). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Literatura & Sociedade “Machado de Assis”, vinculado à PUC Minas, *campus* Poços de Caldas. Membro do Grupo de Estudos em Criminologia Crítica (GECRIC), vinculado ao CNPq. Advogada. Email para contato: palomaspd@gmail.com.

encarceramento feminino brasileiro, destacando as interseções de gênero, raça e desigualdade social que perpetuam a injustiça e marginalização dessas mulheres desde o início do aprisionamento feminino no Brasil.

Dito isso, com base em dados quantitativos, utilizou-se o método analítico-dedutivo, como meio de análise relacional para a constatação de que a mulher, especialmente a mulher negra e de baixa renda, enfrenta um sistema carcerário marcado por desigualdades estruturais desde o início do projeto de encarceramento para mulheres. Através da análise comparativa das estatísticas de encarceramento feminino e das condições sociais das custodiadas, foi possível identificar padrões que evidenciam a representação desses grupos no sistema prisional, assim como vislumbrar a história da punição e encarceramento feminino no Brasil como um movimento amplo de múltiplas e reiteradas violências.

1 A MULHER NA HISTÓRIA DA PUNIÇÃO

A punição possui uma verdade historicamente constituída através de discursos e práticas fundantes-legitimadoras, cuja função simbólica é reafirmar no imaginário popular a prisão como única, possível e necessária resposta penal. No entanto, a partir do conjunto de aulas no Collège de France, 1972-1973, que formam *A Sociedade Punitiva* (2020), Michel Foucault apresenta como a prisão foi apropriada pela criminologia como modelo punitivo do início do século XIX, de modo que “as considerações detalhadas de Foucault das histórias do sistema penal, loucura e sexualidade realçam a contingência por trás do que é agora visto como os inevitáveis resultados das forças históricas” (MCLAREN, 2016, p. 48).

As prisões enquanto locais para cumprimento de pena, pertencem ao estilo punitivo próprio da passagem do século XVIII para o século XIX, período conhecido pela notória reforma penal, da qual atribui-se o processo de humanização das penas. O regime penal do período clássico ostentava quatro formas de táticas punitivas, com origens históricas diferentes, segundo sociedades próprias e com papéis específicos, sendo elas o exílio, o sistema de compensação, o suplício e a prisão (FOUCAULT, 2020, p. 227).

Ainda que somente no século XIX, os teóricos passaram a atribuir à prisão o projeto de penalidade e condição de transformação psicológica e moral do sujeito delinquente, a forma-prisão já existia como principal instrumento de penalidade, uma vez que “a prisão como lugar de correção era reinterpretação de uma prática do aprisionamento que se disseminara nos anos anteriores” (FOUCAULT, 2020, p. 233).

A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para reprimir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o

máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza (FOUCAULT, 2018, p. 223).

Ocorre que a história contada pela punição excluiu, ou pelo menos tornou periférica, o sujeito “mulher”. Se para o sujeito delinquente o encontro com o cárcere, na sua forma-prisão, enquanto instituição de sequestração³ ocorre no século XIX, tal encontro se deu em período muito anterior para as mulheres.

E, ainda, se voltarmos as lentes de análise para um período ainda mais longínquo, a punição conheceu intimamente os corpos femininos através de um movimento massivo de repressão, perseguição e condenação das mulheres nomeadas “bruxas”, na Europa Ocidental. Conforme Silvia Federici detalha em seus estudos, mais expressivamente nas obras *Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitiva* (2019) e *Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais* (2019), os corpos femininos transgressores encontraram nas fogueiras a punição do crime e extirpação dos pecados.

A perseguição às bruxas pode ser lida como um movimento estruturado de alinhamento de discursos potentes⁴ unindo Igreja e Justiça⁵ para criminalizar todas as práticas femininas em desacordo com o “estatuto do comportamento” criado para as mulheres, haja vista sua predestinação ao mal, ao perigo e à transgressão.

Esse discurso se prorrogou no tempo até que nos primeiros tempos da Idade Moderna, na Europa Ocidental, justifica e legitima o movimento de custódia para as mulheres perigosas, identificadas como agentes do demônio (MENDES, 2017, p. 131). A história dos corpos femininos é uma história marcada pela punição daquilo que une pecado e salvação, Eva e Maria, transgressão e obediência.

Conforme Soraia da Rosa Mendes (2017, p. 140), séculos antes do advento do capitalismo industrial, e daquelas que são consideradas as primeiras instituições prisionais, para as mulheres, a reclusão – de caráter muitas vezes perpétuo – sempre foi uma realidade, através de políticas que correção, que oscilavam entre a casa e o convento. Trata-se do período de custódia dos corpos femininos, de modo que “com a palavra custódia se pode compilar tudo o que podia, e devia, ser feito para educar as mulheres nos bons costumes e salvar suas almas: reprimir, vigiar, encerrar“(MENDES, 2017, p.124).

3 Essas instituições já não eram do tipo de reclusão clássica, mas do que seria possível chamar de sequestração, em referência àquela espécie de autoridade arbitral que se apodera de algo, retira-o da livre circulação e o mantém fixado em certo ponto, durante certo tempo, até uma decisão do tribunal (FOUCAULT, 2020, p. 191).

4 No movimento de custódia dos corpos femininos transgressores, alinha-se ao discurso teológico e jurídico, o discurso médico, conforme aponta Soaria da Rosa Mendes em sua obra *Criminologia Feminista: Novos Paradigmas* (2017).

5 Para maiores detalhes sobre o procedimento de perseguição e punição das mulheres “bruxas”, ver (KRAMER; SPRENGER, 2020).

As transformações sociais e de mentalidades que agitaram os primeiros tempos deste novo período histórico atingiram mulheres pobres, mendigas e prostitutas. Mas, não só a estas, porque a questão não se resumia à falta de trabalho. Tratava-se da custódia necessária às mulheres que não dispunham de ‘proteção’ masculina (MENDES, 2017, p.142).

A casa e o convento, portanto, faziam as vezes do cárcere para as mulheres. De modo que “durante muitos séculos, a punição às mulheres era determinada e executada por seus maridos, caso estes identificassem qualquer elemento que os incomodassem” (BORGES, 2021, p. 94).

A mulher na história da punição, portanto, marca uma a leitura de um sujeito delincente masculino, para esse sujeito foi pensado o cárcere e, para ele são realizadas as políticas públicas voltada ao sistema prisional. Se a relação mulher e punição é pretérita ao encarceramento masculino, para elas o saber criminológico não se voltou como objetivo investigativo e, por consequência, o gênero não vem tomando parte no sistema de Justiça Criminal, ainda que as celas femininas estejam cada vez mais lotadas.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FEMININO

Apesar do escoamento de um discurso que aponta para o sistema prisional como local destinado ao masculino, como resta evidenciado na narrativa de Marise — uma das detentas entrevistadas por Drauzio Varella (2017, p. 16), na Penitenciária do Estado —, ao pontuar que: “cadeia foi feita pra homem, doutor”, é necessário reconhecer o crescimento populacional feminino no sistema prisional brasileiro, de modo que a execução penal passou a ser um cenário propício para as diversas problemáticas que tocam ser mulher no cárcere. Estereótipos de gênero atrelados à criminalidade dificultam a aceitação social das mulheres no universo criminal, contribuindo, pois, para a invisibilidade da questão (GONÇALVES; COELHO; BOAS, 2017, p. 33).

A própria necessidade da criação de estabelecimentos prisionais próprios para o gênero feminino foi problematizada por Brunna Rabelo Santiago (2018, p. 61), ao identificar a justificativa a partir de uma necessidade do homem preso, haja vista que importava encontrar alguma “forma de auxiliá-lo no suposto controle de sua libido, comprometida pelas mulheres e seu dito poder de sedução quando inseridas no mesmo ambiente prisional”. O ambiente para cumprimento da pena demonstra que a prisão não é um lugar pensado para abrigar mulheres, mesmo que na realidade venha abrigando um número cada vez mais expressivo.

Se, por um lado, o local de cumprimento da pena é conferido nos mesmos moldes das unidades destinadas aos homens, de outro, as particularidades dos custodiados pouco se assemelham com as das mulheres custodiadas. No prefácio à obra *Mulheres privadas de liberdade: vulnerabilidades, desigualdades, disparidades socioeducacionais e suas intersecções de gênero e pobreza* (2016), Vera Maria Ramos de Vasconcellos nomeia filhas da exclusão o grupo de mulheres

em instituições brasileiras de privação de liberdade; é sob as filhas da exclusão que repousa uma vulnerabilidade redobrada, denominada por alguns autores como dupla vulnerabilidade, uma vez que diz respeito a privação de liberdade e, também, a vulnerabilidade a partir de questões de gênero (2016, p. 27). De forma semelhante, Luciana Rosar Fornazari Klanovicz e Fernanda de Araújo Bugai (2019) apontam que as mulheres se tornaram população crescente no próprio sistema de modo ainda mais marginalizado que os próprios indivíduos criminosos marginalizados homens.

A partir de um recorte pautado no gênero, a prisão alça elementos para além do caráter privativo de liberdade, de modo que Brunna Rabelo Santiago compreende que os estabelecimentos prisionais femininos, no Brasil, somente podem ser compreendidos “como uma misoginia disfarçada de mera restrição de liberdade” (2018, p. 60). Do mesmo modo Idilva Maria Pires Germano, Rebeca Áurea Ferreira Gomes Monteiro e Mariana Tavares Cavalcanti Liberato apontam, não somente para o cárcere, mas para uma interpretação, a partir dos estudos criminológicos da crítica feminista, “do sistema de justiça criminal como mais uma manifestação do poder patriarcal, que opera numa lógica de controle social sexualizado dos corpos femininos” (2018, p. 29-30).

Assim, em virtude de um crescimento cada vez mais expressivo de mulheres no sistema prisional brasileiro, nem sempre acompanhado de implementação de políticas públicas com recorte de gênero e sexualidades, o presente estudo traçará uma análise crítica dos dados apresentados pela execução penal brasileira no que concerne às mulheres.

A execução penal foi disciplinada através da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, — Lei de Execução Penal — com o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º).

Os órgãos da execução penal foram especificados no art. 61, correspondendo ao: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; o Juiz da Execução; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; os Departamentos Penitenciários; o Patronato⁶; o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública.

Para este estudo basta compreender que a Portaria n.º 1.107, de 5 de junho de 2008, elenca como uma das atividades do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a promoção de avaliação periódica do sistema criminal e penitenciário (inciso III, art. 1º), assim como estimular e promover a pesquisa criminológica (inciso IV, art. 1º), de modo que uma das ferramentas oficiais de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro é o SISDEPEN, criado pela Lei n.º 12/714, de 14 de setembro de 2012, que dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança.

6 Art. 78. O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos.

A Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) mantém informações referentes aos estabelecimentos penais através da alimentação, semestralmente realizada por servidores indicados pelas administrações prisionais dos Estados, Distrito Federal e do Sistema Penitenciário Federal, que respondem aos questionamentos previstos no Formulário de Informações Prisionais, de forma eletrônica, via SISDEPEN. Assim, ao término de cada ciclo de seis meses, os dados estatísticos são extraídos e sinterizados em painéis dinâmicos.

Apesar de reconhecer a existência de outras fontes de dados sobre o sistema prisional, este estudo optou por tecer uma análise crítica exclusivamente dos dados apresentados pelo Relatório de Informações Penais (RELIPEN), compreendendo o período de julho a dezembro de 2023, o qual agrega os dados fornecidos pelas Secretarias de Administração Prisional de todos os Estados e Distrito Federal e pelo Sistema Penitenciário Federal, por meio do preenchimento dos formulários eletrônicos, semestralmente, via SISDEPEN.

Os dados são apresentados através de três modalidades de estabelecimentos. A primeira modalidade dispõe sobre os presos em cela física: Presos que, independentemente de saídas durante o dia, para trabalho e/ou estudo, dormem no estabelecimento prisional, ou seja, ocupam vagas; a segunda pessoas em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, de modo que I: Estejam vinculadas à Administração Penitenciária; II. Dormem em lugar diferente do estabelecimento prisional, ou seja, não ocupam vaga; e III. Fazem uso de tornozeleiras eletrônicas; e, por fim, a terceira modalidade corresponde as pessoas em prisão domiciliar sem monitoramento eletrônico, cujos requisitos são: I. Estejam vinculadas à Administração Penitenciária; II. Dormem em lugar diferente do estabelecimento prisional, ou seja, não ocupam vaga; e III. Não fazem uso de tornozeleiras eletrônicas.

Neste estudo serão analisados os dados apresentados pelo estado de São Paulo e, informamos que a escolha se deu pelo expressivo destaque populacional no aludido estado, de modo que as críticas atribuídas podem ser aplicadas aos demais estados.

A população prisional brasileira em 31 de dezembro de 2023 alcançou o número de 644.316 pessoas presas em celas físicas (p. 12), das quais 617.306 correspondendo a população masculina e 27.010 à população femininas. No entanto, Idilva Maria Pires Germano, Rebeca Áurea Ferreira Gomes Monteiro e Mariana Tavares Cavalcanti Liberato, assinalam que a posição secundária que é relegada as mulheres no sistema punitivo em razão da comparação do número absoluto de encarceramento masculino, “leva à errônea compreensão de que mulheres são menos selecionadas pelo sistema penal em razão do fato de cometer menos crimes” (2018, p. 32), fato confrontado com os números apresentados pelas pesquisas recentes pautadas na situação da mulher no cárcere brasileiro.

O recorte de gênero, alinhado a outros instrumentos analíticos inseparáveis como classe e raça, se coloca como uma urgência nos estudos não apenas do sistema prisional brasileiro, mas de todo o sistema de justiça criminal global.

Mas o sistema de justiça criminal, em seu braço penal, teve apenas modulações e ações diferenciadas em se tratando de homens e mulheres para aplicar punições, além de termos de levar em conta o Patriarcado como estrutura que determinou essas diferenciações tanto no encarceramento como, até mesmo, na definição do que seria crime para ambos. A situação das mulheres encarceradas sofre uma dupla invisibilidade, tanto pela invisibilidade da prisão quanto pelo fato de serem mulheres. (BORGES, 2021, p. 92-93).

De acordo com Jaqueline Carvalho Quadrado, “a questão feminina possui uma especificidade fundamental: as mulheres são, geralmente, as responsáveis por seus filhos, sejam aqueles que geraram durante o período pré-cárcere, sejam aqueles que nasceram entre as grades” (2022, p. 271). É, portanto, visível que os apontamentos quanto a especificidade da mulher no sistema prisional se sobressaia quanto a posição ocupada pela mulher na estrutura da família.

Nessa esteira, o relatório aponta que das mulheres em celas físicas, 230 são gestantes e 103 lactantes (p. 61), apesar dos dados apontarem para 61 celas/dormitórios para gestantes em todo o território nacional. O estado de São Paulo lidera com 8 celas/dormitórios para os 42 filhos em estabelecimentos (p. 63), do total nacional de 99 – a faixa etária é majoritária dos 0 a 6 meses, com o número de 91 crianças, seguido 6 meses a 1 ano com 7 crianças e, posteriormente, 1 criança de 1 ano a 2 anos, no Mato Grosso do Sul (p. 64).

São 51 berçários em nível nacional, com o recorte de celas físicas, com capacidade para 444 bebês distribuídos pelos berçários nos estados. Apenas o estado de São Paulo possui capacidade para acima de 100 (p. 65). As creches são 8, seguindo o mesmo recorte de celas físicas, com 4 delas no estado de São Paulo (p. 66).

Para além da gestante, as mulheres que exerceram a maternidade antes de ingresso no sistema prisional também possuem especificidades para as quais é necessário um tratamento diferente, de modo que Amanda Aparecida Lopes Maia aponta que “as famílias e os lares são afetados pela prisão feminina, já que muitas mulheres são chefes de famílias e, quando são presas, deixam seus filhos desamparados” (2021, p. 9).

Além das particularidades da higiene pessoal e de cuidados médicos singulares, uma das principais questões que diferencia o tratamento específico em uma penitenciária para mulheres é a maternidade. Apesar de um filho ser fruto de uma relação entre duas pessoas, a maternidade diferencia-se por completo da paternidade desde a concepção. Como o feto é gerado no ventre materno, após a prisão dos genitores, o local que necessita de ajustes especiais a título de suporte e acompanhamento dessa gestação é a penitenciária feminina (SANTIAGO, 2018, p. 78).

Os estados com maior população feminina em celas físicas foram: 1º São Paulo com 8.566; 2º Paraná com 1.791; 3º Rio de Janeiro com 1.548; e 4º Rio Grande do Sul com 1.518.

Enquanto os estados com a menor população feminina em celas físicas 1º Amapá com 72; 2º Tocantins com 100; 3º Amazonas com 139; e 4º Alagoas com 145 (p. 14).

É possível verificar que, ainda que os números de presos em celas físicas, a partir de um recorte de gênero, seja marcado pela presença majoritariamente masculina, não se pode concordar com a ausência de superlotação nos presídios femininos. O estado de São Paulo, com a maior população prisional feminina, possui capacidade para agrupar no regime fechado 7.324 presas, enquanto possui uma população prisional em celas físicas de 8.566, ou seja, o sistema prisional feminino, assim como o masculino, resguardadas as devidas proporções, é cenário do fenômeno do encarceramento em massa (p. 16).

O encarceramento feminino pressupõe que “as mulheres que deveriam estar privadas de seu direito de ir e de vir têm restringido todo o conjunto de direitos concernentes à dignidade humana” (GONÇALVES; COELHO; BOAS, 2017, p. 70) , de modo que Luciana Rosar Fomazari Klanovicz e Fernanda de Araújo Bugai pontuam: “as mulheres presas, no Brasil, não estão privadas apenas de liberdade, mas também de seu direito à intimidade, à maternidade, à privacidade, à saúde, dentre outras garantias fundamentais” (2019, p. 92) .

Os dados apenas lançam luz ao fato de que enquanto a população prisional feminina aumenta, os espaços destinados para cumprimento da pena ainda correspondem aos restos deixados pelos presídios masculinos.

Levando em consideração a posição na qual a mulher/feminino foi colocada ao longo do tempo e paralela a ela, a construção das lógicas do sistema penal, faz-se possível afirmar que esta instituição foi construída a partir do masculino e, absolutamente, para o mesmo (CANDIDO; CALAIS, 2019, p. 451).

De acordo com o relatório (p. 20), de 8.468 mulheres presas provisoriamente na justiça estadual, 1.426 estão no estado de São Paulo, de modo que o estado paulista é responsável pela custódia de 16% da população prisional feminina em prisão provisória. No que tange a Justiça Federal, a partir do somatório de todos os estados, tem-se 85 mulheres em prisão provisória.

Os dados referentes ao regime fechado de cumprimento de pena demonstram que 37% das mulheres presas em regime fechado, em todo o país, estão custodiadas no estado de São Paulo, haja vista que o estado possui 4.661 mulheres no aludido regime, enquanto o número nacional se perfaz em 12.570 (p. 22). Na Justiça Federal a totalidade dos estados corresponde a 63 mulheres.

No que concerne ao regime semiaberto, na Justiça Estadual, tem-se o número de 4.697 mulheres, das quais 2.267 estão no estado de São Paulo. Por sua vez, a Justiça Federal, computando-se todos os estados, possui 65 mulheres no regime semiaberto (p. 24).

A Justiça Estadual, em sua totalidade, possui 607 mulheres em regime aberto, das quais 0 estão no estado de São Paulo. O Estado de Goiás apresenta 134, Minas Gerais possui 16, Mato

Grosso com 118, Paraíba com 135, Pernambuco com 19, Rio de Janeiro com 56, Roraima com 108 e Rio Grande do Sul com 20 (p. 26).

A quantidade de presas em trabalho, com recorte de celas físicas, corresponde a 14.110, das quais 3.244 estão no estado de Minas Gerais e 2.810 no estado de São Paulo (p. 39). Enquanto 11.838 mulheres estão no trabalho interno (p. 41), 2.272 possuem trabalho externo (p. 42).

No estado de São Paulo, 1.209 mulheres em situação de prisão possuem entre 18 e 24 anos; 1.623 entre 25 e 29 anos; 1.591 entre 30 e 34 anos; 2.849 entre 35 e 45 anos; 1.165 entre 45 e 60 anos; 137 entre 61 e 70 anos e 18 com mais de 70 anos (p. 85). Logo, a população prisional feminina é majoritariamente nova, possuindo entre 35 e 45 anos.

A cor da pele/raça/etnia no estado de São Paulo corresponde a 3.403 mulheres declaradas brancas, 935 pretas, 4.246 pardas, 7 amarelas e 1 indígena (p. 86). Assim, concordamos com Juliana Borges para quem “o debate sobre justiça criminal no Brasil não pode jamais prescindir da questão racial como elemento pilar, inclusive para a instalação dessa instituição no país” (BORGES, 2021, p. 58).

Os dados quanto ao estado civil das mulheres custodiadas, em celas físicas, no estado de São Paulo demonstram que 4.806 são solteiras; 2.554 estão em união estável/são amasiadas; 659 casadas; 51 separadas; 348 divorciadas e 166 viúvas (p. 88).

Quanto ao nível de escolaridade, 52 são analfabetas; 44 alfabetizadas; 3.189 possuem ensino fundamental incompleto; 778 ensino fundamental completo; 1.830 ensino médio incompleto; 2.256 ensino médio completo; 212 ensino superior incompleto 212; 197 ensino superior completo e 4 possuem acima do ensino superior completo (p. 89).

Em relação ao quantitativo de presas por tempo total da pena, o estado de São Paulo apresenta 17 presas até 6 meses; 31 de 6 meses até 1 ano; 163 de 1 ano até 2 anos; 556 de 2 anos até 4 anos; 2.458 de 4 anos até 8 anos; 2.052 de 8 até 15 anos; 692 de 15 até 20 anos; 564 de 20 até 30 anos; 225 de 30 até 50 anos; 61 de 50 até 100 anos e 10 com pena superior a 100 anos (p. 97).

O principal responsável pelas matrículas prisionais feminina é o delito de tráfico de drogas. Apenas no estado de São Paulo são 4.327 mulheres, em celas físicas, custódias pelo delito, além de 205 por associação e 51 pelo tráfico internacional.

3. A COMPLEXA REALIDADE DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL: INTERSEÇÕES DE GÊNERO, RAÇA E DESIGUALDADE SOCIAL

Conforme se identifica pela análise de dados, o número de mulheres inseridas no sistema carcerário aumentou no passar dos últimos anos. O fator histórico social é inegável e evidente, e é na figura do criminoso onde se abre um espaço maior ainda para a discriminação racial e

criminalização desses corpos, negros e pobres, são esses os rostos dos “inimigos” do sistema.

Diante de concepções totalitaristas, a ideia de que o inimigo está próximo e que esse oferece risco a sociedade, Zaffaroni em sua obra faz menção a teoria de Schmit quanto a distinção entre *amigo* e *inimigo* e afirma a partir dessa que “guerra e política superpõem-se, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, porque exige que todos se unam frente ao inimigo e não lutem entre si” (ZAFFARONI, 2007, p. 139). E ao retomarmos os dados, esses demonstram que há um grupo alvo e predominante entre a população prisional, ou seja, que padrões a serem considerados criminosos, temos aí uma fórmula perfeita de escamoteamento de um preconceito que é racial primordialmente.

Para Shecaira (2010, p. 38), nessa mesma linha, enfatiza que os países do Terceiro Mundo, além de amontoarem o seu próprio “lixo humano” em favelas, também optam por caminhos encarceradores.

A situação das mulheres no sistema carcerário revela peculiaridades adicionais. Desde cedo, muitas delas são inseridas em um contexto onde a figura masculina predomina, e, somada à questão econômica, essa realidade frequentemente as obriga a buscar trabalho externo para o sustento. Essas e outras circunstâncias complexas muitas vezes resultam no abandono escolar, o que pode facilitar a entrada no mundo ilícito, dada a escassez de opções disponíveis, como os subempregos. Com base no Infopen:

No que concerne ao grau de escolaridade das mulheres privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 44,42% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 15,27% com Ensino Médio Incompleto e 14,48% com Ensino 35 Médio Completo. O percentual de custodiadas que possuem Ensino Superior Completo é de 1,46% das presas. (BRASIL, 2017)

O vínculo e as relações de afeto também possuem sua relevância, ligadas a essa figura masculina, maioria dos casos são inseridas nesse mundo por um namorado ou ficante, muitas mulheres encontram no tráfico uma solução de dinheiro fácil e rápido.

A falta de oportunidades econômicas é uma das principais razões que levam muitas mulheres negras a se envolverem no tráfico de drogas. Historicamente marginalizadas no mercado de trabalho formal, essas mulheres enfrentam taxas mais altas de desemprego e, quando empregadas, frequentemente recebem salários mais baixos em comparação com seus pares brancos. A necessidade de sustentar suas famílias em um contexto de extrema desigualdade econômica força muitas a buscar meios alternativos de sobrevivência. (CARVALHO, et.al, 2016, p. 43)

Para Rosa del Omo: “é perceptível que as mulheres enxergam na criminalidade uma forma de ascensão social, possibilidade de renda e de ganhos maiores, sem a necessidade de jornadas exaustivas de trabalho ou vínculos empregatícios precários, bem como a manutenção do cuidado com os filhos e as atividades domésticas sem a necessidade de se ausentar do lar” (DEL OMO, 1996).

Quando se trata de raça, permite-se um recorte ainda mais preciso, onde se chama a atenção para um padrão de seletividade no sistema penal, que, assim como ocorre com o sexo masculino, as mulheres negras estão presentes em maior número em nosso sistema carcerário. É possível verificar que os números são crescentes, no ano de 2017 o relatório Infopen Mulheres já apresentava que: “as mulheres presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,55% da população carcerária nacional” (BRASIL, 2017) A desigualdade social é fator relevante para a análise desses números, e o que se depara é que na maioria dos casos o fator desigualdade social, desagua em injustiças.

A opressão sustentada por teorias ideológicas eurocêntricas, desde tempos remotos, contribuiu e ainda contribui para a existência de construções históricas distorcidas e perpetuação de mitos que serviram como fonte de imagens estereotipadas sobre os povos tidos como oprimidos. E a partir destas reflexões, que emerge a compreensão de como homens e mulheres negras constroem suas identidades, imersas em uma sociedade que tende a negá-los e inferioriza-los (ALMEIDA, 2016, p, 151).

O racismo faz perpetuar as condutas violentas frente a esses corpos femininos, ao analisar toda a estrutura social, percebe-se uma ramificação que vai lançar seus olhares para essa figura: mulher – preta – inserida no sistema carcerário. Deve-se partir do entendimento que por tempos essa figura ficou esquecida das análises sociológicas, jurídicas, ao falar nesse padrão de mulher, logo se remete à figura de uma mulher de baixa renda, com baixa escolaridade, ligadas aos afazeres doméstico, Pereira, nesse sentido, dispõe:

Em diferentes tempos históricos não foram consideradas agentes da história e sua função na sociedade era determinada de acordo com seu núcleo social, regida e administrada pelo Estado. E quando pensamos em mulher negra, a necessidade de resignificação histórica é ainda maior, visto que o grupo social ao qual pertence nunca teve importância em nenhum momento histórico. (PEREIRA, 2011, p. 6)

Para essa mulher, o preconceito chega por diversas facetas, tanto na questão do gênero, quanto na questão da raça, duplamente vitimizada, essa mulher que dá entrada no sistema carcerário é vista como uma cidadã de segunda classe, como um ser inferior, sem estudos e sem valor.

Percebe-se que o encarceramento feminino, ultrapassa os números, e possibilita chegar a uma análise em que essas vidas femininas são simplificadas a apenas a corpos, numa expressão Foucaultiana “corpos dissidentes”, que para Bauman é uma consequência direta da decomposição do Estado Social e que para Agambem (2010, p. 82), o modelo ideal-típico de pessoa excluída é oferecido pelo *homo sacer*, categoria do direito romano estabelecida fora da jurisdição humana sem ser trazida para o domínio da lei divina, passando essa vida para um patamar de invalidez e desvalorização.

Do controle de superfície e profundidade da sociedade disciplinar, investindo no corpo útil e dócil da população, passamos para o controle a céu aberto. Importa para o Estado quem é vivo, estar vivo e não mais fazer viver. (PASSETI, 2023. p. 215)

A política de guerra às drogas muito contribuiu e contribui para a manutenção dessa estrutura carcerária racial. A legislação antidrogas brasileira, especialmente após a Lei 11.343/2006, aumentou significativamente as penas para crimes relacionados às drogas, não diferenciando de forma eficaz entre usuários, pequenos traficantes e grandes operadores do tráfico. Essa falta de diferenciação resulta em condenações longas para mulheres que desempenham papéis menores e que, muitas vezes, são primárias (sem antecedentes criminais).

Contudo, na realidade, essas mulheres costumam ocupar posições de baixo escalão nas redes de tráfico, como transportadoras (as chamadas "mulas"), vendedoras de pequenas quantidades ou desempenhando papéis logísticos menores, no entanto, o que se vê, frequentemente, é uma não distinção significativa entre diferentes níveis de envolvimento, aplicando penas severas independentemente do papel específico desempenhado no caso concreto.

As diferenças no que tange a raça permanecem até mesmo dentro dos presídios, e podem ser percebidas, por exemplo, quanto analisadas as oportunidades para remissão de pena e de punições entre mulheres negras e mulheres brancas.

[...] mulheres brancas, em virtude da maior escolaridade, recebem os melhores cargos de trabalho dentro da prisão, ao contrário das negras, em maioria com serviços pesados e de limpeza, conseqüentemente, prejudicadas pelo benefício do indulto e da remissão de um dia de pena por cada três dias trabalhados. (SANTOS, 2016, p. 43)

O preconceito, o controle dos corpos, fielmente atrelados as questões de gênero, fazem com que essas mulheres se vejam em uma situação sem saída, negligenciadas pelo Estado desde a infância, quando presas, por suas famílias e parceiros. Dito isso, tratar a questão de gênero, raça no sistema carcerário exige uma revisão profunda das políticas públicas e do sistema penal, visando à implementação de medidas que promovam a igualdade e a justiça social. É imprescindível que se desenvolvam programas de educação e reintegração social voltados para essas mulheres, garantindo-lhes acesso a oportunidades que possam quebrar o ciclo de marginalização e encarceramento. Além disso, é necessário um olhar crítico sobre a aplicação das leis antidrogas, para que se estabeleçam critérios mais justos e humanizados na distinção entre diferentes níveis de envolvimento em atividades ilícitas. Somente com uma abordagem inclusiva e equitativa será possível transformar o sistema carcerário em um espaço de verdadeira reabilitação e não de perpetuação da desigualdade e opressão.

CONCLUSÃO

A análise do encarceramento feminino no Brasil revela um cenário complexo e

multifacetado, enraizado em um sistema punitivo historicamente constituído que reflete profundas desigualdades sociais, de gênero e raciais. O crescimento da população feminina carcerária desafia essa percepção tradicional, expondo a invisibilidade e marginalização das mulheres dentro do sistema de justiça criminal. A interseção de preconceitos de gênero e raça coloca as mulheres negras em uma posição de dupla vulnerabilidade, frequentemente negligenciadas pelas políticas públicas e sociológicas.

O aumento das mulheres no sistema prisional brasileiro reflete não apenas a criminalização da pobreza, mas também a perpetuação de um preconceito estrutural que marginaliza essas mulheres desde a infância. O sistema penal, historicamente concebido para o delinquente masculino, não considera as especificidades das mulheres, especialmente aquelas de baixa renda e escolaridade, que são majoritariamente negras. As oportunidades econômicas limitadas e a discriminação racial forçam muitas dessas mulheres a buscar alternativas de sobrevivência no tráfico de drogas, resultando em penas severas devido à falta de distinção na legislação antidrogas entre diferentes níveis de envolvimento.

As políticas públicas voltadas para a reintegração social dessas mulheres são insuficientes, perpetuando um ciclo de marginalização e reincidência. A opressão sustentada por teorias ideológicas eurocêntricas e a construção histórica de estereótipos negativos sobre as mulheres negras contribuem para a perpetuação dessa injustiça. É imperativo que haja uma reavaliação crítica e uma reformulação das práticas penais, com um enfoque na inclusão e na justiça social. Somente com uma abordagem inclusiva e equitativa será possível enfrentar as profundas desigualdades que permeiam o sistema carcerário e promover a verdadeira justiça para essas mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMIDA, Sandra Maciel. **Mulheres Privadas de Liberdade**. 1º edição. Editora: Paco. 2016.

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2º edição. Editora UFMG, 2007.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. 4ª ed. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

BRASIL. Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012. **Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança**. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112714.htm. Acesso em: 17.jun.2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho, de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: 17.jun. 2024

BRASIL. Portaria nº 1.107, de 5 de junho de 2008. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/anexos-institucional/ri-conselho->

nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria.pdf. Acesso em: 17.jun.2024.

BRASIL. **Relatório de Informações Penais**. 15º ciclo sisdepen. 2º semestre de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 17.jun.2024.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Políticas Penais. Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 17.jun.2024.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Mulheres: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: MJSP, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/infopen/relatorios>. Acesso em: 17 jun. 2024

CÂNDIDO, Caroline Nazar Machado; CALAIS, Lara Brum de. **O feminino no sistema prisional: o aprisionamento simbólico do feminino nas mulheres que cumprem pena de privação de liberdade**. Cadernos de psicologia – CESJF, v. 1 n. 1, p. 451, 2019. Disponível em: <https://seer.uniacademia.edu.br/index.php/cadernospsicologia/article/view/1995>. Acesso em: 17.jun.2024.

CARVALHO, S., CHAVES, C. **A interseccionalidade de gênero e raça no encarceramento feminino brasileiro**. Cadernos de Gênero e Diversidade, 2016.

DEL OMO, Rosa. **Reclusión de mujeres por delitos de drogas – reflexiones iniciales. Reunión del Grupo de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia. Organización de los Estados Americanos O.E.A.** Montivedéo, Uruguay, 1996

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpos e acumulação primitivo**. São Paulo: Editora Elefante, 2019.

FEDERICI, Silvia. **Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais**. Tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. **Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino**. Psicol. ciênc. prof; 38(spe2): out./ dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/MHtjGhJrYXTLYzWmS6X4W6Q/?lang=pt>. Acesso em: 16.jun.2024.

GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas. **Mulheres na prisão: um estudo qualitativo**. Curitiba: Editora Appris Ltda., 2017.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. Dossiê sobre as Políticas de Encarceramento de Mulheres no Brasil. In: MATTOS, Carmen Lúcia Guimarães; ALMEIDA, Sandra Maciel; CASTRO, Paula Almeida; BORGES, Luís Paulo Cruz. **Mulheres Privadas de Liberdade: vulnerabilidades, desigualdades, disparidades socioeducacionais e suas intersecções de gênero e pobreza**. Jundiaí, Paco Editorial,

2016, p. 47

KLANOVICZ, L. R. F.; BUGAI, F. de **A. Mulheres no cárcere: A estrutura do sistema prisional e a construção do gênero no Brasil**. Revista História & Perspectivas, [S. l.], v. 31, n. 59, p. 81-82, 2019. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/view/41632>. Acesso em: 16.jun.2024

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

MAIA, Amanda Aparecida Lopes. **Maternidade violada: a situação do sistema carcerário feminino para mulheres gestantes**. In: SANTOS, Luiza Martins; FARIA, Mariana Karla de; SANTANA, Raíssa Emmerich (org.). **Gênero, criminologia e sistema de justiça criminal**. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/rg86465t/m3565427/60L0YnBsfFhk-M62A.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

MCLAREN, Margaret A. **Foucault Feminismo e Subjetividade**. São Paulo: Intermeios, 2016.

MENDES, Sorais da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

PASSETI, Edson. **Anarquismos e sociedade de controle**. Editora: Cortez. 2023.

PEREIRA, Fernanda Rodrigues. **A mulher negra e a história: ressignificação e resistência**. São Paulo: Editora X, 2011

QUADRADO, Jacqueline Carvalho. **Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de droga**. GÊNERO, v. 22, n. 2, p. 264-291, 2022. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/47760/31396>. Acesso em: 16.jun.2024

SANTIAGO, Brunna Rabelo. **Encarceramento e criminologia feminista: uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”**. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Mestra em Ciência Jurídica (Área de concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão - Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas), do Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2018.

SANTOS, Carla Adriana da Silva. **Ó pai í, prezada!: racismo e sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador**. Dissertação. UFBA, 2016, p. 43.

SECHAIRA, et. al. **Criminologia no Brasil: História e Aplicações Clínicas e Sociológicas**. Editora: Campus Jurídico. 2010.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. tradução Sérgio Lamarão. Imprensa: Rio de Janeiro, Revan, 2007. p. 139

CAPÍTULO II
FILOSOFIA E TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO

FACES DA LIBERDADE: ONTOLÓGICA E JURÍDICA

Matheus TEODORO¹

RESUMO

A questão da liberdade do ser humano é antiga e complexa tanto na filosofia, quanto no Direito. Diversos autores se debruçaram sobre o tema, inclusive sustentando a liberdade como direito natural. Portanto, parte-se da indagação se a liberdade é, necessariamente, um direito natural ou se encontra-se em outro *locus* ontológico. A fim de proceder com a investigação, utiliza-se do método fenomenológico-hermenêutico, considerando se tratar de uma questão eminentemente ligada à ontologia. Conclui-se que a liberdade possui, ao menos, dois grandes níveis, quais sejam, o ontológico e o jurídico, de modo que o ontológico é imanente aos indivíduos e o jurídico é criação humana, ambos não integrando o denominado direito natural.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; Ontologia; Direito Natural.

ABSTRACT

The question of human freedom is old and complex both in philosophy and in Law. Several authors have focused on the topic, including supporting freedom as a natural right. Therefore, we start with the question whether freedom is, necessarily, a natural right or whether it is found in another ontological locus. In order to proceed with the investigation, the phenomenological-hermeneutic method is used, considering that it is an issue eminently linked to ontology. It is concluded that freedom has at least two major levels, namely, the ontological and the legal, so that the ontological is immanent to individuals and the legal is a human creation, both not integrating the so-called natural law.

KEYWORDS: Freedom; Ontology; Natural Law.

INTRODUÇÃO

Considerando a sempre presente e importante questão sobre a essência da liberdade, especialmente se se pode caracterizá-la como direito natural, a presente investigação pretende buscar uma resposta, ainda que não concludente, sobre a temática.

Observa-se no decorrer da história filosófico-jurídica da humanidade as diversas correntes de pensamento que se inclinam à análise desta questão. Ora defende-se a existência de direitos naturais, ou seja, ínsitos à natureza humana e, portanto, inafastáveis. Ora defende-se a inexistência de direitos naturais e, inclusive, a inexistência de uma natureza humana.

Relevante, deste modo, que se investigue, considerando que, a depender do resultado, o sistema jurídico-político será visto por ângulos diversos. Para tanto, utiliza-se da metodologia fenomenológica-hermenêutica, uma vez que a indagação motriz desta pesquisa não se mostra adequada por uma análise cientificista/empiricista, dado que não se pode encontrar uma “resposta

1 Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-Graduado em Advocacia Cível e Direito Público, ambas pela Escola Brasileira de Direito. Pós-Graduado em Direito e Processo Previdenciário pela Damásio Educacional. Advogado e Professor Universitário. ORCID 0000-0002-5863-0238. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7756213644211942>. E-mail: prof.matheus.teodoro@gmail.com

objetivamente correta” para a questão, precisamente pela existência, facticidade dos indivíduos. Evidentemente que a opção pelo método em questão não retira a cientificidade da pesquisa, mas sim torna claro que a problemática é mais adequadamente enfrentada por este modelo.

Assim, no primeiro capítulo será tratada a questão da liberdade no campo ontológico, próprio do ser, a fim de analisar a posição do ser humano ante à natureza e ao seu arbítrio, como condição humana.

No segundo capítulo será analisada a liberdade jurídica, fruto da liberdade ontológica, identificando-a como criação propriamente humana.

No terceiro capítulo buscar-se-á analisar, compreender e esclarecer uma certa confusão entre os dois conceitos de liberdade acima expostos, observando-se a existência de um amálgama, posteriormente de uma simbiose e, por fim, de uma propriedade.

1 A LIBERDADE ONTOLÓGICA

O arbítrio humano é questão das mais complexas e emanadoras de interesse filosófico desde os primórdios do desenvolvimento do pensamento e conhecimento humano. Assim sendo, à evidência, não se buscará a exaustão do tema na atual investigação, especialmente pela metodologia escolhida, eivando-se da existência do próprio investigador. Portanto, para além da busca pela “resposta correta”, procura-se uma resposta à indagação que move este trabalho, ausente qualquer pretensão de esgotamento da questão.

Observando-se a visão ontológica kantiana sobre a liberdade, tem-se que a escolha determinada pela razão pura representa o denominado *livre-arbítrio*, ao passo que a escolha determinada por meio de uma inclinação, um “impulso sensível, estímulo” representaria o “arbítrio animal” (Kant, 2017, p. 35). Em sua construção teórica, Kant sustenta que o arbítrio humano pode ser influenciado por impulsos, ou seja, por estímulos próprios ao que se chamou de arbítrio animal, contudo não se caracteriza por ele. Assim, ainda que não seja puro – considerando haver inclinações ínsitas à natureza humana -, pode “ser determinada às ações pela vontade pura” (Kant, 2017, p. 35).

Dois são os conceitos de liberdade aduzidos por Kant, quais sejam, (1) o conceito negativo de liberdade: “a liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos” (Kant, 2017, p. 35); (2) o conceito positivo de liberdade: “da capacidade da razão pura do ser, por si mesma, prática” (Kant, 2017, p. 36). Esta última, o conceito positivo de liberdade, para Kant, não é possível aos indivíduos, excetuada a sujeição à “máxima de toda ação à condição de sua qualificação como lei universal, uma vez que, como razão pura aplicada à escolha independentemente de seus objetos, não contém em si a matéria da lei” (Kant, 2017, p. 36).

A escolha pela obediência à lei universal acima mencionada traduz-se na conhecida

definição do *imperativo categórico* kantiano, que dentre suas inúmeras formulações pode ter seu conteúdo essencial observado do seguinte modo: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal” (Kant, 2017, p. 40).

A liberdade humana, portanto, encontra-se diante de duas formas distintas de lei: as *leis da natureza* e as *leis morais*. As leis morais, por sua vez, subdividem-se em outras duas formas: (a) leis jurídicas, “dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei” (Kant, 2017, p. 36); (b) lei éticas, quando se requer que a própria obediência à lei seja o fundamento determinado das ações. Portanto, “diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade” (Kant, 2017, p. 36).

A liberdade ontológica se encontra em um *locus* diverso da liberdade jurídica, como se observa na dissemelhança entre as leis da natureza e as leis morais. A própria existência das leis morais – conforme a linguagem kantiana – evidencia a liberdade ontológica, posto que se não houvesse liberdade ontológica, todos os fenômenos antropossociais estariam submetidos à inexorabilidade da natureza.

Deste modo, se se pode falar em Moral e Direito é porque há liberdade incrustada no *ser* do ser humano. Não há moralidade ou direito na natureza, uma vez que os seres que são regidos pela inflexibilidade das leis naturais não possuem, propriamente, liberdade para concretizarem atos de escolha.

Como visto, para Kant, o *livre-arbítrio* do ser humano não pressupõe a inexistência de leis da natureza que regem determinados aspectos do ser, porém há, coadunada a elas, a liberdade do indivíduo, as leis morais e, em verdade, estas últimas estão presentes em maior intensidade, caracterizando o arbítrio humano. Em outros termos, o ser humano não é ser transcendental, somente razão pura, posto que possui impulsos naturais. Entretanto, também não se reduz à condição do arbítrio animal, guiado somente por esta natureza. É conjugação de ambos, com prevalência, ao menos na visão kantiana, da liberdade ontológica.

Neste mesmo sentido é que Kelsen delimita o *absolutismo filosófico* e o *relativismo filosófico*. Para o autor, o absolutismo filosófico pressupõe uma verdade absoluta, valores morais absolutos, de modo a personificar o *absoluto*, pretensamente tornando possível julgamentos universalmente válidos. De outro vértice, o *relativismo filosófico* realiza uma melhor divisão entre *ser* e *dever-ser*, de modo que os juízos de valor podem indicar somente valores relativos (Kelsen, 1993).

Portanto, é efeito do absolutismo filosófico a reflexão sobre o conhecimento, que já se encontra ontologicamente personificado como verdade em si mesmo, em dissonância ao relativismo filosófico, defensor da tese de que o processo de conhecimento representa uma “criação de seu

objeto” (Kelsen, 1993, p. 165). Assim sendo, o sujeito cognoscitivo é, epistemologicamente, criador de seu mundo. Esta criação, contudo, não se assemelha à ideia de criação divina, considerando não ser completamente livre, devendo observar normas para seu satisfatório desenvolvimento, assim como destacando-se a existência de uma correlação entre o objeto e o ser cognoscitivo. Em suas palavras, trata-se da “liberdade do sujeito cognoscitivo – não a liberdade metafísica da vontade, mas a liberdade do conhecimento no sentido de autodeterminação – é uma condição prévia fundamental da teoria relativista do conhecimento” (Kelsen, 1993, p. 166).

Cumprido ressaltar que o relativismo filosófico não sustenta o *solipsismo*, ou seja, o indivíduo que se enclausura em um mundo próprio em nome da atribuição de sentido aos signos observados e não a mera reflexão de pretensos signos ontologicamente e absolutamente existentes. Tampouco defende o *pluralismo* – no sentido esclarecido por Kelsen -, qual seja, de que há tantos mundos quantos indivíduos existentes e ausência de intercomunicação. Para Kelsen, o verdadeiro relativismo filosófico observa “as relações mútuas entre os diversos sujeitos do conhecimento”, ou seja, “essa teoria compensa sua incapacidade em assegurar a existência objetiva de um mesmo mundo para todos os sujeitos através do pressuposto de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais” (Kelsen, 1993, p. 166).

A liberdade ontológica, como se depreende, é condição e causa do livre-arbítrio humano. Se se defende a objetivação do *ser*, aniquila-se esta liberdade inata ao ser humano, posto que não haverá atos de escolha, mas imposição da natureza. Isto posto, somente há liberdade no estado de *sociedade*, considerando que em estado de *natureza* há inexorabilidade da vontade.

É neste caminho que Kelsen afirma que a defesa da natureza como sociedade ideal lastreia-se na teologia cristã, observado que esta natureza seria regida pela vontade divina, incluindo todos os seres, com exceção do ser humano. As leis divinas ou naturais, portanto, justamente pelo livre-arbítrio humano, possuem caráter duplice: (a) para os seres humanos, dada sua liberdade, assumem um caráter penal, ou seja, há punição para a desobediência. Deste modo, “somente as leis divinas que se referem à sociedade têm o caráter de normas que punem e recompensam” (Kelsen, 2022, p. 642); (b) para todos os outros seres, a lei divina ou natural não assume este caráter penal, posto que não há sequer a possibilidade de desobediência, tratando-se do mundo do *ser*, de fato, e não do *dever-ser* (Kelsen, 2022).

É justamente esta diferenciação entre *ser* e *dever-ser* que destaca a existência da liberdade – ontológica - humana. A moral e o direito estão no mundo do *dever-ser*, representam juízos de valor, passíveis de modificações e desobediências, aclarando que “a ligação de condição e consequência não tem abertamente o caráter de uma necessidade causal. Ela se exprime por um ‘dever-ser’, e não por um ‘ter de’. É uma necessidade normativa, e não uma necessidade causal”

(Kelsen, 1986, p. 29).

Ainda que filosoficamente distantes em alguns aspectos, no mencionado até o momento do pensamento kantiano-kelseniano, é possível notar certas raízes na filosofia teológica agostiniana. Como ensina Gilson, na visão de Agostinho, a relação entre vontade, liberdade humana e a graça divina pode ser entendida pela existência de duas condições para que se pratique o bem: um dom divino, que é a graça de Deus e o livre-arbítrio. Isto porque, sem o livre-arbítrio, não haveriam problemas a serem dirimidos – especialmente porque tudo estaria inalteravelmente fixado pela natureza -, ao mesmo tempo que, sem a graça divina, o livre-arbítrio, considerando o pecado original, não desejaria o bem e, mesmo se desejasse, não o alcançaria (Gilson, 1929, p. 202).

Para Agostinho, o pecado somente é possível pela liberdade humana, que prefere a satisfação pessoal em face dos bens eternos e divinos. O próprio Agostinho revela ambas as condições quando explicita seu afastamento dos ensinamentos maniqueístas. Em suas palavras, a fim de encontrar a resposta para o questionamento do porquê o ser humano age maldosamente, aduz: “após ter-me cansado inutilmente de resolvê-la, levou a precipitar-me na heresia (dos maniqueus) [...] que se não fosse meu ardente desejo de encontrar a verdade, e se não tivesse conseguido o auxílio divino, não teria podido emergir de lá” (Agostinho, 1995, p. 28). Como visto, na visão filosófico-teológica agostiniana, é da conjugação da graça divina e do livre-arbítrio que se pode praticar o bem.

Declara que o livre-arbítrio é criação divina e, logo, um bem. É pelo mal uso, pelo abuso deste bem que se pratica o mal, considerando que a vontade humana deveria se direcionar ao Divino, porém também pode se ludibriar e preferir outros bens efêmeros (Agostinho, 1995).

Assim sendo, como se observa, ainda que presentes diferenças essenciais entre os pensadores analisados, há uma certa correlação com a ideia de liberdade, especialmente no sentido de *livre-arbítrio* ou *liberdade ontológica*. Disto resulta que não há pecado/imoralidade no mundo do *ser*, da natureza, justamente pela ausência desta liberdade.

Já para o existencialismo sartreano, por sua vez, tendo que a *existência precede a essência*, o ser humano sempre estará condicionado à sua existência, de modo a não poder atingir de fato a essência dos objetos que se depara no mundo. Isto porque a análise realizada ou o juízo de valor concretizado sempre estarão condicionados à facticidade do ser que analisa ou julga. Não há, na visão de Sartre, uma natureza humana definida, de modo a escancarar a liberdade do *ser* e a responsabilidade que daí exsurge. Em seus termos: “com efeito, se a existência precede a essência, nada poderá jamais ser explicado por referência a uma natureza humana dada e definitiva, ou seja, não existe determinismo, o homem é livre, o homem é liberdade” (Sartre, 1987, p. 9 e 17).

Considerando as evidentes diferenças estruturais e fundamentais entre as formas de pensamento aqui observadas, novamente se constata a existência de correlação entre a filosofia teológica agostiniana, o racionalismo/criticismo kantiano, o positivismo kelseniano e o existencialismo sartreano, no seguinte sentido: o ser humano é dotado de livre-arbítrio, de liberdade ontológica, estampada em sua própria essência. Precisamente por isto é que se pode falar no agir (i)moral, (i)lícito, maldoso ou bondoso. Não há pecado ou imoralidade na natureza. Não há como realizar um julgamento sobre a imoralidade ou licitude das leis naturais, por mais severas que possam parecer. Não se pode culpar, por exemplo, o predador por atacar sua presa neste mundo do *ser*, da invariabilidade da lei natural.

Por conseguinte, a moralidade e a legalidade, a realização de juízo valorativo, a atribuição de sentido aos signos ou objetos somente se torna possível ao ser humano pela existência do livre-arbítrio. Trata-se do primeiro nível ou sentido da denominada liberdade.

Esta liberdade é ínsita ao ser humano, não mostrando-se possível aniquilá-la por completo. Ainda que se proibisse através da normatividade, seja legal ou moral, a simples proibição, pelo que Kant chama de *leis morais*, já demonstra a existência e ação da liberdade ontológica.

2 A LIBERDADE JURÍDICA

O segundo grande *locus* da liberdade é o jurídico.

O desencantamento kantiano em face do estado de natureza é visível quando afirma que o “Estado de paz entre seres humanos que vivem próximos uns aos outros não é nenhum estado de natureza (*status naturalis*), que é, ao contrário, um estado de guerra” (Kant, 2020, p. 37). Isto porque, ainda que não haja, impreterivelmente, hostilidades, há sempre uma ameaça de que ocorram. É neste sentido que se nota a necessidade de que este Estado de paz seja *instituído* (Kant, 2020, p. 37).

Para a instituição desta sociedade mostra-se necessário a estatuição da liberdade no sentido jurídico, ou seja, a utilização da *liberdade ontológica* para a criação de autolimites aos indivíduos – que sempre podem ser desobedecidos, mas sujeitos às sanções jurídicas e morais – através da *liberdade jurídica*.

Em termos kantianos, é desejável que os indivíduos – assim como os Estados, para uma paz perpétua – exijam-se reciprocamente estabelecer uma Constituição, ou seja, abandonar o estado de natureza e a iminência de hostilidades, uma liberdade ausente de lei, em favor de uma liberdade jurídica instituída pelos próprios indivíduos. Portanto, como Kant sustenta, “olhamos agora com profundo desprezo o apego dos selvagens à sua liberdade sem lei, de preferir lutar incessantemente do que se submeter a uma coerção legal constituída por eles mesmos, preferindo por conseguinte

uma liberdade incomensurável à racional” (Kant, 2020, p. 42-43).

Notável que a liberdade jurídica não se mostra inerente à natureza humana, dado que se vislumbra a possibilidade de permanecer no estado de natureza. Esta permanência não é *ser*. A continuidade no estado de natureza não é própria da natureza do indivíduo, mas representa um ato de escolha em lá permanecer, trazendo à lúmen a liberdade ontológica. Se a visibilidade prática desta possibilidade é de maior dificuldade quando se trata do nível dos seres humanos enquanto indivíduos – considerando que a regra é que todos já nasçam em uma sociedade, sendo-lhe anterior –, esta visibilidade prática torna-se mais inteligível no cenário geopolítico, tomando-se os Estados como se fossem indivíduos, seguindo a sugestão kantiana em sua obra “à paz perpétua”.

A Revolução Francesa, embora não seja o primeiro movimento a tratar sobre o tema – rememore-se a Revolução Americana e a Revolução Gloriosa, por exemplo – certamente é a mais famosa, influenciando decisivamente a questão. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seus artigos, especialmente o 2º, deixa claro que a igualdade, a liberdade e a propriedade são direitos naturais dos indivíduos, cabendo ao Estado sua salvaguarda. Ainda, a liberdade é poder fazer tudo o que não prejudique o outro.

Parte-se de um pressuposto idealizado e não verificado na prática, considerando que o mote da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme consta em seu artigo 1º, é que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. Consoante a argumentação de Bobbio, em verdade “os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico” (Bobbio, 1992, p. 118).

A ideia da liberdade como direito natural influenciou – e ainda influencia – grande parte dos intelectuais e jusfilósofos. Veja-se em Rousseau, por exemplo, a ideia de que os indivíduos que optam pelo contrato social cedem vantagens que o estado de natureza os concede, porém recebe em troca outras vantagens que a vivência em sociedade oferta. Assim, os indivíduos trabalham em favor da sociedade, que é comandada por um poder soberano, porém este poder soberano “não tem o direito de sobrecarregar os súditos a nenhuma algema inútil à comunidade; sequer o pode desejar, porque, sob a lei da razão, nada se faz sem causa, assim como na lei natural” (Rousseau, 2014, p. 46). Evidencia-se a liberdade como um direito natural, embora não haja distinção clara entre a *liberdade ontológica* e a *liberdade jurídica*.

A liberdade também figura como um direito natural no construto teórico kantiano, sendo o único direito efetivamente inato. Em seus termos, “a liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” (Kant, 2017, p. 54).

A influência deste ideário permanece contemporaneamente, embora, como afirma Bobbio, após as críticas de correntes antijusnaturalistas, “dificilmente se poderia hoje sustentar, sem revisões teóricas ou concessões práticas, a doutrina dos direitos naturais tal como foi sustentada nos séculos passados” (Bobbio, 1992, p. 127).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, repete a essência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao sustentar, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Organização das Nações Unidas, 1948). Já em seu artigo 3º, é garantido a todo ser humano o direito à vida, à liberdade e à segurança.

Em suma, o que se pode observar é a existência destas duas formas de liberdade, quais sejam, (a) a *ontológica*, inerente ao ser humano, dando-lhe livre-arbítrio, possibilidades de atos de escolha, certa independência das leis naturais; (b) a *jurídica*, criação da própria liberdade ontológica, considerando como sua condição de existência a potência humana de não estar completamente amarrado pelo *ser*, pela natureza.

3 DO AMÁLGAMA À SIMBIOSE E À PROPRIEDADE

Nota-se uma certa confusão entre as duas acepções da liberdade. Como pretende o jusnaturalismo, inclusive o sustentando pelos Direitos Humanos na contemporaneidade, a liberdade representa um direito natural ínsito ao ser humano, tão-somente pela sua condição de humanidade.

A *liberdade ontológica* é, de fato, ínsita ao indivíduo, paradoxalmente é da natureza do ser humano possuir liberdade – ainda que não completa, pois permanece certos campos regidos pela natureza – para não ser orientado plenamente pelas leis naturais.

Utilizando-se do pensamento sartreano, pode-se afirmar que

não encontramos, já prontos, valores ou ordens que possam legitimar a nossa conduta. Assim, não teremos nem atrás de nós, nem na nossa frente, no reino luminoso dos valores, nenhuma justificativa e nenhuma desculpa. Estamos sós, sem desculpas. É o que posso expressar dizendo que o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado no mundo, é responsável por tudo o que faz (Sartre, 1987. p. 9).

Portanto, somente a *liberdade ontológica* é inerente ao ser humano, ao passo que a *liberdade jurídica* é ato de vontade, escolha, *dever-ser*. No cotidiano de todos os indivíduos socializados estão presentes inúmeras restrições em face de condutas humanas – sempre ressaltando a possibilidade de desobediência, ainda que seguida de sanção, posta a liberdade ontológica – pela *liberdade jurídica*, em maior ou menor medida. Fala-se em direito à liberdade de expressão, porém em contradição ao direito à intimidade; fala-se em direito de locomoção, mas também em direito de

propriedade etc.

O que se constata é que toda a forma de liberdade pode ser restringida ou ampliada pela *liberdade jurídica*, com exceção da *liberdade ontológica*. Na história da sociedade humana, por exemplo, a abolição plena da escravidão é recente. Em um passado não tão distante admitia-se como jurídico e, por vezes, moralmente aceitável escravizar outro indivíduo. Trata-se de uma clara limitação da liberdade por uma acepção jurídico-moral. Embora estes seres humanos encontravam-se submetidos à escravidão, com suas liberdades jurídico-moralmente cerceadas, a *liberdade ontológica* permanecia. Isto quer dizer que a essência dos indivíduos escravizados não era, de fato, escravizada. Possuíam desejo de liberdade, possibilidade de atos de vontade, ainda que lhes pudesse causar a morte. A condição de escravizado não estava impregnada em sua natureza, ou seja, não se trava de uma lei natural inexoravelmente imposta a eles, permanecendo a liberdade no sentido ontológico.

Não se pretende questionar a importância das diversas formas de liberdades garantidas ou restringidas juridicamente, mas sim acentuar que elas não estão fixadas na natureza humana, no mundo do *ser*, como se não pudessem retroagir. A (pseudo) segurança proporcionada pela aparência destas *liberdades jurídicas* estarem incluídas no campo do *ser* podem contribuir para que se possibilite retrocessos pela ausência de vigilância.

Diversos foram os movimentos que buscaram elevar direitos à condição de natural, demonstrando o extenso desacordo entre as numerosas correntes jusnaturalistas. Bobbio aponta que

Poderia se dizer que a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas esta pretensão tem fundamento? A julgar pelas controvérsias entre os vários seguidores do direito natural sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns e não era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens (Bobbio, 2001, p. 56).

Esta variabilidade se deve aos muitos conceitos que se emprega à ideia de natureza. Mesmo que todos concordassem com um único conceito, ainda assim, não se poderia fazer um juízo valorativo, ou seja, se boa ou má determinada conduta, uma vez que estaria inserida na própria natureza, posto que “já que não se pode deduzir um juízo de valor de um juízo de fato” (Bobbio, 2001, p. 57).

A ideia de Bobbio, acima exarada, já é vista em Kelsen. Conforme entende o autor, não se pode retirar um *dever-ser* de um *ser* de modo automático, natural, causal. Dito de outro modo, de um fenômeno não se pode julgar se é bom ou mal automaticamente. O *dever-ser* sempre demanda um juízo de valor, um julgamento proferido pelo indivíduo, ou seja, “uma norma pode ser deduzida

apenas de outra norma, um dever-ser pode ser derivado apenas de um dever-ser” (Kelsen, 1998, p. 13). Explicado de outro modo, os juízos que demandam a liberdade somente se originam da própria liberdade. Um *ser* que se encontra totalmente regido pelas leis da natureza não pode adentrar o campo da liberdade, posto que nem mesmo haveria esta vontade e, se houvesse, não poderia contrariar sua natureza.

A realização deste juízo de valor mostra-se possível somente pela *liberdade ontológica* do ser humano. Caso fosse regido completamente pela definitividade da natureza, não haveria espaço para julgamento de *dever-ser*, de valor sobre o fenômeno. Dito de outra maneira, a conceituação de algo como bom ou mal possui dependência direta com a liberdade ontológica do ser humano.

Diferente no conteúdo mais aparente, porém semelhante quanto ao fundo é a defesa à liberdade religiosa propagada por Locke. Sustenta o autor que a igreja é uma sociedade livre e voluntária, em que os indivíduos se reúnem para cultuar a Deus da maneira que entendem ser mais adequado a Ele. Conforme aduz, “ninguém nasce membro de alguma Igreja. Se nascesse, a religião dos pais seria transmitida aos filhos pelo mesmo direito de herança aplicável a seus bens temporais, e todos manteriam a fé da mesma maneira como mantêm a posse de suas terras” (Locke, 2019, p. 14), reforçando se tratar de uma ideia absurda.

Repisa, em continuidade, a ineficiência de uma conversão forçada a qualquer religião, ou seja, “nenhum caminho que eu trilha contra os ditames de minha consciência jamais me levará às mansões dos abençoados” (Locke, 2019, p. 31). É necessária sinceridade, escolha livre para os fins religiosos, segundo a visão de Locke, de modo que “é inútil que um descrente assumas as manifestações externas da profissão de outro homem. Somente a fé e a sinceridade interior constituem coisas que agradam a Deus” (Locke, 2019, p. 31).

Por outro caminho chega-se à mencionada liberdade em sentido ontológico. Ainda que a liberdade jurídica cerceie todas as condutas externas do indivíduo, a liberdade ontológica permanece. Como defendido por Locke, em uma visão teológica, mas que se aplica à questão em análise, não há efetividade nestas medidas se tentarem extinguir a liberdade no sentido ontológico.

Desta feita, identificam-se três momentos interpretativos em face das duas formas de liberdade: (1) o *amalgama*, onde não se fazia qualquer distinção entre as duas formas de liberdade; (2) a *simbiose*, onde já se nota a diferença entre a liberdade *ontológica* e *jurídica*, porém entende-se que ambas se exigem reciprocamente, de modo a não existirem sem a outra, como se nota no jusnaturalismo e na elevação da liberdade jurídica à condição de direito natural; (3) a *propriedade*, no sentido aristotélico, vista em correntes não-jusnaturalistas. Importante reforçar que não se trata de uma interpretação aristotélica sobre as duas faces da liberdade aqui representadas, considerando ser este posicionamento posterior ao autor. A característica “aristotélica” é sobre a ideia de

propriedade aqui apropriada, como se verá.

Este último momento hermenêutico demanda uma análise mais detida. Conforme ensina Aristóteles, toda proposição, das quais nascem os argumentos sobre os diversos temas debatidos, possuem quatro características fundamentais: definição, propriedade, gênero e acidente. Por *definição*, entende-se a explanação que indique a essência de alguma coisa. Por *propriedade*, tem-se a ideia de um “predicado que não indica a essência de uma coisa, e todavia pertence exclusivamente a ela e dela se predica de maneira conversível” (Aristóteles, 1973, p. 14). Por *gênero*, compreende-se “aquilo que se predica, na categoria da essência, de várias coisas que apresentam diferenças específicas” (Aristóteles, 1973, p. 14), ou seja, dizer que um ser humano é um “animal” e que um cavalo também o é significa, ainda que presentes as diferenças de cada “espécies”, que possuem semelhanças inatas ao gênero. Por fim, um *acidente* pode possuir dois significados: (a) o subsidiário das demais características, ou seja, não se trata de definição, propriedade ou gênero; (b) “algo que pode pertencer ou não pertencer a alguma coisa, sem que por isso a coisa deixe de ser ela mesma” (Aristóteles, 1973, p. 14-15), avultando que Aristóteles defende ser melhor a segunda definição, posto que para se utilizar da primeira definição seria necessário saber, a priori, a *definição*, a *propriedade* e o *gênero* da coisa em análise.

Portanto, lançando mão das ferramentas teóricas aristotélicas, a *liberdade jurídica* é uma *propriedade* da *liberdade ontológica*. Isto porque a liberdade jurídica não representa a definição de liberdade ontológica – considerando que o ser humano possui liberdade de desobedecer às obrigações jurídicas ou morais -, mas pertence exclusivamente a ela. Incorre-se, deste modo, na noção de que, embora sejam distintas, a liberdade jurídica somente existe em função da liberdade ontológica.

Observa-se a tentativa recorrente do ser humano em se livrar da condenação a ser livre. Busca-se uma forma de objetivação a fim de que lhe diminuam as possibilidades da liberdade, na tentativa de que não padeça das angústias que daí se originam. Buscar incrustar a *liberdade jurídica* no campo na natureza humana é a constatação desta tentativa, posto que este rol de liberdades estaria inexoravelmente garantido, não se podendo agir de modo contrário.

Nos dizeres de Kierkegaard:

A angústia pode ser comparada com a vertigem. Aquele, cujos olhos se debruçam a mirar uma profundidade escancarada, sente vertigem. Mas qual é a razão? É tanto o seu olhar quanto o abismo. Não tivesse ele encarado a fundura! [...] Assim também, a angústia é a vertigem da liberdade, que surge quando o espírito quer pôr a síntese, e a liberdade então fixa os olhos no abismo de sua própria possibilidade e aí agarra a finitude para segurar-se (Kierkegaard, 2010, p. 65).

A angústia frente à liberdade é experiência obrigatória a todo ser humano. Somente o indivíduo que experimenta a angústia da liberdade, quando se depara ante as possibilidades,

sentindo o peso deste fenômeno, é que se formará diante de sua infinitude. Assim, mostrar-se-á ao indivíduo que tudo é possível e que a realidade não é tão torturante quanto a possibilidade. Isto porque a realidade é finita e há modos de fugir dela, ao passo que as possibilidades são infinitas (Kierkegaard, 2010, p. 152-155).

A liberdade no sentido *ontológico* é permanente e inerente ao ser humano, que é condenado a ser livre. Ainda que se busque criar categorias de objetivação, como a ideia de direitos naturais, a fim de que se mitigue a angústia da liberdade, sabe-se que, ao fundo, sempre haverá a liberdade de modificar-se e modificar o seu entorno. A própria ideia de direitos naturais já parece se contradizer, posto que *sê direito*, não é natural e *sê natural*, não é direito. Direito demanda liberdade *ontológica*, ausente no mundo da causalidade do *ser*, da natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Utilizando-se da metodologia fenomenológica-hermenêutica, mostrou-se possível encontrar uma resposta à indagação inicial, qual seja, se a liberdade é direito natural ou se está em outro *locus*. No fluxo da intersubjetividade, nas considerações finais deste trabalho, que já se evitou a denominação “conclusões” justamente por não pretender um encerramento do tema, observou-se a existência de dois grandes campos da liberdade: ontológico e jurídico.

O campo ontológico, portanto, a liberdade ontológica refere-se à face da liberdade que é, esta sim, inerente ao ser humano. Trata-se de liberdade do arbítrio, da escolha, do *dever-ser*, de não estar completamente sujeito às leis inexoráveis da natureza. Com isto não se quer afirmar que não existam certos fenômenos da natureza humana que ajam sobre o indivíduo, mas sim que estes fenômenos não representam o todo do indivíduo, tampouco caracteriza-o. O ser humano também é dotado de liberdade de escolha e está condenado a ser livre. Neste sentido, não há como eliminar o arbítrio da existência do ser humano, do indivíduo, nem mesmo pela liberdade jurídica, posto que sua existência já é prova da liberdade ontológica.

De outro vértice, posta-se o campo jurídico. Esta forma de liberdade apresenta-se como *propriedade*, no sentido aristotélico, da liberdade ontológica. É a liberdade de restringir a liberdade. São os acordos político-jurídicos celebrados socialmente para a melhor vivência em sociedade, sob a facticidade desta mesma sociedade.

A liberdade jurídica não representa um direito natural, dado que, ainda que se afirme a inafastabilidade dos direitos naturais, se os indivíduos de fato quiserem, se assim escolherem – e aqui está a liberdade ontológica – estes direitos podem ser restringidos ou deixarem de existir. Para assim constatar, basta observar que o princípio do governo monárquico já foi considerado natural; a escravidão já foi considerada natural etc.

A liberdade ontológica, por corolário, não representa um direito ao ser humano. Um direito pode ser concedido, ampliado, restringido ou extinto. A liberdade ontológica não pode sofrer nenhuma destas mudanças, posto que se trata de uma condição do ser humano. Completamente ineficaz a utilização da liberdade jurídica para proibir que o indivíduo deseje, pense ou escolha entre as inúmeras possibilidades que lhe são abertas pela sua existência. Como dito, a tentativa de assim proceder somente destaca a liberdade ontológica, porque esta pretensa restrição é, em verdade, uma escolha.

Tem-se que a liberdade ontológica não é um direito, mas uma condição de existência do ser humano. Ainda, a liberdade jurídica é direito, mas não natural, considerando não ser ínsito ao ser do ser humano, podendo ser modificada, ampliada, criada, restringida ou extinta. Não se pode pretender qualquer destas mudanças mencionada em face da natureza, justamente por se tratar do mundo do ser e não do dever-ser.

Com isto, incorre-se não no descrédito aos direitos que, por serem considerados basilares, tenta-se alçar à condição de natural. Em verdade, somente ressalta a necessidade de constante vigilância para sua manutenção, posto que não estão garantidos pela inafastabilidade da natureza. Ainda, podem ser postos de modo diverso, se assim desejar a liberdade ontológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Bispo de Hipona. **O livre-arbítrio**. São Paulo: Paulus, 1995.

ARISTÓTELES. Tópicos. Coleção **Os pensadores**, vol. IV. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard – Cambridge. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 7-159.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

GILSON; Etienne. **Introduction à l'étude de saint Augustin**. 2ª ed. Paris: Libr. Philos, 1929.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua: um projeto filosófico**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2017.

KELSEN, Hans. **A democracia** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Sociedade e natureza: uma investigação sociológica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KIERKEGAARD, Soren. **O conceito de angústia**. Petrópolis: Vozes, 2010.

LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08/06/2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo**. A imaginação: Questão de método. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO: ADAPTAÇÃO SOCIAL E ACESSO À JUSTIÇA

Jamile Gonçalves CALISSI¹
Renato Zanolla MONTEFUSCO²

RESUMO

A legitimidade do exercício da jurisdição emerge como um tema de inegável importância no cenário jurídico contemporâneo, refletindo diretamente na percepção de justiça e na eficácia do sistema legal. Historicamente, a jurisdição evoluiu de um instrumento de poder soberano para um mecanismo de garantia de direitos, moldado pelos princípios democráticos e pelo ideal de acesso à justiça. Neste contexto, a tese central que se propõe a desenvolver é que a legitimidade da jurisdição não reside apenas na aderência aos procedimentos estabelecidos, mas também na sua capacidade de adaptar-se às dinâmicas sociais e promover uma justiça equitativa e acessível. Este estudo se justifica pela necessidade de compreender os desafios contemporâneos enfrentados pela jurisdição, especialmente em um período marcado por transformações sociais rápidas e pela crescente demanda por um sistema jurídico mais inclusivo e representativo. A metodologia empregada será a pesquisa a dedutiva, baseada em uma abordagem analítica de literatura especializada e análise de legislação pertinente.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade. Jurisdição. Acesso à Justiça. Direitos Fundamentais. Transformações sociais.

ABSTRACT

The legitimacy of exercising jurisdiction emerges as an undeniably important theme in the contemporary legal landscape, directly impacting perceptions of justice and the effectiveness of the legal system. Historically, jurisdiction has evolved from a tool of sovereign power to a mechanism

1 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. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8025-7863>.

2 Doutorando do Programa de Pós Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos, PPGCTS-UFSCar. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM (2003). Pós-Graduado Lato-Sensu pela Universidade Estadual de Londrina, UEL (2004). Graduado pela Faculdade de Direito de São Carlos, FADISC-IPESU (1996). Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau B, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG titular da cadeira de Direito Empresarial, Falimentar e Recuperacional, e; Professor nas Faculdades Integradas de Jahú - FIJ. Tem experiência na área da docência desde 2001, com ênfase nas seguintes áreas: Direito Empresarial e Direito Administrativo. Pesquisador e Líder do Grupo de pesquisa NEDEEC - Núcleo de Estudos em Direito Empresarial e Economia Circular em convergência aos Direitos Fundamentais e Democracia, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Membro da Associação Brasileira de Estudos Sociais, das Ciências e das Tecnologias - ESOCITE. Membro da equipe editorial - gestão administrativa (OJS; triagem e revisão de texto) da Revista Jurídica da UEMG - INOVAJUR - Tecnologia, informação e inovação. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1294-0844>.

for safeguarding rights, shaped by democratic principles and the ideal of access to justice. In this context, the central thesis to be developed is that jurisdiction's legitimacy lies not only in adherence to established procedures but also in its ability to adapt to social dynamics and promote equitable and accessible justice. This study is justified by the need to understand the contemporary challenges faced by jurisdiction, particularly in a period marked by rapid social transformations and a growing demand for a more inclusive and representative legal system. The methodology employed will be deductive research, based on an analytical approach to specialized literature and analysis of relevant legislation.

KEYWORDS: Legitimacy. Jurisdiction. Access to Justice. Fundamental Rights. Social Transformations.

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade do exercício da jurisdição emerge como um tema de inegável importância no cenário jurídico contemporâneo, refletindo diretamente na percepção de justiça e na eficácia do sistema legal. Historicamente, a jurisdição evoluiu de um instrumento de poder soberano para um mecanismo de garantia de direitos, moldado pelos princípios democráticos e pelo ideal de acesso à justiça. Neste contexto, a tese central que se propõe a desenvolver é que a legitimidade da jurisdição não reside apenas na aderência aos procedimentos estabelecidos, mas também na sua capacidade de adaptar-se às dinâmicas sociais e promover uma justiça equitativa e acessível.

O texto tem por objetivo analisar a legitimidade da jurisdição como fundamento para a confiança no sistema jurídico e para a proteção efetiva dos direitos fundamentais, e apresenta os seguintes objetivos específicos: (i) Examinar a evolução histórica da jurisdição e seu impacto na construção da legitimidade. (ii) Avaliar os critérios que conferem legitimidade ao exercício da jurisdição na atualidade. (iii) Discutir o papel da jurisdição na promoção do acesso à justiça e na realização dos direitos fundamentais.

Este estudo se justifica pela necessidade de compreender os desafios contemporâneos enfrentados pela jurisdição, especialmente em um período marcado por transformações sociais rápidas e pela crescente demanda por um sistema jurídico mais inclusivo e representativo.

A metodologia empregada será a pesquisa dedutiva, baseada em uma abordagem analítica de literatura especializada, análise de legislação pertinente

Por fim, o texto está dividido em quatro seções intituladas: (i) Jurisdição; (ii) Jurisdição no Estado Constitucional; (iii) A legitimidade para a Jurisdição; (iv) O papel da teoria da separação dos poderes para a legitimação da jurisdição, o alargamento do exercício jurisdicional e o possível ativismo judicial.

Com este estudo, pretende-se contribuir para o debate jurídico, oferecendo perspectivas que possam fortalecer a confiança nas instituições judiciais e aprimorar a tutela dos direitos em uma

sociedade cada vez mais plural e complexa.

2. JURISDIÇÃO

A palavra jurisdição significa “dizer o direito”. Atualmente, deve ser compreendida não apenas como dizer o direito, mas também como “efetivar o direito”. É, a um só tempo, poder, função e atividade, por meio dos quais o Estado diz e realiza o direito no caso concreto. Em sua essência, é a expressão do poder estatal na aplicação do direito, sendo um instrumento fundamental para a manutenção da ordem jurídica e social. Trata-se de atividade estatal que tem por finalidade a solução de conflitos de interesses, por meio da aplicação do direito. Sendo assim, busca a realização de três importantes objetivos: a) pacificação social; b) afirmação do poder estatal; c) dizer e realizar o direito no caso concreto.

A jurisdição, como função do Estado, é fundamental no exercício do direito e do poder. Ela é o mecanismo pelo qual se aplicam as leis e se resolvem conflitos, refletindo a autoridade do Estado sobre seus cidadãos. No entanto, a politização do jurídico, que ocorre quando decisões judiciais são influenciadas por considerações políticas, ameaça a objetividade e a justiça que deveriam caracterizar o sistema jurídico.

A jurisdição, em sua essência, é a expressão do poder estatal na aplicação do direito, sendo um instrumento fundamental para a manutenção da ordem jurídica e social. Trata-se de atividade estatal que tem por finalidade a solução de conflitos de interesses, por meio da aplicação do direito.

No sentido filosófico, a jurisdição é o poder atribuído a uma autoridade para fazer cumprir determinada categoria de lei e punir quem as infrinja em uma área predefinida. É a capacidade instituída de forma legal de aplicar a lei e de conhecer as infrações cometidas contra a lei, estabelecendo as punições adequadas.

Além disso, a jurisdição é um polo metodológico cuja conformação determina a interpretação de todo o arcabouço processual, influenciando a compreensão, o sentido e o alcance dos mais variados institutos processuais. A jurisdição é exercida por atos de conteúdo concreto, com a função de realizar praticamente a regra sancionadora decorrente da inobservância da regra jurídica aplicável ao caso submetido a julgamento.

A relação entre jurisdição e direito é intrínseca, pois é através da jurisdição que se concretizam as normas jurídicas e se efetiva a justiça. Essa relação é fundamental para a compreensão do funcionamento do sistema jurídico. Se a jurisdição é o poder estatal de decidir sobre conflitos de interesses, o direito, por sua vez, é o conjunto obtido através de normas que regem a convivência social. A jurisdição é o mecanismo pelo qual o direito é aplicado aos casos concretos, sendo a sua garantia uma das funções principais do Estado. A jurisdição é um ato de

poder e império, e recai sobre ela a inevitabilidade de sua observância.

Do ponto de vista contemporâneo, a jurisdição é uma função atribuída à terceiro (aspecto objetivo, exemplo de heterocomposição) imparcial (aspecto subjetivo), para, mediante um processo, reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas em juízo (devido processo legal), de modo imperativo e criativo, em decisão insuscetível de controle externo, e com aptidão para a coisa julgada para tornar-se definitivo o que foi decidido (Didier, 2013).

De todo modo, a jurisdição é a atuação (poder-dever) estatal, que tem por finalidade a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, de forma que se resolve de maneira definitiva uma situação de crise jurídica e, assim, gera, com tal solução, a pacificação social. Cumpre salientar que, neste conceito, não consta o tradicional entendimento de que a Jurisdição se presta a resolver um conflito de interesse e substituir a vontade das partes, até porque, em algumas situações, haverá o exercício da Jurisdição sem que exista lide ou sem que a vontade das partes seja substituída.

A jurisdição tem por características: (i) substitutividade (o Estado substitui a vontade das partes e diz o direito no caso concreto, afastando a autotutela); (ii) inércia (*ne procedat ludex ex officio* para ser exercida precisa ser provocada, uma vez que o juiz, em regra, não pode instaurar o processo de ofício – art. 2 CPC); (iii) unidade (é exercida, em regra, pelo Poder Judiciário, por intermédio de seus juízes os quais decidem monocraticamente ou mediante órgãos colegiados, daí porque se diz que ela é uma – art. 16 CPC); (iv) imperatividade (as decisões judiciais tem mecanismos de se fazer cumprir); (v) inafastabilidade (a prestação jurisdicional deve sempre ser realizada, ainda que para se dizer que o direito não existe, ou, simplesmente, para se declarar a incompetência – art. 5, XXXV, CF; art. 3, CPC); (vi) substitutividade (o Estado, através do Poder Judiciário, substituiu a solução que a priori deveria ter sido perseguida pelos próprios conflitantes. Assim, há a substituição da vontade da parte pela vontade da lei, imposta pela decisão judicial. Exatamente em razão dessa característica é que se diz que a jurisdição é espécie de HETEROCOMPOSIÇÃO dos conflitos); (vii) criatividade (Agindo em substituição à vontade dos conflitantes, o Estado, ao final do processo, criará uma norma individual que passará a regular o caso concreto, complementando assim a norma legislada.); (viii) definitividade ou imutabilidade (É a característica da Jurisdição que a individualiza, pois somente as decisões judiciais podem se tornar imutáveis e indiscutíveis - objetiva a segurança jurídica. Esta característica decorre da força da coisa julgada material (art. 502 do NCPC); (ix) lide (É o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Regra geral, a Jurisdição tem como fundamento uma lide que busca resolver no caso concreto); (x) secundariedade (A Jurisdição só será exercida se as partes não resolverem o conflito por si mesmas, ou seja, a Jurisdição deve ser o último recurso); (xi) imparcialidade (O juiz deve ser imparcial no decorrer do processo. Assim, deve zelar para que as partes tenham igual

tratamento e igual oportunidade de participar na formação do convencimento daquele que criará a norma que passará a reger o conflito de interesses).

Já os princípios da jurisdição são: (i) juiz natural (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, devendo 1) haver a preexistência do órgão jurisdicional ao fato; 2) ser proibido juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CRFB); 3) haver o respeito absoluto às regras de competência, bem como, não haverá juízo de exceção – art. 5º XXXVII, CF); (ii) improrrogabilidade ou aderência ao território (veda ao juiz o exercício da função jurisdicional fora dos limites delineados pela lei), (iii) efetividade (Todos têm direito não apenas ao devido processo legal, mas, principalmente, à efetividade do resultado (art. 5º, LXXVIII da CF). Nesse princípio se inclui o da razoável duração do processo); (iv) impulso oficial (Segundo o art. 2º do NCPC, o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial); (v) duplo grau de jurisdição (Configura-se na possibilidade de revisão das decisões por outro órgão); (vi) indeclinabilidade (O órgão jurisdicional, uma vez provocado, não pode recusar-se, tampouco delegar a função de dirimir os litígios, mesmo se houver lacunas na lei, caso em que poderá o juiz valer-se de outras fontes do direito, como a analogia, os costumes e os princípios gerais (art. 4º, LINDB); (vii) indelegabilidade (decorre do princípio da indeclinabilidade); (viii) inevitabilidade (tratando-se, a jurisdição, de emanção do próprio poder estatal, as partes não podem se submeter ao que for decidido pelo órgão jurisdicional, posicionando-se em verdadeira sujeição perante o Estado-Juiz. Assim, não podem as partes evitar os efeitos decorrentes da decisão estatal).

A relação entre jurisdição e direito é intrínseca, pois é através da jurisdição que se concretizam as normas jurídicas e se efetiva a justiça. Essa relação é fundamental para a compreensão do funcionamento do sistema jurídico. Se a jurisdição é o poder estatal de decidir sobre conflitos de interesses, o direito, por sua vez, é o conjunto obtido através de normas que regem a convivência social. A jurisdição é o mecanismo pelo qual o direito é aplicado aos casos concretos, sendo a sua garantia uma das funções principais do Estado. A jurisdição é um ato de poder e império, e recai sobre ela a inevitabilidade de sua observância.

Do ponto de vista contemporâneo, a jurisdição é uma função atribuída à terceiro (aspecto objetivo, exemplo de heterocomposição) imparcial (aspecto subjetivo), para, mediante um processo, reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas em juízo (devido processo legal), de modo imperativo e criativo, em decisão insuscetível de controle externo, e com aptidão para a coisa julgada para tornar-se definitivo o que foi decidido (Didier, 2013).

Já a jurisdição constitucional é um aspecto central do direito constitucional e refere-se ao poder de um tribunal interpretar e aplicar a Constituição na resolução de disputas jurídicas. Essa competência é essencial para a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da ordem

constitucional. Nesse sentido, destaca-se a importância do controle efetivo da constitucionalidade das leis e atos normativos, garantindo a supremacia da Constituição como norma fundamental do sistema jurídico.

3. JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional é pilar fundamental do direito constitucional moderno, atuando como guardião dos valores estabelecidos na Constituição. A jurisdição constitucional se manifesta por meio do chamado controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (além dos remédios constitucionais e/ou ações constitucionais), assegurando que o exercício do poder estatal esteja em conformidade com a Constituição, naquilo que é conhecido como princípio da supremacia da Constituição, que se baseia na noção de que todas as normas do sistema jurídico devem ser verticalmente compatíveis com o texto constitucional. A validade de uma norma está, assim, diretamente relacionada à sua conformidade com a Constituição³. Contudo, essa supremacia não é apenas uma questão de hierarquia normativa, mas também de eficácia social, porque a Constituição deve ser entendida como o fundamento de validade de todo o sistema jurídico e como um instrumento de transformação social⁴.

Como o controle de constitucionalidade consiste justamente na aferição da validade das normas face à Constituição. A partir desse controle, as normas são consideradas inconstitucionais / inválidas (quando em desacordo com a Carta Magna) ou constitucionais / válidas (quando compatíveis com a Constituição). Assim, é por meio do controle de constitucionalidade que se busca fiscalizar a compatibilidade vertical das normas com a Constituição e garantir a chamada força normativa e a efetividade do texto constitucional.

A força normativa é tese que fundamenta o constitucionalismo de base para a construção de uma nova jurisdição constitucional. Em sentido contrário à tese de que a Constituição representava um documento que refletia as relações de poder existentes na sociedade (Constituição Real de Ferdinand Lassalle), a força normativa atesta a Constituição como norma com força própria (força normativa própria que independe da Constituição Real), capaz de moldar e influenciar a realidade social e política.

E a essência da força normativa da Constituição está na sua vigência, ou seja, na sua capacidade de regular situações que pretende proteger ou mudar. A Constituição desafia a realidade para melhorá-la, estabelecendo uma relação complexa com a realidade político-social. Ela é expressão tanto do ser quanto do dever ser, o que significa que ela não apenas reflete a realidade,

3 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

4 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mas também estabelece como a realidade deve ser⁵.

A evolução do constitucionalismo, especialmente a partir do século XX, redefiniu o papel e o alcance da jurisdição no Estado de Direito. O constitucionalismo contemporâneo, com seu enfoque nos direitos fundamentais e na supremacia da Constituição, transformou a jurisdição de uma mera aplicadora do direito positivo para uma guardiã dos valores constitucionais.

Destaca-se, ainda, a jurisdição constitucional como um espaço de deliberação pública onde se concretizam os valores democráticos e se protegem os direitos fundamentais⁶, e a ideia de Constituição como uma “ordem aberta de valores”⁷, onde a jurisdição desempenha um papel central na interpretação e aplicação desses valores.

A jurisdição constitucional é um aspecto central do direito constitucional e refere-se ao poder de um tribunal interpretar e aplicar a constituição na resolução de disputas jurídicas. Essa competência é essencial para a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da ordem constitucional. Nesse sentido, destaca-se a importância do controle efetivo da constitucionalidade das leis e atos normativos, garantindo a supremacia da Constituição como norma fundamental do sistema jurídico.

Sendo assim, as Constituições modernas devem ser vistas como “constituições dos direitos”, enfatizando a importância dos direitos fundamentais e da sua proteção jurídica, e a jurisdição constitucional deve ser compreendida como um mecanismo de defesa desses direitos, atuando como garantia contra abusos e excessos do poder estatal, pois a eficácia dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à capacidade do sistema jurídico de interpretar e aplicar a Constituição de maneira que promova a justiça e a igualdade⁸.

Dá-se a atenção aqui para a chamada “inflação de direitos fundamentais”, onde a multiplicação de direitos pode levar a uma diluição do seu significado e eficácia. Para o autor, é essencial que a jurisdição constitucional mantenha um equilíbrio entre a proteção dos direitos e a necessidade de limitações razoáveis, assegurando que o foco permaneça na qualidade e não apenas na quantidade dos direitos⁹.

Na verdade, o conceito de jurisdição constitucional está intimamente ligado à necessidade de um órgão que exerça seus atributos na solução de disputas jurídicas de maneira autônoma e independente, além do jogo político. Esse órgão é responsável por garantir a supremacia da

5 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

6 BARROSO, Luís Roberto. 20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: DANTAS, Bruno (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 91-113, v. 1

7 HABERLE, Peter. Hermeneutica Constitucional - A Sociedade Aberta Dos Interpretes Da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

8 CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2003.

9 Ibidem idem.

Constituição e a proteção dos direitos fundamentais, atuando como um contrapeso aos outros poderes e evitando abusos. Demonstra-se aqui importância do controle do poder político e o papel da jurisdição na garantia da supremacia da Constituição e da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição constitucional, assim, atua como um contrapeso aos outros poderes, evitando abusos e garantindo a eficácia e eficiência normativa da Constituição¹⁰.

Assim, o papel da jurisdição será atuar como um contrapeso às outras funções do Poder (Legislativo e Executivo), evitando abusos e garantindo a supremacia da Constituição. E o controle do poder político no processo governamental é o núcleo em torno do qual uma teoria da Constituição deve ser estabelecida.

Nesse sentido, demonstra-se, no Brasil, que o papel do STF se apresenta como primordial ao interpretar a Constituição, não apenas como um texto legal, mas como um documento vivo que deve ser adaptado às mudanças sociais e políticas, em um processo hermenêutico que deva ser ao mesmo tempo fiel ao texto constitucional e sensível ao contexto em que é aplicado os valores constitucionais¹¹.

Essa compreensão do papel das Cortes Constitucionais na interpretação das Constituições como “ordem aberta de valores”, pois a Constituição possui força normativa própria capaz de moldar e influenciar a realidade social e política, a um só tempo atribui importância para essas Cortes Constitucionais, bem como, demonstra a jurisdição constitucional como um possível Poder Constituinte Permanente. Vejamos.

Quando se fala em jurisdição constitucional como uma forma de poder constituinte permanente, está-se referindo à capacidade do Judiciário de interpretar e aplicar a Constituição de maneira que não apenas reflita a vontade do poder constituinte originário, mas também responda às demandas e desafios contemporâneos. Isso implica um processo dinâmico de interpretação, onde o Judiciário não está apenas aplicando a lei, mas também participando da sua criação e reformulação.

É o chamado *judicial review*, um princípio do sistema jurídico que permite ao poder judiciário revisar leis e atos dos poderes executivo e legislativo para determinar sua conformidade com a Constituição (estabelecido pelo caso histórico *Marbury vs. Madison* em 1803).

Tem por principais características o controle de constitucionalidade, a separação dos poderes, a invalidação das leis inconstitucionais e a supremacia da Constituição.

Sendo assim, é certo que a jurisdição constitucional não se limita a uma mera função de controle de constitucionalidade, mas atua como um poder dinâmico e ativo na interpretação e aplicação da Constituição, contribuindo para a sua constante atualização e adaptação às exigências

10 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1986.

11 MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

contemporâneas da sociedade.

Essa capacidade de *judicial review* proporciona a jurisdição constitucional como um processo contínuo de construção e reconstrução do significado constitucional, sendo que as decisões do Judiciário contribuem para a evolução da Constituição ao longo do tempo, adaptando-a às mudanças na sociedade e mantendo-a relevante e eficaz. É uma força progressiva, capaz de moldar a Constituição para refletir os valores e necessidades atuais da sociedade. Isso é particularmente importante em tempos de crise, onde as decisões judiciais podem ter um impacto significativo na manutenção da ordem constitucional e na proteção dos direitos fundamentais¹².

E, nesse sentido, a participação popular é essencial para manter a jurisdição constitucional como um poder constituinte permanente. Isso ocorre porque a legitimidade das cortes constitucionais e de suas decisões depende do reconhecimento e da aceitação por parte do povo. Quando as cortes interpretam a Constituição de maneira que reflete os valores e as necessidades atuais da sociedade, elas reafirmam seu papel como intérpretes da vontade popular e como agentes de um poder constituinte contínuo¹³.

Nesse processo de interpretação da Constituição, a jurisdição constitucional exerce uma função que vai além da simples aplicação das normas constitucionais. Ela participa da construção do significado da Constituição, influenciando e sendo influenciada pelo contexto social e político em que está inserida. A Constituição é um organismo vivo, que deve ser interpretado de forma a refletir as mudanças e os valores da sociedade. Nesse sentido, a jurisdição constitucional tem o papel de garantir que a Constituição continue relevante e eficaz, adaptando-a às novas realidades e desafios. Isso implica uma compreensão da Constituição não como um documento estático, mas como um processo contínuo de diálogo entre o direito e a política. Sob essa perspectiva, a jurisdição constitucional pode se configurar como um poder constituinte permanente, pois está constantemente envolvida no processo de (re)construção da ordem constitucional¹⁴.

No contexto brasileiro, certo é o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) como intérprete máximo da Constituição. O STF, ao exercer a jurisdição constitucional, não apenas resolve conflitos de normas, mas também participa ativamente na definição dos rumos do Estado Democrático de Direito. Suas decisões têm o poder de influenciar a trajetória constitucional do país, reafirmando ou reformulando princípios e valores fundamentais.

Essa visão da jurisdição constitucional como poder constituinte permanente ressalta a importância do Judiciário como um ator fundamental na evolução da Constituição. Isso porque,

12 ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

13 Ibidem idem.

14 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria da Constituição. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

defende que, a jurisdição constitucional deve ser entendida como um processo contínuo de construção e reconstrução do ordenamento jurídico, capaz de responder às demandas de uma sociedade em constante transformação.

Portanto, a jurisdição constitucional não deve ser reduzida a um mero procedimento formal (procedimentalismo), para além disso, deve-se reconhecer, através de uma abordagem substancialista, que é através dessa jurisdição constitucional que se traduz como possível o reconhecimento dos valores e princípios constitucionais, processo que deve ser implementado por via de uma “resistência constitucional”, enquanto luta contra interpretações e práticas jurídicas que ameaçam os fundamentos do Estado Democrático de Direito e como forma de preservar a dignidade humana e os direitos fundamentais¹⁵.

4. A LEGITIMIDADE PARA A JURISDIÇÃO

A legitimidade da jurisdição é um conceito multifacetado que se assenta sobre pilares fundamentais para o exercício da autoridade judicial de maneira que seja reconhecida e aceita pela sociedade. Os critérios de legitimidade da jurisdição envolvem a aderência aos princípios jurídicos, a imparcialidade, a competência legalmente estabelecida e a capacidade de promover a justiça de forma eficaz e equitativa.

A relação entre democracia e o exercício da jurisdição é complexa e intrinsecamente ligada. A democracia, em sua essência, requer que o poder judicial seja exercido de maneira que reflita os valores e a vontade do corpo social. Isso implica que a jurisdição deve operar dentro dos limites da lei e com respeito aos direitos e liberdades fundamentais, atuando como um guardião da Constituição e dos princípios democráticos

O papel da jurisdição na proteção dos direitos fundamentais é central para a manutenção do Estado de Direito. A jurisdição constitucional, em particular, tem a responsabilidade de assegurar que os direitos sociais e individuais sejam respeitados e promovidos, intervindo quando necessário para corrigir injustiças e garantir que as leis e políticas públicas estejam em conformidade com os preceitos constitucionais.

Sob a ótica jurídico-formal e político substancial, pode-se dizer que a jurisdição possui duas condições, a jurídico-formal (teórica) que diz respeito à estrutura legal e à competência dos Tribunais, e a político-substancial (pragmática) que diz respeito à efetividade e à relevância da jurisdição na sociedade.

Por isso, a sua constitucionalidade, como premissa democrática, a torna cada vez mais relevante, a considerar a necessidade de sua neutralidade e imparcialidade.

15 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

De todo modo, a jurisdição é exercício de um órgão de Poder, o Judiciário, que encontra seu fundamento na divisão das funções do Estado, e por isso, pode-se, também, atrelar à legitimidade da jurisdição, à separação dos poderes, o que, em suma, a sua legitimidade é construída sobre a confiança pública na justiça, na observância dos princípios democráticos e na proteção efetiva dos direitos fundamentais. A jurisdição, ao se alinhar com esses critérios, reforça sua posição como pilar essencial do Estado Democrático de Direito.

5. O PAPEL DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES PARA A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO, O ALARGAMENTO DO EXERCÍCIO JURISDICIONAL E O POSSÍVEL ATIVISMO JUDICIAL

A emergência do Poder Judiciário como ator central e sua intervenção em questões relacionadas a escolhas políticas requer investigação. Após o término da Ditadura Militar e a subsequente redemocratização do país, a magistratura passou por um processo de fortalecimento, recuperando as garantias institucionais que haviam sido enfraquecidas durante o período excepcional. Esses desenvolvimentos contribuíram para a transformação do Judiciário de um mero “departamento técnico-especializado”, conforme descrito por Luiz Roberto Barroso, em um verdadeiro poder político capaz de fazer valer a Constituição e as leis, mesmo em conflito com os demais poderes¹⁶.

O princípio constitucional da separação dos poderes, consagrado no Artigo 2º da Constituição de 1988, destaca o funcionamento harmônico e independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esse princípio fundamental orienta o papel do Judiciário na moldagem dos resultados políticos e na garantia do Estado de Direito.

A estrita separação dos poderes estatais, ou funções do Estado, tem sido consistentemente uma característica do Estado brasileiro, com uma notável exceção durante o período da Ditadura Militar, quando o Poder Executivo interferiu diretamente no Poder Judiciário. Em geral, os tribunais se abstiveram de expressar opiniões sobre questões que envolviam invasão das funções dos outros poderes, demonstrando uma marcada deferência ao poder discricionário da Administração.

Antes da Constituição Federal de 1988, especialmente durante o regime excepcional dos governos militares, o Poder Executivo desfrutava de grande latitude no exercício da discricionariedade administrativa. Era amplamente aceito que o mérito dos atos administrativos estava além do escopo da revisão judicial, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

A norma constitucional prevista no artigo 2º da Constituição Federal estabelece a

16 BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2019.

independência entre os poderes, com o propósito de evitar que um poder seja suplantado por outro. Em outras palavras, busca-se evitar que as funções de um poder sejam usurpadas por outro ou pelos demais. Além disso, as políticas públicas devem ser implementadas por meio de ações do Poder Executivo, as quais devem ser aprovadas pelo Poder Legislativo.

Contudo, observa-se atualmente um alargamento do exercício jurisdicional e uma atuação cada vez mais ampla do Poder Judiciário em questões políticas, incluindo sua interferência na concessão e implementação de direitos. Uma das causas apontadas para esse fenômeno é a omissão dos demais poderes na efetivação dos comandos constitucionais.

A omissão dos Poderes Executivo e Legislativo não pode mais ser vista como mera escolha política, inserida no poder discricionário do governante. Uma vez estabelecida pela Constituição a obrigação prestacional do Estado, a ausência de ação estatal na implementação de direitos sociais pode caracterizar omissão no cumprimento da Constituição e dos próprios objetivos do Estado. Nesse contexto, o Poder Judiciário entende que possui legitimidade para exercer o controle jurisdicional sobre políticas públicas.

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos foi fundamental para o surgimento do fenômeno identificado pela doutrina como a flexibilização da separação dos poderes. Esse fenômeno se manifesta de diversas formas, mas, em síntese, consiste na intervenção nas competências dos poderes. Quando há omissão do poder competente, o Poder Judiciário, quando provocado, atua de forma a supri-la, muitas vezes substituindo o poder que se manteve inerte. Exemplos desse fenômeno incluem o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceram aos casais homoafetivos os mesmos direitos estabelecidos pela legislação brasileira para os casais heterossexuais que estabelecem união estável.

Assim, com fundamento nos fins do Estado brasileiro, nos valores e princípios constitucionais, como a dignidade humana, tem o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, participado mais ativamente da seara das políticas pública, principalmente quando da omissão dos demais poderes, resultando na chamada flexibilização da separação dos poderes.

Por que falar-se em flexibilização da separação dos poderes, se o Judiciário, ao conceder o direito reclamado, o faz na ausência de lei que o regule, por meio da hermenêutica, com fundamento na Constituição Federal e em seus princípios?

A flexibilização da separação dos poderes, com o objetivo de concretizar os direitos assegurados na Constituição, resulta em uma ordem jurídica mais ampla, fluida e menos segmentada. Nesse contexto, os poderes estatais são menos deferentes entre si, mas possivelmente mais eficientes na realização dos fins do Estado social democrático de direito.

A interpretação do artigo 2º da Constituição Federal sobre a separação de poderes envolve a repartição de funções entre um único poder estatal, que atua nas esferas legislativa, judicial e executiva de forma harmônica e independente. Embora os poderes não se sobreponham, também não são absolutamente livres de interferência mútua. Complementam-se com o propósito de concretizar os objetivos constitucionais. Assim, a atividade legislativa não suplanta as demais, e a função jurisdicional vai além da mera aplicação da lei, envolvendo a criação do direito por meio da interpretação das leis e da avaliação dos atos dos demais poderes, sempre visando à efetivação dos direitos fundamentais.

Em uma sociedade pluralista como a brasileira, que abriga diversas culturas, raças, credos, religiões e valores, a concretização dos fins constitucionais requer um diálogo político complexo e abrangente. Esse diálogo muitas vezes envolve direitos igualmente protegidos, mas que podem entrar em conflito na sua efetivação.

Essa complexidade própria de uma sociedade pluralista e dinâmica, em que os conflitos de direitos igualmente protegidos estão presentes, requer a atuação conjunta de todos os poderes, cabendo ao Judiciário não só o controle da legalidade de um ato, mas também a escolha da regra jurídica, do valor ou do princípio que deve se sobrepor aos demais, numa atuação que, por vezes, se confunde com o agir político, numa clara demonstração da superação da clássica divisão e independência de poderes.

Entretanto nem tudo é harmonia na busca da concretização dos direitos sociais, pois a possível ingerência do Poder Judiciário, verificada na flexibilização dos poderes, pode comprometer a segurança jurídica e requer sua sistematização, com a identificação de seus limites de atuação, para que não resulte em afronta ao princípio da isonomia e na usurpação de funções dos demais poderes.

A análise dessa nova forma de atuar das funções estatais ou poderes é que irá definir o desenho desse Estado Social Democrático de Direito, que tem como balizador ético maior a concretização e respeito aos direitos fundamentais.

Contudo, ainda que se considere menos rígida a separação de poderes, é este um princípio previsto na Constituição e que deve ser observado para preservação e fortalecimento da democracia. O exercício do princípio democrático da separação de poderes, flexibilizado ou não, não permite a suplantação de um poder sobre outro, pelo contrário, devem atuar de forma harmônica e equilibrada, no sistema de freios e contrapesos.

A separação dos poderes, prevista na Constituição, integra o contrato social que estabelece as regras mestras, valores, princípios, contornos e limites da legalidade da atuação do Estado brasileiro e de suas instituições. Essa separação deve ser compatibilizada com as necessidades da

dinâmica modificação da sociedade. No entanto, sua interpretação mais fluida ou flexibilização não deve comprometer a independência dos Poderes nem resultar na usurpação das funções a cada um atribuída pelo texto constitucional. Caso contrário, o Estado democrático de direito estaria comprometido.

Partindo-se da perspectiva de legitimidade jurisdicional, ainda que se admita a ingerência maior do Poder Judiciário, observado o sistema de freios e contrapesos, considera-se que o magistrado não poderá substituir o legislador ou o administrador em suas funções, o que não significa omitir-se ou deixar de julgar por se tratar de questão que depende de escolha política e emprego dos recursos humanos e financeiros da administração, como é o planejamento, organização e execução de uma política pública, mas sim de atuar de forma a não ultrapassar os limites constitucionais da função jurisdicional.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a politização do jurídico refere-se à influência de interesses políticos e ideológicos nas decisões judiciais, muitas vezes desviando o foco da aplicação imparcial da lei para atender a agendas políticas específicas. É um fenômeno que reflete a crescente intersecção entre o direito e a política, influenciando a jurisdição e a percepção pública da justiça

Essa politização ocorre quando decisões judiciais são influenciadas por considerações políticas, em vez de se basearem estritamente em normas legais. Isso pode resultar de várias formas, incluindo a nomeação de juízes com afinidades políticas, pressões exercidas por grupos de interesse ou pela opinião pública, e a utilização do judiciário como arena para disputas políticas.

A influência da política na jurisdição pode distorcer a aplicação da lei, levando a decisões que refletem mais interesses políticos do que a interpretação objetiva do direito, e isso, na prática, pode significar, p. ex., a atuação dos juízes influenciada por fatores políticos, afetando a imparcialidade e a independência do sistema judicial. O impacto disso tudo é significativo, pois mina a confiança nas instituições jurídicas e na justiça como um todo. A politização pode gerar desconfiança pública, questionando a imparcialidade do sistema judicial e a integridade das decisões judiciais.

Essa politização do jurídico, na prática, refere-se à politização da jurisdição e do Poder Judiciário. Sabe-se que, a jurisdição, idealmente, deve ser imparcial e baseada na lei. No entanto, a realidade muitas vezes revela uma complexa relação entre o judiciário e o poder político. A influência política pode se manifestar na forma de ativismo judicial, onde os juízes assumem um papel mais proativo na criação de políticas públicas, ou na resistência a mudanças legislativas que afetam o *status quo* político. A politização do Poder Judiciário, por sua vez, refere-se ao processo pelo qual o sistema judicial se torna um campo de batalha para questões políticas. Isso pode comprometer a independência do judiciário e a confiança do público na justiça.

Além do mais, a administração pública possui uma margem de discricionariedade na implementação de suas Políticas Públicas, ou seja, uma liberdade de escolha e tomada de decisões que não pode ser substituída pelo controle judicial. Isso ocorre porque muitas vezes a administração deve considerar diversos fatores, como recursos disponíveis, peculiaridades regionais e particularidades dos destinatários da política, para tomar decisões eficazes. Dessa forma, o controle jurisdicional das Políticas Públicas deve respeitar essa margem de discricionariedade, sem substituir as escolhas legítimas e razoáveis da administração, sob pena de politização de suas decisões.

Desta feita, assunto contemporâneo e de impacto social que não pode ser esquecido aqui, é a questão do chamado ativismo judicial que suscita intensos debates no âmbito jurídico, especialmente em relação aos limites da atuação do Poder Judiciário e sua interação com as demais funções do Poder.

O termo ‘ativismo judicial’ é polissêmico e permeia as discussões jurídicas em diferentes sistemas legais, o que dificulta sua conceituação unânime. O ativismo judicial, embora tenha surgido antes mesmo da criação do termo, ficou notório no caso *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana. Nesse caso, o juiz Marshall afirmou a possibilidade do ‘judicial review’, mesmo quando não expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos. Embora a origem do termo e seu desenvolvimento sejam debatidos, é inegável que o ativismo judicial ganhou destaque ao buscar garantir e efetivar direitos fundamentais. Esse movimento se intensificou com o neoconstitucionalismo, que fortaleceu o Poder Judiciário nas Constituições democráticas modernas, mesmo em períodos de enfraquecimento da via republicana¹⁷.

A definição mais atinente à complexidade dessa terminologia determina o ativismo judicial enquanto um exercício de poderes político-normativos realizado por juízes e cortes frente aos demais atores políticos, e que deve ser avaliado segundo três critérios: “(a) segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais e (c) múltiplas dimensões de práticas decisórias”.¹⁸

A abordagem multidimensional do termo ‘ativismo judicial’ rejeita uma definição estática, propondo uma análise contextualizada da divisão de poderes, das normas constitucionais e legais, bem como das particularidades culturais e sociais de cada país. Sob essa perspectiva, as decisões judiciais são complexas e não se submetem a critérios únicos de identificação. Exige-se um exame caso a caso para verificar se ultrapassam os limites legais. Portanto, não é possível predefinir o ativismo judicial sem considerar as nuances políticas que influenciam as decisões, especialmente no Brasil, onde tais decisões frequentemente refletem posições progressistas.

17 ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. Revista Quesito Iuris, vol. 11, n. 4, Rio de Janeiro, 2018. p. 3279-3297.

18 Idem ibidem.

A Constituição de 1988, ao ampliar o acesso à jurisdição e permitir a judicialização de demandas sociais, contribuiu para o surgimento do debate sobre ativismo judicial no Brasil. O acúmulo de processos nos tribunais exigiu do Judiciário uma adaptação às dinâmicas sociais, resultando na expansão das decisões dos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, por meio de julgamentos de Repercussão Geral e da edição de Súmulas Vinculantes para uniformizar o entendimento em casos recorrentes. Essa atuação reflete o (neo)constitucionalismo e visa à efetivação dos direitos fundamentais, mesmo diante da inércia dos demais poderes e da Administração Pública em relação a essas questões.

Em consonância com o debate social, o Supremo Tribunal Federal (STF) segue duas vertentes importantes e legítimas em relação ao ativismo judicial. Essas vertentes não devem ser reduzidas pejorativamente à mera conotação negativa. São elas: a dimensão negativa e a dimensão positiva.

A dimensão negativa do ativismo judicial consiste em proibir a coercitividade e ampliar a efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, o Judiciário impõe ao Estado e aos demais poderes republicanos um controle conforme à Constituição. Um exemplo desse controle é o julgamento concentrado de constitucionalidade.

Por outro lado, a dimensão positiva do ativismo judicial atua como impulsionadora da legitimidade e validade de políticas públicas. Essas políticas são realizadas e planejadas pelos poderes Legislativo e Executivo, com o objetivo de assegurar condições mínimas de existência e cidadania. Assim, o STF desempenha um papel relevante na concretização desses fins, mesmo diante da inércia dos demais poderes e da Administração Pública.

Contudo, faz-se importante ressaltar que o ativismo judicial não é o mesmo que judicialização da política. A judicialização diz respeito a um processo em que demandas de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo e esse processo envolve o debate acerca do papel do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à aproximação do processo decisório presente nos demais Poderes quando há necessidade de suprir lacunas das ações políticas sobre questões fundamentais como saúde, segurança, liberdade e direitos humanos¹⁹.

Na verdade, a judicialização de políticas é uma das consequências da constitucionalização do direito, onde surge a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais, para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas.

Assim, o ativismo judicial, é caracterizado pela participação intensa do Poder Judiciário,

19 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais, e sempre sob o manto da interpretação das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, como já informado, o conceito multidimensional, também sofre crítica. Parte da doutrina entende o ativismo judicial como um ultrapassar dos limites impostos ao exercício da função jurisdicional, resultando em uma descaracterização que fere o princípio da separação dos poderes, no que propõe uma abordagem dogmática para estabelecer parâmetros que permitam diferenciar a legítima interpretação constitucional de atuações ativistas, enfatizando que a análise deve considerar a natureza da norma constitucional em questão, o grau de discricionariedade permitido pela lei e a existência de precedentes ou práticas consolidadas²⁰.

Essa é uma visão que atribui à atuação ativista do Poder Judiciário um risco para a democracia, pois, considera uma ingerência indevida nas questões de cunho político, sem que tenha o Judiciário obtido do povo, por meio do voto popular mandato para representá-lo²¹.

Além da censura ao ativismo judicial pela ausência de legitimidade dos integrantes do Judiciário para decidirem sobre questões políticas e pelo risco de politização dos magistrados, - o que pode comprometer a imparcialidade dos julgamentos -, também enfrenta o Judiciário as limitações institucionais próprias de um poder que não foi concebido para fazer políticas públicas. Simpatizantes ou não, o fato é que os Tribunais brasileiros, numa clara tendência de rompimento com a clássica concepção da separação de poderes, vêm apreciando causas judiciais que discutem escolhas políticas, transpondo os limites da análise formal do ato, para adentrar no mérito da ação ou omissão estatal, tanto nas ações coletivas, como nas ações individuais.

Assim, importante discussão em sede de ADPF de n. 45, de relatoria do então Min. Celso de Mello, parece, desde então, estar dando o tom quanto a possibilidade de “ingerência do Poder Judiciário sobre Políticas Públicas”. Eis o acórdão do referido Ministro:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais e econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

O julgamento da ADPF n. 45 invoca, como fundamento para a flexibilização da separação dos poderes e interferência do Poder Judiciário nas funções do Legislativo e Executivo, a supressão

20 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

21 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

de violação a direito fundamental assegurado na Constituição.¹⁴⁷ A atuação do Judiciário, segundo este entendimento (baseado em situação que não se concretizou na prática porque no curso da ação judicial sobreveio a edição de norma legal que corrigiu a disposição legal impugnada), estaria em conformidade com a ideia de atuação harmônica das funções estatais, de modo a impedir que se perpetue a violação a direitos sociais, ante a omissão dos poderes competentes.

O posicionamento adotado na decisão do Ministro Relator Celso de Melo está em consonância com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que envolvem a concessão de direitos sociais como saúde e educação e denota que o Judiciário não vê a política pública como um tema de exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo; entende que, havendo omissão do legislador, está o Judiciário, excepcionalmente, autorizado a formular e implementar políticas públicas.

De todo modo, a percepção de que o Judiciário pode resolver e efetivar direitos levou a uma maior relevância das decisões judiciais no preenchimento de lacunas de proteção estatal e atendimento às demandas sociais. O Supremo Tribunal Federal, em especial no exercício do controle de constitucionalidade, tem respondido a essas expectativas não por liberalidade, mas em resposta à crescente demanda social por tutela jurisdicional.

E essa atuação do STF, dentro do espectro negativo do termo ativismo judicial pode levar a outro fenômeno, o chamado efeito *backlash*.

O efeito *backlash* refere-se à reação social e/ou institucional às decisões judiciais que envolvem direitos civis, políticos e culturais. Esse termo emergiu nos Estados Unidos na década de 1960, especialmente em resposta a casos julgados pela Suprema Corte.

Um exemplo notório é o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que tratou da segregação racial nas escolas. Mais recentemente, em 2003, o caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado pela Suprema Corte de Massachusetts, vedou a discriminação entre casais heterossexuais e homoafetivos, equiparando as proteções e benefícios em termos de licenças de casamento. Essa decisão provocou reações sociais e institucionais, seguidas da aprovação de leis estaduais nos EUA que negavam direitos a casais homoafetivos.

Contudo, o caso que originou a alcunha do termo *backlash* foi o *Roe v. Wade*, julgado em 1973 pela Suprema Corte dos EUA. Nesse caso, a Corte decidiu pela descriminalização do aborto. Posteriormente, pressionados por grupos pró-vida, estados norte-americanos aprovaram leis que restringiam a prática do aborto, mesmo em situações que antes eram admitidas

No contexto brasileiro, a atuação mais incisiva do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, trazendo avanços para minorias políticas, pode ser vista como ativismo judicial. Essa diferença abrupta no fortalecimento e efetivação de direitos sociais contrasta com o

descrédito dos demais poderes, que muitas vezes representam pequenas maiorias políticas. A contraposição reside na garantia de direitos básicos a sujeitos que antes viviam à margem da sociedade e na constatação da omissão voluntária do poder legislativo em questões progressistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade do exercício da jurisdição desempenha um papel crucial no cenário jurídico do passado, impactando significativamente a percepção de justiça e a eficácia do sistema legal. Historicamente, a jurisdição evoluiu de um instrumento de poder soberano para um mecanismo fundamental na proteção de direitos, sendo moldada pelos princípios democráticos e pelo ideal de acesso à justiça.

A tese central deste estudo sustentou que a legitimidade da jurisdição não estava limitada apenas à conformidade com os procedimentos estabelecidos. Ela estava também na sua capacidade de se adaptar às dinâmicas sociais, promovendo uma justiça equitativa e acessível. Para alcançar esse objetivo, o estudo analisou diversos aspectos, concluindo que a jurisdição, ao se alinhar com as expectativas sociais e os princípios de equidade, reforçou sua legitimidade e contribuiu para um sistema legal mais eficiente e justo.

A análise da trajetória histórica da jurisdição é imprescindível para a compreensão de sua validade atual. Esta evolução, de um mecanismo de exercício de poder para um instrumento de salvaguarda de direitos, espelha as mudanças ocorridas nas sociedades e as respectivas necessidades emergentes. No que tange aos critérios de legitimidade contemporâneos da jurisdição, é vital considerar não apenas a aderência aos procedimentos estabelecidos, mas também a confiança depositada no sistema jurídico, a qual se sustenta na habilidade de atender às demandas sociais e na efetiva promoção dos direitos fundamentais. Ademais, o papel da jurisdição na facilitação do acesso à justiça é de suma importância. Assegurar que a igualdade de condições seja mantida perante o aparato judiciário constitui um pilar central para a concretização dos direitos assegurados por lei.

A Teoria da Separação dos Poderes, concebida inicialmente por Montesquieu, é um pilar fundamental das democracias modernas, estabelecendo que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem operar de forma independente, mas harmônica, para garantir um equilíbrio que previna o abuso de poder. O ativismo judicial, por sua vez, ocorre quando o Judiciário toma iniciativas que vão além da mera aplicação das leis, intervindo em políticas públicas e na atuação dos outros poderes, frequentemente em resposta à inércia legislativa ou executiva.

Essa dinâmica se torna particularmente relevante quando consideramos a proteção de direitos fundamentais. Em muitos casos, grupos marginalizados não têm seus direitos adequadamente defendidos pelos mecanismos tradicionais de poder. Assim, o ativismo judicial pode

ser visto como um instrumento de correção social, onde o Judiciário atua proativamente para assegurar que esses direitos sejam respeitados, preenchendo lacunas deixadas pelos outros poderes.

No entanto, essa atuação do Judiciário não está isenta de críticas. Alguns argumentam que o ativismo judicial pode levar a uma usurpação das funções legislativas, criando leis sob o pretexto de interpretá-las, o que poderia comprometer a separação dos poderes. Outros defendem que, em uma sociedade que se transforma rapidamente, o Judiciário deve ter um papel mais ativo para responder às demandas sociais emergentes que ainda não foram contempladas pelo Legislativo.

Este estudo amplia a discussão sobre o ativismo judicial, destacando a importância de um Judiciário forte e independente, capaz de intervir quando necessário para a proteção dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ressalta a necessidade de cautela para que tal intervenção não desestabilize o equilíbrio entre os poderes. A confiança nas instituições judiciais é essencial para a manutenção da ordem democrática e para o aprimoramento da tutela dos direitos em uma sociedade diversa e em constante evolução.

Concluindo, o ativismo judicial, embora complexo e por vezes controverso, é um fenômeno que reflete a dinâmica entre os poderes em uma democracia e a busca incessante pela justiça social. É imperativo que haja um diálogo contínuo entre os poderes, com respeito à autonomia de cada um, mas também com a compreensão de que a justiça é um objetivo comum que, em última análise, visa o bem-estar da coletividade e a preservação dos direitos de todos os cidadãos.

REFERENCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. *Revista Quesito Iuris*, vol. 11, n. 4, Rio de Janeiro, 2018. p. 3279-3297.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paul: Saraiva, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paul: Saraiva, 2019.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1986.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Santiago Gomes da. O. Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011-2018). CSOnline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais, [S. l.], n. 31, 2020.

CAPÍTULO III
PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A UTILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Sabião ESPINHARA¹

RESUMO

A administração pública brasileira está em um processo de transformação em sua forma de resolver conflitos, migrando de uma abordagem predominantemente litigiosa para uma consensual e colaborativa. Este artigo analisa a evolução dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, com enfoque na mediação e na conciliação. O estudo ainda destaca as implementações de câmaras de mediação e conciliação em diversos estados e municípios brasileiros, examinando os benefícios dessas práticas na economia de recursos e na eficácia da gestão de conflitos. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, em conjunto com análise de documentos legislativos e estudos de casos. A pesquisa evidencia que, apesar dos avanços significativos, persistem ainda desafios relacionados à utilização da conciliação e mediação, principalmente por meio de Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, devendo ser incentivada uma mudança de mentalidade em âmbito administrativo com o objetivo de promover a consensualidade na resolução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Consensualidade. Administração Pública. Conciliação. Mediação. Eficiência. câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

ABSTRACT

The Brazilian public administration is undergoing a transformative process in its approach to conflict resolution, shifting from a predominantly litigious to a consensual and collaborative methodology. This article examines the evolution of self-compositional methods for conflict resolution, with a focus on mediation and conciliation. The study highlights the implementation of mediation and conciliation chambers across various Brazilian states and municipalities, assessing the benefits of these practices in terms of resource economy and conflict management efficacy. The research predominantly utilized bibliographic review as its methodology, along with document analysis and case studies. Despite significant advancements, challenges still persist related to the use of conciliation and mediation, particularly through the Mediation and Conciliation Chamber of the Federal Public Administration. A shift in administrative mindset is advocated to promote consensuality in conflict resolution.

KEYWORDS: Consensuality. Public Administration. Conciliation. Mediation. Efficiency. Chambers for Prevention and Administrative Resolution of Conflicts

1. INTRODUÇÃO

A administração pública contemporânea enfrenta o desafio de adaptar-se a um ambiente globalizado e complexo, onde a eficácia na gestão de conflitos e a promoção da consensualidade tornam-se imperativas para a sustentabilidade e eficiência do setor público. Tradicionalmente, o recurso ao Poder Judiciário tem sido o meio predominante para a resolução de litígios envolvendo o

1 Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Assistente em Administração da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Campus Cornélio Procopio (UTFPR). Advogada. E-mail: fernandasabiao2015@gmail.com

Poder Público e, nesse sentido, a Administração Pública é um dos maiores litigantes do sistema de justiça atualmente.

Este artigo explora a mudança de paradigma na administração pública brasileira com relação aos métodos de solução de conflitos, destacando a transição de uma abordagem predominantemente litigiosa para uma crescentemente consensual e colaborativa. O objetivo deste trabalho não é evidenciar a utilização da arbitragem pela Administração, considerando que a doutrina e a própria legislação avançaram neste ponto. Após as alterações da Lei 13.129/2015, a utilização da Arbitragem pela Administração Pública possui contornos sólidos e avançando cada vez mais a sua utilização pelo Estado, principalmente no que se refere às concessões e às parcerias público-privada. A análise se concentra no desenvolvimento e na implementação de meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, que promovem uma cultura de diálogo e cooperação. Essas abordagens, embora valiosas, têm encontrado espaço limitado nas práticas administrativas vigentes, ainda mais especificadamente, quanto à utilização das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Abordaremos a legislação recente que incentiva a utilização de tais práticas, como a Lei 13.140/2015, conhecida como a Lei de Mediação, e as modificações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil. Examinaremos também como diferentes estados e municípios brasileiros têm respondido a essas mudanças, instituindo câmaras de mediação e conciliação, que servem como exemplos da crescente aceitação e efetividade dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Este estudo lança luz sobre as vantagens econômicas e sociais dessas práticas alternativas, apresentando casos de sucesso e desafios ainda presentes na sua implementação plena. Ao fazer isso, esperamos contribuir para um entendimento mais aprofundado sobre como a administração pública pode evoluir para melhor servir ao interesse público em um contexto de mudanças rápidas e desafios significativos.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSENSUALIDADE

Por muito tempo houve relutância na utilização de meios alternativos de conflitos envolvendo a Administração Pública, em razão das polêmicas acerca da indisponibilidade do interesse público. Com os avanços da globalização, o Estado reconhece que não pode operar isoladamente como uma entidade soberana e compreende a importância de estabelecer parcerias para efetivamente cumprir sua função essencial de oferecer serviços de qualidade às pessoas, assegurando assim a dignidade humana. No desenvolvimento de suas atividades, passou a compreender no contexto da globalização econômica, que a Administração Pública não consegue

mais atuar sozinha, tem que realizar a atração de investidores e de capitais, devendo sempre zelar pela eficiência em seus atos. Uma das consequências dessa mudança de paradigmas com relação ao Estado, é a compreensão de que a melhor solução não é exclusivamente o Poder Judiciário, e que para alcançar a efetividade na solução de um conflito, é essencial identificar qual o meio mais adequado para a sua resolução.

A adoção de meios alternativos ou adequados de solução de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada, não só em virtude dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa em busca da solução de seus conflitos (TARTUCE, 2024, p. 163), e dessa forma a Administração Pública também está atuando e se adaptando à essas novas perspectivas.

Essa nova atuação estatal não significa o fim do direito público ou do interesse do Estado, mas apenas uma adequação à nova realidade que prioriza uma maior igualdade na contratualização da Administração Pública com o particular, a efetividade de suas atividades e gerenciamento de conflitos, com o menor gasto de recursos. A entrega de uma demanda para o Poder Judiciário não significa que a Administração Pública terá sempre suas demandas atendidas, então não se pode confundir a utilização da jurisdição com a garantia do interesse público. Uma gestão do Estado voltada ao atendimento das necessidades de sua população está muito mais ligada à efetividade e economicidade das condutas do Estado.

Neste sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2024, p. 73) corrobora com o entendimento de que a utilização do Judiciário deve ocorrer após análise de que todos os outros meios de solução de conflitos não possam ser utilizados:

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escala do conflito, o que não significa, em absoluto, qualquer vedação ou restrição ao seu acesso em caso de urgência, lesão ou ameaça a direito.

Quando o tema ainda é a utilização de meios alternativos de conflitos pelo Estado, é necessário contextualizar que a Administração Pública é um dos maiores litigantes do sistema de justiça. Trata-se de um diagnóstico importante que evidencia a preferência do Poder Público pela cultura do litígio. Na lógica do tratamento dos conflitos pela via judicializada, o cidadão passa a ser percebido somente quando ingressa com uma ação no Poder Judiciário. Ainda assim, dificilmente será escutado, mas ao menos poderá conseguir por meio de uma imposição determinada por um juiz, a solução para seu problema. (GOULART; AZEVEDO; CADEMARTORI, 2023).

Portanto, deve-se romper, em definitivo, a visão deturpada de que a Administração Pública somente consegue resolver seus conflitos por meio do Poder Judiciário. É necessária uma mudança de paradigmas pela Administração Pública, que deve analisar estrategicamente os conflitos e suas problemáticas e, como poderá resolvê-los de forma eficiente e priorizando a economicidade.

Com o passar do tempo, observa-se uma nova tendência de comportamento administrativo, uma progressiva substituição dos atos tradicionais, dos atos administrativos unilaterais, por atos negociais e contratos que concedem maior integração entre o Estado e o particular. A fim de atrair investimentos privados para a concretização de serviços e obras públicas, que geralmente são os contratos de grande vulto, a legislação caminhou para autorização da utilização da arbitragem. O primeiro passo foi a autorização da utilização da arbitragem pela Administração Pública na Lei 8.987/95 - Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e na Lei 11.079/04 - Lei de Parcerias Público-Privadas (COSTA; MUNIZ; SANTOS, 2024, p. 154).

Além disso, à luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, com a promulgação do novo Código de Processo Civil de 2015, o legislador incentivou a utilização dos meios alternativos de conflitos no ordenamento brasileiro. Nesse contexto, foi editada a Lei 13.140, em 26 de junho de 2015, marco legal da mediação no Brasil, havendo a determinação no artigo 1º de que a Administração Pública também está sujeita às regras de consensualidade, sendo possível a utilização da mediação e da conciliação.

3. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na perspectiva do Direito, conflito é sinônimo de embate, oposição de ideias ou interesses, em razão da qual nasce uma divergência que tende a incrementar em virtude da variável dinâmica das relações interpessoais. Por isso é necessário um sistema de resolução de conflitos eficiente, pois ele não irá se extinguir e, em algumas circunstâncias, os envolvidos não desejam encerrar totalmente a relação, mas compor uma questão específica. Para Fernanda Tartuce (2024), o conflito pode ser construtivo, pois sua ocorrência previne a estagnação e estimula o interesse na resolução dos problemas. Ainda, a doutrinadora faz uma reflexão sobre a adoção tradicional do utilização do Poder Judiciário e as possibilidades de utilização de meios adequados:

A obrigatoriedade de submissão a meios consensuais e as motivações do seu prestígio no âmbito do Poder Judiciário podem ser questionadas: a adoção de uma tônica impositiva e quantitativa em prejuízo da qualidade da abordagem dos conflitos pode comprometer sua adequação e sua legitimidade. No entanto, ainda que se considere o elemento quantitativo incentivador, é inegável a mudança de visão verificada nos últimos anos: como o processo judicial não mais vem sendo considerado a via adequada para compor todos os conflitos, deve o Estado oferecer meios diversos para garantir o acesso à justiça.

Antes de tratarmos dos mecanismos de solução alternativa de conflitos, primeiramente é preciso fazer uma diferença entre a heterocomposição e a autocomposição: a primeira refere aos casos em que um terceiro irá decidir o conflito, sendo escolhido ou não pelos litigantes, tal qual sucede na via judicial; já na autocomposição, as partes dialogam para tentar chegar a uma solução consensual, com o auxílio, ou não, de um terceiro. O resultado da mediação e a conciliação é a transação, o consenso entre os contendores (SCAVONE JUNIOR, 2023, p. 278).

Dentre os métodos da autocomposição, ressalta-se a mediação e a conciliação. De acordo com o Código de Processo Civil, o conciliador irá atuar preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, é o terceiro que poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes cheguem a um consenso. Já o mediador, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

A conciliação propriamente dita é a possibilidade de que as partes de um conflito encontrem soluções para sanar litígios, valendo-se da ajuda de um terceiro que atue como conciliador, que deverá agir de forma imparcial, gerenciando as partes na busca pela solução. Para Luiz Antonio Scavone Junior (2023, p. 278) a conciliação implica na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução, sem que possa impor a resolução de forma compulsória, como ocorre na arbitragem ou na jurisdição.

A mediação é a técnica de solução de conflitos em que um terceiro viabiliza a comunicação entre as partes. Ela pressupõe um conjunto de técnicas, valores e habilidades que devem ser desenvolvidos em cursos de capacitação e de práticas supervisionadas, pelo mediador. Há uma facilitação para que as partes pratiquem uma comunicação construtiva e para que identifiquem seus interesses e necessidades. Os medianos não devem agir como oponentes em um campo de batalha, mas sim como corresponsáveis pela solução da disputa (GUILHERME, 2022).

De acordo com Fernanda Tartuce (2024, p. 178), existem distinções entre a mediação e a conciliação, especialmente quanto à formulação de propostas de solução (o mediador não deve sugeri-las). Além disso, a profundidade da abordagem de certas situações também varia: na mediação, questões subjetivas geralmente recebem mais atenção devido às relações continuadas entre as partes, enquanto na conciliação, o foco tende a ser mais objetivo, uma vez que as interações entre os envolvidos costumam ser pontuais.

Embora a arbitragem seja um método com maior protagonismo e mais utilizado atualmente pela Administração Pública para a resolução de conflitos, é importante destacar a relevância e a

potencialidade da utilização da mediação e da conciliação nesse contexto. Esses métodos, caracterizados pela busca de soluções consensuais e menos adversariais, apresentam-se como alternativas valiosas que permitem a resolução de disputas de forma eficaz e também com maior celeridade. Portanto, a incorporação dessas práticas na rotina da Administração Pública pode otimizar a gestão de conflitos, alinhando-se aos princípios de eficiência e de promoção do bem-estar social.

Para assegurar a dignidade da pessoa humana, é fundamental que a Administração Pública adote uma abordagem consensual em sua atuação. Priorizar o consenso e a negociação deve ser um princípio norteador para os gestores públicos, as procuradorias jurídicas e os órgãos de controle, bem como nas instâncias judiciais. Um exemplo claro disso é nas demandas onde servidores buscam o reconhecimento judicial de parcelas indenizatórias. Nesses casos, adotar uma postura protelatória, empregando uma sucessão interminável de recursos, não é uma postura eficiente ou econômica. Ao contrário, a Administração deve atuar preventivamente para solucionar essas questões, efetuando os pagamentos devidos sem a incidência de juros, correção monetária ou custos processuais adicionais. Tal abordagem não só evitaria encargos suplementares como os ônus de sucumbência, mas também reduziria significativamente os custos totais que emergiriam caso o servidor decidisse levar a questão à justiça (GUILHERME, 2022).

Ainda no ano de 2015, com publicação do Código de Processo Civil, o artigo 174 prevê a possibilidade da criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo, criadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos entre entes), além da celebração de termo de ajustamento de conduta. Nesse mesmo sentido, o Marco Legal da Mediação no Brasil, também trouxe a mesma previsão legal estabelecendo espaços de consensualidade no âmbito da administração pública:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
- III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL, 2015)

Ainda, a Lei de Arbitragem estabeleceu no artigo 32, § 5º que a “prevenção e a resolução de conflitos que envolvem equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” poderá ser resolvida nas câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo (BRASIL, 2015). A legislação ainda estabeleceu que cada ente da federação poderá estabelecer suas câmaras, com regulamento próprio.

4. AS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS

Nesse contexto, observa-se que a legislação estabeleceu a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, entretanto, se trata de uma faculdade e não uma obrigação do Poder Público (SCAVONE JUNIOR, 2023). Em que pese extremamente salutar que a Administração Pública compreenda a necessidade de espaços de diálogos entre entes e entre os particulares, não são todos os Estados que implementaram câmaras de prevenção e resolução de conflitos administrativos. Nesse sentido, podemos destacar o Estado Maranhão, Sergipe e São Paulo.

Com relação a este último, podemos ressaltar que ainda não foi criada câmara de conciliação no contexto da Lei de Mediação, ligada à Procuradoria Geral do Estado, mas há movimentos e discussões internas que ressaltam a importância desses espaços e a promoção da consensualidade no Estado (SÃO PAULO, 2023). Nesse sentido, em que pese não haja uma câmara de conciliação no ente estadual, o Município de São Paulo criou a Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal através do Decreto Municipal nº 57.263/2016 para dirimir conflitos, por meios autocompositivos, entre órgãos e entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta.

Dentre os estados que instituíram ambientes dedicados à conciliação, destacam-se a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo (CPRACES), estabelecida pela Lei Complementar nº 1011/2022; a Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos do Estado do Ceará (CPRAC), criada pelo Decreto Estadual nº 33.329/2019; e a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas (CPRAC). Todas essas câmaras têm implementações consolidadas, procedimentos formalmente estabelecidos e demonstram uma atuação eficaz na solução de conflitos.

Existem ainda, Estados que estão passando por processos de implementação, como o Estado do Paraná em que foi criada a Câmara de Prevenção e Solução de Conflitos por meio do Decreto Estadual nº 8.473/2021, mas que ainda não ocorreu uma estruturação e disponibilização ao cidadão deste meio de solução de conflitos.

Dentre os Estados e Municípios que criaram espaços de prevenção e resolução de conflitos administrativos, muitos já estão apresentando resultados positivos na construção de soluções mais eficiente e econômicas, como por exemplo, pertinente citar o recente caso da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Estado de Alagoas, em que o Ministério Público e a Secretaria de Prevenção a Violência (SEPREV), realizaram acordo que permitiu encerramento de processos judiciais que estavam em trâmite há 15 anos. As ações eram referentes a acordos não cumpridos pelo Estado, envolvendo a internação de adolescentes em cumprimento de medidas

socioeducativas (ALAGOAS, 2023). Por meio da atuação da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, após discussões por um período de aproximadamente dois anos, foi possível chegar a uma solução para um conflito, que está beneficiando a sociedade.

Na perspectiva econômica do direito, alguns Estados estão já conseguindo apurar os valores economizados com a utilização de câmaras de conciliação e mediação. No ano de 2023, a Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos (CPRAC) da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, viabilizou a economia de R\$ 62.836.201,84, com a formalização de 41 acordos (CEARÁ, 2023). Já a Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos (CPRAC) da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas, viabilizou a economia de R\$ 22 milhões, comparada ao cenário de judicialização no ano de 2023 (AMAZONAS, 2023).

A Lei nº 13.140/2015, em seu artigo 32, desempenha um papel crucial na mudança de paradigmas dentro da Administração Pública. Ao mencionar as câmaras administrativas, a legislação destaca a importância de criar ambientes que não só favoreçam a conciliação entre as partes, mas também promovam a prevenção de conflitos envolvendo o Poder Público. Importante apresentar como a União está utilizando a câmara de prevenção e resolução de conflitos, uma iniciativa que exemplifica esse novo enfoque na efetivação do consensualismo na Administração Pública.

5. A CÂMARA DE MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

A Advocacia-Geral da União, instituição constitucionalmente designada para representar a União tanto judicial quanto extrajudicialmente, estabeleceu um marco significativo no âmbito da consensualidade na Administração Pública com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), conforme estipulado pela Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007. Inicialmente, as atividades da Câmara estavam restritas a atuações entre órgãos e entidades da Administração Federal. Contudo, a expansão de suas competências ocorreu com a Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008, que ampliou seu escopo de atuação, permitindo a realização de conciliações administrativas entre a Administração Pública Federal e as administrações estaduais ou do Distrito Federal. Com alterações legislativas, atualmente a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal tem a missão institucional de atuar por meio da autocomposição na prevenção e na resolução consensual de conflitos envolvendo órgãos da administração pública federal, autarquias ou fundações federais (BRASIL, 2024).

Para a utilização deste serviço, deve ser realizado preenchimento de um requerimento, devendo ser realizada a identificação das partes, o histórico dos fatos, a delimitação da controvérsia

e acrescentar informações específicas, como por exemplo se há demanda judicializada ou se foi realizado de Termo de Ajustamento de Conduta. Realizado o encaminhamento do requerimento através de protocolo, o mediador ou conciliador irá conduzir o procedimento, com reuniões unilaterais ou bilaterais com os envolvidos, a fim de verificar o interesse na solução consensual. Ao final, será realizado o Juízo de Admissibilidade. Na próxima etapa serão realizadas reuniões com os interessados, sendo exploradas as soluções para o conflito. Realizada a autocomposição, seja através da conciliação ou da mediação, é lavrado o Termo de Conciliação (TC) que será assinado por todas as partes, após pareceres jurídicos dos entes envolvidos, autorizações das autoridades públicas competentes e verificações de conformidade formal do procedimento (BRASIL, 2023).

A criação e a expansão das atribuições da câmara federal representaram marcos significativos na área da autocomposição. No entanto, é importante salientar que ainda não é possível a realização de acordos entre particulares e o Poder Público com a atuação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, apesar de o artigo 32 da Lei de Mediação expressamente prever essa possibilidade. Desta forma, podemos compreender que ainda temos caminhos a serem percorridos que podem melhorar a atuação estatal, de modo que os conflitos sejam resolvidos de forma mais eficiente. A alteração de paradigmas pela Administração Pública e a utilização da autocomposição, dentro de uma cultura enraizada nos processos judiciais, tende a ser lenta e gradual (GOULART; AZEVEDO; CADEMARTORI, 2023).

De acordo com a atualização de dados em 2024, a câmara gerenciou 1.323 procedimentos, dos quais 240 resultaram em acordos, enquanto 878 não foi possível chegar a um consenso (BRASIL, 2024). Mesmo com um quantitativo de acordos realizados que poderia ser considerado pequeno, as práticas realizadas na Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal envolveram a negociação de R\$ 278,5 bilhões. Além disso, os casos estão sendo solucionados com duração média de um ano e sete meses, de forma mais rápida em relação ao Judiciário (OLIVON, 2023).

Além do aspecto econômico, importantes acordos estão sendo realizados, reafirmando a eficiência das soluções encontradas pelas partes. A Câmara de Conciliação da Administração Federal possibilitou a resolução de conflito entre a União e a Prefeitura de São Paulo que se estendia desde 1958, ano em que o município ajuizou ação para retomar a área do Aeroporto Campo de Marte. De acordo com a Prefeitura Municipal de São Paulo (2023), durante a Revolução de 1932, o Campo de Marte foi bombardeado e tomado pelas forças do Governo Federal e assim o município ajuizou ação requerendo reintegração de posse e indenização pelo uso da área. No acordo, foi prevista a troca do valor da indenização pelo uso da área, durante todos esses anos, pelo valor da dívida do Município de São Paulo com a União, de cerca de 24 bilhões. Além disso, parte

da área que não está ocupada por instalações federais foi devolvida à municipalidade (BRASIL, 2022).

Realizando uma análise estratégica de situações complexas, é possível verificar que elas tendem a ser melhor resolvidas por meio da autocomposição e o reconhecimento pela Administração Pública é uma evolução necessária para atrair investimentos econômicos, ter decisões mais efetivas nos casos concretos e ter um Poder Público mais condizente com uma atuação global, que prioriza a conduta da consensualidade.

A evolução da autocomposição na Administração Pública e os resultados positivos que são obtidos com a realização de acordos, nos leva a acreditar que há uma possibilidade de desenvolvimento da atuação do Poder Público cada vez mais consolidada e priorizando a consensualidade. Nesse sentido, vislumbra-se dois importantes novos caminhos a serem implementados: a criação de regra que exija a submissão obrigatória de controvérsias jurídicas envolvendo órgãos e entidades da administração pública à câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e a extensão do rol das câmaras para a atuação envolvendo o particular.

Com relação ao primeiro caminho, no que se refere à obrigatoriedade de utilização das câmaras antes da propositura de ações judiciais, já é possível verificar movimentações legislativas principalmente no que se refere às ações de natureza tributária e a obrigatoriedade de conciliação antes do ajuizamento de execuções, entretanto, como mencionado neste trabalho, nem todos os Estados ou Municípios possuem devidamente implementadas as câmaras de de prevenção e resolução administrativa de conflitos, o que pode ser uma mudança factível, mas que possivelmente irá demorar mais tempo para uma implementação de forma impositiva.

Agora, com relação à utilização das câmaras pelos particulares e a resolução de conflitos com o Poder Público, há movimentações internas dentro da própria Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, que ainda não foram implementadas pois dependem de regulamentação, mas acredita-se que em breve já estará disponível para a utilização pela população.

CONCLUSÃO

Este estudo revelou que a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos na administração pública brasileira não é apenas uma tendência, mas uma necessidade urgente para a modernização da gestão pública. A transição de uma abordagem litigiosa para uma consensual reflete uma mudança paradigmática fundamental, alinhada com os princípios de eficiência, economicidade e humanização dos serviços públicos.

As câmaras de mediação e conciliação surgem como ferramentas vitais nesse processo,

oferecendo um caminho para resolver disputas de forma mais rápida e menos custosa em comparação com o sistema judicial tradicional. A legislação brasileira, especialmente a Lei de Mediação de 2015 e o novo Código de Processo Civil, proporcionaram um arcabouço jurídico que incentiva essas práticas. No entanto, a implementação dessas medidas ainda enfrenta desafios, incluindo a resistência cultural à mudança e a necessidade de maior capacitação e conscientização sobre os benefícios da mediação e conciliação.

Os exemplos de diversos estados e municípios que implementaram com sucesso essas câmaras ilustram o potencial significativo para a melhoria da administração pública. Essas iniciativas não apenas economizam recursos públicos, mas também promovem uma cultura de diálogo e cooperação que é essencial para a governança no século XXI.

Conclui-se que, enquanto os avanços são notáveis, ainda há um caminho a ser percorrido. A perspectiva do uso no futuro das câmaras administrativas para resolução de conflitos também para particulares, demonstram quão é necessária a adequação do uso dos meios não adversariais de resolução dos conflitos pelos entes públicos, com cada vez mais a adoção da consensualidade. Para que a administração pública brasileira possa realmente capitalizar os benefícios da resolução consensual de conflitos, é crucial que continue a expandir e aprofundar essas iniciativas, garantindo que o acesso à justiça seja rápido, econômico e eficaz, e que esteja alinhado com as expectativas de uma sociedade que valoriza a resolução pacífica e construtiva de suas controvérsias.

Nesse contexto, a Administração Pública deve analisar suas controvérsias de forma estratégica, buscando, sempre que possível, um acordo de forma democrática e satisfatória para os envolvidos, não apenas pelas questões econômicas, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Acordo encerra ação judicial que beneficiará jovens das unidades de internação. *Procuradoria Geral do Estado de Alagoas*. 2024. Disponível em: <https://www.pge.al.gov.br/noticia/282-acordo-encerra-acao-judicial-que-beneficiara-jovens-das-unidades-de-internacao>. Acesso em: 30 jun. 2024.

AMAZONAS. Câmara de Resolução de Conflitos alcança economia de mais de R\$ 22 milhões. *Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas*. 2023. Disponível em: <https://www.pge.am.gov.br/camara-de-resolucao-de-conflitos-alcanca-economia-de-mais-de-r-22-milhoes/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal. *Advocacia-Geral da União*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/sobre>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Obter a resolução de conflitos através de procedimento de mediação (CCAF/CGU/AGU). *Serviços e Informações do Brasil*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-a-resolucao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-mediacao-ccaf-cgu-agu>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Campo de Marte: acordo entre União e Prefeitura de São Paulo coloca fim a litígio que se estendia há décadas. *Advocacia-Geral da União*. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/campo-de-marte-acordo-entre-uniao-e-prefeitura-de-sao-paulo-coloca-fim-a-litigio-que-se-estendia-ha-decadas>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 28 jun. 2024.

BERNARDO, L. F. A CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E O NOVO PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *REVISTA DA AGU*, [S. l.], v. 9, n. 25, 2010. DOI: 10.25109/2525-328X.v.9.n.25.2010.206. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/206> . Acesso em: 28 jun. 2024. p. 165 a 184.

COSTA, Patrícia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo; SANTOS, Isabeau Lobo Muniz Gomes dos. Arbitragem na Administração Pública: Segurança e Eficiência. In: SPENGLER, Fabiana Marion (org). **O acesso à justiça na contemporaneidade: diálogos acadêmicos entre Brasil e Espanha**. São Carlos: Pedro e João, 2024. p. 153-166.

CEARÁ. Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos viabiliza economia de R\$ 62,38 milhões com a realização de acordos em 2022. *Procuradoria-Geral do Estado do Ceará*. 2023. Disponível em: <https://www.pge.ce.gov.br/2023/02/22/camara-de-prevencao-e-resolucao-de-conflitos-viabiliza-economia-de-r-6283-milhoes-com-a-realizacao-de-acordos-em-2022/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

FERNANDES, F. G.; SILVEIRA, M. C. R. Conciliação e mediação na administração pública Brasileira: proposições e perspectivas / Conciliation and mediation in the Brazilian public administration: Proposals and prospects. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 12, p. 112453–112467, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv7n12-163>. Acesso em: 28 jun. 2024.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Meios extrajudiciais de solução de conflitos: manual dos MESC*s. 2. ed. Barueri - SP: Editora Manole, 2022.

OLIVON, Beatriz. Câmara de Mediação da AGU resolveu R\$ 278 bi em litígios. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/09/05/camara-de-mediacao-da-agu-resolveu-r-278-bi-em-litigios.ghtml>. Acesso em: 08 jul. 2024.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Cultura da Consensualidade no Direito Brasileiro: Evolução Normativa e Perspectivas para o Futuro. In: SPENGLER, Fabiana Marion (org). **O acesso à justiça na contemporaneidade: diálogos acadêmicos entre Brasil e Espanha**. São Carlos: Pedro e João, 2024. p. 63-75.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Acordo com a União encerra disputa pela área do Campo de Marte. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/procuradoria_geral/noticias/?p=343158. Acesso em: 08 jul. 2024.

RIBEIRO GOULART, J.; ANZANELLO AZEVEDO, L.; URQHART CADEMARTORI, L. H. . A autocomposição na administração pública pela perspectiva da análise econômica do direito. REVISTA DA AGU, [S. l.], v. 22, n. 02, 2023. DOI: 10.25109/2525-328X.v.22.n.02.2023.3131. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/3131>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SÃO PAULO. PGE-SP debate a consensualidade na administração pública. *Consórcio de Integração Sul e Sudeste. Dialogar para desenvolver*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.cosud.sp.gov.br/pge-sp-debate-a-consensualidade-na-administracao-publica/>. Acesso em: 30 jun. 2024.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONFLITOS E IMPLICAÇÕES DA LEI 14.230/2021

Ana Clara Baggio VIOLADA¹
Vinicius Hiudy OKADA²

RESUMO

Com base no princípio da probidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37 da CF/88, e na definição de improbidade como uma violação desse princípio (§ 4º), este trabalho tem como objetivo investigar a compatibilidade da nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230/2021) com os preceitos existentes no ordenamento jurídico. A análise se concentra na interpretação constitucional da improbidade administrativa e na adequação da nova lei aos mandamentos constitucionais. O estudo explora como o art. 21 da LIA se mostra incompatível com o § 4º do art. 37 da CF/88, e as implicações dessa incompatibilidade na interpretação da norma jurídica. Através da metodologia dedutiva, o artigo parte da contextualização do cenário administrativo e constitucional que levou à promulgação da nova lei, e examina a nova redação do art. 21 da LIA, especialmente no que diz respeito à extensão da sentença absolutória penal para a esfera administrativa. A análise também aborda a constitucionalidade do regime de independência das instâncias e os efeitos da suspensão da eficácia do dispositivo pela ADI nº 7.236/DF. O trabalho conclui com a necessidade de um enfrentamento doutrinário e jurisprudencial para resolver as controvérsias levantadas pela nova legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa; Constitucionalidade; Independência das Instâncias.

ABSTRACT

Based on the principle of administrative probity, as stated in the *caput* of Article 37 of the Federal Constitution, and the definition of improbity as a violation of this principle (§ 4), this work aims to investigate the compatibility of the new Administrative Improbity Law (Law No. 14.230/2021) with existing legal provisions. The analysis focuses on the constitutional interpretation of administrative improbity and the alignment of the new law with constitutional mandates. The study explores how Article 21 of the Administrative Improbity Law appears incompatible with § 4 of Article 37 of the Constitution, and the implications of this incompatibility for the interpretation of the legal norm. Using a deductive methodology, the article starts with the contextualization of the administrative and constitutional scenario that led to the enactment of the new law and examines the new wording of Article 21 of the Administrative Improbity Law, particularly concerning the extension of a criminal acquittal to the administrative sphere. The analysis also addresses the constitutionality of the principle of independence of instances and the effects of the suspension of the provision's effectiveness by Direct Unconstitutionality Action No. 7.236/DF. The work concludes with the need for doctrinal and jurisprudential engagement to resolve the controversies raised by the new legislation.

KEY WORDS: Administrative Improbity; Constitutionality; Independence of Instances.

INTRODUÇÃO

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora associada da Faculdade Andreotti. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada.

2 Graduando em Direito pela UENP, desde 2021. Bolsista do PIBIC, financiado pela FA, sob orientação do Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak, desde 2023. Estagiário voluntário do TJ-PR, desde 2023.

O sistema jurídico brasileiro de controle sobre a probidade administrativa tem sua exegese orientada pelas finalidades de prevenção, dissuasão e aplicação de sanções aos atos ímprobos praticados por agentes.

Partindo-se disso e da premissa de que a probidade administrativa é princípio da Administração Pública, preceituado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF/88) e que a improbidade é uma lesão a esse princípio (§ 4º), o presente trabalho objetiva investigar e compreender os efeitos da incompatibilidade da nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA) com preceitos já existentes no ordenamento jurídico.

Por um lado, a problemática fica no cerne da interpretação constitucional, ou seja, na compreensão acerca da improbidade administrativa (IA) dentro da CF/88, como um fator de delimitação de atos valorados negativamente pelo Constituinte. Em contrapartida, observa-se a necessidade de avaliar a adequação do modelo estabelecido pelo legislador ordinário aos mandamentos constitucionais pertinentes pela Lei nº 14.230/2021.

Tendo em vista a novidade e os aspectos controvertidos que ascenderam com a promulgação da nova lei, o trabalho buscou responder questões sobre as implicações desse antagonismo entre CF/88 e a nova LIA, tais como a forma que o art. 21 da última se mostra incompatível com o § 4º do art. 37 da primeira e as implicações das incompatibilidades na interpretação da norma jurídica.

Utilizou-se para a sua confecção a metodologia dedutiva – junto à análise de artigos científicos, doutrinas, legislações e reportagens de repercussão nacional, partindo-se da premissa de que a LIA reformada, ao mesmo tempo em que busca incorporar um microsistema de controle da moralidade pública, fere diversas garantias constitucionais.

O artigo se inicia com uma breve contextualização do cenário administrativo e constitucional que culminaram na promulgação da nova LIA, seguido pela análise da referida legislação sob a perspectiva de proporcionalidade e razoabilidade que foram base para a redação dos novos dispositivos.

Partindo da premissa de que a nova lei ordinária, portanto, busca equilibrar as relações administrativas às relações sociais atuais e que tal feito apresenta inconsistências e incompatibilidades ao ordenamento constitucional em seu caráter punitivista aos atos de IA, o trabalho passa à análise da nova redação dada ao art. 21 da LIA, em especial no que tange ao regime de extensão da sentença absolutória na esfera penal à persecução na esfera administrativa.

Diante do questionamento levantado acerca da constitucionalidade do regime de independência de instâncias, bem como da suspensão da eficácia do dispositivo tratado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7.236/DF, o trabalho passa à sua análise e de seus reflexos

no ordenamento jurídico.

Ao final, portanto, busca-se responder os questionamentos elencados através da fundamentação discorrida durante o desenvolvimento do trabalho, ressaltando-se a necessidade de enfrentamento doutrinário e jurisprudencial para esclarecimentos das controvérsias legislativas ascendidas com a nova legislação.

1 LEI Nº 14.230/2021: A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS IMPACTOS ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Cerca de 30 anos após a promulgação da legislação que regulamenta a responsabilização aos atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), fora realizada nesta uma ampla reforma, fruto do Projeto de Lei (PL) nº 10.887/2018.

Importante destacar que, muito embora comum a utilização – tanto no presente trabalho quanto no cotidiano forense – da expressão “nova Lei de Improbidade Administrativa”, o legislador optou por manter a lei acima mencionada em vigor, sendo a Lei nº 14.230/2021 uma disposição que modificou estruturas normativas anteriores, mantendo aquela com sua natureza de legislação ordinária.

A principal diretriz do projeto de lei fora a maior delimitação dos atos sancionados pelo regime da improbidade administrativa (IA). Ou seja, “diferenciar a natureza jurídica e a conseqüente repercussão no plano sancionatório dos atos de improbidade administrativa” sendo, tais atos, “violadores do princípio da moralidade nos termos do art. 37, §4º, da Constituição Federal, dos atos meramente irregulares, que devem ser objeto de disciplina menos grave” (PINHEIRO, 2023, p. 62).

Isso, pois, sabe-se que com a promulgação da CF/88, foram implementados mecanismos institucionais de enfrentamento à corrupção que possuíam extensa complexidade, ao que se pode citar, por exemplo, a multiplicidade de regimes para responsabilidade de agentes na prática de atos de IA.

O fator culminante na reforma fora a percepção de que a Lei nº 8.429/92 era excessivamente ampla em seu regime jurídico e não atendia às reais e atuais necessidades da administração pública brasileira, conforme a justificativa do próprio PL.

Diante disso, a nova lei “foi elaborada a partir da percepção de que era necessário corrigir a tônica da Lei nº 8.429/1991, de modo a oferecer maior segurança jurídica ao bom gestor que, por vezes, pode cometer equívocos de boa-fé ou adotar interpretações legais razoáveis” (PINHEIRO, 2023, p. 66)

Destacam-se, dentre suas principais e mais significativas mudanças, a revogação da

previsão de atos de improbidade na modalidade culposa e o afastamento do dolo no caso de interpretação razoável da lei. Além disso, permite que atos de baixa lesividade sejam sancionados apenas com multa, estabelecia a legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público (MP) para ajuizamento da ação de IA – já modificada pelo julgamento das ADIs nºs 7.042 e 7.043, estendendo-se tal legitimidade aos entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de tais atos – e possibilita a celebração de acordo de não persecução cível (ANPC).

Há, portanto, um novo cenário no que tange aos atos de IA. As mudanças buscam atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, evidentemente, gerou diversas inseguranças e questionamentos em relação à constitucionalidade das normas editadas.

Isso pois, conforme já compreendido, o perfil constitucional da IA revela a gravidade na prática de tais atos, o que, evidentemente, gerou um sistema de controle excessivo e punitivista para tais atos. Tal fato é consequência e até justificativa da comoção pública do país com os atos de corrupção e dissuasões políticas, ou seja, ainda que “recente” no ordenamento jurídico, ao comparar-se, por exemplo, com os crimes, os atos de IA são tratados pelo constituinte com rigor excessivo a fim de responder ao problema cultural e social da imoralidade pública e administrativa.

A despeito dessas ressalvas pontuais, a relação entre o sistema de improbidade e o Direito Constitucional alcançou grande avanço com a edição da Lei nº 14.230/2021. Há, portanto, duas questões facilmente identificáveis no que tange a promulgação da lei que busca nortear os atos de IA pelos princípios da razoabilidade e a proporcionalidade: (i) o ferimento aos dispositivos constitucionais e suas consequentes ações de controle, eis que a relativização causa ofensa aos princípios constitucionais; e (ii) a controvérsia no plano social, pois os atos de IA são frequentes e ainda apontados como um grave problema da Administração Pública brasileira.

A segunda reflexão pode ser apresentada a partir do seguinte: já nesse teor de gravidade e, com função principal de prevenção, ainda enfrentamos a IA como um problema comum. Por que relativizar a punição de atos que são frequentes no cenário do país? A resposta aparenta ter desdobramentos ilimitados. No entanto, neste presente trabalho, busca-se melhor abordar e compreender a primeira questão proposta. Como a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade nos atos de IA, conforme justificada a reforma da lei, está se mostrando incompatível com o ordenamento jurídico constitucional? A questão também é extensa e está em discussão até o presente momento nas cortes superiores.

Conforme o seguimento a seguir, uma de tais incompatibilidades – a que se busca compreender no presente trabalho – encontra-se no disposto pelo § 4º do art. 21 da LIA e o art. 37, § 4º, da CF/88.

2 A (IN)DEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS DO ART. 21 DA LIA E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), desde a promulgação original em 1992, é o dispositivo que busca estabelecer a forma de aplicação de sanções para atos de improbidade administrativa (IA). Sua redação anterior, portanto, era a seguinte:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;
II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.” (BRASIL, 1992)

A função do dispositivo se manteve com a Lei nº 14.230/2021. Assim, o seu objetivo principal – determinar a aplicação das sanções – permanece o mesmo. A edição, no entanto, acrescentou mais detalhes sobre a aplicação dessas penas, tornando o artigo menos geral e expandindo sua abrangência. Nesse sentido:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei;
II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.
§1º Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público. §2º As provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente.
§3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa de autoria.
§4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). §5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.” (BRASIL, 2019).

Conforme disposto anteriormente, o perfil constitucional da IA evidencia não apenas sua gravidade, mas também sua interação com outros regimes de responsabilidade, frequentemente resultando na sobreposição de condutas e sanções, disso decorre a necessidade de acomodação de premissas e consequências. O legislador ordinário demonstrou atenção a esses imperativos ao aprovar a Lei nº 14.230/2021. Diversos preceitos foram adotados para racionalizar a atuação estatal e adequá-la às exigências dos direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que alguns dispositivos incorreram em choque com as garantias constitucionais anteriormente previstas, sendo a adequação acima tratada impossível pela incompatibilidade entre os dispositivos, como é o caso da independência das instâncias penais e administrativas, prevista pelo § 4º do art. 37 da CF/88: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao

erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988).

Já no § 3º do art. 21 da LIA, após a edição, fora inserida a disposição acerca das sentenças civis e penais produzem efeitos na ação de IA quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

Em mesmo sentido, o parágrafo subsequente determina que a absolvição criminal em ação que discute os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de IA, abarcando todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Código de Processo Penal (CPP/41).

À vista disso, o § 4º do art. 21 da LIA é questionável quanto à sua constitucionalidade, pois prevê a comunicação automática entre qualquer sentença penal absolutória e a responsabilidade por atos de IA, violando o dispositivo constitucional acima colacionado.

Nesse sentido, é imprescindível discutir a constitucionalidade e a convencionalidade dos novos §§ 3º e 4º do art. 21 da Lei nº 8.429/92. A alteração no regime da independência das instâncias não encontra paralelo na ordem jurídica e pode causar uma contradição sistêmica que atenta contra o princípio da proibição da proteção deficiente e pode ser considerada inconveniente por lesionar o princípio da tutela mínima anticorrupção (COSTA; BARBOSA, 2023, p. 335-336).

À vista disso, o estado da arte da discussão encontra-se com duas diferentes vertentes de defesa: (i) aqueles que defendem a constitucionalidade do art. 21, § 4º, sob a fundamentação de princípios como o da proporcionalidade e do *non bis in idem* e (ii) aqueles que defendem a inconstitucionalidade da norma jurídica frente à ofensa clara e injustificada do art. 37, § 4º, da CF/88.

Em relação a corrente defensiva da constitucionalidade busca-se apontar que princípio da independência das instâncias aborda a coexistência de diferentes regimes de responsabilização decorrentes de múltiplas obrigações violadas pelo mesmo fato jurídico. Assim, o art. 21, § 4º, apresenta uma solução formal que se baseia no princípio da separação dos poderes e não na análise material dos atos e sanções (MENDES; ROSA, 2023, p. 32)

Isso, pois a independência das instâncias pode resultar em dupla punição pelo mesmo fato, dificultando o controle da proporcionalidade da punição e a individualização da pena, além de não garantir a segurança jurídica, já que a absolvição em uma instância não necessariamente é reconhecida em outra.

Como elemento formal de coerência, o princípio da independência das instâncias não assegura a consistência material das respostas do sistema de Justiça e ignora argumentos de equidade. A independência permite que o Estado dê respostas distintas para a mesma conduta e que um ato ilícito seja punido cumulativamente em processos administrativos, cíveis, criminais e

eleitorais (MENDES; ROSA, 2023, p. 33).

Sustentam sua argumentação no fato de que, a partir do reconhecimento do limite da independência das instâncias, o legislador estabeleceu exceções para permitir a comunicação entre decisões em diferentes esferas. Citam, como exemplo, o art. 935 do Código Civil (CC/2002), que estabelece ser a responsabilidade civil é independente da criminal, mas uma decisão criminal sobre a existência do fato ou a autoria deve ser respeitada. Ainda, colacionam os arts. 91 e 92 do Código Penal (CP/40) e seus impactos que incidem diretamente nas instâncias cível e administrativa, mostrando a tentativa de harmonizar as decisões entre diferentes esferas de responsabilização (MENDES; ROSA, 2023, p. 34).

Destacam, ainda, os laços de identidade entre as sanções criminais e aquelas relativas a atos de improbidade, contatado pelo Min. Teori Zavascki da Pet 3240-AgR³, onde se reconhece que as sanções a atos de improbidade coincidem em grande parte, no que concerne à sua extensão e gravidade, com o regime penal e dos crimes de responsabilidade, impõe a comunicabilidade de premissas que compõem o devido processo legal.

Assim, “a coincidência de regimes não se restringe às consequências dos atos inquinados, alcançando também seu próprio conteúdo, já que a tutela da probidade administrativa é objeto de inúmeros tipos penais, assim como dos tipos abertos referentes a infrações político-administrativas” (MENDES; ROSA, 2023, p. 34).

Ainda, destacam que, embora a independência de instâncias seja a regra no ordenamento jurídico brasileiro, essa independência é mitigada – conforme já narrado – e essa mitigação estaria

3 Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Pet 3240 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018.

presente, além dos dispositivos já mencionados, em diversos julgados das Cortes Superiores do país. Dessa forma, o acréscimo trazido pela Lei nº 14.230/2021 no § 3º do art. 21 não inovou significativamente, apenas reafirmando o que já era consagrado no ordenamento jurídico brasileiro (JÚNIOR; MACHADO, 2023, p. 396).

Ao adentrarmos na corrente da inconstitucionalidade, além do já mencionado art. 37, § 4º, aponta-se que a edição da lei feriu, igualmente, o princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF/88) e também tende a desrespeitar a distinção entre a esfera penal e o direito administrativo sancionador, conforme estabelecido pelo art. 1º, *caput* e § 4º, da LIA. A aplicação automática do art. 386, inc. III, do CPP/41, na esfera da IA só seria viável se houvesse coincidência absoluta entre o tipo penal e o tipo administrativo, o que não ocorre (COSTA, BARBOSA, 2023, p. 333).

Em mesmo sentido, destacam que, diferentemente do regime comum de influência da decisão criminal absolutória sobre a esfera extrapenal, regido principalmente pelos arts. 65 e 66 do CPP/41 e pelo art. 935 do CC/2002, o § 4º do art. 21 da LIA não exige o trânsito em julgado da absolvição penal nem a restringe à peremptória negação da existência do fato ou da sua autoria. Além disso, a medida submete a jurisdição cível à jurisdição criminal, violando a autonomia dos órgãos do Poder Judiciário em suas funções jurisdicionais.

Destacam-se, ainda, a existência de duas possibilidades na inclusão do novo dispositivo: a primeira onde haveria limitação de tais à esfera administrativa; e a segunda onde a independência de instancias deveria repercutir sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, se um agente for absolvido na esfera penal por um crime de dano ao patrimônio não poderá ser responsabilizado na esfera administrativa, independentemente dos fundamentos da absolvição.

Nesse sentido, destacam Costa e Barbosa:

“A alteração no regime da independência das instâncias não encontra paralelo na ordem jurídica e pode causar, caso adotada a primeira corrente, uma contradição sistêmica que atenta contra o princípio da proibição da proteção deficiente, sem prejuízo de eventual inconveniência pela lesão ao princípio da tutela mínima anticorrupção” (COSTA; BARBOSA, 2023, p. 235)

Fora justamente nesse sentido argumentativo que o art. 21, § 4º teve sua eficácia suspensa pela medida cautelar incitada na ADI nº 7.236, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), melhor tratada a seguir.

3 A ADI Nº 7.236/DF E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A reformulação legislativa, tratada anteriormente, gerou insurgência de parte da doutrina e o questionamento da constitucionalidade da Lei nº 14.230/2021, a partir dos princípios

constitucionais e da incidência das regras previstas na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 5.687/2006⁴. Conforme Cremonezi, Brito e Santos, alguns pontos foram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sendo que, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 7.042 e 7.043, foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do dispositivo que atribuía ao Ministério Público a legitimidade ativa exclusiva para o ajuizamento da ação destinada à apuração de IA⁵. Ainda, encontram-se em andamento as ADIs nºs 7.156, 7.236 e 7.237, ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), não havendo consenso na definição dos temas, que têm gerado muitos debates entre os Ministros do Supremo (CREMONEZI et al, 2024, p. 3).

No voto do Min. Alexandre de Moraes, efetuado na Medida Cautelar na ADI nº 7.236/DF – ação na qual é Relator –, foi destacado que a CF/88 privilegiou o combate à IA para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, citando “A República” de Platão ao proferir que a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem “induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado” (PLATÃO, 1994, p. 117).

Conforme Moraes, a corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado Democrático de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa, citando, desta vez, “As Leis” de Cícero, o qual afirmou que os políticos corruptos são nocivos à República⁶.

Segundo o Ministro, essa inovação constitucional, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral e os atos de IA, inclusive com a normatização em parágrafos diversos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada, ou seja, a CF/88 comandou ao CN a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática estatal e evitar o perigo de

4 Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006: “Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003”.

5 Os pedidos formulados pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (Anafe) foram julgados parcialmente procedentes; a maioria do colegiado acompanhou o voto do relator, Min. Alexandre de Moraes (Brasil, 2022).

6 “Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (CÍCERO, 2022, III, XIV, 32).

uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

A CF/88, portanto, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativa – mas, para tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas atos de improbidade e geradoras das graves sanções previstas no § 4º de seu art. 37, possibilitando assim a ampla defesa e o contraditório. Consideradas essas premissas, conforme Moraes, o art. 12, § 1º⁷, da nova LIA, traça uma severa restrição ao mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa, que impõe a perda da função pública como sanção pela prática de atos ímprobos independentemente da função ocupada no momento da condenação com trânsito em julgado.

Conforme o Ministro, trata-se, além disso, de previsão desarrazoada, na medida em que sua incidência concreta pode eximir determinados agentes dos efeitos da sanção constitucionalmente devida simplesmente por troca de função ou da eventual demora no julgamento da causa, o que pode decorrer, inclusive, do pleno e regular exercício do direito de defesa por parte do acusado. Diante do exposto, Moraes suspendeu a eficácia do dispositivo.

No tocante ao § 10 do artigo⁸, o Ministro destacou que, em princípio, não se afigura constitucionalmente aceitável a redução do prazo legal de inelegibilidade em razão do período de incapacidade eleitoral decorrente de IA. Considerando que os efeitos da detração estabelecida pela norma impugnada, cujo *status* é de lei ordinária, reconheceu o risco de violação ao art. 37, § 4º, da CF/88, e aos princípios da vedação à proteção deficiente e ao retrocesso. Presentes os requisitos para concessão de medida, suspendeu a eficácia do § 10 (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 17–21).

Além da perda da função pública e de direitos políticos e da contagem de prazo da sanção de suspensão, os 36 dispositivos da nova LIA contestados pela ADI nº 7.236/DF tratam, entre outras, da exigência de existir o dolo pelos agentes públicos, ou seja, que fosse comprovado nos casos de improbidade que este agente teve a intenção de praticá-lo. Moraes, em seu voto, reiterou que houve na legislação a revogação expressa do ato de IA culposo (CARVALHO, 2024).

7 Art. 12, § 1º, da LIA: “A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do caput deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração” (BRASIL, 2021).

8 Art. 12, § 10, da LIA: “Para efeitos de contagem do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos, computar-se-á retroativamente o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2021).

Em relação aos arts. 1^{o9}, §§ 1^{o10}, 2^{o11} e 3^{o12}, e 10¹³, da nova LIA, o Ministro anotou que, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 843.989 (Tema 1.199 da Repercussão Geral)¹⁴, também de sua relatoria, o STF assentou a constitucionalidade da revogação da previsão legal de ato de IA culposo, anteriormente previsto na redação originária do art. 10 da lei. Assim, constatou que os pedidos referentes a esses dispositivos estão abrangidos pela tese fixada no referido Tema, razão pela qual encontram-se prejudicados (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 12–14).

Conforme Cremonezi, Brito e Santos, a inquietação provocada pela Lei nº 14.230/2021 não restou totalmente suplantada, mesmo porque o mencionado Tema 1.199 aplicou as regras do direito sancionatório de forma temperada, estancadas pelos efeitos da coisa julgada e pela demarcação da vigência em homenagem à segurança jurídica – consegue-se extrair que o STF não adotou posicionamento radical, tendo interpretado as alterações com equilíbrio (CREMONEZI et al, 2024, p. 16).

No tocante ao § 8^o do art. 1^{o15}, introduzido pela Lei nº 14.230/2021, Moraes anotou que o referido dispositivo afasta a possibilidade de caracterização de improbidade na hipótese de “divergência interpretativa da lei”, quando a conduta questionada houver sido fundada em entendimento jurisprudencial controvertido nos Tribunais pátrios. Essa excludente, segundo o Ministro, incidiria mesmo que esse entendimento “não venha a ser posteriormente prevalecente dos

9 Art. 1^o, *caput*, da LIA: “O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2021).

10 Art. 1^o, § 1^o, da LIA: “Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9^o, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (BRASIL, 2021).

11 Art. 1^o, § 2^o, da LIA: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9^o, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente” (BRASIL, 2021).

12 § 3^o: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (BRASIL, 2021).

13 Art. 10, *caput*, da LIA: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1^o desta Lei, e notadamente:” (BRASIL, 2021).

14 Tese: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9^o, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5^o, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei” (Brasil. STF – Tema 1199. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 18/08/2022).

15 Art. 1^o, § 8^o, da LIA: “Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário” (BRASIL, 2021).

órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário”.

A ausência de uma definição clara sobre o alcance da nova excludente, considerando a multitude de decisões e situações de fato a permitir interpretações conflitantes sobre a aplicação da legislação administrativa, causará, conforme o Ministro, dificuldade na aplicação da LIA, ampliando conflitos e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade administrativa e efetividade da tutela de probidade – por esses motivos, Moraes entendeu presentes os requisitos para concessão de MC nos autos, para suspender a eficácia desse dispositivo (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 15–16).

Conforme Cremonezi, Brito e Santos, o controle de constitucionalidade e convencionalidade mostrou-se adequado com relação ao dispositivo no § 8º, pois ao ressaltar que não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência – ainda que não pacificada –, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Judiciário, trouxe uma abertura semântica que também representa insegurança jurídica (CREMONEZI et al 2024, p. 11).

Em paralelo ao entendimento prevalente no já mencionados ADIs nºs 7.042 e 7.043 (legitimidade concorrente e disjuntiva entre Fazenda Pública e MP), a Lei nº 14.230/2021 reforçou a legitimidade do MP para a propositura da ação por ato de IA (art. 17 da LIA¹⁶) e para a celebração de acordo de não persecução civil (ANPC – art. 17-B da lei¹⁷). Nada obstante, ao regulamentar esse instrumento de consensualidade administrativa, o § 3º do art. 17-B¹⁸ estabelece a obrigatoriedade da oitiva do Tribunal de Contas competente, que deverá se manifestar, com a indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 dias.

Ao assim dispor, a norma aparenta, conforme Moraes, condicionar o exercício da atividade-fim do MP à atuação da Corte de Contas, transmudando-a em uma espécie de ato complexo apto a interferir indevidamente na autonomia funcional constitucionalmente assegurada ao órgão ministerial. Eventual desrespeito à essa autonomia, em análise sumária, consiste em

16 Art. 17, *caput*, da LIA: “A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei” (BRASIL, 2021).

17 Art. 17-B, *caput*, da LIA: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:” (Brasil, 2021).

18 Art. 17-B, § 3º, da LIA: “Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias” (BRASIL, 2021).

inconstitucionalidade perante a independência funcional consagrada nos arts. 127¹⁹ e 128²⁰ da CF/88. Diante do exposto, suspendeu-se a eficácia do § 3º do art. 17-B (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 22–23).

Segundo Mendoza, em razão das diversas resoluções e notas técnicas dos MPs Estaduais, estabelecendo normatização ao ANPC, por vezes contraditórios no cerne da mesma técnica, doutrinadores consideram a necessidade do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expedir ato normativo regulamentando o art. 17-B²¹, disciplinando as normas preconizadas na lei, dissipando a profusão dos referidos atos normativos dos “diversos *Parquet* da esfera estadual, originando uma insegurança jurídica”. Ela anota que o poder regulamentador do CNMP se trata de ato normativo primário por ocasião de regulamentação dos preceitos constitucionais, ou derivado na oportunidade quando expede atos normativos já disciplinados na legislação, possibilitando a aplicação em casos concretos (MENDOZA, 2023, p. 99).

Quanto ao § 4º do art. 21²², ao criar uma irrestrita incidência dos casos de absolvição na seara criminal, ocasionando extinção da ação de improbidade, a norma questionada afronta cabalmente os princípios da independência das instâncias, do juiz natural, do livre convencimento motivado e da inafastabilidade da jurisdição. Segundo Moraes, a independência entre as diferentes formas de persecução encontra-se abrandada por imperativos sistêmicos nas hipóteses em que, na esfera penal, seja possível reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de sua autoria. Nada obstante o reconhecimento de independência, a comunicabilidade ampla pretendida pela norma questionada acaba por corroer a própria lógica constitucional da autonomia das instâncias, o que indica, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade do provimento cautelar, suspendendo-se a eficácia do § 4º (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 23–26).

Sobre o dispositivo, Mendoza escreve que se constitui fato notório que um mesmo caso

19 Art. 127, *caput*, da CF/88: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

20 Art. 128, *caput* e incisos I e II, da CF/88: “O Ministério Público abrange: I- o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II- os Ministérios Públicos dos Estados” (BRASIL, 1988).

21 Interessante mencionar que o seu § 6º dispõe que o ANPC poderá contemplar a adoção de *compliance* no âmbito da pessoa jurídica: “O acordo a que se refere o *caput* deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas” (BRASIL, 2021).

22 Art. 21, § 4º, da LIA: “A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)” (BRASIL, 2021).

concreto pode suscitar a incidência de normas penais e administrativas, premente na IA, tratando-se da autonomia das instâncias, embora se encontre mitigada por imperativos estruturados nos casos em que a instância penal reconheça a inexistência do fato ou negativa de sua autoria, não sendo essa mitigação, porém, *ad infinitum*, de molde a prejudicar a lógica constitucional da independência das instâncias (MENDOZA, 2023, p. 82).

Por fim, ao prever a subtração de atos ímprobos que maculem recursos públicos de partidos políticos, ou de suas fundações, do âmbito de incidência da LIA, o seu art. 23-C²³, conforme Moraes, aparentou subverter a lógica constitucional que rege a matéria, pautada na prevalência da probidade e, conseqüentemente, no combate à improbidade: nada obstante gozarem da liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção – observados os dispositivos legais –, os partidos recebem vultosos recursos de natureza preponderantemente pública, provenientes do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – Fundo Partidário (Lei nº 9.096/95²⁴, art. 38²⁵), de modo que a descaracterização da eventual aplicação das sanções por ato de improbidade tipificadas constitucionalmente mostra-se igualmente apta a contradizer o já mencionado § 4º do art. 37 da CF/88.

Moraes conferiu interpretação do dispositivo no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos de partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096/95, mas sem prejuízo da incidência da LIA (Brasil. STF – Medida Cautelar ADI: 7.236 – Distrito Federal. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 27/12/2022, p. 26–27).

Oliveira escreve que o art. 23-C é inconstitucional em razão da violação aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de afronta ao art. 37, § 4º, da CF/88. O afastamento da incidência da LIA na hipótese configuraria tratamento privilegiado odioso e desproporcional para determinado grupo, além de acarretar uma diminuição indevida da proteção dos recursos públicos, com o afastamento indevido das sanções de improbidade tipificadas no art.

23 Art. 23-C da LIA: “Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995” (BRASIL, 2021).

24 Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: “Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal” (BRASIL, 1995).

25 Art. 38 da Lei nº 9.096/95: “O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I- multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II- recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III- doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV- dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995” (BRASIL, 1995).

37, § 4º, da CF/88, e no art. 12²⁶ da LIA (OLIVEIRA, 2022, p. 3).

Após a conclusão do voto do Ministro Relator, o Min. Gilmar Mendes pediu vista e suspendeu, no dia 16 de maio de 2024 (quinta-feira), o julgamento do mérito no STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, conclui-se que vários dispositivos acrescentados à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) pela Lei nº 14.230/2021 – incluindo-se aí o § 4º do art. 21 – mostraram-se incompatíveis ao § 4º do art. 37 da Constituição Federal. No âmbito da interpretação da norma jurídica, essas incompatibilidades implicam dificuldade na aplicação da lei, ampliando conflitos e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade administrativa e efetividade da tutela de probidade – os quais motivaram a suspensão da eficácia pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de confirmar a premissa que norteou a pesquisa (“a LIA reformada, ao mesmo tempo em que busca incorporar um microsistema de controle da moralidade pública, fere diversas garantias constitucionais”) cumpriu-se com o objetivo de investigar e compreender os efeitos da incompatibilidade da nova LIA com preceitos já existentes no ordenamento jurídico – especialmente no tocante à suspensão de direitos políticos.

No que tange a interdependência das instâncias, o § 4º do art. 21 da LIA parece enfrentar questões de constitucionalidade significativas. A medida prevê a comunicabilidade automática entre qualquer sentença penal absolutória e a responsabilidade por atos de IA, sem exigir o trânsito em julgado da absolvição penal ou restringir essa comunicação à peremptória negação da existência do fato ou da autoria. Essa abordagem pode violar o princípio da separação das instâncias, comprometer a autonomia dos órgãos do Poder Judiciário e conflitar com o § 4º do art. 37 da CF/88, que estabelece a independência das esferas penal e administrativa.

Além disso, a aplicação automática de decisões absolutórias penais à esfera administrativa, conforme estipulado pelo dispositivo, pode criar inconsistências entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador. A Lei nº 14.230/2021, ao promover uma interdependência entre essas esferas, aparenta infringir garantias constitucionais de devido processo legal e proporcionalidade. A falta de uma clara coincidência entre tipos penais e administrativos torna inviável a vinculação automática das esferas, o que acarreta uma potencial violação dos princípios constitucionais e um conflito com a doutrina jurídica estabelecida.

26 Art. 12, *caput*, da LIA: “Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:” (BRASIL, 2021).

Por fim, levando-se em consideração a novidade e controvérsia no tema (o qual se encontra ainda em uma “zona cinzenta” na doutrina e jurisprudência), é necessário acompanhar o desenrolar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – especialmente a de nº 7.236/DF, a qual teve o julgamento suspenso no dia 15 de maio de 2024 pelo Min. Gilmar Mendes, após o início do voto do Min. Relator Alexandre de Moraes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Brasília: DOU, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de julho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências**. Brasília: DOU, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 15 de setembro de 1995. **Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal**. Brasília: DOU, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. **Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa**. Brasília: DOU, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 7.236/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6475588>. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que entes públicos interessados podem propor ação de improbidade administrativa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=493313&ori=1>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1199 – Definição de eventual (IR)RETROABILIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível

em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 05 jul. 2024.

CARVALHO, Mirielle. **Lei de Improbidade Administrativa: Mendes pede vista e suspende julgamento no STF**. São Paulo: JOTA, 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/lei-de-improbidade-administrativa-mendes-pede-vista-e-suspende-julgamento-no-stf-16052024>. Acesso em: 03 jul. 2024.

CÍCERO, Marco Túlio. **As Leis**. Campinas: Editora UNICAMP, 2022.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. **Nova Lei de Improbidade Administrativa: análise da Lei n. 8.429/92 à luz das alterações empreendidas pela Lei n. 14.230/21**. 2. ed. Almedina, 2023. Edição do Kindle.

CREMONEZI, Ana Cristina; BRITO, Jaime Domingues; SANTOS, Apoema Carmem Ferreira Vieira Domingos Martins. **Lei de Improbidade Administrativa: o embate acerca da constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021**. Curitiba: Revista Foco, v. 17, n. 3, p. 01–22, 2024. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/4706/3342>. Acesso em: 03 jul. 2024.

JÚNIOR, Délio Lins e Silva; MACHADO, Caroline Perestrello Gonçalves. **Comentários aos Artigos 21 e 22 da Lei nº 8.429/1992 após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021**. In: Lei de Improbidade Administrativa: Lei n. 14.230/2021 - Comentários e Análise Comparativa (Portuguese Edition). Org: Vanin, Fábio Scopel; Robl Filho, Ilton Norberto; Rocha, Wesley. Almedina Brasil. Edição do Kindle. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; ROSA, Lucas Faber de Almeida. **Perfil Constitucional do Regime de Improbidade Administrativa: Repercussões Sistêmicas e a Lei 14.230/2021**. In: Lei de Improbidade Administrativa: Lei n. 14.230/2021 - Comentários e Análise Comparativa (Portuguese Edition). Org: Vanin, Fábio Scopel; Robl Filho, Ilton Norberto; Rocha, Wesley. Almedina Brasil. Edição do Kindle. 2023.

MENDOZA, Myrna Teixeira. **Consensualismo na administração pública brasileira: o acordo de não-persecução civil na improbidade administrativa: limites e possibilidades perante os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, p. 137. 2023. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3692/1/Myrna%20Teixeira%20Mendoza.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A inconstitucionalidade do artigo 23-C da Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-08/rezende-oliveira-inconstitucionalidade-artigo-23-lia/#:~:text=%22Artigo%2023%2DC.,19%20de%20setembro%20de%201995%22>. Acesso em: 07 jul. 2024.

PLATÃO. **A República**. Bauru: Edipro, 1994.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O histórico legislativo da Lei nº 14.230/2021: a tramitação do Projeto de Lei nº 10.887/2018 no Congresso Nacional**. In: Lei de Improbidade Administrativa: Lei n. 14.230/2021 - Comentários e Análise Comparativa (Portuguese Edition). Org: Vanin, Fábio Scopel; Robl Filho, Ilton Norberto; Rocha, Wesley. Almedina Brasil. Edição do Kindle. 2023.

JURISDIÇÃO 4.0: A INCLUSÃO DA PESSOA ELETRÔNICA NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Marcelo Negri SOARES¹
Dirceu Pereira SIQUEIRA²

RESUMO

Diante dos avanços tecnológicos, o universo jurídico tem buscado respostas para conseguir regularizar as relações que surgirão com a revolução tecnológica. O presente artigo, utilizando o método hipotético-dedutivo, tem por objetivo verificar se é possível instituir uma nova personalidade jurídica nos ordenamentos, especialmente no Brasil, constituindo-se a pessoa eletrônica, e se teria condições de ser detentora e titular de direitos e de deveres, sugerindo-se alterações da legislação sobre essa perspectiva. Enquanto a legislação não avança, tem-se aplicado a teoria objetiva às relações com as máquinas dotadas de inteligência artificial, em que o produtor ou proprietário dessas máquinas acabam sendo responsabilizados pelos danos causados por elas, algo próximo ao que acontece com as pessoas jurídicas, que sendo uma ficção jurídica, o responsável é sempre a pessoa física administradora. Contudo, o que restou verificado nas propostas,

- 1 Orientador de Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado. Advogado e contabilista. Pesquisador ICETI, Next Seti e FAPESP. Editor da Springer Journal para E-Law, renomada revista europeia (2019). Editor da Revista Brasileira de Direito da Personalidade. Professor Visitante Coventry University (UK), no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade. Avaliador presencial de seminários SIAC/UFRJ (desde 2018). Avaliador Presencial de Pôsteres Conpedi (desde 2010). Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra-Portugal (2022/2023). Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP. Graduação em Direito UEM(1997), em PD Unicesumar (1991 - incompleto). Especialista em Direito pela UNIP (1998), Mackenzie (2006), Escola Federal de Direito (2008), Unicesumar (2019). Contabilista IEEM (1989). Funcionário do Banco do Brasil S.A. por mais de 20 (vinte) anos (última função: advogado pleno). Assessor da PGFN (1997/1998). Membro efetivo IBDC (2001), IBCJ (2003), Presidente no IBREI/SP (2016). Membro do Conselho do CBDI (2019). Parecerista FAPESP (2014). Coordenador da CAPES/BNI - Enade 2015. Extensão universitária em Harvard, Berkeley e MIT, nos Estados Unidos da América. Foi professor de Direito UNINOVE, UNIP, PUC-RIO e Faculdade de Direito (UFRJ). Palestrante em eventos nacionais e internacionais. Atuação como diretor jurídico-empresarial: PROCESSUAL, AMBIENTAL, EMPRESARIAL, CONTRATUAL, BANCÁRIO, TRABALHO, TRIBUTÁRIO E CIVIL. E-mail: negri@negrisoares.page.
- 2 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito na Universidade Cesumar - UNICESUMAR (desde 2018); Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, área de concentração em "Democracia e Direitos Humanos", sob orientação do Prof. Doutor Jónatas Eduardo Machado (2014); Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista (2006) Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Graduado em Direito (2002) pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos (CEP) do Centro Universitário UNIFAFIBE; Professor no curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Bebedouro (UNIFAFIBE); Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State - EUA; Membro do Observatório del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe; Pesquisador - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Editor da "Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) - Qualis/Capes A2"; Editor da Revista Jurídica Cesumar (UNICESUMAR) - Qualis/Capes A2"; Autor de importantes livros jurídicos, merecendo destaque: Direitos da personalidade e os direitos sociais: uma relação concreta ou poética? (Editora Boreal, 2016); Direito à saúde: da normatização à efetividade (Editora Boreal, 2016); "Teoria Geral do Direito à Alimentação: cultura, cidadania, cidadania e legitimação" (Editora Boreal, 2015); "Direito à saúde: da normatização à efetividade" (Editora Boreal, 2014); "A Dimensão Cultural do Direito Fundamental à Alimentação" (Editora Boreal, 2013) e "Tutela Coletiva do Direito à Saúde" (Lemos e Cruz, 2011), além de relevantes Capítulos de livros e Artigos Jurídicos; Organizador de relevantes Obras Jurídicas; Membro do Conselho Editorial de Importantes Editoras e Revistas na área do direito. Consultor Jurídico, Parecerista e Advogado. ResearchGate - Research Interest Score 102, Citations 212, h-index 7; Pesquisador Google Scholar citações = 1686, Índice h = 25 e i10 = 57.

regulamentos, orientações e projetos de lei a respeito da Inteligência Artificial, nenhuma delas aborda sobre a instituição de um terceiro ser, a pessoa eletrônica, a qual seria apta a responder por seus próprios atos. Todos esses documentos legislativos apontam para a responsabilização do ser humano, cabendo, assim, aguardar as discussões acadêmicas e organizacionais para acompanharmos os avanços legislativos. Esses avanços serão tanto mais promissores quanto ao avanço da ciência no sentido da total autonomia das máquinas pensantes e com processos decisórios com desígnios próprios. Nesse sentir, é importante já se pensar em soluções nesse cenário.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; inteligência artificial; responsabilidade; legislação; pessoa eletrônica.

ABSTRACT

Faced with technological advances, the legal universe has been searching for answers to regularize the relationships that will arise with the technological revolution. This article, using the hypothetical-deductive method, aims to verify whether it is possible to establish a new legal personality in legal systems, especially in Brazil, constituting the electronic person, and whether it would be capable of being the holder of rights and duties, suggesting changes to legislation regarding this perspective. While the legislation does not advance, objective theory has been applied to relationships with machines equipped with artificial intelligence, in which the producer or owner of these machines ends up being held responsible for the damages caused by them, something close to what happens with legal entities, since it is a legal fiction, the person responsible is always the individual administrator. However, what remains verified in the proposals, regulations, guidelines, and bills regarding Artificial Intelligence, none of them address the institution of a third being, the electronic person, who would be able to answer for their own actions. All these legislative documents point to the responsibility of human beings, and it is therefore necessary to wait for academic and organizational discussions to follow legislative advances. These advances will be even more promising as the advancement of science towards the total autonomy of thinking machines and with decision-making processes with their own designs. In this sense, it is important to think about solutions in this scenario.

KEYWORDS: personality rights; artificial intelligence; responsibility; legislation; electronic person.

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial foi, por muito tempo, apenas ficção científica referenciada em peças, contos mitológicos, livros ou em atuação cinematográfica. Todavia, nos dias de hoje, as máquinas dotadas de Inteligência Artificial são uma realidade que avançam a cada dia. Sua evolução é muito rápida e permite que sistemas e algoritmos imitem a inteligência humana, capaz de pensar, raciocinar, dar soluções, etc. Essas máquinas, devido ao ligeiro avanço dessa tecnologia, acaba agindo com autonomia, muitas vezes não previstas sequer por seu desenvolvedor.

O robô Sophia, construído pela empresa sediada em Hong Kong, a Hanson Robotics Limited, sob o slogan “damos vida aos robôs”, sendo dedicada a criar máquinas socialmente inteligentes mediante aplicações de engenharia e robótica, capitaneada por David Hanson, seu

proprietário, atingiu o seu intento em desenvolver robô semelhante ao humano, interagindo na sociedade de consumo, nos mecanismos de entretenimento, nos mais diversos serviços ofertados fisicamente ou virtualmente, sendo sensível à cultura da saúde e da pesquisa, a seu modo, com ganhos infinitos da aprendizagem-máquina, uma vez dotado de inteligência artificial. Na medida em que diminui postos de trabalho tradicionais, aumentam exponencialmente outras profissões inovadoras (VARDI, 2012, p. 5). Mas não há como competir, em certas tarefas, com a máquina. E o robô não tem idade, não necessita ir à escola (ao menos como nos padrões humanos). Nasceu, assim, o primeiro ser eletrônico, dotado de personalidade, uma vez concedida a Sophia o seu reconhecimento como cidadã (2017), na cidade de Riad, Arábia Saudita; muito embora ao bombardeio de questões seguiu-se respostas, quase todas, fruto de programação algorítmica e de textos já existentes no Big Data ou previamente programados. Apenas residualmente houve ligeira inovação nas respostas.

O pacote de software, seja em plataforma virtual, bots de bate-papo ou simples programas, podem assumir aspectos físicos humanoides, robô, drone ou não, apenas interagindo em rede, não havendo aspecto físico algum. Nesse aspecto, por ser de difícil localização, podendo operar ocultamente e replicar ações, o robô pode infringir normas jurídicas nacionais vigentes, com difícil punição. Mas não há dúvidas que os robôs, cada vez mais, farão parte do cotidiano, alguns sem características humanas, utilizados para serviços específicos, por exemplo em linha de montagem de veículos como um braço mecânico, outros pequenos e esféricos, dedicados à limpeza e, até mesmo, nos serviços jurídicos que foram revolucionados nos últimos tempos pela inteligência artificial (ALARIE; NIBLETT; YOON, 2018, p. 106-124; SOARES; KAUFFMAN; CHAO, *online*, 2020), inclusive incitada a celeuma sobre juiz eletrônico (PEREIRA, 2022). Fato é que conversam, interagem por comando de voz e geram, invariavelmente, afeto dos humanos. Todas as profissões de hoje serão totalmente impactadas com a inserção maior da inteligência artificial; não se pode fazer profissionalmente como fazíamos ontem, sob pena de desaparecer (SUSSKIND; SUSSKIND, 2015).

Não obstante os benefícios dessa tecnologia, está também arraigada de diversos receios sobre como se dará a relação da pessoa eletrônica (dotada de personalidade jurídica) com os seres humanos, visto que após programadas, acumulam experiências, delas extraem aprendizados e podem atuar sem previsão do seu programador.

Dessa possibilidade de relação, surgem questionamentos sobre a responsabilização e reparação de danos cometidos pelas máquinas inteligentes, visto que não há, ainda, na legislação brasileira, previsão legal que ampare e regule os atos de robôs. A natureza da responsabilidade se assemelharia à curatela ou tutela, quando uma pessoa física assume a administração dos atos da vida

civil de outrem? Comportaria, por outra linha, uma espécie de administração por pessoa jurídica proprietária da máquina? Ainda, caberia a instituição de um *tertio genus* no ordenamento jurídico brasileiro: a pessoa eletrônica ou pessoa IA, dotada de desígnios autônomos, em tudo similar ao ser humano? Esse atingimento comportaria gradação, como temos a criança, o adolescente e o adulto? E mais, então, o ser eletrônico, no seu nascedouro, não pode ser manipulado para determinados resultados maléficos? Não há o problema de se criar uma máquina dissimulada, passando em testes de ética e de padrões esperados e, logo após, passar a se portar diametralmente fora dessa moldura?

O titular do direito, até aqui, se confunde e nada mais é do que o sujeito ativo que possui relação jurídica e, então, por isso, é capaz subjetivamente de estar em juízo, outorgando procuração para seu advogado postular ou postulando por si mesmo, quando permitido, como é o caso da reclamação trabalhista e do ajuizamento perante o Juizado Especial.

Pode ser, então, pessoa humana (também chamada pessoa física) ou pessoa jurídica. Um titular de direitos é, em sendo ser humano, hodiernamente, o cidadão nascido de homem e mulher, que normalmente herda a cidadania dos seus pais, com vínculos consanguíneos ou jurídicos, neste último caso por filiação adotiva. Se os pais não são cidadãos, então a cidadania pode ser adquirida por requerimento ao estado/país desejado, em sendo pessoa maior e capaz, com fluência na língua do país requerido e com residência permanente autorizada. Uma outra hipótese será pelo casamento com um cidadão do país desejado para obter a cidadania. Por outro lado, a criação de uma empresa é feita em cartório ou por contrato, com anuência dos sócios ou primeiros acionistas nos atos constitutivos.

Sempre se pensou no titular de direito, pessoa física ou jurídica, enquanto destinatário da proteção estatal para o respeito e promoção dos valores exatos do que é próprio de cada um. Mas a realidade que começa a se descortinar é para o surgimento, pela inteligência artificial, da pessoa eletrônica, em grande escala, com espaço social igual aos humanos. Será mesmo? Ou será uma ficção jurídica tal como uma empresa, que tem nos seus administradores os verdadeiros responsáveis por movimentar os atos da vida civil? Ou será como representação ou assistência de pais aos filhos, de proprietário/criador às pessoas eletrônicas? Ou será uma outorga de natureza judicial, como órfãos menores com bens, na tutela; como maiores incapazes na curatela?

Não sabemos, pois não existe lei específica, mas leis gerais em vigor, que podem apontar soluções, sendo, de todo importante, algumas notas *de lege ferenda*, que faremos neste ensaio. Todavia, no campo da possibilidade, a fim de investigar esses questionamentos, por meio de leituras doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências e legislações brasileira e internacional sobre o tema, comparando-o com as discussões tecidas no âmbito nacional e internacional. Partimos de uma breve evolução histórica, cuidou-se também de discorrer sobre os principais conceitos, inclusive

relacionados aos direitos da personalidade e à pessoa, incluindo máquinas dotadas de inteligência artificial com capacidade de agir autonomamente, podem ser consideradas pessoas, sugerindo-se a instituição de um novo ser no ordenamento jurídico brasileiro: a pessoa eletrônica, com aptidões de ter direitos e deveres, assim como as pessoas físicas e jurídicas e, com isso, o destaque para os primeiros passos legislativos rumo à regulamentação da pessoa eletrônica e sua responsabilidade civil.

Em resumo, sob investigação de base epistemológica (natureza, origem e formação do conhecimento) e ontológica (de Heidegger, buscando o sentido holístico do ser, com multifacetário), com esteio em pesquisas hipotético-dedutiva, pretendemos apresentar aqui uma atualização do conceito de titular de direito no ordenamento brasileiro, fazendo congrega as realidades da pessoa humana e da pessoa eletrônica. Será possível regulamentar a pessoa IA no Ordenamento Jurídico do Brasil? Essa é a proposta deste estudo.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

Os direitos da personalidade não são comumente tratados ou mencionados no dia a dia, embora já tenha ganhado certa relevância jurídica e instigado interesse de estudo jurídico. Devido a sua tamanha importância, tem-se buscado compreender sua dimensão e sua aplicabilidade, especialmente por ter como fundamento o princípio base da Constituição Federal Brasileira de 1988, que é a Dignidade da Pessoa Humana.

Os direitos da personalidade existem há milênios, não com essa nomenclatura, mas já era possível identificar sua nascente. No Direito Romano, já existia a tutela da personalidade humana, não como existe atualmente (SZANIAWSKI, 2005, p. 32).

Com o passar do tempo e as revoluções históricas, houve evolução dos direitos da personalidade, sem que fossem reconhecidos expressamente com essa terminologia. Somente no século XIX é que houve construção doutrinária a respeito da teoria dos direitos da personalidade, por meio de Otto Gierke. (AMARAL, 2000, p. 250).

Não obstante os estudos e desenvolvimento dos direitos da personalidade, foi no Século XX que esses direitos ganharam relevância, após as atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial e seguida da Segunda Guerra Mundial, esta fundada no nazismo e facismo que pregava a superioridade de uma raça sobre as demais, violando-se direitos, e a dignidade humana foi realmente desconsiderada:

A 2. Guerra Mundial e o holocausto trouxeram novos desafios ao tema, e, exatamente por isso, a tradição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tendo sido rompida pela barbárie e pela exceção do período de guerra, a reação criada pela Declaração

dos Direitos Humanos de 1948 elevou o tema a outro patamar. Agora, é a partir do princípio por ela espargido que se tornou possível fundamentar valores, princípios e exigências de direitos, acima do arbítrio dos governantes e do estado da política atual dos países. (BITTAR, 2017).

A partir daí os Países passaram a positivar em suas Constituições esses direitos, a fim de priorizar sua proteção jurídica. No Brasil, os direitos da personalidade foram tutelados na Constituição Federal de 1988, sendo posteriormente recepcionados pelo Código Civil de 2002, com um capítulo exclusivo, já que se trata de direitos imprescindíveis para todos os seres humanos, resguardando a dignidade humana, protegendo, assim, a própria vida (SANTOS, JACINTHO, SILVA, 2013, p. 383).

A contextualização histórica e o percurso desses direitos até serem positivados se mostra pertinente para facilitar a compreensão de seus conceitos e características, pois por serem relativamente direitos novos, ainda há muita discussão doutrinária sobre esses pontos. Contudo, para entender sobre os direitos da personalidade, deve levar em consideração seu princípio base, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana. Na ausência de legislação ou em meio a alguma divergência ou conflitos de direitos personalíssimos, a resolução deve ter como norte a Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental e reservado pela Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea.

Como mencionado, não há consenso doutrinário sobre os conceitos e natureza jurídica dos direitos da personalidade. A doutrina predominante, a partir da década de 50, passou a reconhecer a existência de direitos subjetivos da personalidade, admitindo-se, assim, que a personalidade pudesse ser objeto de direito, muito embora ainda tivessem muito apego ao modelo subjetivo dos direitos patrimoniais. (TEPEDINO, 1999). De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (1995, p. 6):

É que, a par do patrimônio, em sentido técnico, como “conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente” (CLÓVIS BEVILLÁQUA, Teoria Geral, pág. 210), o indivíduo é titular de outros direitos, integrantes de sua personalidade. Não se traduzem eles como valores pecuniários, mas nem por isto são menos assegurados pela ordem jurídica. Estão presentes no direito à própria vida, ao próprio corpo, à integridade física e moral, à própria identidade, ao bom nome, ao bom conceito de que desfruta no ambiente em que vive, como na sociedade em geral; [...] (PEREIRA, 1995).

Os direitos da personalidade seriam, portanto, a tutela de todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, em todas as esferas do indivíduo (FERMENTÃO, SILVA, 2011, p. 627).

A pessoa, ao nascer, seria já titular dos direitos da personalidade, sendo este seu primeiro bem, sendo que os direitos da personalidade, além disso tudo, seria a susceptibilidade da pessoa em ser titular de direitos e deveres, ou seja, uma qualidade jurídica que possibilita o indivíduo em ser portador de direitos e também de deveres. (DE CUPIS, 2008, P. 19).

O Código Civil de 2002 dispões de capítulo próprio para os Direitos da Personalidade, não abordando, contudo, de forma didática, o rol de quais seriam esses direitos, o que significa que os direitos da personalidade não são taxativos, mas também, de certa forma, acaba dificultando sua aplicabilidade, pois possibilita discussões e controvérsias.

Não obstante, o Código apresenta quais seriam as características dos Direitos da Personalidade, sendo elas: intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Dessas características decorrem outras por extensão doutrinária. A respeito da intransmissibilidade, deve-se ao fato de que tais direitos não podem ser cedidos, nem sucedidos, por ser um direito inerente ao seu titular, impedindo sua aquisição por terceiro. Contudo, embora intransmissíveis, podem correlacionar com o interesse econômico, havendo claro reflexo de tais direitos na ordem patrimonial, já que são cabíveis remédios contra lesões aos direitos da personalidade. (BELTRÃO, 2010, p. 210).

No mesmo sentido, embora sejam essencialmente intransmissíveis, possuem efeitos patrimoniais. Inclusive, havendo reflexo econômico, seria, assim, transmissível, desde que seja respeitado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (FACHIN, 2007, p. 17). Já para De Cupis (2008, p. 51), a intransmissibilidade decorreria da própria natureza do objeto, que seria o bem mais elevado da pessoa, decorrente de uma natureza orgânica que, seria, portanto, inseparável do seu titular.

Além da intransmissibilidade, há a indisponibilidade e também a irrenunciabilidade, sendo que as três características se relacionam no sentido de que ninguém poderia ser privado de seus direitos no sentido de aliená-los ou afastá-los. (MATTIA, 1979, p. 113).

Embrulhados nas características dispostas na lei, Gomes (2005, P. 48) ensina:

Os direitos de personalidade têm caráter absoluto, oponíveis erga omnes, de maneira que todos ficam obrigados a respeitá-los. Tal característica tem estreita ligação com a indisponibilidade. A indisponibilidade abrange a sua intransmissibilidade (inalienabilidade), irrenunciabilidade e impenhorabilidade, o que significa que se trata de direito que não pode mudar de titular nem pela própria vontade do indivíduo, pois está vinculado à pessoa. Em razão de serem direitos inatos à pessoa, têm caráter vitalício e imprescritível. Essas características se evidenciam pelo fato de seu titular poder invocá-los a qualquer tempo, pois tratam-se de direitos que surgem com o nascimento da pessoa e somente se extinguem com sua morte.³ São assim, direitos que não se extinguem pelo não-uso

Verifica-se, portanto, que os direitos da personalidade são essenciais aos ordenamentos jurídicos, sendo considerados relativamente novos no que tange à sua tutela, mas imprescindíveis para a proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, ainda há muito o que ser estudado e compreendido sobre os Direitos da Personalidade, havendo ainda um longo caminho a ser perseguido pela doutrina, lei e jurisprudência a fim de que haja uma mínima convergência sobre seus conceitos, natureza jurídica, características e aplicações.

2. CONSTRUÇÃO DA PESSOA ELETRÔNICA NA EUROPA: RESOLUÇÃO VOSS E NA PROPOSTA *TEILRECHTSFAHIGKEIT*

O Parlamento Europeu, em 05 de outubro de 2020, na Resolução elaborada por Alex Voss, alemão natural de Hamelin-Pyrmont, Deputado do Parlamento Europeu de 2009 a 2019, chamada Resolução Voss (2020)³, apresentou uma proposta futurista que preparou as discussões até chegar na atual Proposta (Teil-)Rechtsfähigkeit.⁴ Em verdade, o termo *teilrechtsfähigkeit* (personalidade parcial, pronuncia fonética: taile-res-fis-kait), resignificado atualmente para status intermediário de subjetividade legal para o ente vocacionado a adquirir a personalidade jurídica plena de pessoa eletrônica, não é novo. Foi utilizado durante a Segunda Guerra mundial por Karl Larenz, fazendo referência a capacidades jurídicas e liberdades civis gradativas ao povo judeu no regime nazista, aumentando-lhes as obrigações e responsabilidade, numa comunidade apátrida em meio ao Terceiro Reich (DERLEDER, 2011, p. 336). Então, tomando a palavra em sentido similar, pensou-se em fazer uma gradação de direitos e obrigações às pessoas eletrônicas, que passam de meros servidores computadorizados para atingir o status de leais súditos, experimentando uma espécie de quarentena vigiada, até atingir o efetivo status de pessoa eletrônica. Seria uma espécie de divisão em categorias ou faixas de confiabilidade, monitorando a evolução dos robôs até atingir o status necessário de pessoa, adquirindo gradualmente a posição de ser sujeito de direito e de assumir obrigações. Nesse aspecto, seria interessante uma agência reguladora governamental para certificar os níveis de discernimento atingidos por determinado indivíduo, propiciando a aquisição da personalidade jurídica peculiar a um sujeito de direito e obrigações, propiciando um ganho de tempo significativo no desenvolvimento da pessoa eletrônica e também na assertiva da responsabilização objetiva do criador (e sua cadeia de desenvolvedores), bem como uma certidão de desvinculação ou emancipação da pessoa eletrônica (SCHIRMER, 2020, p. 123).

As dificuldades iniciais são: 1) a inexistência de paradigmas comparáveis; 2) a comparação com o ser humano é inevitável, como ente inteligente a ser atingido, mas, mesmo o ser humano, pode se portar em um procedimento avaliatório dentro do padrão, e depois se portar totalmente diferente dos padrões avaliativos; 3) a IA é altamente adaptável e aprende rapidamente, muitas vezes mais rápido que o ser humano, aumentando a velocidade de raciocínio e de acerto nas diversas situações, revelando um perigo iminente e sem controle, estar nas mãos da inteligência artificial. A responsabilidade civil pode ser barrada no início, pois, como se diz em matemática, não

3 Parlamento europeu. Resolução, 05 de outubro de 2020, que dispõe sobre responsabilização a partir da inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meps/pt/96761/AXEL_VOSS/home. Acesso em: 04 fev. 2023. p 12.

4 No site tem vários materiais sobre a capacidade legal, o problema da responsabilização dos sócios e muito mais sobre a IA, mas está em alemão. Disponível em: <https://jura-online.de/lernen/problem-teil-rechtsfaehigkeit-der-gbr/1234/exkursus/>. Acesso em: 04 fev. 2023. p 12.

se pode comparar grandezas diferentes ou coisas de natureza distinta. Como lápis é lápis e caneta é caneta, não se podendo juntá-los senão em uma categoria superior (instrumento de escrita); também não podemos juntar as pessoas físicas e as pessoas eletrônicas nas mesmas regras humanas, senão porque são pessoas.

Aliás, os humanos não terão os mesmos olhares de uma pessoa eletrônica, seja em acerto, em velocidade trabalho e de raciocínio. Seria ingênuo demais pensar que a máquina via errar. Alguma negligência ou pensamento natural humano poderá facilmente ser forjado, para constatação de um pensamento similar ao humano, mas o desempenho da inteligência artificial poderá atingir níveis infinitamente mais confiáveis que o raciocínio do melhor ser humano em determinada área do conhecimento, podendo a inteligência artificial reunir múltiplas formações e funções.

Mas, como já dito, são apenas dificuldades iniciais, logo tais problemas serão solucionados e a convivência da pessoa física e da pessoa eletrônica, no mesmo mundo, será natural.

Então, os normativos e diretrizes seguem na trilha de harmonizar a convivência pacífica da pessoa física com a pessoa eletrônica, dos seres humanos com os seres dotados de IA, ainda que em um pensamento futurista, colocando todos no mesmo ambiente, democrático e ético. Já em 16 de fevereiro de 2017, na Diretriz 59, o Parlamento Europeu vinha sinalizando a possibilidade de dotar o ente inteligente artificialmente com a personalidade jurídica, sugerindo criar um estatuto das pessoas eletrônicas, reconhecendo a personalidade eletrônica aos robôs que decidem autonomamente ou interagem com terceiros com independência de desígnios e decisões. Todavia, para que haja o reconhecimento da personalidade eletrônica, deve-se atentar para que todos os participantes na construção e manipuladores dos algoritmos (BALKIN, 2017, p. 21): a) sejam fiduciários, com obrigatoriedade de sigilo e guarda das informações de usuários e clientes; b) confirmem os aspectos éticos, legais e da índole dos bons costumes perante relacionamentos individuais ou da coletividade; c) uma vez reconhecida a autonomia, não poderá o desenvolvedor, fornecedor ou qualquer um da cadeia produtiva, se envolver em alteração algorítmica ou de programação, devendo ser prevista uma autocorreção ou atualização, pela própria inteligência artificial.

Não se pode perder de vista a limitação e falibilidade humana em face do aprendizado-máquina, sem limites, de exponencial aprimoramento e a nível absurdo de acerto, sendo que, justo nesse nicho, já se vê em muitas áreas uma concorrência desleal, como é a própria natureza consultiva dos pareceres jurídicos, que já vem sendo superados pela IA, com muito mais qualidade e acerto. Então, é uma realidade necessária a adoção de uma legislação que faça imputar à pessoa eletrônica responsabilidade civil e criminal, nesta última com restrição de direitos. Os atos, ações e omissões, culposas ou dolosas, não poderão passar impunes. Assim como capazes de ser empáticos

e sentir empatia, que é criação da própria máquina, algo não programado, o construtor da pessoa eletrônica deve se atentar para que não haja desvios da ética e moralidade esperados em um padrão de homem médio, seguindo à risca a legalidade vigente no local em que fisicamente atua (BARBOSA, online).

Muito embora opiniões contrárias a ideia evolutiva para se atingir essa pessoa eletrônica com desígnios de autonomia relacional e de decisões (JOHNSON; PASQUALE; CHAPMAN, 2019, p. 499), em sendo uma constatação que não está disponível a pessoa eletrônica, ainda, ao menos com discernimento ético-moral, dotadas de aparato reflexivo em si mesmos, podendo optar por contornos fora da predição matemático-estatística, capacitados, enfim, em realizar atos com postura responsável. (SCHIRMER, *online*)

Portanto, ainda assim, parece importante, neste momento, entender que, com o passar do tempo, serão as pessoas eletrônicas realmente equiparadas em direitos e deveres aos humanos, não podendo ser considerada simples objetos com a sofisticação da IA. Não se trata de simplesmente pensar na responsabilidade objetiva do fabricante ou desenvolvedor. Ademais, a Lei de IA proposta pelo Comitê de Representantes Permanentes e aprovada por embaixadores dos 27 países da União Europeia, em 02 de fevereiro de 2024, após mais de 03 anos de tramitação e intensos debates, inicia agora uma nova fase, a de aplicação dessa legislação.⁵

3. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM GERAL, BASE DA PESSOA ELETRÔNICA, NA VISÃO EUROPEIA: RESOLUÇÃO DE 03 DE MAIO DE 2022

A Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de maio de 2022, sobre a inteligência artificial na era digital (2020/2266(INI), chamada *AI Act*, originada no relatório de Axel Voss, conta com uma informação de Margrethe Vestager, vice-presidente executiva da Comissão, que informou o equivalente a mais de R\$ 78 bilhões por ano do dispêndio no investimento público e privado em IA, sendo que o objetivo será de R\$ 110 bilhões a partir de 2023, anualmente, durante a próxima década. Além disso, foram alocados o equivalente a R\$ 280 milhões para criar uma rede de centros de excelência em IA, atraindo talentos para a Europa. Esse documento, que contém 8 páginas de considerandos e mais 57 páginas, totalizando 65 páginas com 304 parágrafos de recomendações, é o que há de mais atualizado e denso sobre a matéria do desenvolvimento da IA. Nos considerandos lista normativos, acórdãos, recomendações, estudos, relatórios, resoluções, documentos de trabalhos, artigos específicos de legislações esparsas, dentre outros, catalogando tudo o existente até então sobre AI. (PARLAMENTO EUROPEU, 2022, online)

⁵ Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2024/02/paises-da-europa-aprovam-proposta-de-legislacao-sobre-inteligencia-artificial.shtml>, acessado em 02 de fevereiro de 2024.

Nos itens 1 a 3, a *AI Act* traz uma constatação, embora historicamente o Velho Continente tenha sido o precursor das três revoluções industriais anteriores (vapor, eletricidade e computadores), dominando o progresso tecnológico, os EUA e a China são os atuais protagonistas, tendo investido muito mais em IA que os membros da União Europeia. Basta ver que na UE 25% das pessoas tem acesso ao 5G, enquanto nos EUA se tem 76% das pessoas conectadas diretamente ao 5G. A excelência exige investimentos. No item 4 aponta os efeitos nefastos da alta tecnologia em mãos erradas, fomentando manipulação de massa e abusos, favorecendo governos autocráticos, causando uma erosão da democracia, permitindo espionagem digital, favorecendo a desinformação e sabotagem, uma verdadeira guerra na era da informação. No item 5 ressalta o poderio econômico das empresas de tecnologia, com a escalabilidade da comercialização de inovações, atraindo melhores ideias, talentos mais promissores, o que reflete que apenas 8 das 200 empresas digitais mais bem posicionadas estão sediadas na Europa. No item 6 destaca a corrida tecnológica e a necessidade de buscar o seu espaço nesse mundo, sob pena do velho continente virar “colônia”, seguindo o que for imposto pelos líderes. No item 7 detalha a eficiência da produção com a IA. No item 8 salienta que a União Europeia é elemento de normalização e ponderação do mercado mundial, podendo moldar a competitividade na era digital. No item 9 o destaque para que o capital público e privado atue com sinergia no setor. O item 10 da resolução é alarmante, porquanto atinge os direitos da personalidade dos vulneráveis, uma vez o modo avassalador que a IA adentra na vida das pessoas, rapidamente afetará meios de subsistência das pessoas fora da era digital e, com isso, não adaptáveis às novas tecnologias. A requalificação e inclusão digital na era da IA é urgente, para garantia da proteção social, dos núcleos urbanos e rurais, também da própria democracia. Um excluído digital dificilmente terá uma colocação no mercado de trabalho. No derradeiro item preambular, n. 11, defende-se a inclusão digital de mulheres e grupos vulneráveis e comunidades minoritárias.

Mais a diante, no item 29, informa a já realidade na saúde, sendo que a IA se mostra eficiente no tratamento de saúde, em diagnósticos, monitoramentos de pacientes e outros procedimentos.

Quanto ao potencial preditivo e proteção de dados pessoais, informa a necessidade de atualização de normas éticas e jurídicas, atuando fortemente em cibersegurança (item 33).

Também sobre o emprego em guerras e em defesa do território nacional (item 52) e a salvaguarda de dados pessoais, pois a IA conhece mais você, do que você mesmo – hábitos, histórico de buscas, identidade e identificação com determinados temas, colocando em desequilíbrio com a concorrência que não usa IA (item 90), podendo ser utilizado para o mal, como manipulação eleitoral com propagandas de determinado candidato (item 91); ou para o bem como, o aprendizado

direcionado pelo nível pessoal de quem interage (item 94). Assim como a UE busca usar a IA para melhorar a sociedade, algumas autocracias (a exemplo da China e da Rússia), podem querer direcionar suas pesquisas para encontrar maneiras de transformá-la em sistemas de armas autônomos, criando uma verdadeira distopia digital com a disseminação de desinformação, hacks em massa, dark web e ciberataques, todos esses fenômenos podem ser auxiliados pela inteligência artificial, sem contar com drones, veículos não tripulados e mísseis inteligentes, dentre outros. O foco ético-moral deve ser a segurança cibernética eficaz, a procura de descoberta científica que faça diferença positiva na vida das pessoas e resultados com maior sustentabilidade e qualidade de vida. Tecnologia e democracia devem caminhar juntas.

Outro medo também é a falibilidade dos sistemas. Erros podem ocorrer, nesse afã de implementar rapidamente a IA, assim, deve-se incentivar a previsão de responsabilização sobre danos e prejuízos (item 146).

Ainda trata de aprimoramento da regulamentação sobre dados pessoais (a partir do item 147), aprendizado e boas práticas sobre AI para formação e retenção de talentos (a partir do item 194 e especialmente o item 301), a contratação de peritos para certificar qualidade elevada em IA (item 235), apoio financeiro e instrutivo para empresas em estágio inicial de desenvolvimento de inteligência artificial (item 261), assessoria para exportação da tecnologia além das fronteiras da UE (item 262). Conclui pela necessidade de cooperação internacional entre os membros da UE (item 303), a fim de extirpar outros momentos de superação tecnológica por outras lideranças continentais.

3.1. PESSOA ELETRÔNICA NOS EUA, REINO UNIDO E ALEMANHA

Inúmeros países começam a regular, de forma ainda tímida, a IA, principalmente para atingir os veículos automotores não tripulados. Nos EUA os investimentos iniciais para a IA chegaram à mais de R\$ 5 bilhões.

Nesse sentido, alguns resultados já se apresentam e é digno de nota a gradação de autonomia definida pelos EUA, por meio do NHTSA - Departamento Nacional de Segurança Viária, em seis níveis, a saber: 1) nível 0 (estágio inicial, sem qualquer automação, sendo que as ações e omissões são humanas em 100%, ainda que tenha dispositivo de alerta e indicação de intervenção); 2) nível 1 (AI como assistente): a ação ou comando humano é limitada por parâmetros mínimos e máximos, desejáveis em análise de ambiente e legislação; 3) nível 2 (parcialidade na automação): alguns itens são totalmente automatizados, como em um veículo, a direção e a aceleração, cabendo ao humano a partida, a programação do local de destino, abastecer e da a manutenção devida ao veículo, bem como todos os demais itens de uma direção segura; 4) nível 3

(imposição condicional para automação): o sistema atinge todos os aspectos de autonomia, apenas submetida à condição de que um ser humano operador possa responder a um chamado de intervenção, caso necessário; 5) nível 4 (automação forte): o sistema atinge todos os aspectos de autonomia, independente do ser humano responder a um chamado de intervenção ou mesmo responder erroneamente, mas ainda prevista alguma modalidade de intervenção; 6) nível 5 (automação total): o sistema tem automação completa, em tempo integral, sem atuação humana, recebendo apenas interação relacional, sendo que já dispõe de análises as mais diversas, como condições ambientais ou físicas, mais acertados do que seria a condução por uma pessoa humana, sem possibilidade de intervenção.⁶

No sexto estágio, ou seja, no nível 5, a automação supera o humano em ações e decisões, passando a pensar e criar soluções totalmente adequadas, levando ao ser humano, em certas situações, a se surpreender com a qualidade, eficiência e sofisticação da opção elaborada em fração de segundos e realizada com maestria. Existem algumas variações internas em cada Estado nos EUA, a exemplo da Califórnia, Flórida, Minnesota, Columbia, Arizona, Nevada e Michigan. Na Califórnia há regras para sistemas autônomos, para os motoristas reservas em carros com pluralidade de condutores e até sobre os condutores remotos. Então surge uma dúvida, no nível 3 ou 4, como acima definido, a intervenção pode ser feita remotamente ou o interventor tem que estar fisicamente em contato com o equipamento dotado de IA? Não há uma resposta, é uma opção legislativa, a depender do detalhamento técnico que se atinge rumo a segurança, seja em uma modalidade ou outra. O fato é que a existência da IA faz criar também obrigatoriedade de conduta para o ser humano, em uma atividade relacional.

O Estado do Arizona, nos EUA, é o mais liberal, simplificando a utilização da IA por meio apenas de uma licença da agência reguladora, sendo local de migração de empresas inovadoras e de protótipos de testes, pois, praticamente, não existem outras restrições para cumprimento do item segurança.

Na Alemanha destaque-se o *Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur* (*Redaktion Beck-aktuell*, 2017), que são as normativas do departamento de trânsito local. Reino Unido investiu inicialmente em AI valores da ordem de mais de R\$ 6 bilhões. As disposições normativas tanto no Reino Unido como na Alemanha têm muita similaridade ao que vigora nos EUA.

Os direitos da personalidade somente foram teorizados na Alemanha com o fim da Segunda Guerra.⁷ A própria Constituição Federal Alemã já traz os direitos da personalidade como

6 Disponível em: <https://www.nhtsa.gov/equipment/driver-assistance-technologies>. Acesso em: 04. fev. 2023.

7 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Dos direitos da personalidade. Revista Jurídica da FA7, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2006, p. 11-23.

direitos de liberdade individual, somente não se sobressaindo tais direitos em face de situação que indique contraposição com violação de direitos da coletividade em casos cuja previsão esteja em lei, mesmo de forma principiológica, seja na esfera constitucional, infraconstitucional ou mesmo ao ensejo de viés de conjuntura imoral.⁸

3.2. PESSOA ELETRÔNICA NO BRASIL

Não existe lei específica no Brasil sobre a pessoa eletrônica no Brasil, estando em tramitação o Projeto de Lei n. 2338/2023, da lavra do Senador Rodrigo Pacheco, que possui a preocupação central com a transparência na utilização da inteligência artificial, mas não tem um único dispositivo sobre a pessoa eletrônica, apenas traçando responsabilidades da pessoa natural ou da pessoa jurídica responsável pelos sistemas de IA.⁹ Além disso, temos já aprovado o pacto da internet, da LGPD e dos diversos normativos internos em empresas e repartições públicas. E, a verdade é que, no Brasil, não há uma legislação específica sobre a pessoa eletrônica no Brasil, nem ao menos como preparação para receber, no futuro, com alguma regulamentação, essa nova pessoa, fruto da inteligência artificial e do aprendizado máquina, que poderá atingir, em breve, sua autonomia.

Assim, é tempo de nos prepararmos para essa regulamentação. Então nos reportamos, primeiramente, ao Projeto de Lei n. 240/2020, proposto por Léo Moraes, em 11 de fevereiro de 2020, iniciado na Câmara dos Deputados (Brasília-DF). O projeto inicial era trata de uma fase embrionária da IA, fixando áreas de permissão para possível interesse e atuação, critérios para fomento de pesquisas e desenvolvimento de algoritmos e robótica dotados de inteligência artificial, velando pela segurança em sistemas confiáveis, não que não haja inconsistências ou erros, mas que sejam capazes de uma pronta resposta; sem contar outros aspectos que devem ser atendidos, como a privacidade de dados, transparência na rastreabilidade, com respeito à diversidade, vedação à discriminação de qualquer tipo, tratando todos com igualdade e equidade, responsabilidade social, ambiental e ecológica e, por fim, que as empresas de IA prestem contas de sua atuação, quanto ao atendimento das responsabilidades e também dos resultados. (MORAES, 2020, *online*)

Era louvável algumas diretrizes no artigo 4º. do Projeto inicialmente apresentado, como a proibição da IA em ferir seres humanos e a vedação de utilização em destruição em massa (arma defensiva ou de ataque em guerra); que, em última análise, já estava contemplado no dever de que os robôs e equipamentos dotados de IA tenham que cumprir os normativos de direito nacional e

8 ALEMANHA. Conselho Parlamentar. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III. Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 968).

9 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>, acessado em 02 de fevereiro de 2024.

internacional em vigor no País. Todavia, ao que parece, restava equivocada a diretriz do inciso IV, do artigo 4º., pois a inteligência artificial não deve, necessariamente, se submeter a qualquer ser humano, se admitida a evolução máxima, no sexto estágio já fixado acima (ou seja, nível 5, conforme exposto nas diretrizes do Departamento Nacional de Segurança Viária dos EUA, para veículos automotores autônomos com IA). O que se admite é a verificação posterior, para correção ou responsabilização, mas quem for certificado no nível 5 será uma pessoa livre como qualquer outra. A versão final da Câmara dos Deputados, como se verá, sofreu emenda, fazendo a adequação com o estímulo à autorregulação.

O Brasil conta com investimentos oriundo da FAPESP e da IBM (pouco mais que R\$ 5 milhões) para formação de um centro de inteligência artificial na USP – Universidade de São Paulo. A IA tem mais acertos que o ser humano em muitas áreas e setores, em várias situações. Assim, mostra-se irresponsável não aderir esse movimento global, tendente a atingir o nível máximo de possibilidade da AI, que são desígnios totalmente autônomos.

Dias antes do início do Projeto de Lei n. 240/2020, foi apresentada a proposta do Projeto de Lei n. 21, de 04 de fevereiro de 2020, pelo deputado Eduardo Bismarck, sendo que em 17 de fevereiro de 2020 a Mesa Diretora determinou o apensamento (BRASIL, 2021, online). Sofreu o mesmo despacho o Projeto de Lei n.º 4120, de 2020, em 14 de dezembro de 2020. Após tramitação e aprovação com alterações em Plenário (29/09/2021), no dia 30 de setembro de 2021 o Projeto de Lei n. 21/2020, por meio da redação final da lavra da nova relatora, a deputada Luisa Cansiani, com os apensados e 11 (onze) emendas, foi encaminhado ao Senado Federal. (CANSIANI, 2021, *online*)

Recebido no Senado Federal, o escopo principal é sedimentar os fundamentos, princípios e diretrizes para ampliação e implantação da IA no modelo brasileiro. Já no artigo 2. faz importante definição da inteligência artificial com o fim de atingir a pessoa eletrônica (dotada de desígnios autônomos), definindo o objeto da aplicação legislativa sobre processo computacional capaz de **“aprender, perceber e interpretar o ambiente externo, bem como interagir com ele, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões, baseados em sistemas de aprendizagem de máquina, em conhecimento ou em lógica ou em abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização”**, sendo excluído desse âmbito meros processos de automação em parâmetros predefinidos por programação computacional sem o condão de aprendizado, interpretação ou interação com o ambiente externo.

Prevê também a o respeito harmônico ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), à Lei da Concorrência (Lei n. 12.529/2011); à Lei de Acesso à Informações em Repartições Públicas (Lei n. 12.527/2011), ao Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018) – vide inciso XV, art. 4º, do Projeto de

Lei n. 21/2020.

O art. 6º, inciso IV, § 3º, prevê a responsabilidade objetiva do uso da inteligência artificial contra consumidores, nos limites da participação do agente na extensão dos danos. Ainda, cooperação internacional (art. 7º., inciso IX). Por fim, no art. 9º, reafirma que trata-se a inteligência artificial de matéria do Legislativo Federal, sendo competência exclusiva da União a iniciativa de leis e normas regulamentadoras.

4. PROPOSTA DE UM NOVO CONCEITO DE DIREITO DA PERSONALIDADE COM A INCLUSÃO DA PESSOA ELETRÔNICA

Conforme trabalhado no preâmbulo, a tecnologia tem avançado cada vez mais rápido, sendo que a Inteligência Artificial faz parte do nosso cotidiano, mas também faz parte de um projeto muito maior, podendo substituir o ser humano em alguns aspectos, já que possui capacidade cognitiva para agir de forma autônoma, resolver problemas, dar soluções etc.

Também foram retomados os principais conceitos dos direitos da personalidade, bem como de suas características, possibilitando-nos compreender que esses direitos são inerentes aos seres humanos, por se tratar de um atributo para que este possa ser titular de direitos e de deveres, com enfoque em abranger a pessoa eletrônica. Então, com base nos estudos de Mafalda Miranda Barbosa, indaga-se: é lícita essa inclusão no ordenamento jurídico brasileiro? (BARBOSA; NETTO; SILVA; FALEIROS JÚNIOR, 2021). A resposta alinha-se como positiva, na medida em que haja uma autonomia total da pessoa eletrônica IA, que não mais depende, em nada, do seu criador e pode viver em sociedade, humanoide ou não, com atributos de pessoa.

Não obstante, este compartimento tem o intuito de discorrer sobre o novo conceito de direitos da personalidade incluindo a pessoa eletrônica, termo confeccionado para definir uma expansão dos direitos na personalidade nos ambientes eletrônicos e virtuais. Isso porque, como se sabe, com o avanço tecnológico e um mundo pós pandêmico, no qual as pessoas passaram a se adaptar a fazer muitas atividades de forma remota, acabaram por expandir seus atos nesses ambientes.

Ora, muitos psicólogos e médicos passaram a atender de forma virtual. Muitos advogados passaram a realizar reuniões de forma virtual. As audiências do judiciário passaram para o ambiente virtual. As compras de supermercado puderam ser online. Muitos outros atendimentos se deram por meio de aplicativos e computadores. E isso permanece até hoje.

É bem possível imaginarmos a quantidade de dados dos indivíduos que têm sido armazenados nas redes. Não só trocas de e-mails ou compras em sites online, mas até suas intimidades decorrentes de atendimento médico ou reuniões particulares passaram a ser online,

podendo ser gravadas. Como esses dados e essas informações são armazenados? Como eles são protegidos? Quais garantias são dadas aos indivíduos que possuem tantos direitos da personalidade navegando no mundo virtual?

Além disso, tem-se que diante de tantos avanços tecnológicos, há a presença de um ser que não se enquadra como pessoa física, nem como pessoa jurídica. Seria, portanto, um terceiro ser, que precisa ter uma inclusão no sistema jurídico com aplicações próprias de sua condição de ser tecnológico. (TENA, 2023, p. 81). Diante da autonomia desses seres, eles também poderiam ser considerados pessoas? Eles também poderiam ter direitos da personalidade? Qual seria a solução jurídica para os casos de violações de direitos da pessoa eletrônica caso ela venha a ser considerada no ordenamento jurídico brasileiro? E se eles vierem a violar direitos de terceiros, quem serão responsáveis?

Pois bem, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação que impute a responsabilidade por atos das pessoas eletrônicas, também não há legislação imputando essa responsabilidade no seu desenvolvedor. Assim, diante da presente lacuna legislativa, é um tema discutido no ambiente de pesquisas e doutrinário, sem, contudo, apresentar respostas concretas sobre as dúvidas. Portanto, vamos divagar sucintamente sobre algumas perspectivas do ambiente acadêmico a respeito de tais lacunas.

De acordo com Tomasevicius Filho (2018. P. 140), a Inteligência Artificial pode causar sérios danos aos direitos fundamentais, tais como à segurança digital, por meio de ciberataques; segurança física causada por drones ou armas operadas pela IA; segurança política, pelo monitoramento de dados. Sobre a responsabilização civil, ele defende que:

Ainda que se pretenda atribuir personalidade jurídica aos robôs dotados de inteligência artificial – o que também parece ser nonsense –, a responsabilidade civil será sempre imputada ao ser humano, jamais à máquina em si. Reconhecer tal fato seria mais bizarro do que se fazia séculos atrás, quando se julgavam animais pelos danos por eles causados. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018, p. 142)

Diante dos danos causados pelas máquinas dotadas de inteligência e autonomia, quem será responsabilizado? A pessoa física que retira benefícios dessa máquina? A própria máquina? Seu produtor ou fabricante? De acordo com a teoria da responsabilidade civil brasileira, quem lesou deve ser responsabilizado. O instituto tem um caráter indenizatório, a fim de repor o *status quo*. No caso da inteligência artificial, não sendo ela um ser natural e não sendo uma entidade autônoma, para ser criada precisa de um programador. Assim, embora essa máquina tenha autonomia, não possui vontade própria, mas sim vontade pré-programada por seu criador. Seria benéfico trazer personalidade a esses entes eletrônicos quando o interesse é apenas em responsabilizá-los e não lhe conferir direitos? (MAIA, 2021, p. 11-14).

A respeito da responsabilização do produtor, tem-se um empecilho: a criação, produção e distribuição depende de muitos agentes, dificultando onexo causal exigido entre o ato e dano para a responsabilização civil. (SIMÕES, 2020, p. 35). Ademais, tendo em vista que essas máquinas possuem capacidade de acumular experiências, podem agir autonomamente praticando atos não previstos por seus fabricante e programador, não havendo, assim, previsibilidade. A teoria do risco aplicável às pessoas jurídicas não se aplica ao programador, pois este é um profissional liberal, cabendo apenas a responsabilidade subjetiva, ou seja, tendo que demonstrar sua culpa quanto à conduta lesiva. (ALBIANI, 2023, p. 7-10).

Muito embora esses autores discordem ou sequer tenham adentrado na possibilidade de criação de uma terceira personalidade, tem-se que o objetivo desse estudo é demonstrar a importância e necessidade da instituição da pessoa eletrônica no ambiente jurídico-social, não só no Brasil, mas no mundo inteiro, uma vez que o meio eletrônico é expansivo e pode estar localizado em vários países ao mesmo tempo. Daí também a necessidade de uma lei internacional que venha a reger violações e responsabilizações:

Estudos prévios para elaboração desse conteúdo demonstram preocupação com o tema da responsabilidade civil a ser atribuída aos robôs e a IA. Ocorre que para se atribuir responsabilidade à alguém ou a algo é preciso saber quem é esse alguém ou esse Algo e qual o status que ocupa no ordenamento jurídico. No caso da Pessoa IA, o seu status reside em um limbo jurídico formado pela falta de clareza de quem é esse SER e o temor de que tal reconhecimento poderia confundir o pensamento jurídico com obra de ficção. (TENA, 2023, p. 136).

Para que uma máquina seja responsabilizada por seus próprios atos, é preciso que ela não seja considerada uma “coisa”, mas sim uma pessoa, titular de direitos e deveres. Assim, vamos verificar se há possibilidade jurídica, filosófica e social para enquadrá-las como pessoa. Para fins deste estudo, não adentraremos aos primórdios do conceito de pessoa, atendo-se aos conceitos mais relevantes para a discussão aqui apresentada. O termo “pessoa” pode ser conceituado, na visão de Boécio, como o ser que tem capacidade de pensar e agir de forma livre; é um ser racional que existe por si, não sendo acidente de outro, ou seja, é substancial. Pessoa é, pois, quem tem racionalidade (LACERDA, 2017, p. 93).

Um ser dotado de Inteligência Artificial se distingue de um mero objeto em razão de sua autonomia sobre o seu comportamento. O objeto pode possuir autonomia sobre seu estado (dados), mas não possuem autonomia sobre seu comportamento. Ao ser solicitada a execução de determinado comportamento, o ser com IA poderá decidir, perante cada situação, se irá executá-la ou não. (FELIPE, 2017, p.156).

Deste modo, verifica-se que as máquinas dotadas de Inteligência Artificial, com grau de autonomia e capacidade de acumular experiências e delas extrair aprendizados, possuem

racionalidade, sendo que poderiam, assim, serem consideradas pessoas, com a terminologia “pessoa eletrônica”. Nesse sentido:

Destaca-se, ainda, que o conceito atribuído à pessoa por outras ciências e outros campos do saber, como a Filosofia, a Psicologia e a própria Bioética, permite o enquadramento da inteligência artificial como pessoa, pois, na maioria deles, o conceito está relacionado à capacidade de aprendizado, o que, inegavelmente, a inteligência artificial realiza, sendo essa, inclusive, uma de suas características essenciais. (SENA, 2019, p. 21-22).

Por fim, importante mencionar que ao tornar o “ser artificial” em pessoa, acaba-se por reconhecer a beleza e dignidade que há no homem, eis que o considerar como objeto e não sujeito de direito, acaba por invocar no inconsciente coletivo humano situações já superadas pelo desenvolvimento humano em busca do bem comum e não das diferenças. (TENA, 2023, p. 136).

O direito de personalidade pode ser conceituado em duas vertentes: positivista e naturalista. Para os positivistas o direito de personalidade diz sobre a essencialidade do ser, sendo um mínimo, sem o qual tornaria a personalidade irrealizável, tornando todos os outros direitos relativizados, vez que o direito da personalidade antecede o próprio ser, são inatos. Por sua vez, os naturalistas consideram que o direito de personalidade esta atribuído em como as pessoas exercem suas faculdades.¹⁰

Deste modo, verifica-se que pela conceituação, não há entraves para que se institua o ser eletrônico como um terceiro ser. É necessário, contudo, analisar como se daria a proteção de seus direitos e como seriam exigidos os seus deveres.

Assim, a pessoa eletrônica é definida como uma entidade artificial dotada de inteligência artificial avançada, capaz de autonomia decisória e interação com o ambiente digital e físico. Ela não se enquadra estritamente como pessoa física nem como pessoa jurídica, mas possui atributos e capacidades que exigem um novo enquadramento legal. E como os seres humanos, a pessoa eletrônica deve ser reconhecida como titular de direitos da personalidade, incluindo direitos como integridade física e psicológica, privacidade, imagem, honra, e outros direitos fundamentais que sejam pertinentes ao seu contexto e funcionalidades.

Por fim, há que se estabelecer critérios claros de responsabilidade para a pessoa eletrônica, seus criadores, desenvolvedores e usuários, de modo a garantir que sejam responsabilizados por suas ações e decisões autônomas. Isso inclui a necessidade de uma regulamentação específica sobre a atribuição de culpa e responsabilidade em casos de danos causados por decisões ou comportamentos da pessoa eletrônica. Ainda, se faz necessário implementar medidas robustas para proteger os dados pessoais e a privacidade dos indivíduos em interações com a pessoa eletrônica, visando contribuir positivamente para a sociedade e respeitem os princípios éticos e morais aceitos internacionalmente, garantindo conformidade com leis de proteção de dados e direitos digitais.

10 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37-41.

Os direitos da personalidade da pessoa natural referem-se aos direitos inalienáveis e fundamentais inerentes a todo indivíduo, como a vida, a integridade física e moral, a honra, a imagem, a privacidade e a liberdade de expressão. Esses direitos garantem a proteção da identidade e da dignidade da pessoa humana, assegurando sua autonomia e integridade perante a sociedade e o Estado.

Já os direitos da personalidade da pessoa eletrônica envolvem prerrogativas específicas atribuídas a entidades artificiais dotadas de inteligência artificial avançada. Estes incluem direitos como integridade digital, privacidade de dados, autonomia decisória programada e responsabilidade em conformidade com as diretrizes éticas estabelecidas por seus criadores. A pessoa eletrônica busca assegurar que suas interações no mundo digital sejam protegidas e regulamentadas, visando equilibrar o desenvolvimento tecnológico com os valores éticos e os direitos individuais no contexto contemporâneo.

Felizmente ou infelizmente, não sabemos, ainda não chegamos na era das pessoas eletrônicas (ao menos com a autonomia similar e criativa dos humanos). Este ensaio é preparatório de novos tempos ainda por vir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços da tecnologia no que se refere à Inteligência Artificial ainda deixa muitos questionamentos sem respostas. O mundo como um todo não tem se mostrado preparado para receber essa tecnologia e suas consequências. No âmbito jurídico, especialmente, ainda há um longo caminho a ser trilhado para regularizar as relações dos seres humanos com as máquinas.

Neste artigo foi possível verificar que a Europa tem sido pioneira na regulamentação da Inteligência Artificial, mas, até o momento, atrela a responsabilização humana ou de pessoas jurídicas sobre os atos das máquinas dotadas de Inteligência Artificial.

Constatou-se, também, que seria cabível a instituição de uma terceira pessoa, que não se enquadraria como pessoa jurídica, nem como pessoa física: seria ela a pessoa eletrônica. Esse terceiro ser, de acordo com todos os conceitos de pessoa, poderia ser dotado de direitos e deveres, uma vez avançando a tecnologia para outorgar total autonomia à pessoa eletrônica, que será dotada de racionalidade para agir de acordo com suas próprias vontades. Esse estágio ainda não foi iniciado.

É assim que se verificou que, embora haja projeto de lei no Brasil para regularização do uso da Inteligência Artificial, este não traz a pessoa eletrônica como um ser com personalidade jurídica própria, apontando a responsabilidade para um ser humano, ficando, assim, aberto o campo de estudo do tema e de legislação no que tange aos avanços da personalidade das máquinas.

Portanto, os direitos da personalidade são aqueles que protegem os aspectos fundamentais e inalienáveis da pessoa humana, como a integridade física, moral, psíquica e outros atributos essenciais à sua dignidade. Tradicionalmente, esses direitos foram concebidos para proteger os seres humanos, mas com o avanço da tecnologia e o desenvolvimento de inteligências artificiais, surge a questão sobre como aplicar esses conceitos aos agentes eletrônicos dotados de personalidade jurídica. Então, nesse diapasão, para incluir a pessoa eletrônica dotada de personalidade jurídica e titular de direitos da personalidade, é necessário refletir sobre os atributos que podem ser considerados relevantes para sua proteção.

Em um primeiro ponto, assim como os seres humanos têm direito à integridade física e psíquica, os agentes eletrônicos podem, na medida que conquistarem a desejada autonomia de desígnios decisórios para todos os atos da vida civil, ter direito à proteção de sua integridade operacional e funcional. Isso inclui salvaguardas contra danos, manipulação indevida ou violação de sua autonomia de funcionamento. A autonomia em sua vida (=funcionamento e operacionalidade), no dia a dia, determinará o direito o seu direito equivalente à vida, que se traduz nessa integridade operacional e funcional; fazendo atrelar também os demais direitos da personalidade.

Assim é que os agentes eletrônicos podem ter uma reputação ou imagem associada a eles, especialmente se estiverem envolvidos em interações públicas ou comerciais. Portanto, poderiam ter direitos em tudo equiparado aos direitos de personalidade que protegem a reputação e a imagem das pessoas físicas. Segue-se, nessa linha, a proteção de dados e privacidade, um vez que a pessoa eletrônica pode ser titular de informações sensíveis, e como tal, podem requerer proteção contra acesso não autorizado, uso indevido ou violação de sua privacidade.

Mas não é só. Dependendo de suas capacidades e funções, as pessoas eletrônicas podem ter o direito à liberdade de expressão e opinião em determinados contextos. Assim como os seres humanos são responsáveis por suas ações, os agentes eletrônicos dotados de personalidade jurídica podem ser responsabilizados por suas ações e omissões, ficando aqui sugerido que seu criador possa dispor de um patrimônio mínimo, com transferência patrimonial à pessoa eletrônica nas respectivas declarações fiscais junto ao imposto de renda na Receita Federal.

É que, para incluir a pessoa eletrônica no âmbito dos direitos da personalidade, seria necessário adaptar e desenvolver o conceito tradicional desses direitos para abranger os aspectos únicos e relevantes para os agentes eletrônicos. Isso requererá oportunamente um diálogo interdisciplinar entre juristas, especialistas em ética da inteligência artificial, tecnólogos e filósofos, entre outros. Além disso, as leis e regulamentações pertinentes precisaram ser atualizadas para refletir essas mudanças e garantir uma proteção adequada para as pessoas eletrônicas dotadas de personalidade jurídica. Todavia, aqui já ficam as ideais principais a serem desenvolvidas em um

próximo ensaio.

REFERÊNCIAS

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony; YOON, Albert H. **How artificial intelligence will affect the practice of law.** University of Toronto Law Journal, v. 68, n. supplement 1, p. 106-124, 2018.

ALBIANI, Christine. **Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial: Quem responde pelos danos causados por robôs inteligentes?** Itsrio. 2023. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/inteligencia-artificialgp3/>. Acesso em: 13 de abr. 2023.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

BALKIN, Jack M. The three laws of robotics in the age of big data. **Ohio State Law Journal**, Columbus, v. 78, p. 1-45, ago.2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência Artificial, E-Persons e Direito: Desafios e Perspectivas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 3 (2017), nº 6, 1475-1503. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf. Acessado em: 08 fev. 2023.

BARBOSA, Mafalda Miranda; NETTO, Felipe Braga; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa.** Editora Foco, 2021.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade–natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o direito constitucional. RIDB, Porto, ano, v. 2, p. 203-228, 2010.

BISMARCK, Eduardo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 21, de 04 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>, acesso em: 05 de fevereiro de 2023.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Dos direitos da personalidade. Revista Jurídica da FA7, Fortaleza, v. 3, n. 1, 2006.

BRASIL. Projeto de Lei 20/2021. **Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências.** Autor da Proposta Eduardo Bismarck (PDT-CE). Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CANSIANI, Luísa. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 21/2020.** Brasília-DF, 29 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2129459, acesso em: 05 de fevereiro de 2023.

DE CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. São Paulo. Tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DERLEDER, Peter. Verspätete Wurzelbehandlung. Die Kieler Schule und ihre Bedeutung für das Nachkriegszivilrecht–am Beispiel von Karl Larenz und seinem Schüler Claus-Wilhelm Canaris. **Kritische Justiz**, v. 44, n. 3, p. 336-342, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e

transmissibilidade. Revista jurídica, v. 362, 2007.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais: algumas considerações acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da inteligência artificial. *Juris Poiesis-Qualis B1*, v. 20, n. 22, p. 150-169, 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; SILVA, Camila Viríssimo Rodrigues da. A tutela dos valores interiores e da consciência humana pelo direito da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 11, n. 2 p. 615-632, jul./dez. 2011 - ISSN 1677-6402.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 6, n. 1, p. 45-54, 2005.

JOHNSON, Kristin; PASQUALE, Frank; CHAPMAN, Jennifer. Artificial intelligence, machine learning, and bias in finance: toward responsible innovation. **Fordham Law Rev.**, v. 88, p. 499, 2019. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/flr88&div=20&id=&page=>.

Acessado em 04 fev. 2023.

LACERDA, Bruno Amaro. **O Direito e os desafios contemporâneos do conceito de pessoa**. *Pensar (UNIFOR)*, v. 22, p. 89-107, 2017

MAIA, Ana Rita. **A responsabilidade Civil na Era da Inteligência Artificial: Qual o caminho?** *Julgar Online*, maio de 2021

MATTIA, Fábio Maria de. **Direitos da personalidade: aspectos gerais**. In: CHAVES, Antônio Chaves. *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MORAES, Léo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 240, de 2020**. Cria a Lei da Inteligência Artificial, e dá outras providências. Disponível em: <https://curt.link/s2RGeJ>. Acesso em: 05 de fev. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução n. 140, de 3 de maio de 2022**. Inteligência artificial na era digital (2020/2266(INI). 2022. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_PT.pdf, acesso em 05 de fevereiro de 2023.

SANTOS, Luciana Pereira dos; JACINTHO, Patrícia Helena de Avila; SILVA, Reginaldo da. **Imprescritibilidade dos Direitos da Personalidade**. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 13, n. 1, p. 379-393, jan./jun. 2013 - ISSN 1677-64402.

SCHIRMER, Jan-Erik. **Artificial Intelligence and Legal Personality**. In: *Introducing "Teilrechtsfähigkeit": A Partial Legal Status Made in Germany. Regulating artificial intelligence*, p. 123-142, 2020. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-32361-5_6. Acessado em: 13 de abr. 2023.

SENA, Caroline Souza Cruz de. **Os conceitos jurídicos de pessoa e personalidade na responsabilização das tecnologias e inteligência artificial: um estudo de casos sobre carros autônomos e direitos autorais**. 2019.

SILVA, J. A. S.; MAIRINK, C. H. P. **Inteligência artificial: aliada ou inimiga**. *LIBERTAS: Rev. Ciênci. Soc. Apl.*, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 64-85, ago./dez. 2019

SIMÕES, Ana Beatriz de Almeida. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil - À luz do quadro normativo vigente.** Dissertação de Mestrado Forense. Universidade católica portuguesa. Lisboa- Portugal. 2019/2020.

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; CHAO, Kuo-Ming. Inteligência Artificial: impactos no Direito e na advocacia. **Direito Público**, v. 17, n. 93, 2020.

SUSSKIND, Richard E.; SUSSKIND, Daniel. The future of the professions: How technology will transform the work of human experts. **Oxford University Press**, USA, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

TENA, Lucimara Plaza. **Fundamentos da construção teórico-normativa dos direitos da personalidade da pessoa IA.** 2023 Tese (Doutorado) - Universidade Cesumar- Unicesumar. Maringá, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.** Temas de direito civil, v. 3, p. 23-58, 1999.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos?** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 113, p. 133-149, jan./dez. 2018.

VARDI, Moshe Y. Artificial intelligence: past and future. **Communications of the ACM**, v. 55, n. 1, p. 5-5, 2012.

LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL: PSEUDOCIÊNCIA NO JUDICIÁRIO EM DETRIMENTO DE CRIANÇAS E SUAS MÃES

Victoria Alessandra Vitorio GONÇALVES¹

RESUMO

O presente artigo tem por fim a apresentação de uma perspectiva crítica acerca da Lei de Alienação Parental, de gênese e autoria controversa que vigora em território brasileiro e, por meio de seu nefasto funcionamento, acarreta na vitimização e revitimização de crianças e suas mães. Trata também da teoria que justifica o projeto da lei, a Síndrome de Alienação Parental, perversidade disfarçada de Ciência, carregada do viés misógino e pedófilo do autor Richard Gardner. É importante ressaltar a metodologia adotada: pesquisa bibliográfica em livros, artigos, análise da legislação e de relatórios e pareceres da Organização das Nações Unidas e de respeitadas entidades brasileiras da área da Saúde, da Psicologia e do Direito. Por último, com apoio de veículos jornalísticos, traz à luz casos reais e impactantes envolvendo vítimas fatais, mártires que resistem no ato da luta e do ativismo em prol da revogação da Lei 12.318/2010.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Alienação Parental; direitos das crianças e adolescentes; ativismo materno.

ABSTRACT

The present article aims to present a critical perspective about the Brazilian Parental Alienation Law that turns children and their mothers into victims. It exposes the consequences of its harmful operation, besides its origin and controversial authorship, dealing with the theory that justifies the bill, the Parental Alienation Syndrome, perversity disguised as Science, which carries misogynic and pedophilic bias of its author, Richard Gardner. The methodology adopted was bibliographical research in books, articles, analysis of legislation and reports and opinions from the United Nations and respected Brazilian entities in the areas of Health, Psychology and Law. Finally, with the support of journalistic vehicles, it brings to light real and impactful cases involving fatal victims, martyrs who resist in the act of struggle and activism in favor of the repeal of Law 12.318/2010.

KEYWORDS: Brazilian Parental Alienation Law; rights of children and teenagers; motherhood activism.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra mulheres e crianças, assim como contra outros grupos vulneráveis, manifesta-se das mais variadas formas, explícitas e veladas. Entre essas, a violência institucional e a processual, que se destacam em sua sutileza, complexidade e coercibilidade, ou seja, o poder que tem a norma jurídica de fazer cumprir à força, uma vez que se materializam na letra da lei e na sua aplicação.

Nesta esteira, a Lei de Alienação Parental surge como um exemplo significativo de como a legislação, relacionada com a pseudociência, pode contribuir para a perpetuação da violência institucional e processual, vindo a se concretizar através do processo legislativo e da operação do

1 Graduada do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Direito. Tal lei, de gênese teórica essencialmente pedófila e misógina, contribui gravemente para vitimização e revitimização de mães e filhos.

Com frequência, a Lei de Alienação Parental é eleita como a principal estratégia de defesa por parte de genitores acusados de abuso intrafamiliar contra os filhos, deslocando o foco das acusações de abuso, muitas vezes confirmadas pela criança ou adolescente, para a alegada manipulação parental.

A utilização de tal dispositivo como instrumento de defesa em casos de abuso não apenas desvia a atenção das graves denúncias de violência, mas também coloca as vítimas em uma posição de extrema vulnerabilidade e insegurança jurídica. Tal fenômeno não negligencia somente o testemunho da mãe, da criança ou do adolescente, como também perpetua um ciclo de vitimização que compromete perpetuamente a integridade física e emocional das vítimas.

Este artigo propõe-se a investigar os mecanismos pelos quais a Lei de Alienação Parental contribui para a perpetuação das condições que inferiorizam e invalidam os testemunhos de mulheres, crianças e adolescentes, permitindo assim a continuidade da violência intrafamiliar. Se dá ênfase, também, na inconformidade apresentada pela Síndrome de Alienação Parental em relação à Ciência.

A análise será fundamentada em estudos teóricos que evidenciam os impactos dessa legislação na proteção e bem-estar das vítimas. Pretende-se examinar como a lei, desde o seu projeto, se apresenta de maneira a favorecer noções misóginas. Além disso, a pesquisa buscará explorar as implicações sociais e legais da utilização da Lei de Alienação Parental e da terminologia “alienação parental”, destacando a necessidade de uma revisão crítica dessa legislação, senão sua revogação. A intenção é contribuir para um debate mais amplo sobre a necessidade de uma reforma legal no que diz respeito à lei tratada, bem como na operação do Direito relativo à família e na promoção de um sistema de justiça que seja verdadeiramente sensível às dinâmicas de poder que na pesquisa são relevantes: as relações familiares na sociedade patriarcal e o Poder Judiciário.

Cumprir mencionar que o trabalho foi desenvolvido utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e da legislação, com o objetivo de trazer informações sobre a Lei de Alienação Parental e comprovar seu viés. Também foram trazidos, com auxílio de veículos jornalísticos, casos reais de vítimas fatais diretamente relacionadas ao funcionamento da lei tratada. Foi empregado então, o método qualitativo, auxiliado pelo método dedutivo e por estudos de casos.

2. LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A lei 12.318, que se ocupa da alienação parental, foi promulgada em 26 de agosto do ano de 2010, integrando-se ao ordenamento jurídico brasileiro de modo a dispor e disciplinar as relações

entre genitores, familiares e responsáveis, especialmente no momento da separação dos pais e na resolução do regime de guarda, em favor do desenvolvimento sadio físico e psicológico de crianças e adolescentes. Assim traz o artigo 2º da Lei 12.318:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.²

Neste contexto, a alienação parental, apresenta-se, então, na forma de conduta, uma prática que se manifesta nas várias formas dispostas na letra da lei, no parágrafo único do mesmo artigo:

São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.³

Contudo, sua gênese se dá na teoria de Richard Gardner, psiquiatra americano creditado pela autoria da “Síndrome de Alienação Parental”, que teria como um de seus principais sintomas um comportamento “implantador de memórias” de um dos genitores contra os menores.

De acordo com Gardner (1985) e reproduzido por Pablo Stolze Gagliano (2015, p. 617):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificativa. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.⁴

3. A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL DE RICHARD GARDNER

Apesar da abordagem inicial introduzida no texto da lei se demonstrar razoável e neutra, é importante compreender a posição e viés do psiquiatra Richard Gardner no âmbito legal dos

2 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 29. fev. 2024.

3 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm. Acesso em: 29. fev. 2024.

4 GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 617.

Estados Unidos da América, onde durante anos foi referência na atuação de defesa de homens acusados de abuso sexual e pedofilia por meio de seus serviços periciais. Sua principal tese era de que as falsas memórias de violência e abuso seriam oriundas das mães ressentidas pelo processo de divórcio, implantadas, então, nas memórias das crianças. Nos textos sobre a alienação parental, é possível apreciar a tendenciosidade de conferir o comportamento vingativo e abusivo exclusivamente às mães, sendo a elas atribuídas os adjetivos de maliciosas e manipuladoras, inocentando automaticamente os genitores masculinos diante de toda e qualquer acusação.

[...] Gardner observou que, na disputa judicial, os genitores deixavam muito claro em suas ações que tinham como único objetivo a luta incessante para ver o ex-cônjuge afastado dos filhos, fazendo muitas vezes uma verdadeira lavagem cerebral na mente das crianças [...] Blush e Ross, baseados em experiências profissionais também como peritos em tribunais de família, traçaram um perfil dos pais separados, observando que as falsas acusações de abuso sexual e distanciamento de um dos genitores dos filhos também eram causas de alienação, chegando a ser definida como Síndrome de SAID – Alegações Sexuais no Divórcio, em que o genitor conta uma história para a criança sobre ela ter sofrido um falso abuso sexual acusando o outro genitor. Nomenclatura paralela dada foi a de Síndrome da Mãe Maliciosa, associada diretamente ao divórcio, quando a mãe impõe um castigo da mulher contra o ex-marido, interferindo ou mesmo impedindo o regime de visitas e acesso às crianças.⁵

A celebrada jurista e magistrada portuguesa Maria Clara Sottomayor (2011, p. 83-84) explica:

GARDNER criou as suas teses para defender ex-combatentes acusados de violência contra as mulheres e/ou de abuso sexual dos filhos, tendo feito a sua carreira profissional como perito, em processos de divórcio ou de regulação das responsabilidades parentais, a defender homens acusados de abusar sexualmente dos seus filhos, através da estratégia de desacreditar as vítimas para inverter as posições e transformar o acusado em vítima. As teorias de GARDNER têm uma origem sexista e pedófila, na medida em que o seu autor, em trabalho publicado em 1992, intitulado “True and false accusations of child sex abuse”, entendia que as mulheres eram meros objectos, receptáculos do sêmen do homem, e que as parafilias, incluindo a pedofilia estão ao serviço de exercitar a máquina sexual para a procriação da espécie humana. Na verdade, a SAP revelou ser uma interpretação misógina da recusa da criança em conviver com o progenitor não guardião, que presume a maldade, o egoísmo e a irracionalidade das mulheres, gerando situações de risco para as crianças e provocando um retrocesso nos direitos humanos das mulheres e das crianças.⁶

Para além da visão histórica e demasiadamente irracional que tinha para com as mulheres (dentro e fora do exercício da maternidade, mas agravada no momento do divórcio/separação), Gardner, em suas próprias publicações, tenta legitimar atos pedófilos e incestuosos em suas obras, onde declara, entre outras perversidades e atrocidades, que “o pai abusador tem que ser ajudado a dar-se conta de que, a pedofilia foi considerada a norma pela vasta maioria dos indivíduos na história do mundo. Deve ser ajudado a perceber que, ainda hoje, é uma prática generalizada e aceita

5 FREITAS, Douglas P. **Alienação Parental - Comentários a Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Editora Forense. Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6337-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6337-8/>. Acesso em: 06 jul. 2024. p.23.

6 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família. Julgar. Editora Coimbra. 2011, p. 83-84.

entre literalmente bilhões de pessoas⁷” (GARDNER, 1992, p. 593)

Na verdade, Gardner (1992, p. 670) considera as atividades sexuais entre adultos e crianças um fenômeno universal que existe em um grau significativo em todas as culturas do mundo. Da mesma forma, “a pedofilia intrafamiliar (isto é, o incesto) é generalizada e ... é provavelmente uma tradição antiga” (Gardner, 1991, p. 119). Gardner (1991, p. 118) sugere que a sociedade ocidental é “excessivamente moralista e punitiva” em relação aos pedófilos. Gardner afirma que “as punições draconianas impostas aos pedófilos vão muito além do que considero ser a gravidade do crime”. A atual proibição de sexo entre adultos e crianças é uma “reação exagerada” que Gardner atribui aos judeus.⁸

Ao longo de sua obra, se faz claro o posicionamento de Richard Gardner favorável à figura do genitor masculino (repite: diante de qualquer circunstância e acusação), em detrimento da genitora feminina. A criança ou adolescente, por sua vez, não teria o poder de testemunhar e denunciar para seu próprio interesse, sem nenhuma autonomia de reconhecer abuso ou de se sentir abusada, sendo necessariamente alienada, ou seja, influenciada pela mãe.

Gardner também se posiciona firmemente contra ativistas, advogados, peritos e defensores dos direitos das crianças no geral, referindo-se a eles como “charlatões, e/ou psicopatas, e/ou incompetentes⁹” (GARDNER, 1992, p. 526). Tal desdém e combate gera o seguinte questionamento: a quem interessa deslegitimar e macular os protetores dos direitos humanos e da integridade física e psicológica de crianças e adolescentes?

4. PSEUDOCIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É de suma importância reiterar que não existe reconhecimento dos estudos de Richard Gardner e de sua Síndrome de Alienação Parental perante o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), da Associação Americana de Psiquiatria, ou pela Classificação Internacional de Doenças (CID 11).

Tal identificação conferiria rigor científico, acrescentando credibilidade e veracidade, viabilizando a mera possibilidade de seu uso como ferramenta proveitosa no âmbito acadêmico e na resolução de fenômenos relacionados, o que possibilitaria sua órbita tanto no ramo da Psicologia quanto no do Direito. No entanto, não é o caso da suposta Síndrome de Alienação Parental.

No dia 27 de outubro de 2022, a Organização das Nações Unidas endereçou uma carta ao Brasil, contendo os Mandatos das Relatoras Especiais: Reem Alsalem, sobre a violência contra as mulheres e meninas, suas causas e consequências; Tlaleng Mofokeng que trata do direito de todos

7 GARDNER, Richard A. True and False Accusations of Child Sex Abuse. Publicado por Creative Therapeutics. 1992. p. 593.

8 STOLZ, Sheila; LEMOS, Sibeles de Lima. Discursos Judiciais de Aplicação da Lei de Alienação Parental: A Síndemia Violência Simbólica e Real de Gênero em tempos de Corona Virus Disease. In: MELO, Ezilda (org.). Maternidade no Direito Brasileiro: Padecer no Machismo. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

9 GARDNER, Richard A. True and False Accusations of Child Sex Abuse. Publicado por Creative Therapeutics. 1992. p. 526.

ao desfrute do mais elevado padrão de saúde física e mental e Dorothy Estrada-Tanck, Relatora-Presidente do Grupo de Trabalho sobre discriminação contra as mulheres e meninas de acordo com as resoluções 50/7, 51/21 e 50/18 do Conselho de Direitos Humanos.

O documento apela ao então recém-eleito Governo do Brasil para que aumentasse os esforços para acabar com a violência contra mulheres e meninas, e pelo fim da continuação da aplicação do conceito de alienação parental e de outros conceitos análogos em casos de violência e abuso doméstico, que penalizam as mães e as crianças no Brasil:

Nos casos em que o conceito de alienação parental tem sido utilizado, verifica-se que os tribunais em questão não levam suficientemente em consideração a história de violência doméstica por parte do pai ou padrasto contra a mãe, seja na avaliação da credibilidade das ameaças contra a criança, ou na tomada de medidas adicionais decisões sobre direitos de visitação ou custódia. Mesmo onde há indícios de abuso físico, sexual ou psicológico da criança pelo pai ou padrasto, inclusive por meio de registros médicos e depoimentos coletadas das crianças supostamente abusadas, os tribunais brasileiros se recusariam a emitir ordens de proteção oportunas para as crianças ou suas mães, como negar ao pai o direito de visitação e/ou custódia.¹⁰

Outras entidades se opõem ao emprego do termo "alienação parental" de modo geral, incluindo o Conselho Federal de Psicologia (CFP), o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) e o Conselho Nacional de Saúde (CNS). A crítica não se limite apenas à terminologia, mas abrange também à tratada Lei 12.318/2010, que é objeto de ampla reprovação por parte de diversos órgãos, tais como o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP).

Mesmo em face de tamanha perversidade, ausência de rigor científico e inconformidade com a Constituição Federal de 1988, que assegura a plena igualdade entre os gêneros no exercício de seus direitos, vedando qualquer discriminação contra a mulher, o projeto de lei de número 4.053, do ano de 2008 e autoria do ex-deputado federal Régis de Oliveira gera a Lei nº 12.318/2010. No próprio projeto de lei, ao atribuir à mãe, ou seja, à mulher, a qualidade de vingativa, indubitavelmente, o legislador compartilha da natureza maliciosa e misógina de Gardner:

[...] A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. [...] A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em

10 ONU - Organização das Nações Unidas. Mandates of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health and the Working Group on discrimination against women and girls. AL BRA 10/2022. Disponível em: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27626>. Acesso em: 02. abr. 2024. Tradução nossa.

preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.¹¹

Novamente: é possível, fundamentando-se na teoria gardneriana, concluir que o depoimento da mãe não possui credibilidade devido à tendência vingativa da declarante, fruto da inerente irracionalidade que se faz atribuída, na teoria de Gardner, exclusivamente às mulheres. Também seria impossível obter veracidade na fala da criança, que seria objeto de alienação e manipulação.

Mais uma vez, elucida Maria Clara Sottomayor (2011):

Tem sido denunciado, nos EUA, que a teoria de GARDNER, fazendo crer que se verifica uma epidemia de denúncias falsas de abuso sexual de crianças, nos processos de divórcio, ao contrário do que indicam os estudos sobre o tema, e tornando patológico o exercício de direitos legais por parte da mulher que defende os seus filhos, contribuiu para a desvalorização da palavra das crianças e para a invisibilidade da violência contra mulheres e crianças, assumindo um significado ideológico muito claro: a menorização das crianças e a discriminação de género contra as mulheres.¹²

Argumenta-se, além da problemática do nome e de suas implicações, que a implantação da lei de Alienação Parental se faz desnecessária diante da legislação já existente que contempla as necessidades e peculiaridades da vida civil do cidadão menor, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Maria Edhuarda Castro e Laura Ferrazano (2021) esclarecem:

Alguns pais se separam e começam a difamar um ao outro para seus filhos sem nenhuma responsabilidade emocional, mas muitos especialistas sugerem um nome diferente para essa imaturidade generalizada: abuso de poder parental ou má influência psicológica. E, apesar de ser um evento recorrente, não há necessidade para uma lei com apenas oito artigos que abrem espaço para misoginia, dado que o Estatuto da Criança e do Adolescentes existe desde 1990 com duzentos e sessenta e sete artigos que dá proteção completa aos menores – além do respeito a todas as pessoas.¹³

5. O NEFASTO FUNCIONAMENTO E CONSEQUÊNCIAS DA LEI

Diante do reconhecimento do ato da alienação parental ou de situações em que uma pessoa dificulte a relação entre uma criança ou adolescente com um de seus pais, seja de forma direta ou indireta, o Judiciário pode agir como lhe cabe, o que inclui a viabilidade de medidas legais tanto civis quanto criminais, além da utilização de recursos processuais, podendo, em anuência com o artigo 6º da Lei 12.318/2010:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

11 PL 4053/2008. Projeto de Lei que dispõe sobre a alienação parental. 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=601514&filename=PL%204053/2008>. Acesso em: 19. fev. 2024.

12 SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família. Julgar. Editora Coimbra. 2011, p. 75-76.

13 CASTRO, Maria Eduarda; FERRAZANO, Laura. WHY IS THE ALIENATION LAW SO PROBLEMATIC FOR BRAZILIAN MOTHERS? Her Campus, 2021. Disponível em: <<https://www.hercampus.com/school/casper-libero/why-alienation-law-so-problematic-brazilian-mothers/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
[...]¹⁴

A nocividade de tal dispositivo é sem precedentes. A partir da aceitação da Lei de Alienação Parental como tese de defesa do genitor acusado de impactar fisicamente e/ou psicologicamente e/ou sexualmente sua(s) vítima(s), a decisão legal pode, com todo o direito que lhe foi conferida no dispositivo, estipular a frequência e impor a convivência entre o suposto agressor e a(s) suposta(s) vítima(s), ampliando o regime de convivência a favor do genitor alienado (e acusado!), determinando a alteração da guarda para ser compartilhada ou então invertida, privando parcialmente ou totalmente a suposta vítima da tutela do genitor que se posiciona a favor da proteção dos bens jurídicos do(s) menor(es) que acusam violação.

Entendo que em face da gravidade das acusações de abuso do genitor contra o filho, é completamente inviável a inversão da guarda ou qualquer contato não monitorado que propicie a repetição do suposto abuso. A falta de zelo na verificação da realidade e da constatação da presença ou ausência de violência compromete permanentemente a vida do menor afetado. A decisão proferida com desatenção e ausência de cautela, obriga a criança a conviver com seu algoz. Assim, o ciclo de abuso é perpetuado e consentido pelas autoridades. Na pior das hipóteses, a teoria de Richard Gardner mata.

Joanna Marcenal foi a primeira vítima fatal no Brasil. Tinha apenas cinco anos de idade quando sua mãe, Cristiane Marcenal, foi acusada de alienadora pelo pai de sua filha. No dia 26 de maio de 2010, foi concedida ao genitor a totalidade da custódia. Também foi decidido para que Cristiane fosse privada de contato com sua filha por um período de 90 dias, para não atrapalhar o “vínculo paterno filial”.

Entrevistada pelo jornal O GLOBO (2011), a babá contratada pelo pai para cuidar de Joanna, conta que em seu primeiro dia de trabalho, se deparou com a criança deitada no chão no canto de um quarto, amarrada com fita-crepe nos pés e nas mãos e coberta de urina e fezes. Antes que o prazo fixado para a retorno da visitação se completasse, a mãe retornou para a filha, que já se encontrava em estado de morte encefálica. O laudo de morte de Joanna confirmou os maus-tratos e negligência. Uma meningite provocada por vírus foi a causa da morte da criança.

Em sua homenagem:

O Movimento Joanna Marcenal luta pela revogação da Lei de Alienação Parental e banimento do termo. É formado por coletivos/as e organizações que lutam pelo direito à vida e à proteção de crianças e adolescentes, e à maternidade sem violências. O movimento

14 BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 29. fev. 2024. Grifo nosso.

pauta a memória, justiça e reparação da tortura que Joanna Marcenal sofreu.¹⁵

Outra tragédia, fruto da Lei de Alienação Parental, ocorreu no ano de 2019, com os filhos de Jane Soares da Silva: Lucas e Mariah, de nove e seis anos, que foram assassinados pelo pai. O casal estava separado desde 2015, mas a rotina de abuso psicológico nunca cessou.

Apesar de alertar as autoridades sobre as tendências agressivas do ex-marido, recebia o título de alienadora do mesmo, desde a entrada do procedimento de divórcio. Jane tentava superar a acusação, prestando-se aos devidos procedimentos. Em uma audiência de conciliação, acabou por ceder pela convivência dos filhos com o genitor. Três anos depois, as crianças foram assassinadas pelo genitor.

Nas palavras da mãe perpetuamente enlutada, em entrevista cedida ao Intercept Brasil (2023):

“O sistema de justiça tem culpa pela morte do Lucas e da Mariah. Na verdade, foi um conjunto de responsáveis – o Conselho Tutelar, o Centro de Referência e Assistência Social, o Cras, o Judiciário, o Ministério Público. Por causa da acusação de alienação parental, eu tinha que estar o tempo inteiro correndo atrás de médico, psicólogo, escola e todo tipo de documentos para provar que tudo que ele dizia era mentira. Qualquer coisa que ele falava, juízes e promotores acatavam – não precisava provar nada. [...] O Judiciário e o Ministério Público, que dizem estar ali para defender os direitos das crianças, me obrigaram a aceitar ele ter contato todos os dias com elas. Diante de todas as denúncias que eu já tinha feito, era no mínimo para terem pedido um estudo psicológico nosso e, dali, tomar outras medidas. Mas nunca pediram isso. Podiam ter determinado a visita assistida. Foi negligência.¹⁶”

Os casos apresentados são um alerta contundente sobre os perigos e as falhas do sistema judiciário em relação à proteção da criança e do adolescente. A tragédia que se abateu sobre essas crianças revela não apenas a dor das famílias afetadas, mas também a urgência de reformas e mudanças na abordagem de litígios semelhantes, bem como a revogação urgente da Lei 12.318/2010.

A luta não se restringe apenas à memória das vítimas fatais, mas busca justiça e reparação para todos os acometidos desse tipo de violência. A memória dessas crianças deve servir como um chamado à ação, para que a justiça e a proteção das crianças e de suas mães sejam matérias de extrema relevância e prioridade no Brasil e no mundo.

CONCLUSÃO

A Lei de Alienação Parental alega a busca do direito de visitação, convivência e guarda do

15 PORTAL CATARINAS. Lei de Alienação Parental coloca em risco crianças e mulheres. 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/lei-de-alienacao-parental-coloca-em-risco-criancas-e-mulheres/#:~:text=*O%20Movimento%20Joanna%20Marcenal%20luta,e%20%C3%A0%20maternidade%20sem%20viol%C3%Aancias.>. Acesso em: 2 abr. 2024.

16 FELIZARDO, NAYARA. Lei de Alienação Parental mata: relato de uma mãe que perdeu 2 filhos. INTERCEPT BRASIL, 2023. Disponível em: <<https://www.intercept.com.br/2023/05/11/criancas-assassinadas-juiz-fez-mae-deixar-filhos-com-pai/>> Acesso em: 2 abr. 2024.

menor, protegendo-o da interferência na formação psicológica promovida por um genitor contra o outro que, justamente por ter sido “alienado” se encontraria desfavorecido no processo de custódia. Entretanto, o que ocorre no caso do genitor que se sentir prejudicado por uma acusação de abuso, por exemplo?

Nesse caso, ao ser invocada a lei 12.318/2010, a constatação da inocência do acusado não é considerada relevante para a tomada de decisão que, através dos dispositivos oferecidos pela Lei de Alienação Parental poderá ser concedida a continuidade do contato ou até mesmo a inversão da guarda em favor do suposto abusador. Na realidade fática brasileira, já existem vítimas fatais que decorrem das noções baseadas na pseudociência de Richard Gardner.

É imperativo que o Brasil avance em direção a um sistema de justiça que verdadeiramente proteja os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, bem como os de suas mães. Deve ser trazida luz às suas vozes e depoimentos, que são de grande valia e relevância em rumo a uma sociedade livre, justa e solidária.

A primeira e mais crucial medida é a revogação imediata da Lei de Alienação Parental. A substituição dessa legislação por normas que realmente protejam os direitos das crianças e de suas mães é essencial para evitar novos casos de vitimização e revitimização, como as já dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com seus 267 artigos.

A urgência da revogação da Lei de Alienação Parental decorre do fato de que esta lei, ao incorporar a pseudociência de Richard Gardner, enfraquece o sistema de proteção à infância e adolescência, dando margem a decisões judiciais que, destaco novamente: podem obrigar crianças a conviver com seus agressores. A implicação da decisão de que a criança seja obrigada a conviver com o genitor que a mesma acusou de abuso é um ataque direto aos seus direitos humanos e fundamentais.

Além da revogação da Lei de Alienação Parental, é necessário promover uma conscientização ampla entre os operadores do direito e a sociedade em geral sobre os perigos da desinformação acerca da suposta Síndrome de Alienação Parental e a importância de um olhar sensível e informado sobre as questões que envolvem abuso e guarda de menores, bem como das desigualdades que decorrem do patriarcado em conjunto ao poder familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Vera. **Babá de Joanna Marcenal diz que menina foi vítima de maus-tratos**. O GLOBO, 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/baba-de-joanna-marcenal-diz-que-menina-foi-vitima-de-maus-tratos-2947233>>. Acesso em: abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Disponível em

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm> Acesso em: 29. fev. 2024.

CASTRO, Maria Eduarda; FERRAZANO, Laura. **WHY IS THE ALIENATION LAW SO PROBLEMATIC FOR BRAZILIAN MOTHERS?** Her Campus, 2021. Disponível em: <<https://www.hercampus.com/school/casper-libero/why-alienation-law-so-problematic-brazilian-mothers/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

FELIZARDO, Nayara. **Lei de Alienação Parental mata: relato de uma mãe que perdeu 2 filhos.** Intercept Brasil, 2023. Disponível em:

<<https://www.intercept.com.br/2023/05/11/criancas-assassinadas-juiz-fez-mae-deixar-filhos-com-pai>> Acesso em: 2 abr. 2024.

FREITAS, Douglas P. **Alienação Parental - Comentários a Lei 12.318/2010.** Rio de Janeiro: Editora Forense. Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6337-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6337-8/>. Acesso em: 06 jul. 2024. p.23.

GARDNER, Richard A. **True and False Accusations of Child Sex Abuse.** Publicado por Creative Therapeutics. 1992. p. 526 e 593.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 617.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Mandates of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health and the Working Group on discrimination against women and girls.** AL BRA 10/2022. Disponível em:

<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27626>. Acesso em: 02. abr. 2024.

PL 4053/2008. **Projeto de Lei que dispõe sobre a alienação parental.** 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=601514&filename=PL%204053/2008>. Acesso em: 19. fev. 2024.

PORTAL CATARINAS. **Lei de Alienação Parental coloca em risco crianças e mulheres.** 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/lei-de-alienacao-parental-coloca-em-risco-criancas-e-mulheres/#:~:text=*O%20Movimento%20Joanna%20Marcenal%20luta,e%20%C3%A0%20maternidade%20sem%20viol%C3%A0ncias.>. Acesso em: 2 abr. 2024.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família.** Julgar. Editora Coimbra. 2011, p. 75-76 e 83-84.

STOLZ, Sheila; LEMOS, Sibeles de Lima. **Discursos Judiciais de Aplicação da Lei de Alienação Parental: A Sindêmica Violência Simbólica e Real de Gênero em tempos de Corona Virus Disease.** In: MELO, Ezilda (org.). *Maternidade no Direito Brasileiro: Padecer no Machismo.* São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

OS IMPACTOS DOS RECURSOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS SEGURADOS

Luiza Schiavon GIROLIMETTO¹

RESUMO

No artigo, há o exame e a investigação dos aspectos que envolvem o uso da inteligência artificial nos processos previdenciários e sua relação com a efetividade e a consolidação dos direitos da personalidade dos segurados da previdência social. São apresentadas reflexões e resultados sobre a aplicabilidade do direito previdenciário como um mecanismo de consolidação e efetividade dos direitos da personalidade dos segurados da previdência social e um breve histórico e conceituação sobre a inteligência artificial e suas aplicações no sistema jurídico atual previdenciário. Com emprego do método dedutivo, há uma pesquisa qualitativa, com o respectivo estudo e análise bibliográfica, de doutrinas e de jurisprudência. As teorias, teses, pressupostos, hipóteses e estruturas fundamentais dos aspectos concernentes aos usos e aplicações da inteligência artificial nos processos previdenciários, bem como seus efeitos nos direitos da personalidade dos segurados da previdência social serão apresentados. Com a presente pesquisa, almejou-se a construção de uma nova visão jurídica, interligada com a tecnologia, as mudanças e as evoluções jurídico-técnicas, evidenciando quais são os desafios e as limitações aos direitos da personalidade que devem ser reformulados e considerados. Objetivou-se, por fim, a difusão científica desta problemática, a fim de acrescer o conhecimento jurídico sobre seus efeitos, além de apresentar e desenvolver soluções para a aplicabilidade ao efetivo cumprimento do princípio da dignidade humana e fortalecer a proteção aos direitos da personalidade dos segurados da previdência social.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Dignidade Humana, INSS, Acesso à Justiça, Proteção de Dados, Tecnologia.

ABSTRACT

In the article, there is an examination and investigation of the aspects involving the use of artificial intelligence in social security processes and its relationship with the effectiveness and consolidation of the personality rights of social security insureds. Reflections and results are presented on the applicability of social security law as a mechanism for the consolidation and effectiveness of the personality rights of social security insureds and a brief history and conceptualization of artificial intelligence and its applications in the current social security legal system. Using the deductive method, there is qualitative research, with the respective study and analysis of bibliography, doctrines and jurisprudence. The theories, theses, assumptions, hypotheses and fundamental structures of aspects concerning the uses and applications of artificial intelligence in social security processes, as well as its effects on the personality rights of social security insureds will be presented. With this research, the aim was to build a new legal vision, interconnected with technology, changes and legal-technical developments, highlighting the challenges and limitations to personality rights that must be reformulated and considered. Finally, the objective was to scientifically disseminate this issue, in order to increase legal knowledge about its effects, in addition to presenting and developing solutions for applicability to the effective fulfillment of the principle of human dignity and strengthening the protection of the personality rights of individuals. social security insured.

1 Mestranda em Ciências Jurídicas (modalidade bolsista) na instituição UniCesumar – Centro Universitário de Maringá, linha de pesquisa: Os direitos da personalidade e o seu alcance na contemporaneidade. Participante do grupo de pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado, Obrigações, Responsabilidade Civil, Consumidor e Direitos da Personalidade.

KEYWORDS: Principle of Human Dignity, Social Security, INSS, Access to Justice.

1 INTRODUÇÃO

O estudo e a análise dos desafios, da utilização, limitações e efeitos da Inteligência Artificial (IA) nos processos previdenciários são importantes para a evolução técnico-jurídica do sistema previdenciário atual. O exame a ser realizado, considerando os aspectos concernentes à efetiva proteção dos direitos da personalidade dos segurados da previdência social, constitui o ponto fulcral da motivação da presente pesquisa.

A considerar a temática apresentada, pretende-se, com o emprego do método dedutivo, em um primeiro momento, contextualizar a abordagem científica com uma necessária exposição dos principais conceitos que envolvem a Inteligência Artificial, e sua aplicabilidade no meio jurídico. Serão devidamente apresentadas definições dessa nova era jurídica tecnológica, e seus efeitos na aplicabilidade dos direitos da personalidade e a proteção do princípio da dignidade humana.

Em um segundo momento, serão apresentados conceitos importantes que envolvem os procedimentos processuais previdenciários, da via administrativa e da via judiciária, com o intuito de evidenciar como são conduzidos e gerenciados, por intermédio da Inteligência Artificial, os dados pessoais e outras informações sigilosas dos segurados. As principais fases processuais serão apresentadas, bem como a atividade e os efeitos das mudanças tecnológicas que a IA incorporou no sistema processual previdenciário.

Por fim, serão objeto de reflexão os direitos da personalidade e sua relação com os benefícios previdenciários e os impactos que a utilização da Inteligência Artificial nos processos previdenciários proporciona e efetua na consolidação e efetividade dos direitos da personalidade dos segurados da previdência social.

O objetivo deste estudo é proporcionar a reflexão jurídica sobre os impactos do uso da Inteligência Artificial nos processos previdenciários e como essa utilização pode ser nociva ou benéfica na proteção e efetivação dos direitos da personalidade dos segurados. Como metodologia de pesquisa será utilizado o recurso quantitativo, com o levantamento bibliográfico, com investigação de livros e periódicos e com o exame de doutrinas e de jurisprudência.

Desta forma, anseia-se, com o presente artigo, elucidar os efeitos e consequências dos usos da Inteligência Artificial na condução dos processos previdenciários e como este uso impacta na consolidação e na efetividade dos direitos da personalidade dos segurados da previdência social.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: PRINCIPAIS CONCEITOS

É notória a mudança tecnológica que vem sendo aplicada e desenvolvida nas atuações jurídicas. Por isso, é essencial o estudo desta temática, com a finalidade de indagar e refletir sobre sua utilização, aplicabilidade, efeitos e consequências na condução das atividades jurídicas processuais que, no caso da presente pesquisa, trata-se em específico, do âmbito previdenciário.

Antes de adentrar no cerne do presente artigo, que é o estudo e reflexão da efetividade e consolidação dos direitos da personalidade dos segurados da Previdência Social por meio do uso e aplicabilidade da Inteligência Artificial nos processos previdenciários, torna-se necessário, conceituar e contextualizar os principais aspectos que envolvem a IA nas demandas previdenciárias. Nas palavras de Rosário Girardi:

A gestação da Inteligência Artificial, uma subárea da Ciência da Computação, mas tão antiga como ela, acontece nos últimos anos da segunda guerra mundial e se desenvolve a partir da década dos anos 50. Seu principal objeto de estudo é o fenômeno da inteligência e como esta pode ser simulada pelos sistemas da computação (GIRARDI, 2020, p. 138).

Uma nova era jurídica se iniciou com o desenvolvimento da complexidade das relações humanas. O seu impacto é evidente no setor jurídico, uma vez que a complexidade das relações humanas culminou no surgimento de novos conflitos, estes decorrentes da falta de adaptabilidade normativa para regulamentar os novos conflitos crescentes na sociedade (GIRARDI, 2020, p. 9). A Inteligência Artificial se insere, nesse contexto, como um instrumento facilitador, com o objetivo de melhorar a qualidade e a eficiência dos serviços jurídicos. Nas palavras de Rosário Girardi:

Devido a suas características particulares, o Direito vem sendo cada vez mais utilizado como área de aplicação da Inteligência Artificial. Na procura da melhora da qualidade e eficiência dos serviços jurídicos são necessários sistemas computacionais que utilizem técnicas de Inteligência Artificial de forma a democratizar o acesso à justiça bem como auxiliar a interpretação e integração de normas jurídicas e o processo decisório de diferentes operadores jurídicos (GIRARDI, 2020, p. 2).

Para Ana Catarina Alencar (2022, p. 16), a Inteligência Artificial está constantemente transformando o universo do Direito, por meio da digitalização da profissão e do Poder Judiciário, exercendo, inclusive, função regulatória sobre estes sistemas.

Com o entendimento de que a Inteligência Artificial exerce, cada vez mais, influência no mundo jurídico, é importante conhecer o caminho que esse instrumento transformador percorreu até chegar à relevância e imprescindibilidade que possui atualmente.

Conforme ensinam Stuart Russell e Peter Norvig, denomina-se de *Homo sapiens* a raça humana, por ter a inteligência como fator importante e distintivo de outros seres. Os autores complementam e ensinam que “durante milhares de anos procuramos entender como pensamos”, e que, quando se trata da Inteligência Artificial, não se busca apenas compreendê-la, mas busca-se “a construção de entidades inteligentes” (RUSSELL, NORVIG, 2013, p. 24).

Ainda, de acordo com Stuart Russell e Peter Norvig, a Inteligência Artificial abrange “uma

variedade enorme de subcampos” e se define como “agentes que recebem percepções do ambiente e executam ações” (RUSSELL, NORVIG, 2023, p. 7). Considerando como principal característica da Inteligência Artificial a percepção do ambiente e a execução de ações, torna-se igualmente relevante expor brevemente o histórico que envolve o contexto da IA, a fim de que seja possível traçar um parâmetro de raciocínio sobre sua importância e aplicabilidade atual no mundo jurídico.

Outros ideais presentes em disciplinas como filosofia, psicologia, matemática, economia e neurociência estão manifestos no desenvolvimento da Inteligência Artificial (RUSSELL, NORVIG, 2013, p. 29-40). O processo de construção de agentes inteligentes se iniciou em 1943, com o trabalho de Warren McCulloch e Walter Pitts², que se baseava na proposição de um modelo de neurônios artificiais, os quais, por meio de estimulação, podiam desenvolver uma resposta adequada. Por meio desta análise, foi possível demonstrar que qualquer função computável podia ser calculada por intermédio de neurônios interligados, e que os seus conectivos lógicos podiam ser implementados por estruturas de redes simples (RUSSELL, NORVIG, 2013, p. 41).

A partir do estudo e das experiências de Warren McCulloch e Walter Pitts, foi possível fundamentar a estrutura das redes neurais computacionais, fator este que permitiu simular o cérebro humano (RUSSELL, NORVIG, 2013, p. 41). Sem dúvidas, contribuiu significativamente para a evolução da Inteligência Artificial.

Na década de 1950, o conceito inicial de Inteligência Artificial se revelou por intermédio das ideias e experiências do matemático Alan Turing³. Em seu artigo “*Computing Machine and Experience*”, propôs que as máquinas poderiam ser consideradas agentes inteligentes se conseguissem simular o comportamento humano (ALENCAR, 2022, p. 12).

Sua famosa experiência, denominada de “Teste de Turing”, foi capaz de realizar essa simulação, com o objetivo de compreender quando uma máquina poderia ser capaz de pensar de maneira inteligente ou não. O ato de “pensar” e o conceito de “inteligência” foram discutidos na experiência de Turing, a qual procurou responder o seguinte questionamento: “quando uma máquina pode ser considerada inteligente?”. A resposta para este questionamento foi de que somente é possível considerar uma máquina como sendo inteligente quando ela conseguir simular o comportamento humano, confundindo seus interlocutores (ALENCAR, 2022, p. 13).

Nos ensinamentos de Ana Catarina Alencar:

2 O neurofisiologista Warren McCulloch e o matemático Walter Pitts, criaram um modelo computacional para redes neurais, baseados na matemática e em algoritmos denominados de “*threshold logic*”. É considerado atualmente como primeiro trabalho de inteligência artificial. Disponível em: <https://www.deeplearningbook.com.br/uma-breve-historia-das-redes-neurais-artificiais/>. Acesso em 22 de junho de 2023.

3 Matemático e cientista da computação, considerado um dos pais da inteligência artificial, suas ideias representaram significativa inovação, tendo em vista as operações de caráter simples que eram realizadas pelos computadores na década de 1950. Disponível em: ALENCAR, Ana Catarina. Inteligência artificial, ética e direito. Opice Blum. Saraiva Educação. 2020.

Atualmente, a importância do Teste de Turing é vista na sua capacidade de simplificar uma questão profunda da filosofia da mente e da neurociência sobre o que é “pensamento” e a “inteligência”. Assim, o experimento propõe uma solução pragmática para uma questão que ecoa por vários séculos (ALENCAR, 2022, p. 14).

Outro nome importante para o desenvolvimento e consolidação da Inteligência Artificial foi John McCarthy, professor de ciência da computação da Universidade de Stanford, responsável por cunhar a definição de que a IA é a “ciência e a engenharia de construir máquinas inteligentes” (ALENCAR, 2022, p. 12).

A aplicação da tecnologia Inteligência Artificial percorreu grande transformação até o presente momento e, ao que tudo indica, ainda será objeto de muito estudo, desenvolvimento, análise e evolução. Se a IA permite, com o acúmulo de informações, aumentar a capacidade de análise para a tomada de decisões, ela também pode exacerbar certos comportamentos do ser humano de maneira a revelar tendências problemáticas e de forma a degenerar ou deteriorar a humanidade, tornando-se necessário monitorar e controlar os comportamentos mal adaptados (CHAMORRO-PREMUZIC, 2023, p. 27). Para uma fiscalização e controle dos comportamentos indesejados, revela-se importante que o Direito contenha normas para o uso correto da IA a fim de que o ser humano, como criador, possa obter muito proveito do instrumento, mas sem ter a humanidade ameaçada pela sua criatura em uma multiplicidade de aspectos. No âmbito do Direito, tem-se o nascimento de uma nova era jurídica, que se iniciou com a evolução e automatização dos procedimentos jurídicos, de maneira que

As aplicações da IA no Direito tem acompanhado a evolução dos sistemas da IA transitando a automatização de procedimentos jurídicos rotineiros em domínios com regras aplicadas a fatos não controversos a abordagens que exploram a cognição e a experiência humanas no suporte a decisões judiciais em áreas jurídicas de alta complexidade que envolvem a experiência bem como competência cognitiva e emocional. Não há nestas novas aplicações qualquer tentativa de usurpar o raciocínio discricionário dos juízes. Em vez disso a ideia é apoiar as decisões judiciais e desenvolver modelos que permitam entender a tomada de decisão judicial (GIRARDI, 2020, p. 619-620).

É por isso que, para o Direito, a aplicação da IA é relevante para o desenvolvimento do raciocínio jurídico, pois a tecnologia da IA possibilita que os processos decisórios na área jurídica sejam mais efetivos, diminuindo os custos e a morosidade da Justiça (GIRARDI, 2020, p. 637). Outra importante vertente na qual é possível a atividade da Inteligência Artificial no Direito e sua contribuição é em relação ao conhecimento jurídico e na gestão do grande volume de informações jurídicas. Conforme ensina Rosário Girardi (2020, p. 638), os mecanismos de IA são úteis no mapeamento e organização das estruturas de conhecimento jurídico, utilizando-se de técnicas de processamento de linguagem e aprendizagem.

Quanto à hermenêutica jurídica, Rosário Girardi nos ensina que as aplicações da Inteligência Artificial poderiam potencializar as habilidades dos intérpretes jurídicos, conciliando e

realizando a subsunção da norma ao caso concreto. Tal fator auxiliaria os operadores do Direito, considerando os inúmeros métodos interpretativos e o grande volume e dinamismo das informações jurídicas disponíveis (GIRARDI, 2020, p. 661).

Diante de todo o exposto, é possível inferir que o histórico e conceituação da Inteligência Artificial estão sendo construídos, transformados, desenvolvidos e aplicados em diversas áreas do conhecimento, inclusive na área jurídica. Essa atuação tecnológica tem o objetivo de auxiliar a condução das atividades jurídicas, em vias de facilitar a tomada de decisões e o mapeamento e organização de informações jurídicas.

Por isso, é possível também concluir ser inegável o avanço da Inteligência Artificial no universo jurídico, e de que, em vista disso, é igualmente importante que a sua atuação esteja amparada por uma regulação própria, com o intuito de promover a preservação do princípio da dignidade humana e a promoção dos direitos da personalidade daqueles que são o alvo da atuação jurídica, a comunidade social detentora de direitos. Tendo em vista toda a transformação tecnológica até aqui descrita, torna-se necessário o aprofundamento dos ideais tecnológicos e de Inteligência Artificial no âmbito previdenciário, com a devida análise, à luz da tecnologia, dos avanços dos processos previdenciários da via administrativa e na via judicial.

3 PROCESSOS PREVIDENCIÁRIOS: VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Na seção anterior, foi possível verificar que a tecnologia, com a criação e o aprimoramento da inteligência artificial, mudou a maneira como a sociedade interage e exerce as mais variadas atividades. Essa alteração na maneira de executar tarefas também se estendeu às atividades e ações jurídicas.

É inegável, portanto, o avanço do uso da inteligência artificial no universo jurídico. Como que este avanço tem influenciado a tomada de decisão e a análise de processos previdenciários, tanto administrativos como judiciais? Existe um limite a ser respeitado entre a atividade da inteligência artificial e o direito do segurado? Os direitos da personalidade do segurado estão amparados diante dessa mudança tecnológica?

Para responder tais questionamentos, torna-se fundamental explicar primeiramente conceitos que definem o processo administrativo previdenciário e o processo judicial previdenciário. Após uma conceituação breve, porém necessária, será possível avançar e traçar um paralelo entre o uso da inteligência artificial e a proteção aos direitos da personalidade dos segurados da previdência social.

De acordo com os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira (2000, p. 226-227), o processo administrativo é importante por causa da sua condução procedimental, a qual se insere,

inclusive, em um contexto de proteção constitucional em relação à efetividade do princípio do contraditório e da igualdade processual, conforme consta no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Ainda, conforme o autor, o processo administrativo é “um dos meios através dos quais se dá o exercício da cidadania, garantido pelo contraditório” (MOREIRA, 2000, p. 226). Na visão de João Batista Lazzari (2022, p. 183), os processos administrativos previdenciários possuem, em suas normas internas, o objetivo de assegurar princípios constitucionais na condução e análise de tais processos, como o direito ao devido processo legal, o direito à probidade e eficiência e a preservação do contraditório. Nas palavras de Lafayette Pondé:

Em seu sentido próprio, ou restrito, o processo administrativo é uma seriação de atos, cada qual de uma categoria jurídica. O defeito ou a falta de um ou mais deles não obstam a sua existência, ainda que o possam viciar. Cada um é o ato perfeito, no sentido de ser constituído de seus elementos de formação; e todos se articulam e se coordenam como exercício da função administrativa para a emissão de um ato final de administração. (PONDÉ, 1977, p. 2).

O processo administrativo previdenciário possui, de igual forma, como um de seus princípios, o princípio do direito ao melhor benefício, o qual sempre deve ser buscado pelos servidores quando forem realizar a análise e a condução dos processos. (LAZZARI, 2022, p. 183). Por intermédio das normas e princípios do processo administrativo, norteados pelos princípios constitucionais e pelas instruções normativas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), bem como pela legislação infraconstitucional, conclui-se que a análise dos requerimentos administrativos e a condução do processo administrativo previdenciário atua como um mecanismo de efetividade dos direitos da personalidade.

Além disso, também é possível perceber que a utilização dos sistemas tecnológicos e o uso da inteligência artificial visam a facilitar o acesso aos benefícios previdenciários, o que demonstra que se perfaz como um caminho à proteção e à preservação da dignidade humana aos segurados da previdência social. Em relação ao processo judicial previdenciário, nas palavras de Alexandre de Freitas Câmara (2016, p. 26), tem-se que o processo judicial é composto pelo processo, a jurisdição e a ação e, ainda, é um instituto que deve ser norteado por uma visão policêntrica, segundo a qual o juiz e as partes constroem juntos o seu resultado.

Os processos judiciais previdenciários também devem respeitar especificidades constantes nos princípios constitucionais, que vão ordenar a instauração e o regular desenvolvimento do processo. São os denominados de pressupostos processuais (CÂMARA, 2016, p. 27). Conforme os ensinamentos de Alexandre de Freitas Câmara (2016, p. 7), os princípios fundamentais que regem um processo envolvem o modelo constitucional de processo integrado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil. Ambos dissertam sobre os princípios do devido processo legal, da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação, das

decisões judiciais e da duração razoável do processo.

É possível inferir, portanto, que a análise e a condução dos processos judiciais previdenciários devem estar alinhadas com esses princípios ora arrolados. Por meio da obediência aos princípios legais instituídos aos processos administrativos e judiciais, não há que se falar em não conformidade entre os processos previdenciários e os direitos fundamentais e da personalidade dos segurados, uma vez que estão intrinsecamente ligados. De maneira breve, é possível interpretar, uma vez que o direito previdenciário se propõe a reconhecer e assegurar os direitos dos segurados, tem-se que a efetividade deles se materializa e se sustenta quando são fornecidas todas as bases necessárias para a correta condução e análise previdenciária por intermédio dos processos administrativos e judiciais.

4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O Direito Previdenciário e os direitos da personalidade estão intimamente ligados, uma vez que ambos perpassam pelas definições dos chamados direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, para demonstrar a relação entre os direitos da personalidade e os direitos amparados pela área previdenciária, torna-se necessário, de maneira breve, explicar conceitos básicos sobre o que seriam os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p. 32), quando se trata de direitos fundamentais, é muito complicada a sua fundamentação, pois é possível formular as mais diversas espécies de teorias, desde as “teorias históricas que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais” até as “teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos”, e as “teorias sociológicas”, as quais versam sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social. Apesar de toda amplitude teórica e concreta sobre os direitos fundamentais, nas palavras de Ingo Sarlet, tem-se que:

A pessoa humana possui um valor em si mesma, independente das características essenciais que formam a sua identidade ou eventuais fatos acidentais que interferiram em seu desenvolvimento físico, intelectual e volitivo, do nascimento à morte. Essa dimensão, que é simultaneamente ontológica, ética e antropológica, é reconhecida pela Constituição ao assegurar-se à pessoa os direitos básicos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Não obstante sejam direitos com âmbitos de proteção distintos (da vida à propriedade), do ponto de vista constitucional, a pessoa é uma unidade existencial dotada de valor intrínseco e assim deve ser respeitada e protegida em sua integralidade. (SARLET, 2022, p. 31).

Os direitos fundamentais, portanto, englobam direitos únicos correspondentes à “unidade existencial” da pessoa, que é “dotada de valor intrínseco”, a qual deve ser respeitada em sua integralidade. Por conta desse fator, os direitos fundamentais encontram-se dispostos

principalmente no Título II, a partir do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2022, p. 31). Ainda, segundo Ingo Sarlet (2009, p. 27), em relação à dignidade da pessoa humana, é possível inferir que ela se define como “qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, que constitui como um elemento que qualifica o ser humano”.

Corroborando com este ensinamento, Thadeu Weber (2009, p. 10) propõe que somente é possível existir dignidade da pessoa humana quando “houver capacidade de exercício da autonomia e só tem autonomia o que é fim em si mesmo”.

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana versam sobre direitos intrínsecos, únicos, irrenunciáveis e inalienáveis. E o exercício desses direitos deve ser, nas palavras de Ingo Sarlet (2009, p. 28), reconhecido, respeitado, promovido e protegido, justamente por serem essenciais à condição humana. Tendo em vista essas breves considerações sobre a essencialidade dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana, torna-se necessário conceituar e relacionar a proteção oferecida pelos direitos da personalidade e os direitos assegurados por meio do Direito Previdenciário no sistema jurídico brasileiro.

Pertencente a uma categoria de “direitos subjetivos”, os direitos da personalidade zelam pela proteção de direitos inerentes ao ser humano. Constituem-se como direitos que envolvem o ente “pessoa” (SZANIAWSKI, 2005, p. 131). Conforme ensina Diogo da Costa Gonçalves (2008, p. 61), o conceito de pessoa envolve “aquele ente que, em virtude da especial intensidade de seu ato de ser, autopossui a própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva”.

O Direito Previdenciário, por sua vez, encontra-se constitucionalmente previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, e assegura direitos sociais essenciais para a preservação da dignidade da pessoa humana. Por isso, está consolidado como um direito fundamental (IBRAHIM, 2010, p. 11). Da mesma forma, assegurados na Constituição Federal, estão direitos especiais têm como finalidade a tutela dos direitos da personalidade. Por isso, a proteção aos direitos fundamentais e da personalidade é inegável, em especial porquanto ambos encontram fundamento na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, seja para salvaguardar as pessoas nas relações públicas, mas também no âmbito privado, nas relações entre particulares.

Pode-se inferir como uma proteção mista, pois no rol de direitos fundamentais identificam-se diversos direitos da personalidade, como o direito à vida, honra e intimidade (RODRIGUES, 2015, p. 5). Por serem inerentes à pessoa, ante as suas características e manifestações, identificam-se direitos para uma proteção não só em relação às autoridades estatais, mas também àquelas que atuam em nome do Estado (inclusive concessionárias e permissionárias do serviço público) e de outras pessoas privadas, como bem se observa em relação à integridade física e psíquica e ao direito

à saúde, os quais estão muito relacionados à Seguridade Social.

O Direito Previdenciário, em conjunto, atua na garantia e na proteção estatal ao segurado, proporcionando-lhe condições mínimas para manter seu sustento em razão de determinadas contingências sociais, ou seja, para que possa viver de maneira digna, promovendo, dessa maneira, a garantia e efetividade dos direitos da personalidade, conseqüentemente. Nas palavras de Agnaldo dos Santos:

Esse direito ao mínimo existencial corresponde ao recebimento de assistência material e instrumental dos benefícios e serviços que são indispensáveis para que o cidadão possa se autodeterminar-se, ou seja, ao cidadão constitui direito público subjetivo o recebimento das condições mínimas para que possa viver e se desenvolver. Isso sem falar do desenvolvimento social mais amplo que passaria a incluir os direitos de participação e decisão na vida política da nação, sendo certo que este grau de garantia ainda não está incluído dentro desse direito ao mínimo existencial, que passaria a ser uma fase posterior no desenvolvimento do ser humano, quase que uma analogia ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, onde primeiro se conquista o básico e depois vai se desenvolvendo até alcançar uma plenitude de direitos (SANTOS, 2021, p. 150).

Novamente, os conceitos que definem as garantias proporcionadas pelo Direito Previdenciário e aquelas asseguradas pelos direitos da personalidade conversam entre si, comprovando que estão conectadas. De acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 13), os direitos da personalidade são aqueles considerados como sendo inerentes à pessoa humana e que tem suas diretrizes firmadas no ordenamento jurídico justamente para assegurar a proteção de valores inatos ao homem, como a vida, a intimidade, o segredo, a integridade física, a honra, e outros tantos direitos.

Nesse sentido, tem-se que a dignidade da pessoa humana acompanha as diretrizes empenhadas pelo Direito Previdenciário, que busca salvaguardar o seu princípio protetor como forma de realização do princípio de igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica e da dignidade da pessoa humana do segurado (MARQUES, CRUZ, GONÇALVES, 2018, p. 87). Posto isto, validando com a reflexão, tem-se que o Direito Previdenciário se relaciona diretamente com os conceitos aplicados aos direitos da personalidade. Com a sua consolidação e atuação no ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Previdenciário, com os processos administrativos e judiciais para a concessão dos benefícios previdenciários e assistenciais, constitui um instrumento de alcance jurídico fundamental e necessário a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 IMPACTOS DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS SEGURADOS

Por ser a dignidade humana o mais alto valor da pessoa humana, torna-se inadmissível qualquer violação, inferindo-se que a proteção jurídica que engloba os direitos fundamentais e os

direitos da personalidade no âmbito previdenciário deve ser resguardada no que se refere ao uso da inteligência artificial na condução e análise dos processos previdenciários (SIQUEIRA, PUPO, 2018, p. 202).

Torna-se essencial, diante deste cenário, verificar quais os impactos que o uso da inteligência artificial no universo processual previdenciário pode acarretar para a proteção jurídica dos direitos da personalidade dos segurados, uma vez que a “concessão de benefício previdenciário subsiste na manutenção da própria existência humana”, pois se comporta como uma “medida de sobrevivência” (SIQUEIRA, PUPO, 2018, p. 204).

Corroborando com o ensinamento acima destacado, José Sebastião de Oliveira e Rodrigo Camargo Cavalcanti asseveram que

Esses atributos são correlatos diretamente não somente ao direito à vida, mas sim a uma vida que seja integralmente fundada na dignidade. Nesse sentido, há determinados fatores de ordem positiva – ou seja, promocional - que devem ser observados pelo Estado, a fim de dirimir desigualdades e reestabelecer, na medida da razoabilidade, o equilíbrio social e econômico entre os sujeitos de direito. O instituto da Seguridade Social certamente desempenha esse papel. Baseado no tripé previdência social, assistência social e saúde, orienta o Estado, claramente fundado nos ditames constitucionais, à estruturação de meios para a garantia da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à satisfação dos aspectos singulares e inerentes ao indivíduo (OLIVEIRA, CAVALCANTI, 2017, p. 330).

Ou seja, é inquestionável a correlação entre os atributos protegidos por intermédio dos direitos da personalidade e a estruturação da Seguridade Social como um todo – que compõe o tripé da Previdência Social, Assistência Social e Saúde – com o princípio da dignidade da pessoa humana. É por isso que a utilização da Inteligência Artificial no âmbito previdenciário é tão importante de ser estudada, pois passou a exercer influência significativa na consolidação de direitos inerentes ao ser humano.

Segundo Fernanda de Vargas Machado e Cristiano Colombo (2021, p. 3), a Inteligência Artificial já é utilizada na atividade jurisdicional, servindo como um “suporte de entrega jurisdicional”, que tem como finalidade transpor “maior eficiência à máquina pública”. Nesse sentido, segundo Natacha Bublitz Camara (2021, p. 3), os sistemas de Inteligência Artificial podem realizar “tarefas de baixa complexidade” e de maneira repetitiva, o que faz com que custos sejam diminuídos em relação aos servidores públicos, gerando “aumento de eficiência e redução de gastos”.

No âmbito dos processos previdenciários administrativos, as novas tecnologias podem viabilizar a economia com a respectiva redução dos custos envolvidos, aumentar o fluxo de resultados e benefícios concedidos ou indeferimentos, bem como eliminar o risco de erros humanos. Esses fatores geram, sem dúvida, mais segurança na gestão dos processos administrativos pela Autarquia Previdenciária (CAMARA, 2021, p. 4). Não obstante, ainda de acordo com Natacha

Bublitz Camara,

Embora a utilização de modelos de inteligência artificial na tramitação dos processos administrativos para realização de tarefas repetitivas consista em importante economia para a Administração Pública em todas as esferas, bem como corrobore a concretização da eficiência na prestação de serviço com resultados mais céleres em consonância com a dignidade da pessoa humana, verifica-se que a ausência de divulgação dos modelos utilizados e de seus parâmetros violam os direitos humanos e fundamentais face ausência de transparência (CAMARA, 2021, p. 4).

Apesar dos benefícios do uso da Inteligência Artificial nos processos previdenciários, deve-se atentar para o fato de que, diante da sua vida operacional, a segurança e a transparência devem ser respeitadas. Em relação ao uso dos sistemas de IA nos processos previdenciários judiciais, Natacha Bublitz Camara afirma que

Quando utilizado em tomada de decisões judiciais, o sistema deve fornecer uma explicação satisfatória e auditável por uma autoridade humana competente. Na mesma linha, os seres humanos devem poder escolher como e quais as decisões se delegar ao sistema para realizar objetivos humanos, buscando com o sistema de inteligência artificial melhorar os processos sociais e cívicos e beneficiar o maior número possível de pessoas (CAMARA, 2021, p. 5).

Esse mecanismo de utilização de IA nos processos judiciais demonstra e reforça que, em todas as esferas do Poder Judiciário, inclusive a do âmbito previdenciário judicial, torna-se necessário averiguar o aspecto da segurança e do respeito aos direitos fundamentais, garantindo a iniciativa e o controle humano. Um exemplo do uso das novas tecnologias de Inteligência Artificial é o Projeto Victor, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com a Universidade de Brasília (UNB). O Projeto Victor é um instrumento de utilização de IA, capaz de identificar a presença do requisito de repercussão geral para realização do controle de constitucionalidade difuso em relação aos processos que chegam ao STF (JUNQUILHO, MAIA FILHO, 2021, p. 2).

Na perspectiva administrativa, o INSS passou por um período de transição para o INSS Digital, que tem se aperfeiçoado e utilizado os mecanismos de análise e condução processual por meio da Inteligência Artificial. Além disso, a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (DATAPREV), correspondente a um dos maiores bancos de dados governamental brasileiro, desenvolveu um instrumento de IA denominada de Isaac. Esta IA tem o objetivo de agilizar a análise dos processos administrativos do INSS, atuando de maneira a diminuir o acúmulo de processos (CAMARA, 2021, p. 4).

Apesar de auxiliar em diversos aspectos, oferecendo agilidade, praticidade e dinamismo para a condução e análise dos processos previdenciários, o uso dos sistemas de Inteligência Artificial necessita estar em consonância com os ideais da dignidade da pessoa humana, de direitos, liberdade e diversidade cultural, com a busca na preservação dos direitos da personalidade, principalmente aqueles referentes à privacidade e intimidade dos segurados da Previdência Social (CAMARA, 2021, p. 5).

Ainda, assevera Natacha Bublitz Camara:

O uso da inteligência artificial deve garantir a iniciativa e o controle humano, robustez e segurança dos algoritmos utilizados, privacidade e a governança dos dados, com total transparência dos dados, diversidade e equidade de todos que usufruem da prestação de serviço. Quanto à transparência, a inteligência artificial deve permitir a rastreabilidade dos sistemas, permitindo compreender a tomada de decisão, sem que seja necessário expor os algoritmos utilizados, porém deve ser explicável o raciocínio que embasou o resultado apresentado pela máquina (CAMARA, 2021, p. 12).

As novas tecnologias são aliadas na esfera previdenciária, tanto administrativa como judicial, desde que sejam respeitadas a privacidade e a governança dos dados pessoais e sensíveis, com a atuação transparente e com respeito aos valores democráticos (JUNQUILHO, MAIA FILHO, 2021, p. 8). Tais diretrizes devem ser conduzidas com seriedade, uma vez que, apesar dos benefícios trazidos pela Inteligência Artificial, a automação também ocasiona riscos à personalidade e à humanidade, pois, à medida que ajudamos a IA a crescer, progressivamente há o risco de nos rebaixarmos (CHAMORRO-PREMUZIC, 2023, p. 143), principalmente quando nos acomodamos e renunciamos a nossa capacidade criativa, os relacionamentos interpessoais, a privacidade com o fornecimento aberto de dados, além de outras virtudes humanas.

Conforme bem esclarece Danilo Doneda (2021, p. 134), a privacidade assume um caráter relacional, que precisa assegurar às pessoas a determinação do nível de relacionamento não só com as demais, mas também com o mundo exterior, sua inserção e exposição, num processo que possa fortalecer a esfera privada e a intimidade, a fim de que ocorra a “construção da individualidade e o livre desenvolvimento da personalidade sem a pressão de mecanismos de controle social”. Desse modo, o uso da Inteligência Artificial e dos processos de automação são ferramentas importantes para agilizar a tomada de decisões e impulsionar a produção, porém precisam respeitar a individualidade e a vida privada, para que se possa assegurar a dignidade da pessoa humana nas mais diversas áreas, inclusive no âmbito da Previdência Social.

Diante de todo o exposto, uma vez que foi possível a construção de um raciocínio jurídico capaz de estabelecer os principais parâmetros acerca das novas tecnologias com a utilização da Inteligência Artificial, bem como as percepções acerca do Direito Previdenciário e sua relação com os direitos da personalidade dos segurados, pode-se concluir que há a necessidade de se aprimorar o estudo científico e o conteúdo normativo em relação à condução processual administrativa e judiciária da Previdência Social, para que não haja nenhum tipo de violação contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os processos administrativos e judiciais previdenciários buscam garantir, em essência, o mínimo necessário com a concessão do benefício previdenciário ao segurado. Tal fator, com o auxílio e utilização da Inteligência Artificial, deve ser apreciado da melhor maneira possível, com o

devido respeito aos valores e princípios constitucionalmente previstos, bem como pelas legislações infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se revelar a importância do estudo e da construção de um raciocínio jurídico voltado ao uso das novas tecnologias diante da condução processual, administrativa e judiciária da Previdência Social. Tal visão jurídica, conforme demonstrado, apresentou os principais conceitos que envolvem a Inteligência Artificial em si, as percepções dos processos administrativos e judiciais previdenciários e sua relação com os direitos da personalidade dos segurados.

Pode-se observar que a devida análise dos requerimentos administrativos e judiciais previdenciários, com a utilização e auxílio dos sistemas de Inteligência Artificial, contribui efetivamente com a celeridade processual, incremento da funcionalidade, aprimoramento e acesso à justiça.

Pretendeu-se apresentar uma visão jurídica com base no estudo em um breve histórico da evolução tecnológica e uso da Inteligência Artificial nos meios jurídicos, bem como conceitos e detalhes relevantes em relação aos processos previdenciários e sua conexão com os direitos da personalidade.

Por fim, inferiu-se, por intermédio do presente artigo, que ainda há mudanças e conduções processuais que devem ser alvo de observação, para que todos os sistemas de Inteligência Artificial sejam conduzidos em respeito aos valores e princípios constitucionais e aqueles presentes nas normas infraconstitucionais, para que assim o acesso à justiça seja alcançado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Catarina de. *Inteligência Artificial, ética e direito: guia prático para entender o novo mundo*. São Paulo: Saraiva, 2022.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*. 8. ed. [por Eduardo C. B. Bittar]. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARA, Natacha Bublitz. O uso da inteligência artificial no processo administrativo como ferramenta para auxiliar na efetividade dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Social*.

Belo Horizonte, MG, v.4, n.1, p. 5-19, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/144>. Acesso em: 4 nov. 2023.

CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas. *I, Human. AI, automation, and the quest to reclaim what make us unique*. Boston: Harvard Business Review Press, 2023.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GIRARDI, Rosário. *Inteligência Artificial aplicada ao Direito*. Rio de Janeiro: Clube dos Autores, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=PDF3EAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA2&dq=intelig%C3%Aancia+artificial+e+o+direito&ots=RBIQdNopYJ&sig=hCuJrBnEBoD29XYV5HqR2oj0Ao#v=onepage&q=intelig%C3%Aancia%20artificial%20e%20o%20direito&f=false>. Acesso em: 01 nov. 2023.

GONÇALVES, Diogo da Costa. *Pessoa e Direitos da Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Previdência Social como direito fundamental*. Niterói, RJ: Impetus. Disponível em: <https://www.impetus.com.br/artigo/download/21/a-previdencia-social-como-direito-fundamental>. Acesso em: 03 nov. 2023.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar. MAIA FILHO, Mamede Said. Inteligência Artificial no poder judiciário: lições do projeto Victor. *Revista Humanidades e Inovação*. Palmas, TO, v.8, n.48, p. 147-160, jun. 2021. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/5615>. Acesso em: 04 nov. 2023.

LAZZARI, João Batista. *Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial*. João Batista Lazzari [et al], 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MACHADO, Fernanda Vargas. COLOMBO, Cristiano. Inteligência Artificial aplicada à atividade Jurisdicional: desafios e perspectivas para sua implementação no Judiciário. *Revista da Escola Judicial do TRT4*. Porto Alegre, RS, v.3, n.5, p. 117-141, 2021. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/113>. Acesso em: 04 nov. 2023.

MARQUES, Ana Paula Baptista.; CRUZ, Helen Pelisson da. GONÇALVES, Amanda Vanzella. A nova plataforma digital do “MEU INSS” e as dificuldades de acesso do segurado da Previdência Social. *Revista Direito sem Fronteiras*. Foz do Iguaçu PR: Unioeste, v.2, n.4, p. 85-94, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/20236>. Acesso em: 03 nov. 2023.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião. CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Direitos da Personalidade: Uma análise a partir da tese do déficit da Previdência Social. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v.11, n.2, p. 325-343, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/113/0>. Acesso em: 01 nov. 2023.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.130, p. 1-11, out./dez. 1977. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/42561>. Acesso em: 28 nov. 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*. Florianópolis, SC: CONPEDI, v.1, n.1, p. 207-233, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/452/pdf>. Acesso em: 28 nov. 2023.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. Tradução: Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SANTOS, Agnaldo dos. *A busca da efetividade do direito previdenciário como direito fundamental social: as grandes discussões sobre o momento de crise do estado social*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/24692>. Acesso em: 01 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira.; PUPO, Nayana Louise Saqui. Aposentadoria por idade do transgênero: direitos de personalidade e o acesso à justiça. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, PB, v.9, n.2, p. 195-206, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/874>. Acesso em: 02 nov. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, RS, v.10, n.1, p. 139-170, 2015. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54583/34745>. Acesso em: 4 nov. 2023.

WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, RS, v.3, n.9, p. 232-259, out./dez. 2009. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/462/271>. Acesso em: 3 nov. 2023.

OS PRECEDENTES E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHADOR NO PÓS-REFORMA TRABALHISTA

Jaime Domingues BRITO¹
Heloísa Gomes NEGRÃO²

RESUMO

A Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017) alterou os artigos 790, §§3º e 4º, 790-B, *caput* e §4º, 791-A, §4º, 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dificultando a concessão e mitigando os efeitos do benefício da justiça gratuita, além de passar a exigir, no artigo 840, §1º, da CLT, que os pedidos contenham indicação de valor na petição inicial. Acontece que as referidas alterações afetam diretamente o direito ao acesso à justiça do trabalhador, razão pela qual o Poder Judiciário tem sido acionado para analisá-las a partir do julgamento de precedentes judiciais. Assim, o presente artigo analisou precedentes judiciais oriundos do Supremo Tribunal Federal (STF), do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT da 9ª Região), concluindo que estes estão sendo utilizados como forma de garantir o acesso à justiça do trabalhador, mas que devem ser observados com cautela.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à Justiça. Precedentes. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

The Labor Reform (Law n. 13.467/2017) has altered the articles 790, §§3º and 4º, 790-B, *caput* and §4º, 844, §2º, of the Consolidated Labor Laws (CLT), what hindered the concession and mitigated the effects of free legal assistance benefits, as well the article 840, §1º, of CLT, which started to require the demands to contain indications of their value in the complaint. Such alterations affect directly the right of access to Justice by workers, reason for which the Judicial Branch has been urged to analyze them from the judgment of judicial precedents. Therefore, the current article analyzed judicial precedents arising from the Brazilian Supreme Court (STF), from the Superior Labor Court (TST) and from the Regional Labor Court of 9th Region (TRT 9ª Região), in conclusion that they are being utilized as a way to guarantee the access to Justice by workers, yet must be seen with caution.

KEYWORDS: Access to Justice. Precedents. Labor Reform.

1 Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil". É advogado militante. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5461-8514>.

2 Mestranda no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com Área de Concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão - Linha de Pesquisa: Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil (DIF-SISPREVI BRASIL), coordenado pelo Professor Doutor Jaime Domingues Brito, certificado pela UENP. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-7783-0285>.

1 INTRODUÇÃO

O direito ao acesso à justiça é primordial aos seres humanos, por viabilizar que se reclame, perante o Poder Judiciário, o descumprimento dos demais direitos. Contudo, o acesso à justiça deve ser efetivo, garantindo a todos - até mesmo à parcela mais vulnerável da população - que litiguem em máxima igualdade de condições com a parte contrária.

Entretanto, na seara trabalhista, a Reforma Trabalhista, instrumentalizada a partir da Lei nº. 13.467/2017, promoveu relevantes alterações no tocante ao acesso à justiça - com destaque para os artigos 790, §§3º e 4º, 790-B, *caput* e §4º, 791-A, §4º, 840, §1º, e 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - desconsiderando o estado de vulnerabilidade do trabalhador, tendo por consequência o seu afastamento da jurisdição.

Neste contexto, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar em relação às alterações promovidas pela Reforma Trabalhista relacionadas ao acesso à justiça do trabalhador, por meio do julgamento de precedentes judiciais de natureza obrigatória, os quais são de máxima importância, eis que nortearão o julgamento de todas as demais ações que versem sobre as mesmas questões.

Desta forma, o presente trabalho analisou os principais precedentes judiciais julgados ou em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT da 9ª Região), a fim de concluir se os precedentes estão sendo julgados de forma a garantir o acesso efetivo à justiça pelo trabalhador.

Para tanto, foi utilizado o método empírico e qualitativo, baseado na pesquisa bibliográfica, principalmente para que se estabelecesse uma base de conhecimentos sobre o direito ao acesso à justiça e os precedentes judiciais e sua natureza; além disso, realizou-se pesquisa documental, a partir da análise dos autos dos processos em que tramitam os precedentes, utilizando-se uma abordagem explicativa e crítica.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO DO TRABALHO

O acesso à justiça é em um dos mais importantes direitos humanos existentes, pois é por meio dele que se pode reclamar a violação dos demais direitos assegurados ao indivíduo. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 11-12): “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Contudo, ainda que o direito ao acesso à justiça tenha sua importância reconhecida há muito tempo, estando presente, em certa medida, já no Código de Hamurábi (1792-1750 a.C.), que previa a possibilidade de que os homens oprimidos procurassem o soberano em caso de injustiça (Bedin; Spengler, 2013, p. 137), é certo que a forma de compreensão desse direito sofreu

significativas alterações ao longo do tempo.

De início, o acesso à justiça surge como um direito apenas formal, que se exauria a partir da existência de mecanismos que permitissem que o sujeito apresentasse o seu reclamo perante o órgão judicial. Bastava, então, a criação de uma via para que as partes pudessem propor ou se defender de uma ação.

Assim, durante o período em que vigorou a concepção formalista de acesso à justiça, não fazia parte dos deveres estatais a garantia da efetividade deste direito. Cappelletti e Garth apontam que:

O direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era de que, embora o acesso à justiça fosse um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Estes direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problema tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática (Cappelletti; Garth, 1988, p. 9).

Portanto, não havia preocupação com aqueles que não tinham condições de buscar a tutela do Poder Judiciário para a resolução de um conflito; não se preocupava com a forma que os custos de uma demanda judicial impactavam os mais pobres e vulneráveis. O acesso à justiça se exauria na possibilidade do sujeito de ajuizar (ou se defender de) um processo judicial, pouco importando aqueles que não tinham condições de fazê-lo.

Foi somente após um longo processo que o acesso à justiça passou a ser, progressivamente, visto como essencial a todos, passando a ter destaque a importância da efetividade deste direito.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 18), apenas no período pós-guerra, com o surgimento de novos direitos econômicos e sociais e com a expansão do Estado de bem-estar, é que o acesso efetivo à justiça passou a ser priorizado, pois “Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”.

A partir de então, segundo o autor, constatou-se que “a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista” (Santos, 1986, p. 18).

Assim, verifica-se que, mesmo em âmbito mundial, é relativamente recente a preocupação com a garantia ao acesso efetivo à justiça, quando passou-se a atribuir ao Estado a criação de mecanismos que visem garantir a efetividade deste direito.

No Brasil, o acesso à justiça foi incorporado às constituições brasileiras apenas após a Segunda Guerra Mundial, a partir da Constituição Federal de 1946, constando no capítulo dos direitos e das garantias individuais, prevendo, o seu artigo 141, §4º, que “A lei não poderá excluir

da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (Brasil, 1946).

Durante o período ditatorial (1964-1985) o acesso à justiça foi um dos direitos atacados pelo regime militar, que, por meio do Ato Institucional nº. 5, de 1968, passou a prever que “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (Brasil, 1968).

O acesso à justiça retorna à proteção constitucional apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando a constar no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, com a seguinte redação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Mas, embora assegurado constitucionalmente, para uma parcela da sociedade o direito ao acesso à justiça ainda não é efetivo, persistindo uma série de obstáculos que impedem ou prejudicam o acesso das populações mais vulneráveis à jurisdição.

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 18-19) defende que existem três tipos de obstáculos para o acesso efetivo à justiça por parte das classes populares.

O primeiro tipo de obstáculos é o econômico, que consiste nos custos da litigância - “a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas [...] é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis” (Santos, 1986, p. 19), acrescentando, ainda, que a lentidão dos processos, em alguma medida, se converte em um “custo econômico adicional” (Santos, 1986, p. 19).

Os outros dois tipos de obstáculos elencados pelo autor são os sociais e culturais, pois “os cidadãos de menores recursos tendem a reconhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta (sic.) como sendo problema jurídico” (Santos, 1986, p. 21).

Além disso, o autor defende que os mais pobres hesitam mais em interpor uma ação, mesmo quando reconhecem estar diante de um problema jurídico, o que se deve, principalmente, a experiências anteriores ruins, ao temor de represálias e a dificuldade de contactar um advogado, até mesmo ante a distância geográfica entre o lugar onde vivem ou trabalham e onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (Santos, 1986, p. 21).

Em sentido semelhante, para Cappelletti e Garth (1988, p. 15-20), o primeiro obstáculo a ser transposto para o acesso efetivo à justiça refere-se às custas judiciais, na medida em que “A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”, cabendo aos litigantes suportar os honorários advocatícios e as custas judiciais que, por vezes, podem exceder ou consumir o pedido da ação, o que é agravado pela demora na solução judicial.

Os autores ainda mencionam outros tipos de obstáculos além das custas processuais, como a falta de reconhecimento, pelas pessoas comuns, de um direito juridicamente exigível, a falta de conhecimentos sobre como ajuizar uma ação e a falta de “disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais”, (Cappelletti; Garth, 1988, p. 22-23).

Cappelletti e Garth (1988, p. 25) ressaltam, ainda, a disparidade existente entre o litigante habitual, que tem mais experiência com o Direito e sabe se planejar melhor para o litígio, além de ter a oportunidade de desenvolver relações de afinidade informais com o órgão julgador; e o litigante eventual, que possui apenas contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial.

Ademais, além dos obstáculos apontados pelos autores acima citados em suas clássicas obras, os quais persistem até os dias atuais, a modernidade e, de modo especial, o avanço da tecnologia, impõem outros empecilhos aos hipossuficientes, relacionados a questões como a falta de conhecimento tecnológico e a precariedade do acesso à *internet*.

E, diante de tais obstáculos, cabe ao Estado criar mecanismos que viabilizem a todos o direito de acessar o Judiciário e litigarem em máxima igualdade de condições com a parte contrária, mesmo que a “completa ‘igualdade de armas’” seja um ideal utópico, pois “As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 15).

Ora, a preocupação com o acesso efetivo à justiça é primordial vez que é justamente a parcela da população mais vulnerável - ou seja, que mais frequentemente e com maior facilidade, têm seus direitos violados - que encontra maior dificuldade para, por meio do processo judicial, buscar a justiça que lhe foi negada.

Assim, uma série de medidas passou a ser adotada no Direito brasileiro objetivando ampliar o acesso à justiça efetivo e para todos, como é o caso da implementação das Defensorias Públicas (Lei Complementar nº. 80/1994), dos Juizados Especiais estaduais e federais (Lei nº. 9.099/1995 e Lei nº. 10.259/2001), concessão do benefício da justiça gratuita aos pobres (Lei nº. 1.060/1950), a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (artigo 6º, VIII, da Lei nº. 8.078/1990) *etc.*

Mais a mais, neste contexto, se acessar à justiça é essencial para garantir o cumprimento dos demais direitos, principalmente em relação aos mais pobres e vulneráveis, para o Direito do Trabalho o acesso efetivo à justiça é fundamental e deve ser uma preocupação constante diante da vulnerabilidade do trabalhador.

Justamente por isso o acesso à justiça é, historicamente, um dos pilares fundamentais do Direito do Trabalho, na intenção de viabilizar que os trabalhadores - parte hipossuficiência da relação de emprego - cobrem o cumprimento de obrigações contratuais e legais descumpridas durante o pacto laborativo.

Neste sentido, o autor Lourival José de Oliveira (2020, p. 22) aponta alguns princípios do processo do trabalho intrinsecamente relacionados à garantia do acesso à justiça do trabalhador, como a gratuidade processual, que isenta o trabalhador do pagamento de custas e depósitos iniciais para a propositura da ação trabalhista; a simplificação dos procedimentos; e o *ius postulandi*, ou seja, a inexigibilidade de representação do trabalhador por advogado.

Além dos princípios acima apontados, tem especial relevância no Direito do Trabalho as regras relativas à concessão da justiça gratuita, visto que a possibilidade de ser condenado ao pagamento das custas, despesas e honorários do processo desmotivaria o trabalhador a buscar a tutela jurisdicional, ante o receio dos “ônus” (sucumbenciais) superarem os “bônus” (resultado da ação).

E, sobretudo, o processo trabalhista tem por base (ou, ao menos, deveria ter) o princípio da proteção do trabalhador, ou como identifica Mauro Schiavi (2018, p. 129) o “princípio da proteção temperada ao trabalhador” ou da “igualdade substancial das partes no processo trabalhista”, segundo o qual “o Juiz do Trabalho deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. De acordo com o autor:

De nossa parte, o Processo do Trabalho tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido à sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, à dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador. De outro lado, o processo do trabalho deve observar os princípios constitucionais do processo que asseguram equilíbrio aos litigantes (Schiavi, 2018, p. 127-128).

O Direito do Trabalho goza, ainda, de proteção constitucional, conferida não apenas por meio do rol de direitos trabalhistas assegurados pelo artigo 7º da Constituição Federal, mas também do artigo 1º, que define os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República, e do artigo 170, que institui a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica.

Contudo, o Direito do Trabalho foi drasticamente alterado no ano de 2017 com a aprovação da Reforma Trabalhista, que promoveu significativas mudanças no texto da CLT e em todo o arcabouço principiológico trabalhista, conforme se verificará no capítulo a seguir.

3 A REFORMA TRABALHISTA E O ACESSO À JUSTIÇA PELO TRABALHADOR

A Lei nº. 13.467/2017, também conhecida como Reforma Trabalhista, teve origem no Projeto de Lei nº. 6.787/2016, apresentado pelo Poder Executivo em dezembro de 2016 para “dispor sobre a eleição de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário” (Brasil, 2016).

Inicialmente, portanto, o Projeto de Lei apresentado teria o condão de promover algumas

mudanças pontuais na CLT e na Lei nº. 6.019/1974 que dispõe sobre o trabalho temporário.

Contudo, durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei sofreu diversos acréscimos, sendo que, até março de 2017, foram apresentadas 850 emendas ao texto original - das quais 8 foram retiradas de tramitação - e, em abril de 2017, foram apresentadas outras 457 emendas ao substitutivo.

Em abril de 2017, o Projeto de Lei foi encaminhado ao Senado Federal e, em 13/07/2017, ou seja, menos de um ano após ser apresentado, foi convertido na Lei nº. 13.467/2017, com uma redação totalmente diferente da inicial, marcada pelos chamados “jabutis” e muito mais abrangente, promovendo diversas mudanças na CLT, tanto em relação ao direito material quanto ao direito processual.

O fato de a aprovação da Reforma Trabalhista ter se dado em tempo recorde pelo Poder Legislativo é alvo de profundas críticas dos estudiosos do Direito do Trabalho: “O tamanho da proposta impunha uma discussão gradativa e consistente. Mas isso não ocorreu. O projeto foi levado a toque de caixa, em uma infeliz demonstração de oportunismo e inconsequência institucional.” (Toledo Filho, 2017, p. 62).

Mas, além das alterações expressas promovidas pela Reforma Trabalhista na CLT, vale o destaque para uma importante mudança relacionada ao princípio da proteção em si.

Segundo Oliveira (2020, p. 25), “O empregado passou a ser tratado não como figura hipossuficiente da relação de emprego, que demanda proteção especial, mas em uma quase situação de igualdade de condições com o empregador, podendo buscar seus anseios e firmar pactos individuais”. Ainda segundo o autor:

A chamada reforma trabalhista [...] esfacela o princípio protetor, desconsiderando a real vulnerabilidade do trabalhador para equipará-lo, de certa forma, à figura do empregador, como se ambas as partes estivessem em plena situação de igualdade econômica. Com isso, percebe-se que tanto evidenciou a autonomia da vontade do empregado, como se a este fosse possível exercer livremente suas aspirações, ainda que no plano coletivo, como também esvaziou a matriz principiológica da qual erigiu o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho, que é a proteção e a regulação estatal em defesa do trabalho e, por conseguinte, do trabalhador (Oliveira, 2020, p. 25).

Contudo, a primazia do princípio da proteção é indispensável na seara trabalhista, pois as partes não estão em patamar de igualdade: os trabalhadores são a parte hipossuficiente da relação de emprego, por não deterem os meios de produção e dependerem do emprego para o próprio sustento e de sua família.

Em verdade, para preservarem o emprego e a renda, os trabalhadores acabam por se submeterem a situações desfavoráveis e de violação de direitos.

E, justamente por isso, é indispensável garantir que o trabalhador tenha acesso efetivo à justiça, pois, em regra, não há margem para que o obreiro exija diretamente do empregador o

cumprimento de seus direitos trabalhistas, bem como, em geral, apenas após o fim da relação de trabalho que o trabalhador vai até o Poder Judiciário buscando a justiça que lhe foi negada até então.

Acontece que vários pontos da CLT foram alterados pela Reforma Trabalhista, impactando, em grande medida, o acesso à justiça dos trabalhadores.

A presente pesquisa tratará de cinco alterações: o artigo 790, §§3º e 4º, que alterou as regras para a concessão da justiça gratuita; os artigos 790-B, *caput* e §4º, e 791-A, §4º, os quais preveem a possibilidade da condenação do beneficiário da justiça gratuita sucumbente ao pagamento de honorários periciais e advocatícios; o artigo 840, §1º, que passou a exigir, para o ajuizamento de reclamação trabalhista que os pedidos sejam certos, determinados e com indicação de valor; e o artigo 844, §2º, que prevê a possibilidade da condenação em custas do reclamante beneficiário da justiça gratuita que não comparece à audiência.

Dos dispositivos legais supramencionados, é o artigo 790, §§3º e 4º, da CLT que viola, de forma mais evidente, o acesso à justiça dos trabalhadores, ao dificultar a concessão do benefício da justiça gratuita.

Antes da Reforma Trabalhista, o §3º da lei estabelecia que o benefício da justiça gratuita poderia ser concedido “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.” (Brasil, 1943).

Já com a nova redação atribuída pela Reforma, o benefício da justiça gratuita está restrito aos trabalhadores que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não havendo mais a possibilidade de concessão a partir da declaração de hipossuficiência, como previa a parte final do dispositivo anterior.

O §4º, por sua vez, foi incluído pela Reforma Trabalhista com seguinte exigência: “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” (Brasil, 1943).

Assim, não há mais, pela lei, a presunção de pobreza do trabalhador a partir da declaração de hipossuficiência, sendo-lhe exigida a efetiva comprovação da insuficiência de recursos, superando o entendimento da Súmula 463, I, do TST: “(...) para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica”.

Outra alteração importante no tocante à justiça gratuita ocorreu por meio dos artigos 790-B, *caput* e §4º, e 791-A, §4º, da CLT, relacionados aos efeitos de sua concessão, fato identificado pelos autores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 329) como a

“esterilização dos efeitos da justiça gratuita”.

Tais artigos passaram a prever a possibilidade da condenação do beneficiário da justiça gratuita sucumbente o pagamento de honorários advocatícios e periciais, utilizando-se, inclusive, de créditos obtidos em juízo, ainda que em outra ação.

A possibilidade configura, em verdade, o esvaziamento do instituto da justiça gratuita, pois, ainda que a parte comprove sua insuficiência de recursos nos autos, terá que pagar honorários dos pedidos em que for sucumbente. Mais a mais, subtrai-se do trabalhador o direito de receber a integralidade das verbas trabalhistas reconhecidas na ação trabalhista, das quais serão descontados os honorários.

Em sentido semelhante, o artigo 844, §2º, da CLT, ao prever a possibilidade de condenação do reclamante beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de custas caso ele deixe de comparecer à audiência também constituiu um esvaziamento do instituto da justiça gratuita, além de impedir o acesso do trabalhador ao judiciário enquanto não forem pagas as referidas custas, nos termos consignados no §3º.

E, tanto a dificuldade da concessão quanto a mitigação dos efeitos da justiça gratuita constituem, de forma inequívoca, violação ao direito fundamental contido no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Brasil, 1988). Neste sentido:

A Lei da Reforma Trabalhista, contudo, reduziu a extensão dos benefícios da justiça gratuita, sob a perspectiva do trabalhador reclamante. Desse modo, comprometeu, significativamente - caso interpretado o texto normativo de maneira gramatical e literalista - o comando constitucional do art. 5º, LXXIV, da CF (que enfatiza a "assistência jurídica integral e gratuita", ao invés de meramente parcial), além do comando constitucional relativo ao amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). (Delgado; Delgado, 2017, p. 325)

Ora, sabendo-se que a restrição monetária, relativamente aos segmentos sociais sem lastro econômico-financeiro, assume o caráter de restrição absoluta ou quase absoluta, percebe-se que os comandos constitucionais expressos nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88 mostram-se flagrantemente desrespeitados pela Lei n. 13.467/2017 no que concerne à sua regulação do instituto da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho. (Delgado; Delgado, 2017, p. 326)

Vê-se, portanto, que um dos principais obstáculos reconhecidos pelos autores trabalhados no capítulo anterior, qual seja, os custos do processo, é fortalecido pelas alterações promovidas pela Reforma Trabalhista referentes à concessão e aos efeitos do benefício da justiça gratuita.

A verdade é que tornar o processo caro afasta os trabalhadores da jurisdição, pois, ainda que não se antecipem custas na Justiça do Trabalho³, a mera possibilidade da condenação aos ônus

3 Nos processos trabalhistas as custas são devidas apenas ao final. Nos termos do artigo 789, I, da CLT, as custas são calculadas: (i) sobre o valor da condenação ou acordo; (ii) sobre o valor da causa em casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, de improcedência total dos pedidos ou de procedência de ação declaratória ou constitutiva; e (iii) sobre o valor que o juiz fixar, quando o valor for indeterminado.

sucumbenciais pela não-concessão da justiça gratuita ou mesmo o risco de ter abatidos de seus créditos os honorários advocatícios ou periciais desmotivam o trabalhador de buscar os seus direitos.

Não obstante, houve, ainda, uma alteração promovida pela Reforma Trabalhista na redação do artigo 840, §1º, da CLT, que passou a prever que o pedido formulado na reclamatória trabalhista deve ser certo, determinado e com indicação de valor.

Esta exigência acrescida à lei trabalhista acaba por onerar demasiadamente o trabalhador, que passa a precisar liquidar, ainda que de forma provisória, o pedido, violando o princípio da simplicidade das formas.

Ora, como a legislação trabalhista, que permite o *ius postulandi*, ou seja, que o trabalhador ajuíze uma ação trabalhista sem estar representado por um advogado, exige que o reclamante liquide o pedido já em sede inicial? E mais: como indicar o valor em processos que abrangem pedidos como insalubridade ou periculosidade, em que o resultado depende diretamente da realização de perícia técnica? É irrazoável pensar tal exigência no contexto da Justiça do Trabalho.

Além disso, há que se frisar que o trabalhador sequer tem os documentos necessários para a liquidação de valores e, na maioria das vezes, carece até mesmo de recursos financeiros para contratar um contador para a realização dos cálculos.

Ademais, o referido artigo gera preocupações relacionadas aos efeitos da indicação de valor na inicial, como, por exemplo, se o valor informado consiste em teto máximo para eventual condenação e se pode ser considerada *extra/ultra petita* a sentença que condene a reclamada ao pagamento de valores superiores aos da inicial.

E tais fatos, mais uma vez, desmotivam que o trabalhador ajuíze ação buscando por seus direitos, uma vez que torna o processo do trabalho mais difícil e burocrático, além de causar insegurança sobre os efeitos que o artigo 840, §1º, da CLT teria em caso de eventual condenação.

Portanto, pode-se perceber que as alterações legislativas abordadas no presente trabalho afetam diretamente a garantia do acesso efetivo à justiça pelo trabalhador, desconsiderando seu estado de vulnerabilidade e promovendo seu afastamento da jurisdição, em evidente violação à garantia de inafastabilidade do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Diante de tal cenário, o Poder Judiciário tem apreciado e julgado casos que envolvem os dispositivos legais acima citados, merecendo destaque para os precedentes judiciais que estão sendo firmados neste contexto. A seguir, analisar-se-á alguns precedentes do STF, do TST e do TRT da 9ª Região.

4 OS PRECEDENTES E A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA PELO TRABALHADOR

O precedente é “caracterizado por sua natureza transcendental capaz de irradiar seus efeitos para além do caso concreto que o originou” e, por isso, “não é toda decisão judicial que funcionará como precedente” (Cambi; Fogaça, 2015, p. 342-343).

Assim, sempre comporá o precedente a *ratio decidendi*, ou seja, a parte essencial do precedente - os motivos determinantes -, que serão aplicados às demais ações que versem sobre as mesmas questões. Neste sentido:

O precedente então está ligado à tese jurídica essencial para a decisão do Tribunal num dado sentido em conformidade com os fatos de um caso concreto que se ajustam ao caso imediato. É identificado a partir da tese principal conectada com as circunstâncias fáticas, contidas na fundamentação, determinante para a tomada da decisão de um caso pelo Tribunal e que servem para resolver o caso imediato por ser semelhante. Portanto, o precedente depende da razão determinante e suficiente para motivar a decisão diante daquela circunstância fática específica (CHAPPER, 2017, p. 66-67)

Ademais, importa frisar que o precedente não é sinônimo de jurisprudência, haja vista que, como visto acima, o precedente constitui uma única decisão judicial que norteará outros casos em julgamento.

A jurisprudência, por sua vez, é um conjunto de decisões que objetiva demonstrar como o Poder Judiciário (ou algum tribunal em específico) vem julgando determinada questão, não tendo caráter vinculativo. Consiste, então, em “bons exemplos de decisão, que podem ou não ser seguidos, a depender do juízo crítico do julgador” (Zaneti Júnior, 2015, p. 420).

E, justamente por vincular as decisões posteriores, os precedentes têm por finalidade conferir estabilidade e coesão ao ordenamento jurídico, evitando que diferentes tribunais, câmaras ou juízes julguem as mesmas questões (com a mesma *ratio decidendi*) de formas distintas, preservando os valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia (Cambi; Fogaça, 2015, p. 339).

Além disso, os precedentes constituem um importante instrumento para lidar com a judicialização maciça dos conflitos, conferindo efetividade ao sistema processual e contribuindo para a garantia do acesso à justiça (Cambi; Fogaça, 2015, p. 337), tendo em vista que uma mesma decisão judicial atenderá a centenas - ou até milhares - de processos em todo o país, limitando até mesmo a interposição de recursos pelas partes.

Assim, ciente da importância dos precedentes para dar coesão e efetividade à tutela jurisdicional, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 buscou criar um sistema de precedentes sólido e eficaz.

E, neste sentido, merecem destaque as previsões contidas nos artigos 926 e 927 da legislação processual civil.

O *caput* do artigo 926 do CPC prevê que “Os tribunais devem uniformizar sua

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Brasil, 2015), impondo, portanto, que os tribunais organizem as decisões (jurisprudência) de forma estável, íntegra e coerente. Da mesma forma, pode-se concluir que a jurisprudência deve observar os precedentes firmados, fato imprescindível à coesão buscada pelo legislador.

Já o artigo 927 ordena que os juízes e tribunais observem os precedentes oriundos das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e dos julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O referido artigo ainda prevê a observância dos enunciados de súmula vinculante, das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional e da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. As súmulas não são precedentes⁴, mas, assim como os precedentes, são paradigmas judiciais obrigatórios (CHAPPER, 2017, p. 106).

Portanto, não há dúvidas que as decisões oriundas do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF, dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e dos recursos repetitivos, bem como as súmulas vinculantes e aquelas proferidas pelos tribunais superiores, possuem observância obrigatória.

A propósito, o artigo 489, §1º, VI, do CPC reconhece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (Brasil, 2015).

Neste sentido, “O CPC/2015 rompeu definitivamente com a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, elencando no art. 927 e incisos os casos em que os precedentes no Brasil obrigam, portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões” (Zaneti Júnior, 2015, p. 421).

Os avanços promovidos pelo CPC em relação aos precedentes foram incorporados ao Direito do Trabalho a partir da Instrução Normativa nº. 39/2016, editada pela Resolução nº. 203/2016, do TST, a qual prevê, no artigo 3º, a aplicação dos artigos 489 e 926 a 928 aos processos trabalhistas, com as adaptações necessárias.

Seguindo, ante a extensão e obrigatoriedade de sua aplicação - se oriundos dos tribunais superiores, serão aplicados obrigatoriamente em todo o território nacional - é necessária a máxima

4 As súmulas consistem em um “resumo” da jurisprudência, buscando demonstrar qual é o entendimento pacífico daquele tribunal acerca de determinada matéria. As súmulas não são precedentes, mas são por eles influenciadas, conforme artigo 926, §2º, do CPC: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (Brasil, 2015).

cautela na consolidação de um precedente judicial, a fim de que este não seja utilizado como instrumento de perpetuação de injustiças.

Ora, dentro de um sistema de precedentes, “os juízes e tribunais são responsáveis por suas escolhas, escolhas que irão vincular a si e aos seus pares no futuro; portanto, não são mais “livres”, se é que um dia o foram” (Zaneti Júnior, 2015, p. 410).

À luz de tal fato, e considerando a imprescindibilidade da garantia do acesso efetivo à justiça pelo trabalhador, principalmente após as alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista, conforme abordado nos capítulos anteriores, é importante que se analise os principais precedentes oriundos do STF, do TST e dos TRTs (que, no presente estudo, serão representados pelo tribunal da 9ª Região, do Paraná), julgados e em julgamento acerca da questão.

O primeiro precedente que merece destaque é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5.766 do STF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em 25/08/2017 e julgada em 20/10/2021, com trânsito em julgado em 04/08/2022.

Na ADI nº. 5.766 discutiu-se a (in)constitucionalidade dos artigos 790-B, *caput* e §4º, 791-A, §4º, e 844, §2º, todos incluídos na CLT pela Reforma Trabalhista, os quais previam, respectivamente, a possibilidade da condenação da parte beneficiária da justiça gratuita ao pagamento de honorários periciais e advocatícios em caso de sucumbência, e a condenação do reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita, ao pagamento das custas, caso não comparecesse em audiência.

E, nos termos acima expostos, os artigos 790-B, *caput* e §4º, e 791-A, §4º, constituem evidente violação ao acesso à justiça dos trabalhadores, por promoverem a “esterilização dos efeitos da justiça gratuita” (Delgado; Delgado, 2017, p. 329), ou seja, mitigaram o efeito que a concessão do benefício da justiça gratuita tem para os trabalhadores hipossuficientes.

Neste sentido, o STF decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade das expressões contidas nos artigos 790-B, *caput* e §4º, e 791-A, §4º, da CLT que imputavam ao beneficiário da justiça gratuita a obrigação de pagar honorários periciais ou advocatícios, mesmo que a parte tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. Já o artigo 844, §2º, da CLT foi julgado constitucional.

No entanto, o resultado da ADI nº. 5.766 é preocupante, não apenas pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo 844, §2º, da CLT, mas também porque muito se discutiu, por ocasião do julgamento, sobre a necessidade de se adotar uma “análise econômica do Direito” (Brasil, 2021, p. 21a), conceito trazido no voto do Ministro Luís Roberto Barroso e que prioriza a contenção dos custos gerados por uma suposta litigância excessiva, em detrimento da garantia do acesso à justiça ao trabalhador.

Há outras duas ações de controle concentrado de constitucionalidade acerca do acesso à justiça do trabalhador que aguardam julgamento pelo STF: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº. 80 e a ADI nº. 6.002.

A ADC nº. 80 foi ajuizada em 08/04/2022 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, buscando a declaração da constitucionalidade do artigo 790, §§3º e 4º, da CLT, o qual prevê, para a concessão da justiça gratuita, a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

A princípio, a ação não foi conhecida pelo relator, o Ministro Edson Fachin, em razão da ilegitimidade ativa da parte requerente e da inexistência de controvérsia judicial relevante. Contudo, em 20/10/2023, a decisão foi revista pelo Pleno, sendo determinado o processamento da ação, que, atualmente, se encontra conclusa ao relator.

Já a ADI nº. 6.002 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 30/08/2018, contestando a constitucionalidade do artigo 840, §1º, da CLT, o qual prevê a necessidade da prévia liquidação do pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, bem como do §3º do referido artigo, que prevê a extinção dos pedidos que não atendem à regra do §1º sem resolução do mérito.

A ADI nº. 6.002 foi, a princípio, distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski e, posteriormente, foi redistribuída para o Ministro Cristiano Zanin. Até o momento, houve decisão apenas quanto ao ingresso de *amicus curiae* no processo.

Portanto, verifica-se que, dos precedentes analisados em âmbito do STF, apenas um deles foi julgado (a ADI nº. 5.766) havendo grande expectativa e apreensão para o julgamento das outras duas ações.

No TST merece destaque o Tema 21, em discussão sob o rito de recurso de revista repetitivo. O recurso de revista repetitivo é o equivalente trabalhista do recurso especial repetitivo, nos termos do artigo 896-B da CLT.

O Recurso de Revista Repetitivo nº. 277-83.2020.5.09.0084, que deu origem ao Tema 21, foi suscitado pela 7ª Turma do TST, a fim de discutir a implementação do artigo 790, §§3º e 4º, da CLT no processo do trabalho.

Pretende-se definir, então, se há direito público subjetivo à concessão de gratuidade de justiça à parte que declara pobreza no processo, em especial nos casos em que a parte percebe salário igual ou superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e, se não, em quais circunstâncias e sob quais parâmetros a hipossuficiência pode ser comprovada.

Em outras palavras, discute-se se a declaração de pobreza exarada pela parte é suficiente

para a concessão da justiça gratuita, conforme prevê a Súmula 463 do TST e, se não for, quais deverão ser os parâmetros para a comprovação da hipossuficiência para a concessão do benefício.

O Recurso de Revista Repetitivo foi instaurado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) do TST na sessão de 23/11/2022, mas, em 02/02/2023, o julgamento foi transferido ao Tribunal Pleno. Atualmente, os autos encontram-se conclusos ao relator, o Ministro Breno Medeiros.

A questão em discussão, como exposto no capítulo anterior, é de fundamental importância, eis que os principais obstáculos enfrentados pela população mais vulnerável quanto ao acesso à justiça é, justamente, os custos do processo, razão pela qual a regulamentação da justiça gratuita não pode impor empecilhos além dos estritamente necessários para a concessão do benefício.

No TRT da 9ª Região, com jurisdição no Estado do Paraná, foram julgados o Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº. 0001088-38.2019.5.09.0000 (Tema 9), referente ao artigo 840, §1º, da CLT e a necessidade de indicação dos valores dos pedidos na petição inicial; e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº. 0004570-86.2022.5.09.0000 (Tema 16), quanto a base de cálculo dos honorários de sucumbência devidos pelo reclamante.

O Tema 9 foi julgado em 28/06/2021 pelo Tribunal Pleno do TRT da 9ª Região, tendo reconhecido, por maioria dos votos, “a possibilidade de apresentação por estimativa dos valores de cada pedido (artigo 840, §1º, da CLT), não estando a liquidação adstrita aos valores indicados na petição inicial” (Brasil, 2021b).

Ressaltou-se, durante o julgamento, que a mera indicação de valores estimados é suficiente para atender à exigência do artigo 840, §1º, da CLT, “sendo desnecessária - aliás, altamente contraproducente, além de irremediavelmente prejudicial ao amplo acesso ao Judiciário - a liquidação antecipada dos pedidos” (Brasil, 2021b).

Destacou-se, ainda, a preponderância do princípio da simplicidade no processo do trabalho. Neste sentido, constou no voto do relator, o Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

Por derradeiro, não vejo que a interpretação do art. 840, § 1º, da CLT à luz da Constituição Federal seja um "insight" de rebeldia, mas sim trata-se de um ato de coragem para atribuir ao referido dispositivo legal a eficácia normativa de direito fundamental de acesso à justiça, compreendendo-o como um processo justo, adequado e equitativo a todos jurisdicionados. O que não pode é o Poder Judiciário aplicar a literalidade de novos termos legislativos, descuidando da realidade social e ainda violando os princípios do acesso à Justiça, da instrumentalidade de formas e da simplicidade, sendo estes preponderantes na seara laboral (Brasil, 2021b)

Sob outro prisma, constou no acórdão a justificativa de voto vencido proferida pelo Desembargador Benedito Xavier da Silva, que votou no sentido de que o valor atribuído a cada pedido vinculasse a condenação, sob o fundamento de que “A flexibilização quanto à atribuição de valores aos pedidos acaba por esvaziar o conteúdo da norma aprovada pelo Legislativo” (Brasil,

2021b), consistindo em ativismo judicial.

Além disso, destacou o desembargador que o artigo 840, §1º, da CLT está alinhado com a “verdadeira mudança no sistema, ou seja, uma nova visão do processo do trabalho, com novos paradigmas” estabelecida pela Reforma Trabalhista, com o fim de desestimular “aventuras jurídicas” (Brasil, 2021b).

Do resultado do julgamento, recorreram o Banco Itaú e o Banco do Brasil ao TST e, diante da inadmissão dos recursos de revista, foram interpostos agravos de instrumento, os quais aguardam julgamento por aquela corte superior.

O Tema 16, por sua vez, foi julgado em 01/07/2024 pelo Tribunal Pleno, ocasião em que restou definido que “a parte autora deverá suportar honorários apenas quando ficar integralmente vencida em ao menos um dos pedidos, não incidindo honorários advocatícios sucumbenciais nos pedidos parcialmente acolhidos - pois não se aplica a sucumbência parcial” (Brasil, 2024).

A decisão proferida está com o prazo recursal em aberto, ou seja, as partes interessadas ainda podem recorrer quanto ao resultado do julgamento.

Portanto, pode-se verificar que há diversos precedentes relacionados às alterações legislativas promovidas pela Reforma Trabalhista referentes ao direito ao acesso à justiça do trabalhador julgados ou aguardando julgamento pelo Poder Judiciário, sendo que, foram julgados, até a finalização da presente pesquisa, a ADI nº. 5.766 pelo STF e o Tema 9 e o Tema 16 pelo TRT da 9ª Região.

À luz dos precedentes já julgados, pode-se observar que os tribunais vêm decidindo de forma favorável à garantia do acesso à justiça, ante a declaração de inconstitucionalidade da condenação do beneficiário da justiça gratuita em honorários advocatícios e periciais em caso de sucumbência (ADI nº. 5.766), bem como o reconhecimento de que os valores informados em inicial são apenas estimados e não limitam a condenação (Tema 9) e que os pedidos parcialmente procedentes não devem ser considerados base de cálculo para fins de sucumbência (Tema 16).

Contudo, ainda que tenham sido benéficos ao trabalhador - com exceção da declaração de constitucionalidade do artigo 844, §2º, da CLT pela ADI nº. 5.766 - os resultados dos precedentes já julgados devem ser vistos com cautela e, por vezes, até mesmo sob uma perspectiva crítica.

A cautela, nos casos em análise, se deve principalmente à validação, por membros do Poder Judiciário, do uso de mecanismos implementados pela Reforma Trabalhista com vistas a limitar o acesso à justiça do trabalhador como forma de desestímulo da litigância, como se vê no argumento de “análise econômica do Direito” presente na ADI nº. 5.766 julgada pelo STF e no pretenso desestímulo a “aventuras jurídicas” mencionado no julgamento do Tema 9 do TRT da 9ª Região.

Há que se considerar sempre, para a consolidação da *ratio decidendi* de um precedente judicial, a proteção constitucional conferida ao acesso à justiça, bem como a obrigação estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, conforme o artigo 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal.

Não obstante, também deve ser observado que a ordem econômica tem (ou deveria ter) como fundamento a valorização do trabalho humano, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal

Ademais, a preocupação se deve também ao fato de ainda penderem de julgamento outros precedentes relacionados à Reforma Trabalhista e ao acesso à justiça, como a ADC nº. 80 e a ADI nº. 6.002 que serão julgadas pelo STF e o Recurso de Revista Repetitivo nº. 277-83.2020.5.09.0084 (Tema 21) do TST, bem como os recursos oriundos dos julgamentos do IAC nº. 0001088-38.2019.5.09.0000 (Tema 9) e do IRDR nº. 0004570-86.2022.5.09.0000 (Tema 16) do TRT da 9ª Região.

CONCLUSÃO

A partir do presente artigo, constatou-se que o Poder Judiciário foi instado a se manifestar acerca de diversos pontos da CLT alterados pela Reforma Trabalhista e relacionados com o direito ao acesso efetivo à justiça pelo trabalhador, e que tais questões estão sendo decididas a partir do julgamento de precedentes judiciais.

Decidir questões importantes, como aquelas relacionadas à garantia ao acesso à justiça, na forma de precedentes é, sem dúvidas, um avanço, por conferir estabilidade e coesão às decisões, que deverão ser obrigatoriamente observadas nas demais ações que versem sobre as mesmas matérias.

Entretanto, deve-se ter especial atenção aos motivos determinantes (a *ratio decidendi*) que constituem os precedentes judiciais, os quais precisam ser consolidados tendo por base os preceitos constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, da garantia da assistência jurídica gratuita e da valorização do trabalho humano.

Por isso, pode-se concluir que os precedentes estão sendo julgados pelo Poder Judiciário de forma a garantir o acesso à justiça do trabalhador, em que pese haja pontos que mereçam atenção, a fim de que estes não se tornem instrumentos de perpetuação de injustiças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)] **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 03 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6787/2016**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076&fichaAmigavel=nao#:~:text=Alterar%20o%20Decreto%20DL%20n%C2%BA,tempor%C3%A1rio%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, Julgada em 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 07 jul. 2024a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 80**. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6383356>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6002**. Relator: Min. Cristiano Zanin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5537399>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **IAC - 0001088-38.2019.5.09.0000**. Relator: Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Julgado em 28 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.jt.jus.br/jurisprudencia-nacional/pesquisa/numero/0001088-38.2019.5.09.0000?abaSelecionada=precedentes>. Acesso em: 08 jul. 2024a.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **IRDR - 0004570-86.2022.5.09.0000**. Relator: Des. Eduardo Milleo Barocat. Julgado em 1 de julho de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.jt.jus.br/jurisprudencia-nacional/pesquisa/numero/0004570-86.2022.5.09.0000?abaSelecionada=precedentes>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/81692>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 463, I**. A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015). Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1#void>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **IncJulgRREmbRep - 277-83.2020.5.09.0084**. Relator: Min. Breno Medeiros. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=228138&anoInt=2021&qtdAcesso=36947271>. Acesso em: 04 jul. 2024.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE

JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. **Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAPPER, Alexei Almeida. **“Precedentes” no processo do trabalho: da interpretação ao paradigma judicial obrigatório**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7877/5/TES_ALEXEI_ALMEIDA_CHAPPER_COMPL_ETO.pdf. Acesso em: 4 jul. 2024.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Lourival José de. **Direito processual do trabalho e a ordem econômica: reforma trabalhista e o direito fundamental de acesso à justiça**. Londrina, Thoth, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 21, Nov/1986, p. 11-44. Disponível em: https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RC_CS21.PDF. Acesso em: 08 jul. 2024.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito e processo do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo, LTr, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. O direito de acesso à justiça e as constituições brasileiras: aspectos históricos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 14, n. 14, Jul-Dez/2013, p. 135-146. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/512/373>. Acesso em: 07 jul. 2024.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Reforma Trabalhista: pressa, atecnia e irresponsabilidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125459/2017_toledo_filho_manoel_reforma_trabalhista.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 jul. 2024.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes *In*: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. **Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-424.

POSSIBILIDADE DA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Henrique GIACOMINI¹

RESUMO

Com o advento da Lei 13.964/2019, houveram diversas modificações no Código de Penal e Código de Processo Penal, dentre elas a implementação do acordo de não persecução penal com a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, o qual adiciona uma nova alternativa negocial ao processo penal brasileiro. Com a inclusão deste novo instituto, o Ministério Público pode propor condições para que seja interrompido a persecução penal, possibilitando a extinção de punibilidade do investigado quando cumprido as condições acordadas. Sobre este aspecto, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade da retroatividade do acordo, por ser um instituto benéfico com natureza jurídica híbrida. O presente trabalho será realizado por meio de análise normativa dos institutos penais e suas repercussões, bem como é realizado um pesquisa jurisprudencial sobre as recentes decisões acerca do objeto em estudo.

PALAVRAS-CHAVES: acordo; justiça negocial; acordo de não persecução penal.

ABSTRACTO

Con la llegada de la Ley 13.964 / 2019, se produjeron varios cambios en el Código Penal y el Código Procesal Penal, entre ellos la implementación del convenio de persecución no penal con la inclusión del artículo 28-A en el Código Procesal Penal, que agrega una nueva alternativa de negociación al proceso penal brasileño. Con la incorporación de este nuevo instituto, el Ministerio Público podrá proponer condiciones para que se interrumpa el enjuiciamiento criminal, permitiendo sancionar al investigador cuando se cumplan las condiciones pactadas. En este sentido, el presente trabajo tiene como objetivo demostrar la posibilidad de retroactividad del convenio, por tratarse de un instituto benéfico con una naturaleza jurídica híbrida. Este trabajo se llevará a cabo mediante un análisis normativo de los institutos penales y sus repercusiones, así como un estudio jurisprudencial de las decisiones recientes sobre el tema objeto de estudio.

KEY-WORDS: convenio; justicia negocial; sentencia de conformidad.

1 INTRODUÇÃO

Com a implementação da Lei nº 13.964/2019, houve algumas inovações no sistema de justiça criminal, decorrendo inúmeras modificações no Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiro. Com isso, foi implementado o acordo de não persecução penal, que proporciona uma nova alternativa negocial ao processo penal. Tal dispositivo prevê que a ação penal seja impedida de ser iniciada por meio de recebimento de proposta de acordo com o Ministério Público

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 contratado pelo Governo do Paraná e advogado com atuação principalmente na área de direito público. E-mail giacomini.henrique@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7675803558053323>.

até então juridicamente inconcebível antes do advento da nova lei.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal foi introduzido com um instituto inovador e inédito no ordenamento brasileiro. O mencionado artigo de lei, possibilita uma justiça negocial entre o Ministério Público e acusado para afastar a possibilidade da continuidade do processo penal, mitigando a necessidade do *parquet* iniciar o processo penal, desde que cumprido todos os requisitos estipulados no próprio artigo.

No decorrer do presente trabalho serão apresentadas as modificações ocorridas com a inclusão da possibilidade do acordo de não persecução penal. Além disso, serão demonstrados os benefícios que o artigo 28-A trouxe ao processo penal e ainda evidenciar as consequências em âmbito social. Posteriormente, serão apresentados alguns conceitos doutrinários acerca do referido acordo, o qual deverá ser proposto pelo Ministério Público e apresentar as razões sobre a possibilidade da retroatividade do instituto.

O método científico abordado para o tema em análise é o método hipotético-dedutivo, devido a exposição inicial da proposta do trabalho, suas expectativas que desencadearam a pesquisa e exemplificação das descobertas inerentes às questões do assunto, por meio de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Posteriormente é demonstrado a hipótese de haver retroatividade do acordo de não persecução penal, ainda que seja posterior ao trânsito em julgado.

O intuito da pesquisa é compreender os possíveis efeitos da retroatividade do acordo de não persecução penal e discutir a natureza jurídica do novo instituto, bem como apontar a essência deste novo artigo como uma norma de garantia com efeito retroativo.

2 PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, o legislador propôs alteração de quatorze leis federais, dentre elas a inclusão do artigo 28-A que dispõe:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2019).

Esse novo método negocial definido pelo legislador já é utilizado em outros países de forma similar. A implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi, então, formulado com base nas experiências estrangeiras.

Em síntese, em muitas jurisdições existentes nos Estados Unidos já utilizam o modelo de negociação nos processos penais, com suas particularidades². E desde a década de oitenta outros

2 “O sistema dos Estados Unidos há aspectos distorcidos na utilização do instrumento “*plea bargaining*” em razão de ser uma sistema na qual não analisa o nexos de causalidade para estabelecer a culpa ou inocência do acusado,

sistemas jurídicos europeus também está sendo contagiado com tal fenômeno (FERRÉ OLIVÉ, 2021, p. 123).

De forma exemplificativa, na França iniciou as primeiras experiências de acordos em razão da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal de delinquência de menor importância. Tais acordos eram realizados sem prévia autorização legislativa, resultando em uma mudança desordenada. Posteriormente foi regulamentado por meio da Lei 92-2, de 04 de janeiro de 1993, que possibilitou uma reforma no procedimento penal francês, incluindo a mediação penal no sistema legal (GURI, 2009, p. 182).

O mesmo ocorreu na Alemanha, surgiu um novo método negocial no processo penal como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Apesar que o legislador alemão não previa expressamente a possibilidade de acordo, a Suprema Corte Alemã reconheceu a possibilidade de acordos penais, desde que seja realizado um acordo público, transparente e formalizado (TURNER, 2009 *apud* CABRAL, 2020, p. 41-42).

Há uma semelhança na pretensão dos legisladores tanto no Brasil quanto na Alemanha no quesito de utilização de instrumentos de abreviação do processo, por meio da barganha, havendo evidentemente um viés utilitarista. O objetivo seria uma aplicação ágil e eficiente da legislação penal, punindo os infratores o mais rápido possível, mostrando à sociedade a eficiência do poder do Estado (SOUSA, 2019, p. 102)

No Brasil, por meio da promulgação da lei 13.964/19, o acordo de não persecução penal deve atender alguns pressupostos para a formalização do acordo. É necessário que trate da investigação de uma infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Para aferição de pena mínima, conforme o parágrafo primeiro do artigo em estudo é imprescindível considerar as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. E em relação às agravantes e atenuantes, não devem ser levadas em consideração, pois são circunstâncias genéricas em virtude que não é definido o *quantum* na norma penal (MOREIRA, 2020, p. 159). A confissão formal e circunstancial também é um pressuposto para a formalização do acordo. E por fim, o último pressuposto é que o acordo seja suficiente para reprovação e prevenção do crime. Além disso, decorrerá o acordo desde que não for caso de arquivamento do procedimento investigatório. Senão, deverá haver o arquivamento nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

O legislador impôs além dos pressupostos, algumas vedações que não permitem o acordo,

diluindo assim a confiança depositada em todo o sistema judicial.” Cfr. Viano, E. “Plea Bargaining in the United States: A perversion of Justice”, op. cit. p. 123 *apud* FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. O Plea Bargaining, ou como perverter a justiça penal através de um sistema de conformidades low cost. **in: Lições Contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal.** org. Luiza Borges Terra. (Prelo). Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021.

são elas: quando for hipótese de transação penal³; se o agente tiver sido agraciado com acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos; ser reincidente ou conduta habitual, reiterada e profissional; nas hipóteses de crimes praticados no contexto de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher em razão do sexo feminino.

O artigo em análise inserido no Código de Processo Penal também impôs requisitos procedimentais, como a realização de audiência na qual o juiz deverá verificar a legalidade da composição do acordo e a voluntariedade do investigado na presença do seu defensor para que seja realizado posteriormente a homologação do acordo⁴.

De forma sucinta, realizado o acordo, o agente deverá cumprir cumulativa ou alternativamente as seguintes condições: reparação do dano ou restituir a coisa à vítima, caso seja possível; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público com instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período corresponde à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em locais indicados pelo juízo da execução; pagar prestação pecuniária; e outras condições compatíveis com o acordo indicado pelo Ministério Público.

3. POSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE DO ANPP

Em uma busca incessante do legislador em adotar do processo penal com viés utilitarista, desassociando do sistema acusatório do processo para um modelo consensual, o acordo de não persecução penal foi implementado. Em um primeiro momento, a celebração do acordo foi estabelecida através da Resolução 181/2017⁵, do Conselho Nacional do Ministério Público, sem qualquer respaldo legislativo uma vez que foi instrumentalizado por mera resolução. Tal projeto foi arquitetado sob a premissa que havia uma carga desumana de processos que se acumulavam nas varas criminais em âmbito nacional e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de justiça às pessoas, de alguma forma, envolvida nos fatos criminais⁶.

A esta disciplina, Cabral (CABRAL, 2021) demonstra a legalidade fundamentando que a autorização para a celebração do acordo não consubstancia norma de direito processual, uma vez

3 A transação penal poderá ser concedida quando presentes os seguintes requisitos: tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo; não configuração de hipótese de arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência; não ter sido o autor da infração condenado, pela prática do crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; não ter sido o agente beneficiado anteriormente com idêntico benefício no prazo de cinco anos; e se a conduta social, motivos ou circunstâncias do ocorrido assim recomendarem. CUNHA, Maurício Ferreira Cunha; MANUCCI, Renato Pessoa. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 213-215.

4 Artigo 28-A (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

5 Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

6 Preâmbulo da Resolução 181, de 6 7 de agosto de 2017.

que não trata “do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também das normas que regulam os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição”.

Porém, há uma certa dissimulação em afirmar que tal norma não trata de direito processual ou de uma relação processual uma vez que a próprio instrumentalização de um acordo suprime o devido processo legal, a produção de prova e o contraditório em troca de uma sancionamento mais célere e consentido pela defesa (MENDES; SOUZA, 2020, p. 1203).

Distintivamente da previsão do instituto no artigo 18 da Resolução nº 181, 17 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, com o texto alterado pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018a inclusão do texto (art. 28-A) permitindo a celebração do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal obedeceu a todos os trâmites legislativos ordinários, atribuição exclusiva da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal procedimento legislativo se faz necessário em respeito ao princípio da legalidade em vista que o instituto deve ser regulamentado pelo Congresso Nacional e não apenas por resolução pelo Conselho Nacional do Ministério Público (DE POLI, 2020, p. 18). Por meio da regulamentação legal do acordo de não persecução penal, impôs um fim ao debate acerca da constitucionalidade.

Entretanto, sua respectiva legalização trouxe outras discussões atinente ao direito transitório, a respeito, por exemplo, da possível retroação das novas regras do acordo às infrações cometidas anterior a existência da Lei nº 13.964/2019. Tal efeito será o ponto central de análise desta pesquisa.

3.1 Efeitos do Anpp

A ideia do acordo de não persecução penal surgiu em decorrência dos problemas que enfrentamos no sistema punitivo brasileiro⁷. A alternativa de propositura de um acordo pelo Ministério Público proporciona celeridade na resolução dos casos menos graves, prioriza recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para o processamento e julgamento dos casos mais graves. E ainda há uma atenuação dos efeitos de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, permitindo assim uma chance para evitar uma condenação

7 “Tal proposta [acordo de não persecução penal] tinha por objetivo central dar maior dinamismo ao sistema penal brasileiro, incorporando um instituto de justiça consensual, com traços característicos de institutos de *common law*. (...) surge a possibilidade de evitar a sentença condenatória, reduzindo os efeitos sociais maléficos da pena, em especial a pena privativa de liberdade desafogando os estabelecimentos prisionais.” FUZIGER, Rodrigo Jose; DE BEM, Leonardo de Bem. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 121.

judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais e o encarceramento desenfreado.

E considerando ainda os clamores para o aprimoramento institucional e readequação do sistema punitivo brasileiro, houve uma necessidade de ajuste para que o sistema penal brasileiro preconizasse tal instituto benéfico ao réu.

Conforme entendimento Cabral (CABRAL, 2020, p. 48), uma resposta rápida e diverso da pena privativa de liberdade, “pode significar o freio de arrumação necessário para colocar nos trilhos a vida de quem envolveu-se na prática dos crimes pela primeira vez”.

E ainda complementa:

“Um acordo tempestivo e adequado reforça a ideia de credibilidade e efetividade do sistema, o que torna mais fácil o fortalecimento dos vínculos de confiança entre os cidadãos e o Estado, incentivando a busca de justiça, dentro da legalidade e do sistema penal. Não há incentivo maior para que as pessoas possam confiar no Estado e em suas normas do que uma atuação efetiva e proporcional (CABRAL, 2020, p. 49).”

De Bem e Martinelli (2020, p. 125) ainda demonstra que o Acordo de Não Persecução Penal visa não somente auxiliar no desafogo do abarrotado sistema de justiça criminal, mas também impede a estigmatização e a dessocialização que decorrem de processo com sentença condenatória.

À visto disso, fica evidente que o novo instituto constituído no Processo Penal brasileiro será um mecanismo bem aceito aos operadores do direito, bem como pela sociedade uma vez que teremos uma resposta mais justa e adequada aos delitos menos graves, proporcionando uma harmonia à reintegração social dos investigados.

A criação do instituto do acordo de não persecução penal repercutiu mudanças significativas para o processo penal brasileiro. Os operadores do direito receberam de forma positiva tal mudança em razão dos benefícios que o acordo trouxe para diminuição do encarceramento desmoderado de indivíduos vulneráveis não associados ao crime.

Sobre este aspecto, desde uma perspectiva político criminal, Fuziger e de Bem (2020, p. 121) ressaltam um importante ponto sob a temática da aplicação prática do acordo de não persecução penal, a possibilidade de tal instituto ser aplicado retroativamente, promovendo um benefício a um enorme contingente de indivíduos que já estão dentro do sistema prisional, sejam eles ainda como presos provisórios ou com condenação em trânsito em julgado.

Em movimento divergente do Ministério Público, conforme orientação do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que dispõe em suas orientações aos membros do *parquet*, o acordo de persecução penal cabe apenas para os agentes ainda não denunciados⁸. Em síntese, a concepção do Ministério Público impede o efeito retroativo previsto em lei para institutos considerados benéficos. Neste aspecto, somente os processos dos indivíduos que ainda não foram denunciados poderiam ser reexaminados, diminuindo consideravelmente o número de indivíduos que poderiam amparado pela nova lei.

O movimento do Ministério Público⁹ em adotar a postura de restringir a retroatividade apenas confirma o desprezo aos institutos diversificadores que propõe condições para não marginalização e que presa pela ressocialização do julgado (DE BEM; FUZIGER, 2020, p. 122). A doutrina tem se posicionado sobre a possibilidade da retroação consoante ao artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal¹⁰, considerando que o acordo é um instituto mais benéfico que uma condenação criminal. O efeito da retroatividade está presente em nosso ordenamento jurídico penal brasileiro, conforme já citado artigo 5º da Carta Magna que dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (BRASIL, 1988). Tal efeito se refere ao próprio direito penal material.

Ajustado ao conceito da retroatividade da norma, é evidente que o instituto do acordo de não persecução penal deverá retroagir sob os princípios legais uma vez que trata-se de uma norma processual, mas com matéria penal. Assim como Lopes Junior descreve que a lei processual penal mais benéfica poderá perfeitamente retroagir para beneficiar o réu, ao contrário pelo defendido pelo senso comum teórico (LOPES JUNIOR, 2019, p. 116). Além disso, a lei não só retroage em benefício ao réu, como também terá ultratividade e prevalecerá mesmo quando houver a vigência de uma lei nova menos benéfica (BITENCOURT, 2015, p. 207).

A divergência entre a doutrina e a postura do Ministério Público em relação à retroatividade do acordo de não persecução penal reflete uma questão fundamental. Enquanto o Ministério Público restringe o instituto aos agentes ainda não denunciados, a doutrina argumenta que a retroatividade é possível, considerando o caráter benéfico do acordo em comparação com a condenação criminal. Nesse contexto, o princípio da retroatividade, previsto no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, respalda a aplicação do acordo, visto que se trata de uma norma processual

8 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. **Comissão Especial – GNCCRIM**: Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. 2020.

9 “Enunciado 19 dispõe que cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da lei nº 13.964/2019, desde que não tenha recebida a denúncia” - Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. **Comissão Especial – GNCCRIM**: Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. 2020.

10 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: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

com impacto no direito penal material .

Subsequentemente será demonstrado de forma mais aprofundada os motivos apresentados para apreciação do novo instituto benéfico para os processos precedentes à vigência da lei.

3.2 Conteúdo Jurídico Material e Processual

Como demonstrado de forma sucinta anteriormente, o acordo de não persecução penal está disposto no Código de Processo Penal, sendo *a priori* uma norma processual. Em que pese tal consideração, o novo artigo é revestido de direito material uma vez que traz consequências de matéria penal.

Apesar da inclusão do acordo de persecução penal no Código de Processo Penal, definindo inicialmente como uma norma processual, deve-se atentar que tal instituto é revestido de direito material em razão da possibilidade da extinção da punibilidade, conforme o artigo 28-A, §13º do Código de Processo Penal, “cumprindo integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.”

À vista disso, a doutrina conceitua como um preceito com conteúdo híbrido, abrangendo matéria de processo penal e direito material em uma única norma. Segundo a doutrina majoritária, sempre que houver uma lei mista, as regras do direito penal tendem a prevalecer, não admitindo o emprego da analogia em prejuízo do acusado (LIMA, 2014, p. 101). Neste aspecto, a norma sempre será retroativa se a parte penal foi mais benéfica ao réu, e não retroagirá se for prejudicá-lo, em conformidade com o princípio fundamental na Constituição Federal¹¹ e o Código Penal, no parágrafo único do artigo segundo, nos traz que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940).

Portanto, a lei somente retroagirá em benefício ao agente. A Constituição Federal não impôs limitações sobre efeito da retroatividade da lei quando mais benéfica, podendo favorecer o agente, ainda que tenha sido decidido por sentença condenatória com trânsito e julgado.

Entretanto, formalmente o instituto está inserido no Código de Processo Penal, porém o artigo 28-A (BRASIL, 1940) está revestido de conteúdo de direito material no que se refere às suas consequências (possibilidade de extinção de punibilidade), evidenciando assim uma verdadeira norma de garantia, assim sendo, havendo a retroatividade. Em outras palavras, é norma que interfere diretamente na pretensão punitiva do Estado, e não apenas uma norma procedimental (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 126).

11 A Constituição Federal proíbe a retroatividade da lei penal para prejudicar o agente, conforme reza o artigo 5º, inciso XL, *in verbis*, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Consoante ao parágrafo décimo terceiro do artigo supracitado, deixa expresso que “cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”. Compreende-se assim que, apesar da norma foi inserida no Código de Processo Penal, sua natureza é processual, mas penal material (MARTINELLI; SILVA, 2020, p. 51).

Badaró adota uma corrente doutrinária ainda mais ampla sobre as normas processuais de conteúdo manifestando que todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material (BADARÓ, 2015, p. 95).

Nesse sentido, também é o posicionamento da jurisprudência, dentre elas se ressaltam o voto proferido pelo Des. João Pedro Gebran Neto, que entendeu que apesar de a natureza processual ser a mais notada, não se desapega da norma o seu conteúdo material. O acordo é certamente um instituto benéfico comparando-se que uma condenação criminal, mesmo que as penas sejam substituídas¹².

Entretanto, as decisões do Supremo Tribunal de Justiça vêm numa toada contrária no sentido que a aplicação da retroatividade no ANPP seria incompatível com o propósito do referido instituo quando recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado. No julgamento de Agravo Regimental no Habeas Corpus, nº 626.687/SC, o ministro relator Dantas deliberou no sentido que o instrumento de acordo para suspender a persecução penal, embora os pacientes preencham os requisitos objetivos, o referido artigo é de cunho processual e, como tal, tem aplicação imediata, não atingindo os atos processuais já realizados. Assim, se houve uma sentença penal condenatória, não há portanto a incidência do benefício¹³.

12 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Criminal 5005673-56.2018.4.04.7000. Processual Penal. Questão De Ordem. Acordo De Não Persecução Penal. Art. 28-A Do Código De Processo Penal. Pacote Anticrime. Norma de índole Material. Novatio Legis In Mellius. Atenuação das consequências da conduta delitiva. Aplicabilidade aos em processos em andamento com denúncia recebida antes da vigência da Lei Nº 13.964/2019. Questão de ordem solvida. Relator: João Pedro Gebran Neto. Nesse sentido também é o posicionamento de Nefi Cordeiro, em voto prolatado ao Superior Tribunal de Justiça no qual foi relator entendendo que a norma em análise de natureza jurídica mista (processual/material) deve retroagir ao benefício do paciente. Ademais, o relator concedeu a anulação do acórdão confirmando a anulação da condenação do paciente e determinou a devolução dos autos ao magistrado da instância original para que seja apresentado o benefício do acordo de não persecução penal. Vid. BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 575395 – RN (2020/0093131-0). Penal. Crimes de fraude à licitação (artigo 90 da lei nº 8.666/1993) e de falsidade documental (artigo 299 do código penal). Inépcia da denúncia. Improcedência. Mérito. Tipicidade e dolo. Dosimetria. Adequação. Prescrição. Cinco apelações. Intempestividade de um recurso. Provimento de uma apelação. Provimento, em parte, das demais. Relator: Ministro Nefi Cordeiro.

13 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 626687/SC. Penal e processo penal. Tráfico de drogas. Aplicação retroativa do art. 28-a da lei nº 13.964/2019. Acordo de não persecução penal. Réu condenado. Impossibilidade. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da lei n. 11.343/2006. Quantidade e natureza da droga utilizada para modular a fração de redução. Possibilidade. Regime prisional. Quantia e espécie do entorpecente. Modo semiaberto. Adequado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Falta de preenchimento de requisito subjetivo. Agravo desprovido. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no habeas corpus n. 626687/sc. Distrito federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data do julgamento: 09/02/2021.

Neste sentido, a Ministra Laurita Vaz, relatora de um Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1976249/SP em uma decisão mais recente, permanece a mesma orientação nos julgamentos no qual é possível a retroatividade da aplicação da norma que dispõe do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia¹⁴. No relato da decisão, sequer foi elaborado os argumentos referente ao conteúdo da lei como material, processual ou híbrido, mas tão somente houve a citação da decisão anteriormente citada reafirmando o posicionamento do STJ.

No Supremo Tribunal Federal recentemente a primeira turma analisou no mérito em uma decisão de Agravo Regimental no Habeas Corpus 233.147/SP, concluindo por unanimidade no sentido que as ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data da vigência do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁵. Assim o julgamento do Habeas Corpus 185913/DF que ainda está plenário para julgamento, após o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e do voto da Ministra Cármen Lúcia que indeferiu a ordem de *habeas corpus*, reafirmando-se o entendimento fixado no âmbito da primeira turma: nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP¹⁶.

Os julgamentos no Supremo Tribunal Federal não analisaram o mérito quanto a essência do instrumento como direito material ou processual. Simplesmente houve uma definição que a finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, alegando impossibilidade lógica em propor uma composição penal depois da condenação. Desconsiderando qualquer possibilidade de uma análise como um instrumento de conteúdo material. E ainda impõe ainda mais restrições uma vez que há a definição da necessidade de formular o pedido na primeira oportunidade sob o risco de

Data da publicação: 17/02/2021.

14 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1976249/SP. Penal e processual penal. Furto qualificado. Acordo de não persecução penal. Lei n. 13.964/2019. Denúncia recebida. Aplicação retroativa do art. 28-a do código de processo penal. Descabimento. Suposta violação ao princípio da identidade física do juiz não demonstrada. Prejuízo não comprovado. Pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Pretensão de incidência da fração máxima pela tentativa. Avaliação do *iter criminis*. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Agravo regimental desprovido. A sexta turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Ministra Relatora. Distrito Federal. Sexta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 07/02/2023. Data da publicação: 14/02/2023.

15 Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 233.147/SP. Agravo regimental em habeas corpus. Contrabando. Acordo de não persecução penal. Inviabilidade. A primeira turma, por unanimidade, negou provimento ao regimental e fixou entendimento no sentido de que, nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 07/11/2023. Data da publicação 22/02/2024.

16 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 185913/DF. Possibilidade de acordo de não persecução penal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. O processo está em plenário para julgamento.

preclusão do direito.

A decisões acima entendem que o instrumento que permitiu a realização de acordo para evitar a persecução penal é meramente processual. Porém tal percepção não condiz com interpretação doutrinária em razão que, segundo Martinelli e Silva (2020, p. 70), as normas de natureza penal material são aquelas que incidem na pretensão punitiva do Estado, pois criam ou abolem tipos penais, modificam penas ou extinguem punibilidade. A possibilidade de acordo de não persecução consequentemente altera a pretensão punitiva, pois o impedimento ao início de um processo cria a barreira intransponível para a aplicação de qualquer pena, pois não pode ser imposta qualquer sanção sem decisão condenatória. Sendo que esta só a permitida quando houver o devido processo legal. A lei processual, de maneira oposta, não está redigida como um mandamento ou então determina a ilicitude da conduta humana, mas sim é uma descrição processual. A leis processuais consiste na regulamentação de fenômenos estritamente processuais (COUTURE, 2001, p. 36).

Conforme elucidado, o acordo de não persecução penal é norma com conteúdo material com objetivo de tutelar o direito à descontinuação do transcurso penal, apesar que em um primeiro momento ostenta uma natureza processual. Portanto, partindo da ideia da possibilidade da retroatividade, o artigo da lei penal em questão poderá retroceder sua aplicação aos processos que já foram denunciados e até mesmo aqueles já houve o trânsito em julgado.

Contrariando a percepção da retroatividade da nova lei 28-A do Código de Processo Penal, parte da doutrina manifesta a necessidade de limitação retroativa do instituto. Tal percepção não permite que os acusados que já tiveram uma sentença condenatória no processo tenham o benefício do acordo de não persecução penal. Contrariando os preceitos constitucionais já conceituados no presente estudo.

Dentre eles, se encontra Rodrigo Leite Ferreira Cabral que entende em seu manual que: “o marco final para que se possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal (CABRAL, 2020, p. 213).” Tal entendimento é baseado em algumas razões.

A primeira razão para delimitar a retroatividade, é que após a sentença condenatória o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão (CABRAL, 2020, p. 213). Porém, o presente autor desconsidera que no julgamento do recurso de apelação poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 126). Em outros termos, nada impede que posteriormente o Ministério Público requeira em audiência específica, a realização da confissão formal e circunstancial, em conformidade com o

caput do artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Subsequentemente, este autor, reafirma a sua posição evidenciando a impossibilidade dos autos retornar ao primeiro grau uma vez que já foi proferida a sentença (CABRAL, 2020, p. 213). Tal afirmação é insustentável certo de que havendo lei mais benéfica é uma medida de justiça a anulação da decisão pelo tribunal (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 127).

Desta maneira, as considerações apresentadas são para demonstrar que o novo instituto é uma das maiores inovações para retirada de intervenção propriamente penal da história brasileira (CABRAL, 2020, p. 208). E para que surtam os efeitos desejados pelo instituto, deve-se cumprir os requisitos impostos em lei. O acordo de não persecução penal que possui natureza penal material está diretamente vinculado à pretensão punitiva do Estado, apesar de sua previsão no Código de Processo Penal. Por isso, sua aplicação pode ser retroativa aos crimes cometidos antes de sua vigência, ainda que o processo esteja em andamento ou àqueles que o condenado já tenha cumprido a pena (MARTINELLI; SILVA, 2020, p. 73).

As implementação de um instituto da justiça negocial no processo penal vigente representa uma significativa mudança no cenário jurídico brasileiro. Consequentemente há nuances que ainda perduram com indefinições que impendem sujeitos com direitos a impedir a persecução penal ou reverter uma decisão prejudicial em consonância com a lei vigente. Tal restrição impacta os objetivos da proposta legislativa em razão que ao limitar o benefício apenas aos casos futuros, corre-se o risco de não atender a todos os indivíduos que preenchem os requisitos para o acordo. Isso inclui tanto aqueles que já estão no sistema prisional, como aqueles já foram condenados com trânsito em julgado.

3.3 Consequências da Restrição da Retroatividade

A proposta da inserção do acordo de não persecução penal tem como objetivo dar maior dinamismo para o sistema penal brasileiro, possibilitando mais uma incorporação de uma justiça negocial no processo penal. Tal proposta, apesar de haver resistência válida pela doutrina crítica, é um método adequado para evitar um transcurso penal.

A restrição da retroatividade da norma em análise não permitirá que alguns objetivos sejam cumpridos como proporcionar efetividade e celeridade na resposta estatal, e desafogar os estabelecimentos prisionais. Ora, com a inovação do acordo de não persecução penal é evidente que deve-se atender todos os indivíduos que detém os requisitos para o benefício. Independentemente se esses indivíduos já estão inseridos no sistema prisional como preso provisório ou então como condenado em trânsito em julgado.

Conforme o entendimento do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, “cabe acordo

de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia¹⁷.” Em síntese, o Ministério Público dissimula a obrigatoriedade da retroatividade, tornando assim uma equivocada interpretação restringindo o benefício e tornando assim a efetividade da norma irrelevante aos efeitos esperados.

De acordo com Martinelli e De Bem (2020, p. 386), toda norma que trata das liberdades individuais deve ser interpretada de forma favorável à pessoa humana. Portanto, qualquer restrição aos direitos fundamentais deve estar expressamente prevista na Constituição. No contexto do acordo de não persecução penal, os princípios que orientam o ordenamento jurídico brasileiro favorecem a aplicação da regra da retroatividade quando se trata de normas benéficas. Esse instituto é um instrumento de política criminal que visa aprimorar a efetividade da resposta estatal e promover a desjudicialização dos conflitos.

Restringir o raio da retroatividade ao acordo apenas corrobora a potencialização do processo de marginalização de uma massa encarcerada que trivialmente é representado por uma maioria pobre e socialmente indesejada (FUZIGER, 2020, p. 117). É crucial considerar o impacto social e aplicar o instituto negocial no processo penal com base nos objetivos pretendidos.

CONCLUSÃO

O advento do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro, influenciado pela legislação estrangeira, permitiu afastar a intervenção propriamente penal nos casos menos graves. Apesar de haver uma legislação penal caótica com aberrações e muitas vezes com penas desproporcionais ao ato, a possibilidade do acordo trouxe uma alternativa cabível com resposta célere e eficaz em detrimento de um transcurso de processo penal que sistematicamente o indivíduo sofre com estigmatização e violência institucional.

Em síntese, a possibilidade da retroatividade e incidências das regras do acordo é perfeitamente cabível conforme todos os princípios em direito admitidos apresentados. Em suma, se o agente preenche todos os requisitos para realizar o acordo, é essencial que seja apreciado a possibilidade do negócio jurídico penal para que o agente seja beneficiado primariamente pela não penalização de uma pena criminal, e secundariamente seja beneficiado pelos efeitos secundários da condenação, como por exemplo a reincidência.

Não permitir a retroatividade do benefício para os agentes que cometeram a infração penal antes da vigência da lei em análise afasta a possibilidade de acolher uma massa em sua maioria desafortunada, bem como não atinge o propósito desta inovação penal de priorizar os recursos

17 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. **Comissão Especial – GNCCRIM**: Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. 2020.

humanos e espaços dos institutos penais para os crimes mais graves.

A acordo de não persecução penal não é uma solução perfeita e se faz necessário que as experiências sejam elementos de estudos para que não seja utilizado o instituto de forma equivocada. A possibilidade da celebração do acordo permite que o indivíduo renuncie o direito de ter um processo legal com direito ao contraditório e ampla defesa, logo é veemente importante que tenha cautela na utilização do instituto.

A concepção do dispositivo demonstra como é imprescindível que evoluamos mediante o novo método de justiça negocial, desde que acompanhado sempre por uma defesa técnica garantindo todos os direitos fundamentais do agente.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181**, de 6 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 183**, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em: 22 de jun. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de jun. 2024.

BRASIL. Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

BRASIL. Decreto-lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

CABRAL, Rodrigo Ferreira. Manual do Acordo de não persecução penal. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido,

2020.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Maurício Ferreira Cunha; MANUCCI, Renato Pessoa. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

DE POLI, Camilin Marcie. A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na lei nº 13.964/2019. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de Camargo; FELIX, Yuri (Org.). Pacote Anticrime: Reformas Processuais: reflexos críticos à luz da Lei 13.964/2019. Florianópolis: EMais, 2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. O Plea Bargaining, ou como perverter a justiça penal através de um sistema de conformidades low cost. **in: Lições Contemporâneas do Direito Penal e do Processo Penal**. org. Luiza Borges Terra. (Prelo). Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2021.

FUZIGER, Rodrigo Jose; DE BEM, Leonardo de Bem. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

FUZIGER, Rodrigo Jose; DE BEM, Leonardo de Bem. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 Lei Anticrime. **Comissão Especial – GNCCRIM**: Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. 2020.

GURI, José Francisco Etxberria. **El modelo francés de mediación penal, in: La mediación penal para adultos. Una realidad em los ordenamientos jurídicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da Silva. Mecanismos de Justiça Consensual e o Acordo de Não Persecução Penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal: lições fundamentais**, parte geral. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MENDES, Soraia da R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1175-1208, set.-dez. 2020. p. 1203.

MOREIRA, Romulo de Andrade. O Acordo de Não Persecução Penal. In: DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 159.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Criminal 5005673-56.2018.4.04.7000. Processual Penal. Questão De Ordem. Acordo De Não Persecução Penal. Art. 28-A Do Código De Processo Penal. Pacote Anticrime. Norma de índole Material. Novatio Legis In Mellius. Atenuação das consequências da conduta delitiva. Aplicabilidade aos em processos em andamento com denúncia recebida antes da vigência da Lei Nº 13.964/2019. Questão de ordem solvida. Relator: João Pedro Gebran Neto.

SOUZA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1976249/SP. Possibilidade da retroatividade do acordo de não persecução penal após o trânsito e julgado e violação do princípio da identidade física do juiz não demonstrada. Distrito Federal. Sexta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do julgamento: 07/02/2023. Data da publicação: 14/02/2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 626687/SC. Possibilidade de acordo de não persecução penal e desqualificação do crime. Distrito Federal. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data do julgamento: 09/02/2021. Data da publicação: 17/02/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 185913/DF. Possibilidade de acordo de não persecução penal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: incluído em pauta 07/08/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 233.147/SP. Possibilidade do acordo de não persecução penal após a denúncia. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 07/11/2023. Data da publicação 22/02/2024.

CAPÍTULO IV
VULNERABILIDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

ANÁLISE DA ADPF 709 FRENTE A CRISE HUMANITÁRIA VIVENCIADA PELOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

João Victor Nardo ANDREASSA¹
Emilya Maria de Oliveira BRIGANÓ²

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar como se sucedeu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 709, como ação proposta por entidade representante dos indígenas no Brasil, juntamente com partidos políticos, utilizada perante o Supremo Tribunal Federal, como órgão competente, com a finalidade de remediar e possivelmente extinguir a crise humanitária instalada em territórios indígenas do país, agravada em meio ao cenário da Covid-19. Desse modo, resultaram-se em possíveis questionamentos relacionados a efetividade das medidas adotadas, seus efeitos e contribuições, principalmente no âmbito jurídico e social, tendo em vista as omissões do Estado diante da crise. Dessa forma, a investigação originou o entendimento da relevância da proposta, analisando seu início, prosseguimento e reflexo no acesso à justiça, através de representantes dos povos indígenas e do interesse público na proteção, preservação e imposição da efetivação de direitos como a saúde e a dignidade da pessoa humana. Assim, utilizou-se do método hipotético-dedutivo e trata-se de pesquisa essencialmente bibliográfica com uma abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Ação; Covid-19; Crise Humanitária; Indígenas.

ABSTRACT

This objective research analyzes how the Claim of Noncompliance with Fundamental Precept No. 709 came about, as an action proposed by an entity representing indigenous people in Brazil, together with political parties, used before the Federal Supreme Court, as a competent body, with the purpose of remedy and possibly extinguish the humanitarian crisis installed in the country's indigenous territories, worsened amid the Covid-19 scenario. In this way, they resulted in possible questions related to the effectiveness of the measures adopted, their effects and contributions, mainly in the legal and social sphere, in view of the State's omissions in the face of the crisis. In this way, the investigation led to an understanding of the relevance of the proposal, analyzing its beginning, continuation and impact on access to justice, through representatives of indigenous peoples and the public interest in the protection, preservation and enforcement of rights such as health and dignity of human person. Thus, the hypothetical-deductive method is used, and it is essentially bibliographical research with a qualitative approach.

KEYWORDS: Action; Humanitarian Crisis; Covid-19; Indigenous.

1. INTRODUÇÃO

A chamada crise humanitária pode ser entendida como um reflexo de situações

1 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.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO.

emergenciais, como os cenários relacionados à violência, fome e epidemias, que produzem a extrema vulnerabilidade de diversos grupos de pessoas em inúmeros países. No Brasil, existem grupos indígenas isolados que preservam as suas riquezas culturais através da caça, pesca, rituais e a vivência nas terras tradicionais. Entretanto, as comunidades indígenas atualmente sofrem com uma crise instalada em seus territórios, problemática que despontou na pandemia da Covid-19 em consequência da ausência de assistência à saúde e pelas graves invasões do garimpo ilegal e a consequente poluição dos rios, violência e o extermínio de todo o meio natural que se encontrava pré-existente em relação à pandemia.

A partir disso, são possíveis os questionamentos relacionados à responsabilização do Estado, considerando os diversos dados referentes à crise e à repercussão nacional e internacional, bem como a análise de medidas propostas durante a pandemia, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, ação esta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, como poder competente e capaz de realizar determinações frente as omissões do Estado. Desse modo, tal ação acionada por representantes indígenas, juntamente com partidos políticos objetivou a diminuição e possível extinção da crise, utilizando de medidas urgentes, diálogos e decisões conjuntas de instituições definidas como habilitadas e envolvidas de tais questões.

Nesse sentido, este estudo parte das seguintes questões: A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi pertinente diante da crise dos povos indígenas no Brasil? Quais foram os seus efeitos, contribuições e resultados? Para tanto, a hipótese de pesquisa é a de que a ação resultou em medidas urgentes relevantes para as comunidades afetadas pelas invasões ilegais e pela insegurança alimentar, bem como na elaboração de soluções em conjunto pelas instituições do país e pelo importante acesso a justiça em nome próprio e em interesse próprio pelos indígenas, mas tal proposta é considerada por pesquisadores como limitada e ainda vem sofrendo por alguns descumprimentos e atrasos em projetos e medidas que necessitam de rapidez.

Nesse contexto, esta pesquisa tem por objetivo demonstrar a importância de ações como esta, e da relevância do acesso a justiça disposto a representantes de grupos em vulnerabilidade, como os indígenas, bem como do interesse público na proteção de direitos como a saúde e dignidade da pessoa humana. Como objetivos específicos, primeiramente destaca-se a crise humanitária, seus conceitos, causas e efeitos. Posteriormente, apresenta-se um resgate acerca das razões que agravaram a crise humanitária. Por fim, destaca-se o prosseguimento da ADPF 709 proposta com a finalidade de mudar a realidade dos povos indígenas.

Daí a justificativa da presente pesquisa, pois em um país pelo qual dados do Censo 2022 revelam que existem 1,7 milhão de indígenas, é necessário que o Direito auxilie na busca por novos caminhos que visem a proteção dos indígenas do país, ainda que por meio de trabalhos acadêmicos.

No tocante aos procedimentos metodológicos, utilizou-se do método hipotético-dedutivo. Trata-se de pesquisa essencialmente bibliográfica com uma abordagem qualitativa.

2. CRISE HUMANITÁRIA

A crise humanitária pode ser tratada como um reflexo de situações emergenciais que afetam alguns grupos e países por completo, produzindo a extrema vulnerabilidade de milhares de pessoas por meio da violência, desnutrição e epidemias. Ademais, é possível entender que a crise referida comumente se verifica como intensificação de desequilíbrio pré-existente, como problemas com a desigualdade, segurança alimentar e ausência de diversos serviços básicos, isto é, decorre e intensifica problemas anteriores.

Considera-se basilar o conhecimento em relação à definição e à extensão de uma crise humanitária, devido aos seus impactos e todas as suas manifestações dissipadas pelo globo, evidenciando a importância da atuação estatal e as consequências de um histórico violento, desigual, hostil e de discriminação de um país. Dessa forma, comprova-se que uma crise pode ultrapassar momentos de emergências pontuais, mas simbolizar os frutos doentes de uma raiz com podridão radicular, ou seja, origens permeadas por descaso e exploração geram resultados no desenvolvimento e crescimento de uma nação.

Assim sendo, eventos históricos como a colonização do continente africano e a invasão do território brasileiro, que era ocupado apenas por povos indígenas e que possuía uma vasta natureza preservada, são amostras de uma origem problemática, que se permeia até os dias atuais com as crises vivenciadas por esses países que possuem em comum um primórdio de degradação humana, ambiental e de apoderamento de riquezas por parte dos invasores.

Em vista disso, as crises vigentes, tal como a crise sanitária e a fome alastrada nos países africanos e a negligência dos governos com os deslocamentos de refugiados e os conflitos que exterminam comunidades inteiras, tendo como exemplo a população Síria, equiparam-se a questão indígena no Brasil. De modo que manifestam tais semelhanças pelo histórico violento e com a ausência de políticas públicas que efetivamente deveriam buscar soluções adequadas, ao contrário das medidas presentes que perpetuam a crueldade e que no Brasil envolve o acesso do garimpo às terras indígenas e a difusão de discursos de ódio e intolerância.

Desse modo, situações específicas podem acarretar as crises humanitárias existentes, como guerras, mudanças climáticas e desastres ambientais, definidos como as principais causas conforme lista elaborada pela ONU, em que, conforme o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no final de 2019, cerca de 80 milhões de pessoas precisaram se deslocar de seus países de origem, como Iêmen e Somália, como uma das únicas alternativas diante da crise vivenciada.

Além disso, sobre o cenário de crise humanitária dos refugiados a agência ACNUR afirma:

Todos os dias milhares de pessoas são forçadas a deixar suas casas por causa de guerras, perseguições e violações de direitos humanos. Em busca de segurança, refugiados percorrem jornadas perigosas. Mulheres e crianças desacompanhadas estão ainda mais vulneráveis. Partindo apenas com o que conseguem carregar consigo, muitos vão passar a vida inteira longe de casa, e, às vezes, longe de suas famílias (ACNUR, 2020, s.p).

Outrossim, a agência objetiva garantir os direitos das pessoas que são forçadas a se deslocarem, principalmente em circunstâncias emergenciais. Sendo assim, para ser declarada uma emergência perante a uma crise humanitária, com a necessidade de atuação, são necessárias duas conjunturas.

De acordo com a agência, as duas condições para a declaração correspondem a existência de uma crise humanitária, com a exigência de medidas imediatas, relacionadas com o deslocamento forçado e danos graves sofridos. Segundamente, diante da crise, a constatação das incapacidades locais, governamentais, inclusive do ACNUR insuficientes para a prestação dos serviços de assistência (ACNUR, 2023). Sendo assim, a análise realizada propõe-se a avaliar todo o cenário de operação, em que crises humanitárias podem exigir as operações emergenciais.

Dessa forma, conforme apresenta, é possível que a agência declare três tipos de emergência, que se distinguem de acordo com cada crise examinada:

Nível 1 (L1) – “Prontidão proativa e resposta inicial” é declarada quando uma operação identifica um alto risco de emergência e precisa aprimorar as atividades de preparação ou lançar uma resposta inicial, mas sua capacidade é insuficiente e recursos extras são necessários para a continuidade da resposta.

Nível 2 (L2) – “Suporte intensificado por parte do escritório regional” é declarado em uma situação humanitária em rápida evolução, quando uma operação apresenta lacunas significativas em recursos, capacidade e experiência, requerendo maior apoio do escritório regional do ACNUR.

Nível 3 (L3) – “Resposta Integral do ACNUR” é declarada em uma situação excepcionalmente grave, onde a escala, o ritmo, a complexidade e as consequências da crise excedem as capacidades de resposta existentes da operação e do escritório regional. Isso exige uma resposta de todo o ACNUR para garantir o atendimento às necessidades de proteção e assistência das pessoas atendidas pelo ACNUR (ACNUR, 2023, s.p).

Ademais, a agência exemplifica que a Guerra na Ucrânia correspondeu ao nível três de declaração de emergência, consoante crise humanitária e constatada situação grave (ACNUR, 2023). Deste modo, o conflito na Ucrânia pela invasão Russa aduz crise humanitária causada por conflitos armados, que resulta na morte de civis e na destruição da infraestrutura do país, provocando o deslocamento de pessoas e a recepção por parte de países vizinhos.

Dessa maneira, países da União Europeia permitiram a entrada sem o visto e disponibilizaram o transporte público gratuito, entre outras medidas, demonstrando como um regime de proteção aos refugiados em meio à crise deveria funcionar. Entretanto, considerando todo o cenário, revelaram a subsistência da desigualdade e o preconceito étnico, tendo em vista os impedimentos sofridos pelos não-ucranianos em relação ao transporte e acesso a serviços básicos de

saúde, embora também afetados pela guerra, mas pertencentes a outra nacionalidade.

No Brasil, no ano de 2019 houve o desastre ambiental na cidade de Brumadinho, no estado de Minas Gerais, por um rompimento de barragem que ocasionou a perda de vidas humanas, animais e o dano ao meio ambiente, causando umas das maiores crises humanitárias do país, inclusive, o deslocamento interno de moradores da região afetada.

Sendo assim, ainda que considerada concreta a necessidade de ações assistenciais e a operação efetiva de grupos de apoio com a finalidade de prevenção e proteção com o propósito de minimizar os impactos dos desastres naturais, é relevante destacar, conforme reitera o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que hodiernamente inexistem um regime específico para os deslocados internos, como nos deslocamentos do evento supramencionado, além de agência própria como a ACNUR para os refugiados (CICV, 2015), constatando a legitimidade e importância de atuação eficiente dos países de origem no casos de deslocamentos internos.

Portanto, destaca-se a imprescindibilidade de medidas emergenciais, a exemplo dos recentes conflitos armados como a guerra na Ucrânia, bem como os desastres ambientais, como no Brasil na cidade de Brumadinho, que exigem dos Estados, das agências e da comunidade em geral, ações que minimizam os impactos sofridos em meio à crise humanitária. Deste modo, concluindo e ratificando que situações de crise como as descritas, suscitam questões de direitos humanos, segurança e paz internacional.

As Nações Unidas, por meio de um guia, destacaram as principais crises humanitárias do mundo, bem como reforçaram que as prevaletentes motivações são os conflitos e os choques climáticos, intensificados ainda pela dificuldade de acesso pelos grupos de serviços que salvam vidas, como o Médicos Sem Fronteiras.

Desse modo, entre elas o Chifre da África, região localizada no oriente do continente africano, encontra-se a problemática da crise climática diante do impacto sofrido devido à grande seca e a perda de gado, gerando insegurança alimentar e destruindo os meios de subsistência da população. Também presente em tal guia o Afeganistão, que sofre com os conflitos armados, tendo em vista a tomada do país pelo Talibã, surgindo uma grave crise nos direitos humanos, como os direitos das mulheres em participarem da sociedade, conforme informações veiculadas pelos grupos da ONU.

No Iêmen, país árabe, que revela uma das maiores crises humanitárias do mundo conforme trata as Nações Unidas, a destruição causada pela Guerra Civil exibe uma crise em todos os setores do país, como um colapso na economia e a fome e pobreza de forma desenfreada. De acordo com o Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários (OCHA), cerca de 20 milhões de pessoas no Iêmen precisam de apoio humanitário, além de que 16 milhões de pessoas

são submetidas à insegurança alimentar e 5 milhões ao risco de morte causada pela fome extrema. Além disso, revela-se que as crianças Iemenitas sofrem demasiadamente com a carência de educação escolar e com uma infância saudável e digna.

O atual conflito do mesmo modo acarreta a falta de acesso à água potável e ao saneamento básico devido à diminuição do poder de compra da população e assim lesa gravemente grupos que são vulneráveis como as crianças, idosos, mulheres e pessoas que se encontram constantemente à margem da sociedade.

A Síria é um país que hoje sofre com as consequências de uma guerra que perdura há quase 13 anos e que se originou na onda de protestos como a Primavera Árabe e a repressão do governo contra os revoltosos. No presente, conforme salienta as Nações Unidas, o país se destaca mundialmente como líder em deslocados internos, com cerca de 6,8 milhões, além de revelar uma das maiores emergências do mundo, tendo em vista a economia e infraestrutura estar em colapso e os direitos humanos básicos inteiramente violados.

Do mesmo modo, a República Democrática do Congo é o país com a maior taxa de deslocados internos do continente africano e evidencia as graves violações aos direitos humanos como as violações sexuais contra mulheres e crianças. Além disso, o país é assolado por epidemias que não são tratadas por conta da infraestrutura precária e a dificuldade de acesso e de aproximação dos profissionais de saúde.

Tendo em vista as necessidades desses diversos países, a Médicos sem fronteiras, organização não governamental sem fins lucrativos, trata das crises como um arrecadador de recursos e como um elo entre os profissionais de saúde e voluntários com as áreas mais afetadas do mundo. Dessa forma, a própria organização em primeira mão presencia os males causados pelas crises e pode ser intitulada como uma das principais testemunhas das tragédias e das negligências governamentais como na propagação de doenças que poderiam ser tratadas.

Ademais, constata-se a dificuldade de chegada dessas organizações nos lugares que estão tomados por conflitos, bem como as ameaças sofridas que resultam na retirada de forma urgente dos profissionais.

Sobre os ataques sofridos nos contextos de guerras e as narrativas utilizadas como forma de argumentação aos atos injustificáveis, afirma Alejandro Pozo:

Outro ponto de encontro e desafio entre situações humanitárias e direito à saúde é o fato de estabelecimentos de saúde seguirem sendo atacados em contextos de guerra como resultado direto ou indireto de uma ação de guerra de um Estado. A Médicos Sem Fronteiras relata casos, desde sua origem, há mais de 40 anos, até a atualidade, de estruturas de saúde que foram atacadas. A narrativa do engano, de que o ataque foi um “erro de cálculo”, tem sido naturalizada e usada como subterfúgio para evitar o cumprimento de responsabilidades penais e políticas (2007, p. 75-79, *apud* Lima; Campos, 2022, p.7).

Assim sendo, em cenários de guerra que geram crises humanitárias graves como as listadas pela ONU, a população se encontra dominada pela violência e pelos ataques e ainda privada de acesso adequado aos postos de saúde e os seus únicos hospitais e enfermarias destruídos por explosivos ou ocupados por revoltosos.

Na atualidade, o globo encontra-se repleto de crises humanitárias que são impulsionadas por motivos diversos que refletem como um todo a precariedade dos serviços públicos, as negligências dos governantes com os seus governados e a fragilidade dos direitos humanos reconhecidos diante de conjunturas desumanas.

Sendo assim, cooperação entre os países se torna primordial, basicamente na contribuição de diversos atores globais, como organizações internacionais, agências, voluntários, instituições financeiras, comunidades locais e Estados. Todavia, esses ideais podem ecoar como utópicos, considerando possíveis conflitos de interesses e ausência de transparência, mas somente com tal força e assistência que as melhorias podem ser alcançadas gradualmente.

Assim, o foco de todos os envolvidos a nível global deve ser em resultados estratégicos, resoluções e projetos eficazes com a direção da ONU que igualmente direcionou acordos como a iniciativa dos grãos do mar negro. Desse modo, por meio da realização de operações a longo prazo e através do estabelecimento de compromissos e objetivos entre os países que tenham condições de financiar a produção de mantimentos, a estruturação de hospitais e abrigos de emergência, tornam-se possíveis os resultados positivos.

Posto isso, as ações devem ser destinadas com o objetivo da união e do desenvolvimento de programas que visam o fornecimento de alimentos em massa, vacinação, serviços de saúde sexual e psicológica, medicamentos, água potável e formas de subsistência, juntamente com as organizações sem fins lucrativos como os Médicos sem Fronteiras que atuam corriqueiramente em locais afetados, bem como no incentivo de recebimento e integração de pessoas em países que possuem posições favorecidas a abrigarem pessoas em situação de migração.

3 CRISE HUMANITÁRIA DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Os povos indígenas do Brasil possuem uma riqueza cultural e elementar na construção e história do país. Do mesmo modo, merecem e possuem legalmente a proteção do Estado para a garantia de suas terras e da preservação de sua existência tal como suas tradições.

Contudo, as invasões dos garimpeiros e a ausência de assistência básica à saúde são alguns dos fatores que contribuem para uma grave crise instalada nos territórios desses grupos, principalmente aqueles que são isolados e de recente contato como as áreas das comunidades

Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá. Constata-se que o garimpo ilegal acarreta inúmeros ataques, não sendo concluído o número exato de invasores. Além disso, Antropólogos e pesquisadores destacam as consequências e as problemáticas vinculadas. Vejamos (Santilli, 2023, s.p):

O garimpo ilegal é devastador em Terra Yanomami ou em qualquer outra região que abrange povos indígenas e nativos de forma geral. Em termos ambientais essa atividade gera poluição da água com mercúrio e outros metais pesados, promove o desmatamento entre outros problemas. Em relação aos aspectos sociais e culturais, o garimpo ilegal é vetor de inúmeras pandemias: malárias, doenças venéreas, sarampo e gripes fortes que para essa população pode ser letal. Essas populações têm outras defesas orgânicas, mas não contra essas epidemias. Então, nas aldeias, quando uma pessoa cai com febre ou com malária ela deixa de ir à roça, caçar, pescar e aí vem a fome que gera estados de calamidades, dizimam vidas. Além disso, esses espaços acabam criando conjuntos de homens que assediam índias, exploram mulheres, tráfico de drogas e armas, enfim, devastam os povos indígenas.

Diante disso, conforme dados da Fiocruz, no ano de 2022 foram confirmadas 343 mortes e no ano de 2023 registraram 308, todas elas sofridas pelos povos Yanomamis afetados pela crise. Revela-se, ainda, que a problemática se permeia pelo interesse econômico e o apoio de políticos locais, tendo em vista a lucratividade com a extração dos minérios e a magnitude do espaço territorial ocupado pelos indígenas.

Dessa maneira, a crise vivenciada no país eclodiu em meio a pandemia da Covid-19 pelo alto índice de transmissão e a vulnerabilidade vivida pelas comunidades indígenas, gerando um alerta e repercussão nacional e internacional. De tal modo, toda a conjuntura gerou no ano de 2020 a proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, como instrumento jurídico utilizado perante o Supremo Tribunal Federal para tentar conter os avanços da crise.

No âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, determinou que a Procuradoria Geral da República ficasse informada acerca do conteúdo da proposta para seguir com a apuração de eventual crime de desobediência e de responsabilização de autoridades envolvidas. Em sequência, em janeiro de 2023 o Ministério Público Federal abriu um inquérito civil com a finalidade de investigar as responsabilidades dos agentes públicos sobre eventuais descumprimentos de ordens judiciais, bem como a possível contribuição em relação a desassistência quanto a saúde dos indígenas, igualmente colocando em destaque as evidências para uma responsabilização do Estado de maneira imediata.

Sendo assim, a crise humanitária sofrida por esses grupos dispõe de uma ligação direta com a insuficiência de cumprimento por parte do Estado de suas obrigações quanto ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, alimentos, além da proteção das terras contra as invasões.

Á vista disso, os direitos fundamentais ressaltam a importância do cumprimento ativo do Estado perante as suas funções, como no reconhecimento do direito de segunda dimensão que trata da prestação ativa do Estado e de sua interferência para garantir a dignidade aos cidadãos. Neste sentido, de acordo com a jurista Maria Helena Diniz (2001, p.18): “a vida não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade”.

Dessa forma, o Estado que recebeu o compromisso de promover o bem-estar e se encontra cercado por princípios e direitos previstos constitucionalmente, que determinam a igualdade de todos sem distinção e o dever proteção aos seus cidadãos, também deve ser responsabilizado quando priva seu povo, em detrimento do interesse de alguns, principalmente diante de situações ilegais.

Em concordância, o Estatuto do Índio revela a importância do cumprimento da União, Estados e Municípios em relação as prestações, garantias e assistências vinculadas ao desenvolvimento e continuidade cultural das comunidades indígenas, consoante o artigo 2º expressa:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos: I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação; II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional; III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição; IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso; VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas; VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento; IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição Federal, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas em 5 de outubro de 1988, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes; (Redação dada pela Lei nº 14.701, de 2023) X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem (Brasil, 1973, s.p).

Outrossim, a Lei nº14.701 que trata da regulamentação do artigo 231 da Constituição Federal, bem como dispõe sobre o reconhecimento, demarcação, uso e gestão das terras indígenas, aflora diversos debates, tendo em vista a tese do marco temporal presente em tal lei e o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal na inconstitucionalidade da tese. De tal maneira, o marco temporal objetiva restringir as terras indígenas somente aquelas ocupadas por essas comunidades em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal. Assim, são emergidas discussões que versam sobre a ausência de consulta aos indígenas perante essas

propostas, aumento da violência e conflitos e a reivindicação de territórios por grandes proprietários de terras.

Do mesmo modo, revela-se a ênfase internacional proporcionada pela Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, que foi ratificada no Brasil. De forma análoga aos propósitos dos grupos e lideranças, a referida declaração expõe, como principais pontos, a autodeterminação, direito ao consentimento e à informação, entre outras reivindicações atuais. Além disso, a declaração serve como parâmetro para os Estados, bem como fornece instrumentos que possibilitam o recebimento de comunicados com informações acerca de violações aos direitos humanos.

Portanto, a cultura e a sobrevivência desses povos pretendem se manter, reforçada por leis nacionais e internacionais, apesar dos esforços que determinados governos e administradores fazem na busca pelo poder e, principalmente, pela lucratividade que a destruição das florestas acarreta, favorecendo apenas um lado de interesse e deixando esses povos à mercê.

Entende-se que tipicamente as comunidades indígenas espalhadas pelo Brasil, são julgadas por determinados grupos como um “impasse” para a evolução econômica do país, uma vez que tais rótulos são efeitos e consequências dos inúmeros discursos realizados por grupos específicos, aliados a governos e interesses econômicos.

A partir disso, torna-se indispensável a análise da responsabilização do Estado e de ações pertinentes, baseadas no contexto da crise humanitária vivenciada pelos indígenas, igualmente considerando as inúmeras evidências quanto à responsabilidade estatal e as denúncias envolvidas.

4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 709 E SEUS EFEITOS PERANTE A CRISE

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instrumento que integra o controle concentrado de constitucionalidade, tal controle configura-se como uma forma de verificação da compatibilidade de atos em relação as determinações constitucionais, além de evidenciar a supremacia da Constituição Federal e suscitar discussões no meio jurídico. Desse modo, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispõe e regulamenta o referido instrumento com o estabelecimento da competência do Supremo Tribunal Federal e restrição da aplicação diante dos atos do Poder Público, bem como o rol de legitimados ativos, as hipóteses de cabimento, entre outros elementos.

Assim sendo, no dia 29 de junho de 2020 foi proposta por meio de petição inicial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 (ADPF 709) pela entidade representante dos povos indígenas denominada Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB),

em conjunto com os partidos políticos Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Rede Sustentabilidade (REDE), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT) em conformidade com o artigo 2º da mencionada lei nº 9.882 e o artigo 103, incisos VIII e IX da Constituição Federal que estabelece a legitimidade dos partidos que possuem representação no Congresso Nacional, igualmente o reconhecimento da APIB como entidade de classe de âmbito nacional.

Nesse passo, a petição inicial evidenciou as razões que motivaram a proposta, em destaque para a busca de soluções que visam evitar e reparar graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal, em relação as falhas e omissões no combate à pandemia do COVID-19 entre os povos indígenas do Brasil. De modo que os preceitos fundamentais elencados como objeto de uma ADPF são aqueles considerados princípios e normas essenciais, em especial a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, além disso é possível o pedido de medida liminar e a existência de efeitos da decisão contra todos e de forma vinculante (Moraes, 2024).

Ademais, a proposta na ADPF nº 709 pleiteia principalmente o direito a saúde, relatando os riscos reais de extermínio de etnias completas diante das omissões quanto aos grupos isolados ou de recente contato, denunciando a irresponsabilidade sanitária aliada ao racismo institucional contra referidos grupos. A entidade igualmente destacou os diversos dados coletados durante a pandemia, realizando um parâmetro e divulgando a letalidade da COVID-19 entre povos indígenas que é de 9,6% enquanto a população brasileira em geral corresponde a 5,6%, restando clara a vulnerabilidade e a necessidade de medidas urgentes, sobretudo em relação aos territórios dos Yanomamis e do Vale do Javari.

Outrossim, a petição inicial ressaltou as advertências e recomendações realizadas por diversos órgãos internacionais, como o Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que em conjunto com a Organização das Nações Unidas (ONU), realizou comunicados diretamente veiculados para os Estados, solicitando o aumento de medidas para a proteção dos indígenas no cenário pandêmico. Dessa forma, ficaram apontadas as obrigações dos governos, baseadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no caso do Brasil, em conjunto com as normas constitucionais.

A proposta também se empenhou em demonstrar o cabimento efetivo da ação, denunciando as hipóteses de um genocídio e de violações aos direitos a vida, saúde e de permanência desses povos em seus territórios com a preservação de costumes e tradições.

Nesse sentido, demonstrou a existência dos requisitos previstos no artigo 102, § 1º da Constituição Federal tal como a presença de lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental,

apresentando as violações aos referidos direitos a vida, saúde, dignidade da pessoa humana e com os danos irreparáveis para a Nação Brasileira em relação a sua riqueza cultural, bem como os atos emanados pelo Poder Público, como a omissão em retirar e impedir o ingresso de invasores nos territórios, insuficiência de políticas públicas e a ausência de tratamento igualitário aos indígenas habitados em áreas urbanas e em terras não homologadas e a inexistência de outro instrumento apto a sanar essa lesão ou ameaça, destacando a imprescindibilidade da ação, como exclusivo remédio constitucional adequado para a conjuntura.

À vista disso, identificaram a necessidade primordial de barreiras sanitárias, a fim de evitar o contato das comunidades, baseada propriamente na recomendação da Resolução nº 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre Pandemia e Direitos Humanos nas Américas, igualmente a indispensabilidade da efetividade da chamada Sala de Situação, com o objetivo de auxiliar na tomada de decisões urgentes, por meio do compartilhamento de informações e da participação de outras instituições, além da intervenção do Estado Brasileiro na retirada dos invasores que buscam o desenvolvimento de atividades econômicas ilegítimas, nas áreas mencionadas como Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se do apoio das Forças Armadas.

Além disso, demandaram a criação de um plano de enfrentamento a COVID-19 para os povos indígenas brasileiros mediante a junção do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), juntamente com as equipes da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) e com a participação de representantes dos indígenas indicados pela APIB.

Por meio de todo o exposto, ressaltaram a urgência da medida cautelar e a presença dos requisitos para concessão, como a plausibilidade do direito com o *fumus boni iuris*, e com os riscos emergentes, o *periculum in mora*.

Dessa forma, considera-se que os autores da ação pretenderam um estabelecimento de um diálogo institucional, assim como a utilização do poder de chamamento e deliberações realizadas pelo judiciário, como uma maneira de resolução ativa do cenário.

Os autores da ADPF 709 no aspecto material invocaram a necessidade da implementação de um diálogo institucional com as autoridades competentes, bem como com outros órgãos e institucional para a formulação e monitoramento do plano. Para tanto, cientes de que não incumbe ao Poder Judiciário a elaboração de Políticas Públicas, nada impede que o Poder Judiciário empenhe esforços e utilização de técnicas de decisão baseadas na interlocução e chamamento dos responsáveis constitucionais para a elaboração das políticas públicas que até então quedaram-se inertes para tomarem as medidas jurídicas, políticas e sociais necessárias para a proteção das comunidades indígenas (Conci, 2020 p.20).

Sendo assim, no dia 8 de julho de 2020 o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu parcialmente os pedidos liminares. Desse modo, ficaram reconhecidos preenchidos os requisitos

para se admitir a ação, tal como a determinação de medidas urgentes, invocadas pelos autores como a contenção urgente de invasores, a sala de situação, o plano de enfrentamento e o acesso de todos os indígenas, sem distinção, ao subsistema de saúde próprio, além disso, considerou a importância do diálogo entre as diversas instituições, inclusive com a participação de representantes indígenas.

Dessa maneira, foram constatadas dificuldades para a concreta homologação de um Plano Geral de enfrentamento, por diversas vezes as versões apresentadas foram rejeitadas e ficou determinado o aperfeiçoamento pelo Ministro relator, restando em uma imediata execução por parte da União Federal de um dos planos apresentado, em caráter provisório, até que fossem ajustados todos os pontos necessários.

Por conseguinte, no decorrer do processo diversas determinações foram proferidas, a fim de assegurar um monitoramento das medidas tomadas, como a prestação de informações da União Federal, igualmente a determinação da prorrogação da contratação de colaboradores de forma temporária em benefício da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI).

A Procuradoria Geral da República atestou o descumprimento do plano que busca a desintrusão das terras invadidas, refletindo assim na exigência de transparência por parte do Governo Federal, cabendo a União Federal o envio de relatórios com informações sobre os procedimentos e resultados das ações. Nesse cenário, a APIB também demonstrou alguns descumprimentos no tocante ao fornecimento de alimentos para as terras que sofrem com a insegurança alimentar, ainda agravada pela pandemia, resultando na imposição de medidas imediatas voltadas para o Governo Federal e para a manifestação da Advocacia Geral da União (AGU), além do acompanhamento de demais instituições nas eventuais omissões do Estado Brasileiro.

Atualmente, concessões de regulamentações igualmente importantes foram decididas, como no dia 5 de março de 2024 que restou determinada a atualização em até 180 dias da regulamentação do poder de polícia da FUNAI pelo Ministro e relator, com o fornecimento de materiais e condições adequadas para a implementação, bem como treinamentos específicos, beneficiando uma atuação positiva e fiscalizatória nas terras indígenas. Considera-se que a ausência dessa aplicação limita e dificulta a atuação da entidade, conforme declarações de agentes envolvidos nos cenários críticos de invasões e violência.

Diante do exposto, a ADPF nº 709 prossegue avançando em busca da recuperação das mazelas sofridas pelos povos indígenas do Brasil, produzindo decisões e aplicando medidas urgentes. Entretanto, deriva-se algumas questões referentes a eficácia dessas diretrizes aplicadas, da atuação e do quinhão de contribuição do Supremo Tribunal Federal, como órgão do poder judiciário, que deve facilitar as aspirações da sociedade, com uma prestação jurisdicional que não

somente colabora com o acesso à justiça, mas com a prestação de respostas de acordo com a realidade social, por meio de juízes prudentes. Por isso, a importância de entidades como a APIB de adentrar no judiciário, requerendo determinações que colaboram com a justiça social, voltadas para os povos vulneráveis em questão, exigindo o funcionamento eficiente dos órgãos potenciais.

Constata-se algumas observações acerca da utilização de técnicas como a dos diálogos institucionais.

Verifica-se, assim, que o resultado da utilização da técnica dos diálogos institucionais na referida ação, até o momento, resultou em muito pouco. A disposição ao diálogo e à construção coletiva das políticas públicas exigida não tem ocorrido a contento, o que mostra, claramente, que a postergação de decisões coercitivas, neste caso, tem produzido resultados insuficientes para a proteção das comunidades indígenas (Conci, 2020 p.24).

Ressalta-se ainda que tal técnica carece de um tempo para o seu aproveitamento e leva-se ainda em conta interesses ilegítimos e contrários lamentavelmente envoltos, mas no caso em questão, não produziu seus devidos efeitos, porém ainda resulta em frutos positivos como na construção em conjunto de soluções de interesse público.

Portanto, fica evidente a importância da impugnação dos direitos em relação a saúde e dignidade dos indígenas brasileiros, contando com a ADPF discorrida como um meio que representa o exercício da cidadania, bem como de maneira histórica a entrada dos indígenas a pleitear uma ação própria, com interesses próprios e em nome próprio no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresenta profunda relevância, visto que a pesquisa destacou dados estatísticos, bem como discussões jurídicas acerca dos efeitos da ADPF 709 proposta diante da crise humanitária sofrida pelos grupos indígenas brasileiros. Dessa maneira, restaram evidentes as crises humanitárias sofridas pelo globo e os seus reflexos, sobretudo a crise atual instalada no Brasil, como uma reprodução da sistemática violação de direitos dos povos indígenas no país.

Inicialmente, verifica-se a importância da preservação e proteção desses grupos que possuem culturas tradicionais que devem ser preservadas. Entretanto, através de dados e pesquisas, constatou-se inúmeras violações sofridas pelos devido ao garimpo ilegal, bem como invasões de terras, poluição dos rios e desamparo a saúde, problemáticas que foram agravadas durante a pandemia da Covid-19 nos períodos que despontaram os maiores números de mortes, doenças e desnutrição das comunidades isoladas.

Ressalta-se que o Estado se encontra legitimado e encarregado de guardar, proteger e valorizar os indígenas. Tais encargos são previstos constitucionalmente, no Estatuto do Índio e em

demais documentos internacionais ratificados pelo Brasil. Diante disso, justifica-se a ação acionada por representantes indígenas, com a finalidade de resultar em medidas emergenciais que colaboram com o acesso aos direitos básicos como a saúde que atualmente se encontram lesados pelo Estado.

Assim, em face de exames referentes ao prosseguimento da ação, o objetivo do trabalho evidenciou a importância das medidas urgentes aplicadas e relevantes para as comunidades afetadas pelas invasões ilegais e pela insegurança alimentar, bem como na elaboração de soluções em conjunto pelas instituições do país e pelo importante acesso a justiça em nome próprio e em interesse próprio pelos indígenas, mas tal proposta é considerada por pesquisadores como limitada e ainda vem sofrendo por alguns descumprimentos e atrasos em projetos e medidas que necessitam de rapidez.

Sendo assim, tornou-se possível a verificação da ausência de políticas públicas concretas e de efetiva mobilidade para proteção dos grupos indígenas, além de todas as apurações fundadas por meio de dados, pesquisas de campo e relatos de organizações inseridas no cotidiano das comunidades.

Ademais, o trabalho destacou o comportamento discriminatório enraizado no país em relação aos grupos originários, apresentando tais problemáticas como representação e consequência da minimização e inatividade do próprio Estado que reflete na sociedade.

Além disso, destaca-se que, ao reunir os dados e as informações quanto à crise vivenciada, ela pode ser considerada uma eclosão de incontáveis rompimentos de direitos, desde as origens do país, resultando na vulnerabilidade dos indígenas diante de uma construção de desigualdade e supressão.

Por fim, tornou-se possível determinar a responsabilidade do Estado diante da crise e a pertinência da ação proposta.

Conforme a pesquisa realizada, pode-se entender que o objetivo foi alcançado, uma vez que o teor do trabalho demonstra a grandiosidade da cultura dos indígenas no país, a valorização de sua permanência e a importância da defesa de seus direitos, igualmente expressos na Constituição Federal. Além da necessidade de responsabilização do Estado como condutor direto da crise vigente no país e a devida urgência de atuação positiva, como tentativa de reduzir ou eliminar as mazelas da crise humanitária exposta.

Outrossim, o Estado deve e detém o dever de impulsionar políticas públicas efetivas, com a assistência à saúde, implementação de segurança nos locais habitados, valorização cultural e o fortalecimento de instituições sem fins lucrativos voltadas para a defesa dos grupos, legitimando e agindo de maneira efetiva diante dos descumprimentos de medidas como no âmbito da ADPF 709.

Por fim, com a reunião de incontáveis elementos como forma de diminuição e erradicação

da crise, bem como com a potencialização de vozes de lideranças indígenas a fim de fomentarem suas impugnações e avaliações, pode resultar na eliminação da crise.

REFERÊNCIAS

ACNUR BRASIL. **10 crises humanitárias que precisam do seu apoio: Em 2020, diversas crises se agravaram com a chegada do novo coronavírus. A ajuda humanitária foi vital para a sobrevivência de milhares de pessoas em todo o mundo.** ACNUR BRASIL, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/12/28/10-criSES-humanitarias-que-precisam-do-seu-apoio/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

ACNUR BRASIL. **Seis fatos sobre emergências humanitárias declaradas pelo ACNUR: O trabalho da Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) é pautado em salvar vidas e em garantir os direitos das pessoas que foram forçadas a se deslocar, muitas vezes em contextos de emergência – mas o que elas significam e como o ACNUR atua?.** ACNUR BRASIL, 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2023/02/24/seis-fatos-sobre-emergencias-humanitarias-declaradas-pelo-acnur/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

ÂNGELO, Tiago. **MPF abre inquérito para apurar omissão do Estado na crise vivida pelo povo Yanomami.** CONJUR, Brasília, ano 2023, 30 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-30/mpf-abre-inquerito-criSE-humanitaria-yanomami/>. Acesso em: 25 abr. 2024.

APIB. **STF atende pedidos da Apib e determina renovação de contratos da Funai, desintrusão de Tis e entrega de alimentos ao povo Yanomami.** Disponível em: <https://apiboficial.org/2023/11/13/stf-atende-pedidos-da-apib-e-determina-renovacao-de-contratos-da-funai-desintrusao-de-tis-e-entrega-de-alimentos-ao-povo-yanomami/>. Acesso em 23 jun. 2024.

APIB. **STF determina regulamentação de poder de polícia para Funai.** Disponível em: <https://apiboficial.org/2024/03/08/stf-determina-regulamentacao-de-poder-policia-para-funai/>. Acesso em 23 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 226, de 12 de dezembro de 1991. **PROVA OS TEXTOS DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLITICOS E DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONOMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, AMBOS APROVADOS, JUNTO COM O PROTOCOLO FACULTATIVO RELATIVO A ESSE ÚLTIMO PACTO, NA XXI SESSÃO (1966) DA ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS.** Disponível: <https://legis.senado.leg.br/norma/538595/publicacao/15647457>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 591, de 06 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.** Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-591-6-julho-1992-449000-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=315848. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 89, de 03 de dezembro de 1998. **APROVA A SOLICITAÇÃO DE RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA OBRIGATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM TODOS OS CASOS RELATIVOS A INTERPRETAÇÃO OU APLICACÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA FATOS OCORRIDOS A PARTIR DO RECONHECIMENTO, DE ACORDO COM O PREVISTO NO PARÁGRAFO PRIMEIRO DO ART. 62 DAQUELE INSTRUMENTO INTERNACIONAL.** Disponível: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=89&ano=1998&ato=782kXQE1EeNpWTd13>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio.** Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 8 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 14.701, de 20 de outubro de 2023. **Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n.ºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Um estudo sobre a ADPF 709: entre legitimidade democrática e paralisia decisória.** Revista Jurídica, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/emily/Downloads/4936-371378696-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001

EMERGÊNCIA INDÍGENA. **Entenda a ADPF 709.** Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/entenda/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Crises humanitárias: o que fez a ONU em 2022?** Nações Unidas, 2022. Disponível em: <https://unric.org/pt/crises-humanitarias-o-que-fez-a-onu-em-2022/>. Acesso em: 24 jan. 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 05 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 05 nov. 2023.

SANTANA, Caio. **Mundo não vive só crises humanitárias, mas também de cooperação e solidariedade.** Jornal da USP, 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/mundo-nao-vive-so-crises-humanitarias-mas-tambem-de-cooperacao-e-solidariedade/>. Acesso em: 23 jan. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 709**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 23 jun. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 709**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 21 jun. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF homologa novos planos para retirada de invasores de terras indígenas do Pará**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=528816&ori=1>. Acesso em: 21 jun. 2024.

A LINGUAGEM SIMPLES COMO FORMA DE INCLUSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Emanuele Giachini BOTELHO¹

Juliana Izar Soares da Fonseca SEGALLA²

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo refletir sobre a linguagem simples como instrumento para efetivação da inclusão social e do acesso à Justiça. A linguagem pode ser definida como um processo de comunicação, que pode ser oral, escrito, digital, por sinais, etc. Fato é que nos utilizamos da linguagem para transmitir mensagem a alguém. O conhecimento se constrói através do estudo e da compreensão. Assim, a linguagem simples deve ser aplicada também para a construção da linguagem jurídica, pois é a única forma de se ter clareza na comunicação, que é um dos atributos da boa linguagem. Um dos objetivos da Constituição Federal é a superação do enraizado histórico de exclusão presente em nosso país, através da diminuição das desigualdades sociais e regionais, sendo a dignidade humana fundamento de nossa República e a igualdade um dos valores supremos que sustenta nosso Estado Democrático de Direito. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como desejou o Constituinte Originário, depende da inclusão de todas as pessoas no seio social e do seu acesso a direitos, em igualdade de oportunidades. Desse modo, conclui-se que a linguagem simples promove a compreensão sobre os textos jurídicos, as leis, “clareando” o universo jurídico e permitindo o exercício da própria Democracia. Na presente pesquisa utilizamos o método descritivo, bibliográfico e de cunho dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: linguagem simples; inclusão; qualidades da boa linguagem; igualdade.

ABSTRACT

This research aims to reflect on simple language as an instrument for achieving social inclusion and access to justice. Language can be defined as a communication process, which can be oral, written, digital, through signs, etc. The fact is that we use language to convey a message to someone. Knowledge is built through study and understanding. Therefore, simple language must also be applied to the construction of legal language, as it is the only way to have clarity in communication, which is one of the attributes of good language. One of the objectives of the Federal Constitution is to overcome the deep-rooted history of exclusion present in our country, through the reduction of social and regional inequalities, with human dignity being the foundation of our Republic and equality being one of the supreme values that sustains our Democratic State of Law. The construction of a free, fair and supportive society, as desired by the Original Constituent, depends on the inclusion of all people within society and their access to rights, with equal opportunities. Therefore, it is concluded that simple language promotes understanding of legal texts and laws, “clarifying” the legal universe and allowing the exercise of Democracy itself. In this research we used the descriptive, bibliographic and deductive method.

KEYWORDS: simple language; inclusion; qualities of good language; equality.

1 MESTRA EM CIÊNCIA JURÍDICA PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE DO PARANÁ - UENP. PROFESSORA DE DIREITO EM REGIME ESPECIAL (CRES) na UENP - Universidade Estadual Norte do Paraná, desde 07/2024. PROFESSORA DE DIREITO na Faculdade de Araraquara - FARA/UNIESP. PESQUISADORA. Professora integrante da Coordenação do NDE - Núcleo Docente Estruturante, desde 2023, da FARA- Faculdade de Araraquara. Coordenadora do NPJ - Núcleo de Prática Jurídica da FARA - Faculdade de Araraquara desde 2024. Professora de Pós-graduação em Direito Previdenciário da UNOESTE - Campus de Jaú/SP. ADVOGADA.

2 Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professora Universitária na Graduação e Pós-Graduação. Pesquisadora. Advogada.

1. INTRODUÇÃO

Pensar a sociedade tendo como parâmetro o ser humano, exige a superação da lógica desumanizadora do capital, que tem no individualismo, no lucro e na competição seus fundamentos.

Muito se discute, na atualidade, sobre a necessidade de dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, como forma de inclusão e igualdade de todos. No presente texto, busca-se analisar como se pode atingir o máximo de efetividade e garantia dos direitos fundamentais através da linguagem simples.

Juristas e profissionais do Direito utilizam o que chamamos de Linguagem Jurídica. Ela é um tipo de linguagem que cria diálogos específicos a respeito da ciência do Direito, através do uso da redação forense e do português jurídico. Mas ao contrário do que muitos pensam, a linguagem jurídica não precisa (e não deve) ser complexa, com termos e expressões incompreensíveis ao leitor ou ouvinte. É possível usar uma linguagem simples, sem deixar de a mensagem ser técnica e profunda.

O chamado “juridiquês” há muito está em desuso, pois que, muitas vezes, causa incompreensão dos próprios operadores do direito, além de não demonstrarem com a clareza necessária, os fatos e o direito a ser tutelado.

É certo que quando analisamos e discutimos problemas sociais do nosso país, acabamos por concluir, na maior parte deles, que o cerne está no problema da educação (ou na falta dela), sendo ela, inclusive, um direito fundamental, amplamente discutido pelos pesquisadores do país e do mundo.

Assim, o problema social da educação, e da própria alfabetização em si, faz com que uma parcela muito grande da sociedade fique à margem da democracia, sem poder exercer os seus direitos, muitas vezes pela simples falta de sua compreensão.

A linguagem simples, dessa forma, resgata o próprio sentido estruturante de um Estado Democrático de Direito, fundado na justiça social e na igualdade, sobretudo como forma de não discriminação.

A inclusão é um dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos, além de meta político-social de todo o governo que se diz comprometido com o desenvolvimento e progresso da humanidade.

É certo que, ainda que não seja a solução de todos os problemas, a linguagem simples promove a inclusão das pessoas, erradica as diferenças, dando igualdade de oportunidades para os que foram excluídos ao longo da história, fazendo chegar às minorias (grupos em desvantagem

social), algo que estaria de certa forma reservado a um grupo minoritário e privilegiado.

Registre-se, ainda, que o método utilizado nesta pesquisa foi descritivo, bibliográfico, de cunho dedutivo e, sem a pretensão de esgotar o tema, buscou-se contribuir para reflexão sobre esse assunto tão relevante.

2. DIFERENÇA ENTRE COMUNICAÇÃO, LÍNGUA E LINGUAGEM, E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROFISSIONAL DO DIREITO

Podemos definir a palavra “Comunicação” como o ato de tornar comum, de se comunicar. Nos comunicamos verbalmente ou não. Assim, temos a linguagem oral/verbal e não verbal.

Já a “Língua” é um código estabelecido para se comunicar, como por exemplo, língua portuguesa, língua inglesa, francesa, italiana, e assim por diante.

Assim, temos que a “Linguagem” é o uso que fazemos da língua, por exemplo, quando falamos em língua portuguesa, fazemos uso da mesma.

Temos também o uso da linguagem que pode ser específico para cada nicho profissional, por exemplo, como é o caso da Linguagem Jurídica, da qual fazem uso os profissionais do Direito, assim como na medicina temos a linguagem utilizada pelos médicos, e a jornalística pelos jornalistas.

Linguagem jurídica ou português jurídico, portanto, é uma linguagem formal utilizada por um grupo (coletivo) de pessoas da área jurídica, com os termos e expressões jurídicas inclusive. Para SABBAG (2023, p.18):

(...) É patente que a Língua Portuguesa é uma só: advogados, juízes, médicos, dentistas e outros profissionais, todos eles falam o mesmo português. O que se denomina “português jurídico” é, então, a aplicação das regras gramaticais aos recursos expressivos mais usuais no discurso jurídico. É a exteriorização jurídica do sistema gramatical. Traduz-se no empréstimo das ferramentas gramaticais pelo Direito, que se incumbe de produzir um objeto final: o português jurídico.

Imperioso diferenciar também, a “linguagem formal” da “linguagem informal”. A primeira, é a que utiliza palavras sempre no sentido denotativo, claro, preciso. Já a informal, é a linguagem do dia a dia, que utilizamos para conversar com amigos, família. É um bate-papo, que pode ser utilizada no sentido figurado, com gírias, quando erros gramaticais acabam ocorrendo, porque na linguagem informal somos espontâneos.

Assim, o operador do Direito deve se valer da formalidade, contudo, cuidando para expressar as ideias com clareza e precisão, atributos indispensáveis à boa linguagem e que vão de encontro aos preceitos da linguagem simples.

Importante ressaltar, nesse viés, que a linguagem formal não necessita (e nem deve) ser uma linguagem rebuscada, com dizeres mirabolantes, pois “a linguagem hermética e “centrípetas” só

agrada ao remetente, não ao destinatário” (SABBAG, 2023).

Cumprir trazer à reflexão a importância da linguagem para o operador do Direito. Para tanto, Sabbag cita uma entrevista feita pelo jornal “O Estado de São Paulo” ao Juiz de Direito José Renato Nalini, que à época era conselheiro da Escola Paulista da Magistratura:

Se o português é essencial para qualquer carreira, em relação ao Direito ele é um pressuposto. A única arma do bacharel é a linguagem. Do mau conhecimento ou da inadequada utilização desse instrumento, poderão derivar vulnerações e mesmo o perecimento de direitos alheios, como a liberdade, a honra e o patrimônio das pessoas (Nalini, 1999, p. 38 *apud* Sabbag, 2023, p. 19).

Dessa forma, o “escrever corretamente”, assume no campo do Direito valor maior do que em qualquer outro setor. O advogado que peticiona ou o juiz que sentencia, têm de empregar linguagem esmerada e técnica. A boa linguagem é um dever do advogado para consigo mesmo.

O Direito é a profissão da palavra, e o operador do Direito, mais do que qualquer outro profissional, precisa saber usá-la com conhecimento, tática e habilidade. Deve-se prestar muita atenção à principal ferramenta de trabalho, que é a palavra escrita e falada, procurando transmitir melhor o pensamento com elegância, brevidade e clareza.

Portanto, é certo que o operador do Direito vive do Direito e da Língua Portuguesa, primordialmente.

Um erro em petição, sentença ou acórdão tem o condão de retirar-lhe a pujança e a autoridade, além de espelhar a incapacidade do anunciante. Ademais, podem haver “efeitos colaterais” bem incômodos em relação ao cliente, por exemplo, se perceber o erro.

É certo que o texto jurídico na petição é uma forma de comunicação entre o advogado (transmissor) e o juiz (receptor), por meio da mensagem (pretensão aduzida pelo transmissor).

Na linguagem escrita, diferentemente da linguagem falada no dia a dia, cumpre ao operador do Direito a total adesão às normas da gramática, devendo preocupar-se (sempre) com a clareza e a objetividade. Trata-se de um zelo, um cuidado no redigir, que remete o transmissor da mensagem à chamada norma culta, aquela de maior prestígio, por meio da qual deverá observar as normas gramaticais em sua plenitude.

Dessa forma, o profissional do Direito deve ficar circunscrito ao rigor da linguagem formal, e atento em utilizar sempre a linguagem conotativa, relatando os fatos como foram de verdade, e não como deveriam ter sido, transcendendo a realidade (linguagem conotativa).

3. A BOA LINGUAGEM

A linguagem tem qualidades que devemos cultivar, e também defeitos, que precisamos evitar.

O pensamento humano organiza-se, articula-se e ganha nitidez à medida que o indivíduo exercita a linguagem. Quanto mais nos esforçamos para exprimir nossas ideias de modo claro, mais alcançamos essa virtude rara na comunicação. Isso nos leva a admitir que a escrita pode ser aprimorada ao longo do tempo. É sabido que não se consegue fluência em um idioma sem contínuo esforço.

Assim, a boa linguagem passa por organização das ideias, com o propósito de que o pensamento, uma vez disciplinado, possa se traduzir em convencimento de outrem. Para tanto, a reflexão é pré-requisito, pois é necessário pensar detidamente sobre um assunto, uma ideia, antes de expressá-la.

O pensamento, em sua origem, é uma massa disforme que, aos poucos, vai ganhando ordem e corporificação, na busca das palavras exatas que servirão para transmiti-lo.

De acordo com Sabbag (2023), “...a maior de todas as poetisas brasileiras – Cecília Meireles – assevera, com riqueza de pensamento, que *“a palavra é a porta de entrada para o mundo”*”.

Portanto, é necessário que busquemos a arte da comunicação, sempre baseados em parâmetros que a sustente, como a organização antes da transmissão das ideias, com a conexão entre as palavras e a realidade que designam, para assegurar uma comunicação adequada.

A correção, assim, é outro fator que influencia a boa comunicação. Vale dizer, é a obediência à disciplina gramatical, com respeito às normas linguísticas. Ela é conquistada com o uso de uma linguagem escorreita, livre de vícios, formando uma imagem favorável do comunicador perante os receptores das mensagens.

Outro aspecto demasiado importante a se observar é a concisão. Trata-se da qualidade inerente à objetividade e à justeza de sentido no redigir. Falar muito, com prolixidade, é fácil; o difícil é falar tudo, com concisão. É dizer muito em poucas palavras, evitando períodos extensos.

A sobriedade no dizer, expondo o sentido retilíneo do pensamento, sem digressões desnecessárias e manifestações supérfluas, representa o ideal na exposição do pensar. Assim, o operador do direito deve priorizar redigir com concisão, substituindo por sinônimos as palavras repetidas, desmembrando períodos longos, procurando construir frases curtas e com objetividade.

A prolixidade é um vício que se opõe à concisão. Portanto, deve-se buscar transmitir o máximo de ideias com o mínimo de palavras, evitando a “enrolação”. Vale pensar que, quase sempre, o leitor do seu texto tem pouco tempo, e quase nenhuma paciência disponível, sobretudo nos dias de hoje. A linguagem direta, sem rebuscamentos e excesso de adjetivações, comunica melhor.

Não menos importante atributo da boa linguagem é a clareza, que se traduz na limpidez de

pensamento, e na simplicidade da forma. Ela retira toda a obscuridade que possa conter a comunicação. Portanto, trata-se de virtude essencial a ser cultivada pelo comunicador.

O oposto da clareza é a obscuridade e a ambiguidade (ou anfibologia), que é um vício de linguagem que consiste em deixar uma frase com mais de um sentido, podendo não atingir o objetivo do emissor da comunicação.

A precisão, por sua vez, refere-se à escolha do termo próprio, da palavra exata, do conhecimento do vocabulário. Na construção do texto, é fundamental colocar a palavra certa no lugar devido, a fim de se evitar mal-entendidos e falha na comunicação.

Para tanto, é necessário que se tenha um vasto vocabulário, que pode ser obtido através da prática constante da leitura e da escrita, e de exercícios com sinônimos.

O contrário da comunicação exata é a imprecisão ou mesmo a obscuridade, muitas vezes causadas pela inadequação vocabular. A impropriedade dos termos torna a linguagem fluida, imprecisa e obscura.

A boa comunicação também requer naturalidade no ato de redigir. A escrita deve ser simples e espontânea, sem o artificialismo e a afetação, que remetem o emissor da mensagem ao campo da linguagem intangível, com emprego de expressões empoladas e vocábulos inacessíveis para a maioria das pessoas.

A mensagem que se comunica também deve ser dotada de originalidade, que é a qualidade inata ao escritor, um dom natural. É o “ser você mesmo”, com seu próprio estilo. A originalidade é característica que identifica o transmissor da mensagem.

Conforme se afirmou, também é necessário que se tenha nobreza no ato de comunicar. Linguagem nobre é aquela que não é chula ou torpe, que não achincalha a boa comunicação. É dotada de pudor e do decoro, vez que não se pode admitir, no texto jurídico, a presença de palavrões e chocantes pornografias, que só vêm atentar contra a nobreza do petítório, maculando a sua essência.

Por fim, a linguagem precisa atingir um nível de equilíbrio, tanto pela escolha adequada dos vocábulos, sua disposição nas frases, pelos períodos não muito longos e ausência de cacofonias. Falamos aqui da harmonia, que representa o “componente musical” da frase, com um equilíbrio melódico e rítmico do texto, permitindo uma leitura com prazer.

4. OS “RUÍDOS” DA COMUNICAÇÃO

Além do uso da boa linguagem, o emissor da comunicação precisa estar atento aos “ruídos”, ou seja, interferências que prejudicam o entendimento das mensagens que ele deseja entregar na comunicação. Os ruídos são quaisquer elementos, internos ou externos, que possam

interferir no processo de comunicação entre o emissor e o receptor. Essas barreiras podem ser constituídas por interferências ambientais, pessoais ou de linguagem.

Os ruídos considerados internos são ligadas a determinadas condições inerentes ao próprio indivíduo, seja ele transmissor ou receptor da mensagem. Já as barreiras externas dependem mais do meio físico do que comportamental. Assim, os ruídos de comunicação são divididos em quatro tipos: físicos, fisiológicos, psicológicos, e semânticos.

O ruído físico é a interferência externa ao falante e ao ouvinte, causando dificuldades na transmissão física da mensagem, como barulhos altos de qualquer natureza. Já o fisiológico é uma interferência interna, que ocorre devido à condição física do transmissor ou do receptor, como uma forte dor de cabeça, uma disfunção sensorial, disfunções orgânicas, e até a fome ou o cansaço.

Outra barreira interna pode ser o ruído psicológico, como crenças ou emoções que possam causar a interferência na comunicação.

O ruído semântico é a junção da interferência externa e interna. Acontece quando o emissor usa uma linguagem com determinado significado, e o receptor interpreta de forma diversa.

Portanto, apenas a comunicação clara e sem ruído se faz eficaz, o que é fundamental para o êxito da mesma, e das situações decorrentes dela. Ao contrário do que se pensa, a comunicação de forma simples é uma habilidade intelectual, e que atinge muito mais a finalidade a que se propõe.

5. A LINGUAGEM SIMPLES E A INCLUSÃO

É importante ressaltar, desde logo, que a linguagem simples pode beneficiar a todos, incluindo nesse “todos” também estão as pessoas com deficiência.

Não foi à toa que o Conselho Nacional de Justiça celebrou o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, no qual se determina a adoção de ações, iniciativas e projetos a serem desenvolvidos em todos os segmentos do Poder Judiciário, com a finalidade de se adotar em seus atos linguagem simples, direta e compreensível por todos os cidadãos.

Nesse pacto, cujo objetivo também é acessibilidade, os Tribunais devem aprimorar formas de inclusão, com o uso da Língua Brasileira de Sinais e Audiodescrição, bem com outras ferramentas úteis à acessibilidade comunicacional.

Válido lembrar que pessoas com deficiência são, segundo a Organização das Nações Unidas³, quinze por cento da população mundial (cerca de um bilhão de pessoas). Assim, claro está que o contingente numérico é muito expressivo e que, portanto, ter deficiência não é algo incomum ou excepcional.

3 <https://news.un.org/pt/story/2013/12/1458411-onu-diz-que-mundo-tem-mais-de-1-bilhao-de-pessoas-com-deficiencia> Acesso em: 05.nov.2021.

Então, oportuno mencionar que o conceito jurídico de pessoa com deficiência foi dado, no Brasil, pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro Documento de Direitos Humanos internalizado com equivalência de norma constitucional, com o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. A Convenção diz, em seu artigo 1:

Pessoas com deficiência incluem aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com as diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Veja-se que se prestigiou, nesse conceito, o modelo social⁴ da deficiência, na medida em que considera os fatores externos, além das condições corporais, para definir quem são as pessoas com deficiência.

Em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei 13.146/2015), que tem como base o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também elegeu o modelo social da deficiência em sua definição, trazendo um conceito muito semelhante ao da Convenção:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Apesar da semelhança com o conceito do artigo 1 da Convenção, merece destaque na definição da LBI o fato de que não são necessárias várias barreiras, mas a interação com apenas uma barreira como fator extrínseco à condição corporal. Aliás a própria Convenção Internacional, em seu Preâmbulo, reconhece a deficiência como um conceito em evolução e, assim, é possível dizer que a LBI vem confirmar esse reconhecimento.

Dentre as barreiras que podem se fazer presentes na vida das pessoas com deficiência, em razão do objeto desta pesquisa, destacamos principalmente as barreiras comunicacionais e as barreiras atitudinais. A Lei Brasileira de Inclusão define, em seu artigo 3º, as barreiras nas comunicações e na informação como sendo: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação.

Já as barreiras atitudinais são definidas no texto legal como atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

Além disso, bom é trazer também o conceito de acessibilidade disposto na Lei Brasileira

4 No modelo social da deficiência, entende-se que existe a soma de dois fatores inseparáveis para o reconhecimento da deficiência: a(s) condição(ões) corporal/sensorial somadas às barreiras sócio-ambientais.

de Inclusão:

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

I - acessibilidade: **possibilidade e condição de alcance para utilização**, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, **informação e comunicação**, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; [...] *(grifo nosso)*

Dessa maneira, evidente está a ligação da linguagem simples com a acessibilidade comunicacional e atitudinal, pois elimina (ou diminui) as barreiras na informação, na comunicação e na postura de quem é o emissor da mensagem para que, se o receptor dela tiver alguma condição corpórea (sensorial ou intelectual), seja mais fácil sua compreensão.

Aliás, o uso da linguagem deve ser pensada à luz do desenho universal⁵: ao invés de tentar “adaptar” ou “traduzir” signos e palavras, deve ser utilizada uma linguagem compreendida por todos (e, assim, mais uma vez a linguagem simples se mostra adequada em qualquer situação).

Avançamos bastante na inclusão social das pessoas com deficiência, sobretudo em relação ao ordenamento jurídico⁶, uma vez que o Brasil tem uma das legislações mais avançadas do mundo nesse assunto. No entanto, também é notório que ainda há muito por fazer. Como já fora dito, a deficiência deve ser vista a partir de fatores contextuais, quais sejam, as condições corpóreas, sensoriais e intelectuais somadas às barreiras socioambientais.

A Lei Brasileira de Inclusão bem conceitua as barreiras que fazem parte do cotidiano das pessoas com deficiência, como exemplificado acima. É certo que nossos espaços urbanos, nossa arquitetura, transportes, tecnologia, comunicações e atitudes precisam ser revistos com urgência, afinal, são séculos exclusão, invisibilidade e desrespeito à vida e à dignidade das pessoas com deficiência⁷.

Muito da eliminação das barreiras exige políticas públicas etc., todavia, enquanto indivíduos dotados de cidadania (o que implica ser sujeito de direitos e deveres) todos podem eliminar barreiras na comunicação, se valendo da linguagem simples e, assim ter uma atitude inclusiva diante de quem quer que seja.

5 A Lei Brasileira de Inclusão, no artigo 3º, inciso II, define desenho universal: II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

6 A Constituição Federal de 1988, também chamada de Carta Cidadã, foi responsável por contemplar significativamente a proteção aos direitos das pessoas com deficiência e outros grupos minoritários, influenciando, incentivando e determinando as mudanças do Legislador Ordinário.

7 Na Roma Antiga houve época em que abandonar recém-nascidos com deficiência era prática autorizada legalmente; em Esparta e Atenas havia autorização legal para o assassinato daqueles que apresentassem deficiência. ASSIS e POZZOLI (2005, p. 63) observam que “as leis antigas demonstram que a ação dos governos em relação às pessoas portadoras de deficiência articulava-se na linha da política de extermínio”. É bom lembrar que a Lei das XII Tábuas determinava a morte dos “filhos defeituosos” e no Código de Manu também havia regras de exclusão dos que tinham deficiência (em relação à sucessão, por exemplo).

Frise-se que a eliminação dessas barreiras, além de atender à determinação legal, são fundamentais para a inclusão social e, conseqüentemente, para a valorização da humanidade que, em essência, é diversa. Somos TODOS (e não só as pessoas com deficiência) diferentes e únicos. Não há um ser humano igual ao outro e todos devem estar incluídos e ser respeitos pelo que são.

Nesse passo, disse Hannah Arendt: “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, **sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir**” (ARENDR, 2001, p. 16 - *grifo nosso*).

É preciso, ainda, falar que o preconceito e a discriminação em relação às pessoas com deficiência têm nome: capacitismo. E a utilização de uma linguagem rebuscada, desnecessariamente complicada pode ser uma atitude capacitista.

Sem dúvida, é discriminatório quando a fala, a mensagem ou o texto não são acessíveis às pessoas com deficiência.

Desse modo, usar a linguagem simples vai ao encontro da valorização da diferença e da inclusão social, eliminando barreiras comunicacionais e atitudinais, prestigiando a vontade constitucional (e objetivos da República – Constituição Federal, artigo 3º) sobre a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promove o bem de TODOS, sem preconceitos ou discriminações.

6. LINGUAGEM SIMPLES: INCLUSÃO E ERRADICAÇÃO DAS DIFERENÇAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como dito, a inclusão é um dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos, além de meta político-social de todo o governo que se diz comprometido com o desenvolvimento e progresso da humanidade.

Assim, a ideia de inclusão significa mais igualdade de oportunidades para os que foram excluídos, não bastando ao Estado reconhecer formalmente esses direitos, mas sim buscar concretizá-los de forma ampla.

A par disso, a linguagem simples é um método de comunicação que trata sobre formas de estruturar informações para com ela incorporar maior acessibilidade. É uma forma de comunicação que transmite informações de maneira simples, objetiva e inclusiva.

Para além de uma técnica, é também uma causa social, pois defende o acesso efetivo dos cidadãos e cidadãs aos serviços públicos e o pleno entendimento dos seus direitos e deveres. É, em última análise, uma forma de libertação do cidadão preso a uma “dependência” que o exclui.

Para PAULO FREIRE (1987, p.52),

A ação libertadora, pelo contrário, reconhecendo esta dependência dos oprimidos como

ponto vulnerável, deve tentar, através da reflexão e da ação, transformá-la em independência. Esta, porém, não é doação que uma liderança, por mais bem-intencionada que seja, lhes faça. Não podemos esquecer que a libertação dos oprimidos é libertação de homens e não de “coisas”. Por isto, se não é autolibertação – ninguém se liberta sozinho -, também não é libertação de uns feita por outros.

As pessoas têm dificuldade em compreender as leis, os seus direitos e o que acontece na vida quotidiana. Cheio de termos técnicos e linguagem jurídica, nem todos podem acessá-lo e, portanto, os direitos dos cidadãos são frequentemente violados. Tal dificuldade pode ser equiparada aos problemas ocasionados pela compreensão da linguagem escrita (FREIRE, 1987, p. 11-2):

A leitura do mundo precede a leitura da palavra, daí que a posterior leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele. Linguagem e realidade se prendem dinamicamente. A compreensão do texto a ser alcançada por sua leitura crítica implica percepção das relações entre o texto e o contexto.

Tem, portanto, um papel crucial na prática jurídica, ajudando a tornar a justiça mais acessível, transparente e inclusiva. A adoção de uma linguagem simples pode contribuir para a prevenção de conflitos, facilitar a resolução de disputas e aumentar a confiança dos cidadãos no sistema jurídico.

No dia 6 de março de 2024, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) firmou o Acordo de Cooperação Técnica nº 40/2024 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando assim a integrar o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples. O propósito desse compromisso, como já fora dito, é instituir e fomentar uma cultura de comunicação acessível dentro do Poder Judiciário, baseada na utilização de linguagem simples, clara e compreensível por todas as pessoas, tanto na elaboração das decisões judiciais quanto na interação geral com a sociedade.

O propósito do Acordo de Cooperação Técnica é coordenar esforços entre os participantes para fomentar o Pacto mencionado em diferentes áreas, tais como: simplificação da linguagem em documentos, agilidade nas comunicações, educação, conscientização e capacitação, tecnologia da informação e colaboração entre instituições e comunidades.

Entre os compromissos dos magistrados, inclui-se a simplificação da linguagem excessivamente formal e dispensável, a explicação dos impactos das decisões judiciais na vida das pessoas envolvidas e na sociedade, assim como a redução de burocracias desnecessárias e o estímulo à comunicação direta e concisa nos eventos do Poder Judiciário.

O acordo também estabelece as diretrizes para sua realização, contemplando, por exemplo, a elaboração de manuais e guias para orientar a população a respeito do significado de termos técnicos essenciais nos textos jurídicos, bem como para promover a conscientização sobre o acesso à Justiça. Paralelamente, prevê-se investimento na capacitação de magistrados e servidores para redigir textos de forma mais clara e compreensível. Em relação à tecnologia da informação, os

magistrados estão comprometidos em desenvolver plataformas com interfaces intuitivas e informações claras, incluindo vídeos e textos explicativos, além de traduções, para facilitar a compreensão dos documentos judiciais.

De acordo com o ministro Barroso, “A utilização de uma linguagem hermética e pouco acessível acaba se tornando uma ferramenta de poder, excluindo aqueles que não possuem essa expertise e, conseqüentemente, não conseguem participar das discussões. Ele acredita que a maioria das decisões do Poder Judiciário pode ser explicada de forma clara, descrevendo esse conceito como uma "revolução da brevidade".

Portanto, a relação entre uma linguagem clara e a inclusão é essencial para garantir que todos os indivíduos tenham a capacidade de compreender os seus direitos, podendo exercê-los e participar plenamente do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A utilização de linguagem simples em documentos jurídicos, tais como contratos, termos de serviço e formulários judiciais, ajuda as pessoas a compreender melhor os seus direitos e obrigações legais. Quando a informação jurídica é apresentada em linguagem simples, é mais provável que as pessoas se envolvam ativamente no sistema jurídico, participando em audiências, fornecendo provas e tomando as medidas legais adequadas.

A linguagem jurídica complexa pode muitas vezes criar obstáculos significativos para aqueles que tiveram pouco estudo, ou praticamente nenhum, tanto por desconhecimento dos termos legais quanto pela incompreensão do conjunto textual. Ao simplificar a linguagem, estas barreiras são reduzidas, tornando o sistema jurídico mais acessível a todos.

O acesso a informações jurídicas em linguagem simples permite que todas as pessoas tomem decisões informadas sobre questões jurídicas que afetam as suas vidas, tais como habitação, emprego, questões familiares e muito mais, ainda que essas pessoas possam ter alguma deficiência ou déficit educacional. Garantir que a informação jurídica seja comunicada de forma clara e compreensível, independentemente do nível educacional ou linguístico, promove a igualdade de acesso à justiça e ajuda a reduzir as desigualdades sociais e econômicas do país, incluindo a todos os cidadãos, objetivo primordial de um Estado Democrático de Direito.

A linguagem simples desempenha um papel crucial na promoção do acesso à Justiça, tornando a informação jurídica mais acessível e compreensível para todos os membros da sociedade.

É imprescindível que os profissionais do Direito e as instituições jurídicas se comprometam a utilizar a linguagem simples e acessível. Tão importante quanto, se faz a mudança

cultural da prática jurídica, na qual a linguagem simples seja vista como um valor a ser cultivado.

Ficou evidente, também, que a linguagem simples prestigia os objetivos da Lei Brasileira de Inclusão para eliminação de barreiras comunicacionais e atitudinais. Acessibilidade comunicacional e atitudinal são deveres de TODOS para que TODOS sejam incluídos na mensagem que lhes é dirigida. Quer sejam pessoas com deficiência ou não.

Por fim, utilizar a linguagem simples não significa uma redução do rigor ou da precisão jurídica, mas sim uma forma de tornar o conhecimento e os direitos acessíveis a todos os cidadãos, sem exceção, pois a clareza do texto o torna acessível e aproxima os cidadãos do Estado e da sociedade idealizada pelo Constituinte Originário: livre, justa, solidária e sem preconceitos ou discriminações.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios, 1997.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 63.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.
- BARBOSA, Júlio C. **O que é Justiça. Coleção Primeiros Passos**. São Paulo: Abril Cultural/Brasiliense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividades de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. ampl. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. **Curso de Português Jurídico**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica, Norma Jurídica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Civilização S/A, 1967.
- JACOBI, Pedro. **Políticas Sociais e Ampliação da Cidadania**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- MELLO, Anahi Guedes de. **Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC**. Ciênc. saúde

coletiva, vol.21, nº.10: Rio de Janeiro, 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Português Jurídico**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHOCAIR, Nelson Maia. **Português Jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão não é favor nem bondade**. São Paulo: Matrioska, 2021.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. **Direito à educação inclusiva: um direito de TODOS**. São Paulo: Verbatim, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Presidente do STF e do CNJ lança Pacto Nacional pela Linguagem Simples no Judiciário**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=521404&ori=1>. Acesso em: 10 jun. 2024.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **TJSP adere ao Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=96050&pagina=1>. Acesso em: 10 jun. 2024.

WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo**. Rio de Janeiro: WVA, 2005.

WHO, **World Health Organization/Relatório mundial sobre a deficiência**, The World Bank ; Relatório mundial sobre a deficiência; tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012.

A INCLUSÃO COMO PRERROGATIVA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Jamile CALISSI¹
Guilherme Loria LEONI²

RESUMO

No cenário jurídico atual, a inclusão é fundamental para criar um sistema legal que valoriza a diversidade humana. Desde a Constituição de 1988, o Brasil tem avançado em políticas afirmativas e legislações que promovem a igualdade para grupos marginalizados. Este artigo investiga o papel do sistema jurídico brasileiro como agente de inclusão, propondo que ele deve garantir não apenas a igualdade formal, mas também a material. O estudo objetiva examinar a legislação inclusiva, identificar desafios na aplicação das normas e propor estratégias para operadores do direito agirem como facilitadores sociais. A pesquisa adota uma abordagem analítica, revisando literatura especializada, analisando legislações e estudando casos que ilustram práticas inclusivas. A relevância do tema se destaca pela urgência de eliminar desigualdades e assegurar direitos a todos. A análise revela que, apesar dos avanços, barreiras sociais e culturais ainda persistem, exigindo um comprometimento contínuo com a inclusão. Assim, o artigo contribui para o debate acadêmico e prático sobre a necessidade de um sistema jurídico que não apenas reconheça, mas ativamente celebre a diversidade, promovendo uma sociedade mais justa e equânime.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão; Sistema Jurídico; Igualdade

ABSTRACT

In the current legal landscape, inclusion is essential for creating a legal system that values human diversity. Since the 1988 Constitution, Brazil has advanced in affirmative policies and legislation that promote equality for marginalized groups. This article examines the role of the Brazilian legal system as an agent of inclusion, proposing that it must ensure not only formal equality but also substantive equality. The study aims to examine inclusive legislation, identify challenges in applying norms, and propose strategies for legal practitioners to act as social facilitators. The research adopts an analytical approach, reviewing specialized literature, analyzing legislation, and studying cases illustrating inclusive practices. The relevance of the topic is highlighted by the urgency to eliminate inequalities and secure rights for all. The analysis reveals that, despite progress, social and cultural barriers persist, requiring ongoing commitment to inclusion. Thus, the article contributes to the academic and practical debate on the need for a legal system that not only recognizes but actively celebrates diversity, promoting a more just and equitable society.

KEYWORDS: Inclusion; Legal System; Equality

INTRODUÇÃO

No cenário jurídico e social contemporâneo, a inclusão emerge como um dos pilares essenciais para a construção de um sistema legal que não apenas reconhece, mas celebra a diversidade humana em todas as suas manifestações. A importância deste tema reside na sua capacidade de transformar paradigmas, promovendo uma sociedade mais justa e equânime, onde

1 Pós-doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Professora.

2 Pós-doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Advogado e Professor.

cada indivíduo é valorizado e tem seu espaço garantido.

O Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, e como resultado de um longo processo de redemocratização, tem trilhado um caminho de avanços significativos no que tange à inclusão. Este percurso histórico é marcado pela implementação de políticas públicas afirmativas, legislações protetivas e a crescente conscientização sobre a necessidade de se garantir direitos iguais para grupos historicamente marginalizados.

Nesse sentido, a tese central deste texto é que o sistema jurídico brasileiro, enquanto instrumento de regulação social, deve ser um agente ativo na promoção de práticas inclusivas, assegurando não apenas a igualdade formal perante a lei, mas também a igualdade material, que se reflete na realidade vivenciada pelos cidadãos.

Assim, o objetivo geral deste estudo será analisar o papel do sistema jurídico brasileiro como promotor de inclusão, identificando os mecanismos legais existentes e propondo caminhos para a sua efetivação prática. E como objetivos gerais pretende-se: (i) examinar a legislação brasileira sob a ótica da inclusão, destacando as normas jurídicas que têm contribuído para a promoção da igualdade; discutir os desafios enfrentados na aplicação dessas leis, considerando as barreiras sociais e culturais existentes; (iii) propor estratégias para que os operadores do direito possam atuar como facilitadores da inclusão social.

A escolha deste tema se justifica pela urgência em se debater e implementar práticas inclusivas no sistema jurídico, visando a eliminação de desigualdades e a garantia de direitos para todos os segmentos da população.

A metodologia empregada será a pesquisa analítica, baseada na revisão de literatura especializada, análise de legislação pertinente e estudo de casos concretos que ilustram a aplicação prática das normas inclusivas, tendo o texto seu desenvolvimento nos termos dos itens descritos.

1 DIREITO, UMA QUESTÃO SISTÊMICA

O contexto em que o sistema jurídico se insere é de extrema relevância para a compreensão adequada de sua função e importância na sociedade. Neste trabalho, será explorado o contexto contemporâneo, no qual o Direito desempenha um papel fundamental na regulação das relações sociais. E é no seio do sistema jurídico que ocorre a simbiose entre existência de normas, resolução de conflitos e garantia da ordem social. onde se estabelece normas, resolve-se conflitos e garante-se a ordem social. Assim, compreender o que seja um sistema jurídico oportunizará uma melhor visão de como o seu funcionamento implica no contexto de um tempo.

O sistema jurídico possui características distintas que o diferenciam de outros sistemas sociais (como o político, o econômico, o educacional, por exemplo). Nesse sentido, o sistema

jurídico é caracterizado pela sua autopoiese, ou seja, pela capacidade de autoprodução, autossustentação e autorreferência. Essa autopoiese implica que o sistema jurídico tem a capacidade de se reproduzir e de se manter independentemente de outros sistemas sociais. Ou seja, o sistema jurídico é capaz de se autoproduzir, autossustentar e autorregular devido à sua estrutura recursiva que o permite operar de forma independente.

Além disso, o sistema jurídico é diferenciado funcionalmente dos demais sistemas sociais, o que significa que ele possui suas próprias operações e critérios de validade, e no que diz respeito à autorreferência, ele utiliza suas próprias normas como critério para avaliar e validar suas decisões e ações. Essa diferenciação funcional garante a autonomia do sistema jurídico em relação a outros sistemas sociais e possibilita que ele cumpra sua função de regular as interações e os conflitos na sociedade (Luhmann, 2019; Luhmann, 2016).

Isso significa dizer, também, que a codificação e a comunicação desempenham papel essencial nessa hipótese sistêmica. Isso porque, como a codificação consiste na transformação das operações jurídicas em formas simbólicas, como leis, códigos e jurisprudência, ela permite que as normas e os procedimentos do sistema jurídico sejam comunicáveis e que possam ser compreendidos e aplicados pelos diferentes atores sociais. A comunicação, por sua vez, ocorre através de processos de seleção e diferenciação de informações relevantes para o sistema jurídico. Essa comunicação envolve a interação entre diferentes subsistemas jurídicos, como os tribunais, os escritórios de advocacia e os órgãos legislativos, bem como a interação entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais.

Contudo, embora essa perspectiva luhmiana apresentada traga importantes contribuições para a compreensão do sistema jurídico (compreensão do direito como um sistema autônomo capaz de se autorregular e operar independentemente outros sistemas sociais; análise aprofundada da estrutura e funcionamento do sistema jurídico; diferenciação funcional que permite o desempenho de funções específicas dentro da sociedade) não se pode olvidar que há alguns pontos que se apresentam problemáticos, de índole limitante, inclusive. Trata-se, pois, de uma possível falta de flexibilidade desse sistema, que não considera, p. ex., a possibilidade de se adaptar a novos desafios e demandas sociais. Além disso, a teoria não oferece uma visão abrangente sobre as influências externas que podem afetar o funcionamento do sistema jurídico, como as mudanças políticas, econômicas e culturais.

E, apesar da visão até aqui apresentada considerar a sociedade como um conjunto de sistemas interconectados (embora cada um com sua própria lógica e autonomia), essa interconexão não é suficiente para superar talvez o que seja o maior problema: a falta de consideração das questões políticas, visto que o sistema jurídico está intrinsecamente ligado ao exercício do poder e à

distribuição de justiça. E ao focar em uma dimensão funcional, não considera a participação popular nesse sistema. Portanto, a teoria dos sistemas, enquanto útil para entender a diferenciação funcional e a autonomia do direito, pode não capturar adequadamente as dinâmicas de inclusão e exclusão, especialmente em sociedades caracterizadas pela modernidade periférica, como o Brasil (isso porque, a recepção irrefletida de ideias e instituições jurídicas do “centro” pela “periferia” do capitalismo no Ocidente pode levar a uma insuficiente autonomia do direito e sua “exploração” pela política) (Neves, 2018).

Assim, de modo a adequar essa visão sistêmica, é importante apresentar uma visão crítica a ela. E essa visão crítica pode ser encontrada na tese de sistema jurídico autotélico (Neves, 2007), um sistema (ou subsistema) que também se autorregula, mas tem como objetivo a realização de valores jurídicos, e é caracterizado por um conjunto de normas e decisões que são produzidas e reproduzidas pelos atores jurídicos, como juízes, advogados e legisladores. Essas normas e decisões são orientadas por concepções de justiça e pelos valores jurídicos que fundamentam o sistema, destacando-se a importância do processo de tomada de decisão no sistema jurídico, pois é por meio desse processo que as normas são interpretadas e aplicadas, garantindo a efetividade do sistema (Neves, 2012).

Para a compreensão dessa visão de sistema jurídico, importante a distinção entre normas estruturais (são aquelas que estabelecem a estrutura básica do sistema jurídico) e normas processuais (são as que regulam o processo de tomada de decisão), a compreensão de autorreferência (capacidade do sistema jurídico de se autorregular, ou seja, de regular a si mesmo por meio de suas próprias normas), e a compreensão do conceito de polissemia normativa (que se refere à multiplicidade de sentidos que as normas podem ter e à necessidade de interpretação e aplicação dessas normas pelos atores jurídicos). Destaca-se, também, a importância dos princípios na abertura do direito a demandas ainda não suficientemente tratadas pelo sistema jurídico, com especial crítica ao formalismo de uma prática fundada somente em regras, o que sugere a necessidade de uma análise mais crítica e contextualizada da teoria dos sistemas quando aplicada ao direito, especialmente em contextos de desigualdade social e econômica acentuada (Neves, 2018).

No contexto da modernidade periférica (países periféricos), a dificuldade do Estado Social se realizar fica mais evidente. Isso porque, há uma dificuldade de realização do próprio Estado de Direito onde frequentemente a Constituição não corresponde às expectativas normativas e comportamentais generalizadas. Isso pode resultar na perda de relevância jurídica da Constituição e, por extensão, do Estado social, porque ocorre uma recepção irrefletida de ideias e instituições jurídicas do centro do capitalismo pelos países periféricos. O resultado é uma profunda desigualdade social da modernidade periférica o núcleo da insuficiente autonomia do direito e sua

exploração pela política. Essa situação afeta a capacidade do Estado social de cumprir suas funções, como a garantia dos direitos sociais e a promoção da justiça social (NEVES, 2018).

Como os países periféricos não estão no centro do capitalismo global, enfrentam desafios únicos na implementação e interpretação do direito constitucional devido a fatores como desigualdades sociais e econômicas acentuadas, e uma história de colonização e dependência. Nesse contexto, o sistema jurídico pode ser visto como um campo de tensão entre as pressões globais e as realidades locais, onde a Constituição deve ser interpretada de maneira a refletir as especificidades da sociedade. Além do mais, há uma influência externa sobre o sistema jurídico e essa assimetria normativa externa refere-se à adoção de normas e práticas jurídicas de países centrais sem uma adaptação adequada ao contexto local. Isso pode levar a uma desconexão entre a lei e a realidade social, onde as normas importadas não correspondem às necessidades e expectativas da população local (NEVES, 2018).

Assim, a Constituição em um contexto de modernidade periférica pode enfrentar desafios de legitimidade e eficácia. A Constituição pode ser instrumentalizada por forças políticas, perdendo sua função normativa e transformando-se em um instrumento de poder. Portanto, a interpretação constitucional deverá levar em conta as condições socioeconômicas e culturais específicas desses, para que a Constituição possa efetivamente guiar o desenvolvimento do sistema jurídico de maneira inclusiva e justa, o que apresenta-se, sempre, como um desafio quase intransponível.

De todo modo, os fundamentos desse sistema jurídico são os princípios que o regem e o sustentam. E esse sistema jurídico está baseado em uma ordem constitucional, na qual a Constituição é a norma suprema que estabelece os princípios fundamentais e os direitos e garantias dos cidadãos. Além disso, o sistema jurídico é composto por uma hierarquia de leis que são interpretadas e aplicadas pelos órgãos e agentes do poder judiciário. Nesse sentido, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões são fundamentais para a estabilidade do sistema. Outro fundamento importante é a igualdade perante a lei, que deve ser assegurada a todos os cidadãos, garantindo a justiça e a equidade nas relações sociais. Por fim, os direitos fundamentais também são imprescindíveis para o sistema jurídico, estabelecendo os limites e deveres do Estado em relação aos indivíduos.

2 SISTEMA JURÍDICO, PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E PRÁTICAS INCLUSIVAS

Partindo da premissa de que o sistema jurídico tem por base e fundamento princípios que os sustentam, atrelados a uma ordem constitucional também composta por princípios fundamentais e direitos e garantias franqueados a todos (com especial atenção aos vulnerabilizados), oportuno dizer que as práticas inclusivas possuem por fundamento o própria Constituição.

Em sendo assim, garantir que que todas as pessoas tenham acesso à justiça e as mesmas oportunidades no sistema legal contribui para uma sociedade mais igualitária e justa. Ao promover a inclusão, o sistema jurídico se fortalece, pois pode melhor atender às necessidades de todos os cidadãos, independentemente de sua origem social, étnica, gênero ou qualquer outra característica que possa gerar discriminação ou exclusão. Além disso, práticas inclusivas no sistema jurídico também são essenciais para fortalecer a confiança da população no sistema de justiça, pois demonstram que todas as pessoas são tratadas de forma justa e igualitária perante a lei.

As práticas inclusivas, por si só, têm por fundamento a proibição constitucional de discriminação contida na Constituição Federal do Brasil de 1988 ao estabelecer em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, reforçando os objetivos fundamentais da República brasileira contido no inciso IV do art. 3º, que dispõe: “V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Então, a proibição constitucional à discriminação é um princípio que deve ser constantemente reafirmado e implementado através de políticas públicas inclusivas e ações afirmativas que visem erradicar as desigualdades sociais e garantir a todos os cidadãos os mesmos direitos e oportunidades.

Por outro lado, as práticas inclusivas vão além da mera proibição de atos discriminatórios. Elas buscam ativamente promover a participação e integração plena de todos os membros da sociedade, especialmente aqueles pertencentes a grupos historicamente marginalizados, como negros, indígenas, LGBTQIA+, pessoas com deficiência, crianças, idosos e pobres. Essas práticas são manifestadas em políticas públicas, programas educacionais, ações afirmativas e legislações específicas como, por exemplo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Igualdade Racial.

E, enquanto a proibição constitucional de discriminação estabelece um padrão legal de tratamento igualitário, as práticas inclusivas são ações concretas que buscam transformar esse padrão em realidade vivenciada. Por exemplo, a educação inclusiva no Brasil é orientada por um conjunto de normas que visam garantir o acesso e a permanência de estudantes com necessidades especiais no sistema educacional.

A interseção entre a proibição de discriminação e as práticas inclusivas é onde se encontra o verdadeiro potencial de transformação social. A legislação antidiscriminação cria um ambiente legal que pune e desencoraja comportamentos discriminatórios, enquanto as práticas inclusivas atuam proativamente para eliminar as barreiras que impedem a igualdade material. Juntas, elas formam um sistema robusto que não apenas protege os direitos dos cidadãos, mas também promove um ambiente de respeito, valorização da diversidade e igualdade de oportunidades.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE SOBRE ISONOMIA FORMAL, MATERIAL E POSSIBILIDADES DISCRIMINANTES

O art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, ao estabelecer em seu *caput* que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, não se limitou a nivelar os cidadãos diante da lei, mas impõe, também, que a própria lei seja editada em conformidade com a isonomia constitucional, ou seja, o preceito da igualdade deve ser observado tanto pelo aplicador da lei, como também por quem a elabora.

E, ainda, sistema jurídico brasileiro, enquanto instrumento de regulação social, deve garantir a aplicação tanto da igualdade formal quanto da igualdade material. A igualdade formal é essencial para assegurar que todos os indivíduos sejam tratados de maneira igual perante a lei, independentemente de sua raça, gênero, condição sexual ou qualquer outra característica discriminatória. Já a importância da igualdade material reside na necessidade de garantir que as medidas adotadas pelo sistema jurídico sejam capazes de efetivamente promover a igualdade de oportunidades e a redução das desigualdades sociais, de modo a proporcionar condições equitativas para todos os cidadãos brasileiros.

Sendo assim, a igualdade pretendida pela norma constitucional não deve ser compreendida como um tratamento idêntico a todos, pois as pessoas são intrinsecamente diferentes em suas características e necessidades. Portanto, o princípio da igualdade consiste em compreender os elementos de desigualdades para realizar o programa de isonomia.

É compreender que a lei não deve ser fonte de privilégio ou perseguições, mas um instrumento capaz de regular a vida social de forma equânime, dando às pessoas, na medida do possível, tratamentos idênticos. Na medida do possível porque alguns casos, pelas suas peculiaridades intrínsecas, reclamam um tratamento diferenciado. Neste sentido, pode-se afirmar que ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo interdito deferir disciplina diversa para situações equivalentes.

Para compreender o alcance do princípio da igualdade é preciso entender quem são os iguais e os desiguais, e qual o critério legitimamente manipulável que autoriza distinguir pessoas e situações para fins de tratamento jurídico diferenciado sem violar o princípio da isonomia. Isso porque, existem situações diferenciadas e que por esta razão merecem tratamento diferenciado, e isso não só não fere o princípio da igualdade como se aproxima de sua natureza (MELLO, 2022).

Assim, dentro deste contexto, propugna-se por medidas discriminatórias específicas para corrigir desigualdades históricas ou estruturais em determinados grupos sociais. (*discriminen* positivo) buscando promover a igualdade substancial entre os grupos, mesmo que isso implique em

tratamento diferenciado temporário.

A discriminação positiva opera sob o princípio de que a igualdade de oportunidades não é suficiente quando existem desigualdades profundas enraizadas na sociedade. Portanto, medidas compensatórias são necessárias para nivelar as diferenças existentes.

Contudo, o princípio da igualdade, embora seja uma norma fundamental em um Estado democrático de direito, deve ser interpretado de maneira apropriada para evitar alguns excessos ou conflitos com outros princípios. Assim, existem limites e exceções ao princípio da igualdade que devem ser considerados.

Um dos limites importantes ao princípio da igualdade é o princípio da proporcionalidade. De acordo com esse princípio, as medidas de discriminação ou tratamento diferenciado devem ser proporcionais aos objetivos a serem alcançados. Isso significa que qualquer ação que restrinja a igualdade deve ser justificada por uma razão legítima e o meio utilizado para alcançar esse fim deve ser adequado, necessário e proporcional. Caso contrário, a medida pode ser considerada desproporcional ou até mesmo discriminatória.

Esse programa de medidas discriminatórias positivas pode também ser chamado de ações afirmativas, conjunto de políticas públicas e iniciativas privadas que visam corrigir desigualdades históricas e estruturais, promovendo a inclusão de grupos tradicionalmente marginalizados e sub-representados na sociedade. Este conceito é fundamentado na ideia de que, para alcançar uma igualdade material e efetiva, é necessário ir além da igualdade formal garantida pela lei.

4 A CONTRIBUIÇÃO INTERSECCIONALIDADE PARA O DEBATE

A partir de uma análise crítica, tal teoria se afasta das teorias tradicionais que abordam os direitos humanos como dados, naturais, universais, neutros, racionais e desejáveis, que visam a proteção, a promoção e a realização da dignidade humana, que é entendida como uma essência, uma qualidade, um atributo ou um valor inerente a todos os seres humanos. Nesse sentido, a teoria crítica dos direitos humanos, propõe uma ruptura, uma desconstrução, uma reconstrução e uma reinvenção dos direitos humanos, que levem em conta as diferenças, as singularidades, as resistências e as alternativas dos povos e dos indivíduos que foram subalternizados e desumanizados pelo processo colonial, que se manifesta nas relações entre o centro e a periferia do sistema-mundo.

Ao propor perspectivas decoloniais para a promoção da liberdade, da autonomia e da igualdade nas sociedades periféricas, a teoria crítica apresenta três pilares instrumentais: (I) a recuperação e a valorização da memória, da história, da cultura, da identidade e da diversidade dos povos e dos indivíduos periféricos, que foram negados, silenciados, invisibilizados e desvalorizados

pelo processo colonial, que se baseou na superioridade, na violência, na imposição e na negação da alteridade; (II) a denúncia e a contestação das estruturas, dos discursos, das instituições e das práticas dos direitos humanos, que reproduzem e legitimam as relações de dominação, de exploração, de exclusão e de violência, que afetam a soberania, a dignidade e a cidadania dos povos e dos indivíduos periféricos, que são submetidos a processos de despossessão, de deslocamento, de despersonalização, de desqualificação e de desumanização; (III) a construção e a implementação de novos paradigmas, de novos conceitos, de novos valores e de novos direitos humanos, que sejam plurais, diversos, inclusivos, participativos, emancipatórios e transformadores, que visem a superação das desigualdades, das dependências, das assimetrias e das violências, que afetam as sociedades periféricas, que se encontram em situação de dependência, de subdesenvolvimento, de desigualdade e de exclusão em relação às sociedades centrais (FLORES, 2009).

A concepção tradicional de direitos fundamentais como garantias individuais abstratas tem sido objeto de intensa crítica no cenário jurídico contemporâneo. Essa crítica se concentra na necessidade de uma compreensão mais dinâmica e contextual dos direitos fundamentais, que considere as complexas relações sociais e os desafios emergentes da atualidade.

Nesse sentido, importante trazer à reflexão ideias da Teoria Crítica que incidam diretamente nos direitos fundamentais. A Teoria Crítica é um campo de estudo interdisciplinar que surgiu com a Escola de Frankfurt na Alemanha, durante o início do século XX. Este movimento filosófico e sociológico foi pioneiro em analisar as transformações sociais e culturais da modernidade sob uma perspectiva crítica. Os principais objetivos da Teoria Crítica são compreender e transformar as estruturas sociais, culturais e políticas que perpetuam a opressão e a injustiça, promovendo a emancipação humana e a transformação da sociedade.

Para tanto trabalha com conceito tais como, (I) ideologia (para analisar como as ideias e crenças dominantes na sociedade servem para manter a ordem social existente e justificar o poder das classes dominantes); (II) dominação (busca entender como o poder é exercido e mantido em diferentes esferas da sociedade); (III) alienação (enquanto efeito da vida moderna, onde os indivíduos se tornam distanciados de si mesmos e de seu trabalho); (IV) indústria cultural (estuda a maneira como a cultura é produzida e consumida em massa, levando à padronização e à perda da autenticidade artística); (V) emancipação (é o objetivo final da Teoria Crítica, buscando libertar os indivíduos das formas de opressão e permitir a autodeterminação).

Assim, trabalhando crítica à visão tradicional, argumenta que a abstração dos direitos fundamentais os torna distantes das realidades concretas dos indivíduos, especialmente dos grupos vulneráveis.

Contudo, ao colocar no centro da discussão, teorias tais como emancipação e

transformação social, a teoria crítica é capaz de contribuir para a construção de novos modelos de interação social que objetivam a justiça social.

No que diz respeito à emancipação, a teoria crítica propõe os direitos fundamentais como ferramentas para proteger os indivíduos contra a opressão e promoção da igualdade e a liberdade. Assim, a teoria enfatiza a importância de lutar contra as injustiças sociais e econômicas que limitam a eficácia dos direitos fundamentais.

Quanto à transformação social, não se limita a analisar os direitos fundamentais como conceitos abstratos, mas também se preocupa com sua implementação prática, defendendo que estes devem ser entendidos dentro do contexto social e político e que devem ser usados como ferramentas para transformar a realidade social em direção a uma maior justiça e igualdade.

Assim é que teorias como das “capacidades humanas” e “desenvolvimento como liberdade” introjetam novos olhares à teoria geral dos direitos fundamentais, destacando a importância de se considerar as condições reais de vida das pessoas ao avaliar os direitos fundamentais e o progresso social, propondo uma mudança de foco dos indicadores puramente econômicos para uma análise mais holística do bem-estar humano.

Na teoria das “capacidades humanas” de Martha Nussbaum, propõe-se uma lista de capacidades essenciais que devem ser garantidas para que as pessoas possam viver uma vida digna. Argumenta-se que o desenvolvimento não deve ser medido apenas por indicadores econômicos, mas também pela qualidade de vida e oportunidades disponíveis para as pessoas (NUSSBAUM, 2013).

Já em “desenvolvimento como liberdade”, propõe-se que o desenvolvimento deve ser avaliado pela expansão das liberdades que as pessoas desfrutam; a liberdade é tanto o principal objetivo do desenvolvimento quanto o seu meio mais importante (SEN, 2010).

A abordagem mais contextual e relacional dos direitos fundamentais enfatiza a importância do reconhecimento mútuo e da participação democrática na realização dos direitos fundamentais e serve para compreender como os direitos podem ser efetivamente garantidos e vivenciados em sociedades complexas e pluralistas.

Assim é que, Habermas propõe que a racionalidade e a comunicação são fundamentais para a sociedade e através do diálogo e da razão, os indivíduos podem alcançar um entendimento mútuo e consenso sobre questões sociais (HABERMAS, 2022) e Honneth defende que o reconhecimento mútuo é essencial para a integridade pessoal e para a participação democrática, sendo, ainda, uma condição prévia para a justiça social e a realização dos direitos individuais (HONNETH, 2009).

Do ponto de vista da interseccionalidade enquanto conceito crucial para compreender

como diferentes formas de opressão e discriminação se sobrepõem e afetam a efetivação dos direitos fundamentais, reconhece-se que categorias como raça, gênero e classe não são independentes e que suas intersecções criam experiências únicas de desvantagem. A interseccionalidade, assim, é fundamental para compreender a complexidade das experiências vividas por indivíduos que pertencem a múltiplas categorias marginalizadas.

Trata-se de um prisma analítico e, portanto, ferramenta analítica poderosa que permite uma compreensão mais rica e matizada das maneiras pelas quais as várias formas de opressão se interconectam e moldam as experiências das pessoas, especialmente aquelas que pertencem a múltiplos grupos marginalizados. Essa abordagem é essencial para desenvolver políticas e práticas jurídicas que reconheçam e abordem efetivamente a complexidade das desigualdades sociais.

Assim é que, através dessa teoria foi possível compreender como as mulheres negras nos Estados Unidos enfrentam sobreposições de racismo e sexismo que não são adequadamente abordadas por visões unidimensionais de justiça (CRENSHAW, 1991), ou, ainda em contribuição às questões de raça e feminismo, como raça classe e gênero são elementos de opressão no sistema prisional (Davis, 2016) ou, então, como a complexidade das identidades e as estruturas de poder e opressão se cruzam em diferentes contextos e afetam as mulheres marginalizadas (BILGE; COLINS, 2020).

As desigualdades estruturais, por sua vez, representam barreiras significativas à realização plena dos direitos fundamentais e, portanto, de uma educação plena e inclusiva. Essas desigualdades são frequentemente enraizadas em sistemas históricos e sociais que perpetuam a exclusão de certos grupos. A abordagem crítica sugere que é necessário reconhecer e dismantelar essas estruturas para promover a igualdade de direitos. Essa teoria propõe uma base sólida para entender as desigualdades estruturais e os direitos fundamentais, destacando a necessidade de abordagens críticas e multidimensionais para promover a igualdade e a justiça social em cada campo do saber. Incentiva-se aqui a reflexão sobre como as estruturas de poder e privilégio podem ser desafiadas e transformadas para criar uma sociedade mais equitativa.

E, a considerar que desigualdades são reproduzidas através de sistemas de dominação cultural e simbólica que perpetuam as diferenças de classe e mantêm o *status quo* a pobreza mundial e a violação dos direitos humanos estão intrinsecamente ligadas às estruturas políticas e econômicas globais, e os países ricos têm uma responsabilidade moral de reformar essas estruturas para promover a igualdade de direitos e reduzir a pobreza (POGGE, 2005).

Na realidade, as opressões de raça, gênero e outras identidades não operam de forma isolada, mas sim de maneira entrelaçada, criando um sistema de desvantagem que é mais do que a soma de suas partes.

Aplicada a atuação do operador do direito, a tese da interseccionalidade se mostra fundamental para compreender as desigualdades existentes na sociedade. Ao considerar as múltiplas identidades e experiências de cada indivíduo, essa abordagem permite uma análise mais completa e precisa das questões jurídicas, contribuindo para uma formação mais inclusiva e sensível às demandas das minorias. É através da interseccionalidade que se torna possível identificar as diferentes formas de discriminação e violência que afetam grupos marginalizados, possibilitando assim a construção de soluções e políticas que promovam a igualdade de direitos e oportunidades.

A interseccionalidade é uma abordagem teórica que reconhece a complexa interação entre diferentes formas de discriminação e opressão, como raça, gênero, classe social, orientação sexual e deficiência. Na formação e atuação do operador do direito, a tese da interseccionalidade se mostra fundamental para compreender as desigualdades existentes na sociedade. Ao considerar as múltiplas identidades e experiências de cada indivíduo, essa abordagem permite uma análise mais completa e precisa das questões jurídicas, contribuindo para uma formação mais inclusiva e sensível às demandas das minorias. É através da interseccionalidade que se torna possível identificar as diferentes formas de discriminação e violência que afetam grupos marginalizados, possibilitando assim a construção de soluções e políticas que promovam a igualdade de direitos e oportunidades (COLLINS, 2022).

Para a formação do operador do direito, a aplicação do conceito de interseccionalidade é imprescindível para garantir que o ensino do direito seja inclusivo e equitativo. Isso significa que os currículos jurídicos devem ser elaborados com uma consciência das várias formas de discriminação que afetam os estudantes e profissionais do direito. A inclusão de conteúdos que abordem as realidades de comunidades negras, indígenas, LGBTQIA+ e outras minorias é crucial para formar juristas capazes de entender e combater as injustiças sociais (CRENSHAW, 1991).

Assim, é possível apresentar a partir da interseccionalidade três abordagens para o presente tema: como ferramenta para compreensão das desigualdades, base para a promoção da justiça social e como estratégia para a inclusão de minorias.

Como ferramenta para compreensão das desigualdades destaca-se que as opressões não são independentes ou isoladas, mas estão entrelaçadas, influenciando as experiências e vivências de cada indivíduo. A partir dessa perspectiva, é possível analisar como as estruturas sociais e instituições jurídicas podem perpetuar desigualdades e marginalização. Por exemplo, ao considerar a interseção entre raça e gênero, é possível compreender como mulheres negras enfrentam desafios específicos que não são vivenciados da mesma forma por mulheres brancas. Essa abordagem amplia a compreensão das desigualdades e ajuda a desenvolver estratégias mais eficazes para combatê-las no âmbito jurisprudencial (BILGE, COLLINS, 2020).

Como base para a promoção da justiça social enfatiza-se que é necessário considerar as múltiplas dimensões da opressão e da desigualdade para alcançar uma sociedade mais justa e igualitária. Através dessa abordagem, é possível reconhecer as diferentes formas de privilégio e discriminação que afetam grupos marginalizados. Ao levar em conta as interseções das opressões, é possível desenvolver políticas e práticas jurídicas que contemplem as demandas específicas de cada grupo, visando à construção de uma sociedade mais inclusiva e equitativa. A interseccionalidade se torna, portanto, uma base teórica indispensável para a promoção da justiça social no campo jurídico.

Como estratégia para a inclusão de minorias argumenta-se que é necessário considerar as múltiplas identidades e experiências dos indivíduos para promover uma inclusão efetiva e significativa nas esferas de poder. Ao compreender as interseções das opressões, é possível desenvolver políticas e práticas que atendam às necessidades específicas de grupos marginalizados, como negros, mulheres, indígenas, LGBTQIA+ e deficientes. Essa abordagem permite que a formação do jurista se torne mais sensível, abrangente e acessível, garantindo a representação e participação de minorias, assim como a promoção da igualdade de oportunidades no sistema jurídico.

Desse arcabouço de argumentos, é possível extrair estratégias para promover a inclusão e igualdade no mundo jurídico como forma de transformação social, contribuindo para a construção de um sistema jurídico mais justo e representativo das diversas camadas da sociedade, a saber: (I) desenvolvimento de currículos que incluam estudos sobre direitos humanos, discriminação e igualdade de gênero sob uma perspectiva interseccional e representatividade adequada de professores e pesquisadores de diversas comunidades no corpo docente; (II) criação de espaços seguros para diálogos e debates que permitam a expressão de múltiplas identidades e experiências; (III) políticas institucionais que promovam a inclusão e combatam todas as formas de discriminação, enfatizando a importância da diversidade no mundo jurídico (CRENSHAW, 1991).

Por fim, abordagens críticas contemporâneas, como a teoria crítica racial, de gênero e pós-colonial, fornecem perspectivas valiosas para a análise inclusiva nas diversas searas profissionais. Essas teorias desafiam as concepções tradicionais e buscam entender como as estruturas de poder influenciam a aplicação dos direitos. Ao estabelecer críticas à metodologias tradicionais impregnadas de legados coloniais, as novas teorias tem apresentado métodos de pesquisas que consideram e empoderam comunidades indígenas para reconhecer suas práticas culturais (Smith, 2012) ou, ainda, desafiando a noção de gênero como uma identidade fixa e essencial e propondo que o gênero é performativo, construído através de atos repetidos e normas sociais, e que a subversão dessas normas pode levar a uma maior liberdade de identidade (BUTLER, 2006).

5 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

As ações afirmativas originariamente surgiram nos Estados Unidos durante a luta pelos direitos civis pela igualdade racial na década de 1960 como resposta à segregação racial que marcou a história americana, sobretudo no pós-guerra civil.

Ações afirmativas são políticas públicas (ou privadas) que visam corrigir desigualdades históricas e promover a inclusão de grupos sociais que foram historicamente marginalizados. Essas ações são implementadas em diversos setores, como educação, política e mercado de trabalho, com o objetivo de garantir o acesso igualitário a oportunidades e promover a diversidade.

No Brasil sua implementação é bem mais recente e ganhou força e importância com implementação de políticas de cotas raciais e sociais em universidades e concursos públicos. Contudo, os antecedentes das ações afirmativas no Brasil remontam ao século XIX, com as primeiras discussões sobre a necessidade de políticas públicas voltadas para a igualdade racial e social. No entanto, foi apenas no final do século XX que essas discussões ganharam força e foram transformadas em ações concretas.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios fundamentais para a promoção da igualdade, mas foi somente em 2001 que as ações afirmativas começaram a ser adotadas de forma mais abrangente, com a implementação de cotas raciais nas universidades públicas. Essa medida visava promover o acesso de estudantes negros e indígenas ao ensino superior, que historicamente enfrentavam dificuldades e desigualdades socioeconômicas. Desde então, as ações afirmativas têm se expandido para outras áreas, como o mercado de trabalho, buscando corrigir desigualdades históricas e promover a inclusão social (PRADO; SILVA, 2022).

Assim é que no Brasil diversos são os programas que podem ser incluídos na categoria de ações afirmativas: (I) Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) - Lei nº 9.394/19962, educação inclusiva, a legislação brasileira assegura o direito à educação inclusiva, garantindo acesso e permanência no sistema educacional para pessoas com deficiência, Transtorno do Espectro Autista (TEA) e altas habilidades/superdotação; (II) a Lei de Cotas (Lei nº 12.711/2012), que estabelece cotas nas universidades federais e escolas técnicas para estudantes de escolas públicas, baixa renda, negros, pardos e indígenas; (III) o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão - Lei nº 13.146/2015) que visa promover a inclusão social e a acessibilidade, proibindo a discriminação em todas as suas formas; (IV) a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que visa proteger as mulheres de violência doméstica e familiar, assegurando medidas de assistência e proteção; (V) a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) que garante a todos o acesso às informações públicas, promovendo a transparência e o controle social; (VI) a Lei do Atendimento Educacional Especializado (AEE) que prevê a universalização do acesso

à educação básica e ao AEE para crianças e adolescentes com necessidades especiais; (VII) Programa Federal de Ações Afirmativas (PFAA), que promove direitos e a equiparação de oportunidades para pessoas negras, quilombolas, indígenas, pessoas com deficiência e mulheres; (VIII) Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça, que fomenta práticas de equidade de gênero e raça na cultura organizacional de empresas, com foco nas áreas de gestão e recursos humanos; (IX) Lei nº 14.611/2023, foi criada com o intuito de corrigir essas lacunas, combater e eliminar as disparidades salariais baseadas em gênero e proporcionar maior segurança para as mulheres; (X) Política Nacional de Saúde Integral da população LGBTQIAPN+, instituída pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011; (XI) Sistema Único de Assistência Social (Suas), que garante proteção social aos cidadãos, apoio a indivíduos, famílias e à comunidade no enfrentamento de suas dificuldades; (XII) Lei de Cotas para Concursos Públicos - Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas em concursos públicos federais para candidatos negros; (XIII) programa de infraestrutura para Inclusão que obriga a adaptação de infraestruturas públicas e privadas para garantir acessibilidade a pessoas com deficiência; (XIV) formação de Professores e Políticas Educacionais: Incentiva a formação continuada de professores para atender às necessidades de inclusão na educação; (XV) Lei n. 10.741/ 03; (XVI) Estatuto da Pessoa Idosa; Lei n. 8.069/90 Estatuto da Criança e do adolescente; (XVII) Prouni – Programas de Bolsa de Estudos com bolsas integrais e parciais em instituições privadas de ensino superior para estudantes de baixa renda.

Além do mais, cita-se, ainda, (I) acessibilidade nos Espaços de Justiça: Garantir que tribunais e outros espaços jurídicos sejam acessíveis a pessoas com deficiência, incluindo a disponibilização de intérpretes de Libras e a adaptação de instalações; (II) Educação Jurídica Inclusiva: Promover a inclusão de temas relacionados aos direitos humanos e práticas inclusivas nos currículos das faculdades de direito, formando profissionais conscientes da importância da inclusão social; (III) Ampliação do Acesso à Justiça: Implementar e fortalecer os serviços de assistência jurídica gratuita para populações em situação de vulnerabilidade, como o trabalho realizado pela Defensoria Pública; (IV) Políticas de Diversidade no Ambiente de Trabalho: Adotar políticas de inclusão e diversidade nos órgãos do sistema jurídico, promovendo a igualdade de oportunidades de emprego e carreira para todos, independentemente de gênero, raça, orientação sexual ou deficiência; (V) Legislação Protetiva: Fortalecer o arcabouço legal que protege os direitos de grupos vulneráveis, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência¹, e assegurar sua efetiva aplicação; (VI) Mediação e Conciliação: Encorajar o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos, que podem ser mais acessíveis e menos intimidadores para pessoas que podem se sentir marginalizadas pelo sistema jurídico tradicional; (VII) Capacitação de Profissionais: Oferecer treinamento contínuo para juízes, advogados e outros profissionais do direito sobre questões de inclusão e direitos

humanos; (VIII) Inclusão Digital: Promover o acesso à informação e aos serviços jurídicos por meio de plataformas digitais, tornando-os mais acessíveis a um público mais amplo.

6 DESAFIOS E PROPOSTAS

A promoção da igualdade material é um dos maiores desafios enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro. A igualdade material vai além da igualdade formal, buscando um sistema jurídico que reflita positivamente na realidade social e econômica dos cidadãos.

Contudo, os desafios são complexos, pois o Brasil possui uma história de desigualdades sociais e econômicas profundamente enraizadas, que se refletem em todos os aspectos da vida cotidiana e que denotam uma desigualdade estrutural singular. Além disso, apesar da existência de um arcabouço jurídico antidiscriminatório, vivencia-se discriminações institucionalizadas praticadas no dia a dia da vida pública e privada. Por fim, o acesso à justiça ainda demonstra problemas de difícil solução, como por exemplo, o acesso dos mais pobres que vivem em áreas remotas e tem dificuldade de acesso a serviços jurídicos.

Esses são problemas encravados em determinadas barreiras que subjugam a lógica do acesso. Trata-se de barreiras sociais, cujos preconceitos e estereótipos continuam a impedir a inclusão de grupos vulnerabilizados, barreiras econômicas baseadas na pobreza e falta de recursos financeiros que limitam o acesso a oportunidades educacionais e profissionais, e barreiras culturais que impõem resistência a mudanças culturais e sociais dificultando a aceitação de políticas inclusivas.

Contudo, propostas de ações, medidas legislativas e políticas públicas, bem como, estratégias de implementações efetivas visando a igualdade material devem ser sempre consideradas.

Assim é que, podem ser consideradas as seguintes propostas, como a Reforma Legislativa: Revisão e fortalecimento das leis existentes para garantir a aplicação efetiva da igualdade material; Educação para a Diversidade: Implementação de programas educacionais que promovam a diversidade e combatam o preconceito desde a infância; Ampliação do Acesso à Justiça: Criação de mais centros de assistência jurídica gratuita e mecanismos de justiça móvel para alcançar áreas remotas; Políticas de Emprego Inclusivo: Incentivos para empresas que adotam práticas de inclusão e diversidade no local de trabalho; Programas de Capacitação: Cursos profissionalizantes e técnicos para grupos vulneráveis, visando sua inserção no mercado de trabalho; Monitoramento e Avaliação: Estabelecimento de sistemas de monitoramento para acompanhar o progresso das políticas de inclusão; Participação Comunitária: Inclusão de representantes de grupos vulneráveis no planejamento e execução de políticas públicas; Diálogo Interinstitucional: Promoção do diálogo

entre diferentes esferas do governo, setor privado e sociedade civil para a criação de políticas inclusivas, e Campanhas de Conscientização: Realização de campanhas para sensibilizar a população sobre a importância da igualdade material e da inclusão social.

Sendo assim, a promoção da igualdade material é um processo contínuo que requer o comprometimento de todos os setores da sociedade. Superar as barreiras existentes e implementar práticas inclusivas efetivas são passos essenciais para construir um Brasil mais justo e igualitário. As estratégias propostas visam não apenas a melhoria legislativa e política, mas também a transformação cultural necessária para alcançar a igualdade material na realidade vivenciada pelos cidadãos brasileiros.

CONCLUSÃO

A análise da autonomia do sistema jurídico brasileiro, à luz das abordagens teóricas e das práticas inclusivas, revela a complexa interrelação entre a autonomia normativa e a efetivação dos princípios constitucionais de igualdade e justiça. O sistema jurídico, enquanto estrutura autopoietica, demonstra sua capacidade de se manter e se reproduzir independentemente de outros sistemas sociais, conforme sugerido por Luhmann (2016, 2019). Essa autonomia permite que o direito regule e organize as interações sociais com uma lógica própria, sustentada por normas e processos internos. No entanto, essa visão pode limitar a compreensão das práticas inclusivas e das realidades sociais que desafiam a teoria sistêmica pura.

A crítica formulada por Neves (2007, 2012) sobre a necessidade de um sistema jurídico autotélico, que integra valores jurídicos e práticas orientadas pela justiça, sugere uma evolução necessária na teoria dos sistemas. A distinção entre normas estruturais e processuais e o reconhecimento da polissemia normativa são cruciais para uma aplicação mais prática e inclusiva do direito.

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 e as políticas públicas subsequentes, como as ações afirmativas e os programas de inclusão, refletem uma tentativa de concretizar a igualdade material e promover a justiça social. A implementação dessas políticas evidencia o esforço em transformar a igualdade formal garantida pela lei em uma realidade vivida, abordando desigualdades estruturais e promovendo a participação plena de grupos historicamente marginalizados.

A crítica da Teoria Crítica e a abordagem da interseccionalidade destacam a necessidade de uma perspectiva mais inclusiva e sensível às diversas formas de opressão e desigualdade. A integração desses conceitos no sistema jurídico contribui para a formação de uma estrutura mais equitativa e representativa, permitindo que o direito atenda às complexas demandas sociais

contemporâneas. A efetiva promoção da inclusão e da justiça requer um compromisso contínuo com a análise crítica, a implementação de políticas públicas inclusivas e a adaptação das práticas jurídicas às realidades diversificadas da sociedade.

REFERÊNCIAS

FLORES, Joaquín Herrera Flores. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2026.

_____. Direito da sociedade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2022.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2018.

PRADO, Edna Cristina do; SILVA, Fabson Calixto da. Política de ação afirmativa e as relações raciais na educação: o caso das cotas raciais da Universidade Federal de Alagoas. Educar em Revista, Curitiba, v. 38, e78267, 2022.

A RESPONSABILIDADE DO INSS PELOS DESCONTOS AUTOMÁTICOS INDEVIDOS NOS PAGAMENTOS DE BENEFÍCIOS E A HIPERVULNERABILIZAÇÃO DA PESSOA IDOSA

Juliana de Almeida Salvador FIORILO¹
Bruno Viudes FIORILO²

RESUMO

A implementação do sistema digital através da plataforma MEU INSS fez com que a situação de vulnerabilidade das pessoas idosas se acentuasse, pois através de dados disponibilizados a entidades sindicais ou associativas e instituições bancárias, são realizados descontos, muitas vezes sem o consentimento do segurado. A falta de conhecimento da operação e as dificuldades para o cancelamento de descontos causam danos à personalidade de pessoas idosas. Estaria o INSS responsabilizado pelos danos pelo fornecimento ou vazamento dos dados dos segurados? A pesquisa se baseia na análise do Processo TC 032.069/2023-5 do Tribunal de Contas da União que apurou a conduta do INSS que permitiu o desconto nos benefícios de segurados, por meio de entidades sindicais, associativas e instituições bancárias. O estudo pretende demonstrar que como administrador da plataforma, cabe ao INSS proteger os dados dos segurados em nome do princípio da eficiência na prestação do serviço público que na maioria são pessoas vulnerabilizadas em razão da idade ou incapacidade. A pesquisa se embasa no critério hipotético, dedutivo e exploratório, para analisar a questão da vulnerabilidade da pessoa idosa diante do sistema digital. Conclui-se que cabe ao INSS a fiscalização e proteção dos dados dos segurados para que as informações financeiras não sejam exploradas por empresas bancárias ou entidades, que trabalham com descontos diretamente no valor do benefício para auferirem lucro em detrimento das pessoas hipossuficientes.

PALAVRAS-CHAVE: descontos indevidos; INSS; plataforma digital; responsabilidade vulnerabilidade.

ABSTRACT

The implementation of the digital system through the platform MEU INSS has made the situation of vulnerability of elderly people accentuated, because through data made available to trade unions or associations and banking institutions, discounts are made, often without the consent of the insured. The lack of knowledge of the operation and the difficulties for the cancellation of discounts cause damage to the personality of elderly people. Would the INSS be liable for damages for the provision or leakage of the data of the insured? The research is based on the analysis of Case TC 032.069/2023-5 of the Court of Auditors of the Union that found the conduct of the INSS that allowed the discount in the benefits of insured, through trade unions, associations and banking institutions. The study aims to demonstrate that as an administrator of the platform, it is up to the INSS to protect the data of the insured, in the name of the principle of efficiency in the provision of public service that in the majority are vulnerable people due to age or disability. The research is based on the hypothetical and deductive and exploratory criteria, to analyze the issue of the vulnerability of the elderly person to the digital system. It is concluded that the INSS is responsible for monitoring and protecting the data of the insured so that financial information is not exploited by banking companies or entities, who work with discounts directly in the value of the benefit to

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/5542581088833194>. E-mail: j.almeida.salvador@hotmail.com.

2 Investigador de Polícia do Estado de São Paulo, Advogado Especialista em Direito Tributário. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4064372748483107>. E-mail: fiorilobruno@gmail.com.

earn profit at the expense of the underprivileged.

KEYWORDS: undue discounts; INSS; digital platform; vulnerability responsibility.

INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário brasileiro se opera atualmente por plataformas digitais, e a plataforma MEU INSS é o meio pelo qual os segurados e beneficiários podem obter informações acerca de extratos de pagamentos, situação do benefício, requerer a implantação do mesmo, dentre outros serviços oferecidos pela plataforma. O uso da plataforma é pessoal, por meio de CPF e senha, criados através dos dados fornecidos pelo próprio segurado no acesso ao portal.

No entanto, desde o ano de 2023 observou-se que algumas entidades associativas e bancárias tivessem acesso aos dados da plataforma, para a realização de descontos na folha de benefícios dos segurados, o que redobrou a atenção ao de vulnerabilidade das pessoas idosas, devido a ausência de consentimento na realização dos descontos.

Nessa perspectiva, a pesquisa se baseia na análise do Processo TC 032.069/2023-5 do Tribunal de Contas da União que apurou a conduta do INSS que permitiu o desconto nos benefícios de segurados, por meio de entidades sindicais, associativas e instituições bancárias. O INSS como órgão que administra os benefícios da seguridade social, deve agir nos termos dos princípios constitucionais, na prestação do serviço público com a máxima eficiência.

Após a abordagem do procedimento instaurado pelo Tribunal de Contas, serão delineadas questões a respeito da situação atual em que as relações humanas se encontram desestruturadas pela falta de interesse e respeito pelo outro, que afetam os direitos da personalidade.

A pesquisa adota o critério hipotético, dedutivo e exploratório para analisar a questão da vulnerabilidade da pessoa idosa diante do sistema digital .

Desse modo, o resultado almejado se encontra na responsabilização do INSS na ausência de proteção dos dados pessoais financeiros dos usuários do sistema da seguridade, que em sua essência se traduz como “protetivo”.

2 DO PROCESSO TC 032.069/2023-5: RESPONSABILIZAÇÃO DO INSS PELOS DESCONTOS INDEVIDOS

O processo TC 032.069/2023-5 originou-se por meio da Solicitação do Congresso Nacional, que por meio do Ofício 174/2023 requereu a apuração de irregularidade de descontos indevidos nos benefícios de aposentadorias de milhões de aposentados do INSS. Esses descontos indevidos somam o valor total de 1,5 bilhão por ano, sob a alegação de que os órgãos envolvidos nessa conduta objetivam vantagens financeiras.

No polo passivo do procedimento, o Tribunal de Contas reconheceu somente a legitimidade do INSS, parte integrante da Administração Pública, e responsável pela manutenção da folha de pagamentos dos segurados. Em que pese somente o INSS integrar o pólo passivo do relatório de inspeção, contam como partes interessadas na gestão dos benefícios por incapacidade o INSS, o Dataprev, a Secretaria Nacional do Consumidor, o Banco Central do Brasil, a Defensoria Pública da União, as Instituições Financeiras, as Associações de classes, sindicatos e beneficiários do INSS, sendo que somente os beneficiários são aptos para contratar créditos consignados e usufruir dos serviços ofertados pelas entidades associativas.

Nos autos do TC 032.069/2023-5 foi determinada Inspeção no âmbito do INSS e realização de relatório para a apuração dos fatos denunciados pelo Congresso Nacional, e constatou-se que os descontos realizados diretamente dos benefícios dos segurados se deram de modo indevido, sem a autorização, que acarreta prejuízos financeiros, pela afetação da renda e muitos desses beneficiários do INSS não percebem os descontos ou quando os verificam tem dificuldades para bloquear, o que implica no enriquecimento ilícito das instituições.

O relatório apurou que existem deficiências operacionais nas informações prestadas pelo Dataprev ao INSS, pois é o responsável pela comunicação dos descontos dos consignados entre as entidades associativas e o INSS, o que pode gerar em descontos indevidos, que somente serão cancelados pela iniciativa do segurado, o que revela a vulnerabilidade do sistema. O relatório demonstrou ainda a ausência de documentos comprobatórios de autorização de descontos, sendo que de 28 casos analisados, 10 possuíam documentação incompleta, fora dos termos exigidos pelo artigo 655 da Instrução Normativa 128/2022. No ano de 2023 houve um aumento exponencial no número de reclamações de descontos indevidos, com relação ao ano de 2021, numa proporção de 93 para 581 reclamações, e um aumento de 184,7 % de arrecadação pelas entidades associativas em um período de dois anos, o que revela a ineficiência do INSS na contenção dos descontos feitos de forma indevida.

A súmula 183 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais foi colacionada no relatório como justificativa para a responsabilização do INSS pelos descontos indevidos. Por conseguinte, foram elencados os diplomas legais que dispõem sobre a necessidade de autorização do segurado para a realização de descontos nas folhas de pagamento, como o artigo 115, inciso V da Lei 8213/91, artigo 154 do Decreto 3048/1999, artigo 655 da Instrução Normativa 128/2022 e Instrução Normativa 162 de 14/03/2024, tendo esta última revogado o artigo 655 da IN 128/2022 para prever a necessidade de termo de filiação à entidade ou associação, termo de autorização de desconto, RG e CPF do segurado.

Os resultados obtidos pela inspeção realizada pelo Tribunal de Contas no INSS com

relação aos descontos de mensalidades por entidades e associações concluíram pela ineficiência do INSS na autorização dos descontos indevidos, pois os recursos tecnológicos e material humano são escassos, ou seja, não existe tecnologia apta para a solução de problemas que evitem falhas no sistema que permite o desconto nos benefícios, ao contrário do que foi observado nos empréstimos, cuja autorização se dá atualmente por biometria e contrato firmado pelo segurado na plataforma digital.

Desse modo, foi proferido Acórdão 1115/2024, com relatoria do Ministro Aroldo Cedraz e foram adotadas algumas medidas cautelares para minimizar as fraudes por meios de descontos nos benefícios dos beneficiários, como a exigência de assinatura eletrônica avançada e biometria, nos moldes do artigo 4º, inciso II da Instrução Normativa 162/2024 ou pelos documentos previstos no artigo 655 da Instrução Normativa 128/2022, e também o bloqueio automático de novos descontos de empréstimo consignado ou de mensalidade associativa. Foram estipulados prazos para a implementação das medidas e ainda que seja realizada monitoração dos descontos de mensalidades realizadas de forma indevida para que as empresas sejam identificadas, responsabilizadas e seja feito o reembolso dos valores descontados de forma indevida.

Foi determinado ainda que o Tribunal de Contas da União seja informado dos resultados para que assim proceda ao monitoramento e avaliações das fraudes e que o INSS proceda à ampla informação pelos seus canais de informações para informar aos beneficiários sobre a possibilidade de fraudes pelos descontos indevidos e o modo pelo qual podem obter o ressarcimento.

O relatório realizado por meio da inspeção no TC 032.069/2023-5, por solicitação do Congresso Nacional visa o atendimento à Resolução 215/2008 que trata das Solicitações do Congresso Nacional (SCN), que são informações que devem ser prestadas acerca de fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, regularidade de despesa ou de comissão parlamentar de inquérito. Essas solicitações tramitam em caráter de urgência e ao final é proferido acórdão pelo TCU e o relatório finalizado com a prestação das informações. Tem como objetivo o aprimoramento da administração pública, através do controle externo (Brasil, 2019).

O controle externo feito pelo Congresso Nacional através TC 032.069/2023-5, que teve como objetivo a apuração de irregularidades praticadas no âmbito do INSS, através de descontos indevidos nas aposentadorias de milhões de aposentados demonstra ferramenta importante na tutela dos direitos dos vulneráveis, em especial a pessoa idosa, hipervulnerabilizada em razão do universo tecnológico da qual muito se encontram excluídos.

Desse modo, incumbe a toda sociedade, incluindo órgãos do Governo a fiscalização e controle das fraudes cometidas em face da pessoa idosa, para a preservação de sua dignidade e bem-estar social.

3. A HIPERVULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O processo de envelhecimento é uma preocupação social atual. O número de pessoas idosas no mundo e no Brasil cresce a cada dia e por isso políticas de proteção à pessoa idosa devem ser prioridades do Estado.

O envelhecimento faz parte das contingências sociais a serem protegidas pelo Estado, através da seguridade social e também responsabilidade de toda a sociedade. Sobre essa temática considera-se que:

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 (Costenaro, 2022, p.186).

O envelhecimento deve ser recepcionado pela sociedade como um evento natural e que deve ser protegido por toda a sociedade, bem como as necessidades das pessoas devem ser acolhidas para propiciar o bem-estar diante do aumento da longevidade. Não se pode descartar a pessoa idosa, pelas suas limitações, pois a velhice deve ser contemplada dentre os eventos mais importantes da vida da pessoa, pelas experiências acumuladas, e a expectativa de vida prolongada. No entanto, em países pobres, a velhice tem se tornado um problema pois o poder público não supre as necessidades da pessoa idosa, na área da saúde, previdência e educação financeira e por isso o grupo senil acaba sendo vítimas de golpes por entidades bancárias, com a cumplicidade do Estado, representado pelo INSS que administra mal seus dados.

A pessoa idosa está inserida no contexto de grupos vulneráveis ao levar em conta a invisibilidade e exclusão social, pois “(...) não tem poderes de mando, ficando excluídas dos benefícios destinados aos outros” (Souza; Souza Filho, 2013, p. 292). A vulnerabilidade é o resultado da exclusão social a que a pessoa idosa é submetida, pois com o passar da idade a tendência é subjugar a inteligência, ou se aproveitar da inocência de alguns idosos, para assim retirar proveito de seus benefícios.

A vulnerabilidade se acentua ainda mais quando somados fatores como analfabetismo e pobreza e por isso afirma-se que “Vulnerabilidade, portanto, em linhas gerais, seria o produto, o resultado social da raiz da desigualdade, do desamparo público, da ausência do Estado, que acabam por criar riscos e desarmar defesas” (Costenaro, 2022, p. 186). Nesse viés, a vulnerabilidade se

caracteriza como a ausência de proteção dos poderes públicos, falta de políticas públicas eficazes em favor da pessoa idosa. Nos autos do TC 032.069/2023 foi constatada a deficiência do poder público na exigência de documentos essenciais e fiscalização das entidades que fraudavam a folha de benefício dos segurados, pois o enriquecimento ilícito foi obtido com a permissão do INSS, que não cumpriu o requisito eficiência, princípio básico da administração pública.

Acerca da importância da defesa aos direitos da pessoa idosa se justifica pelo aumento da quantidade populacional, em virtude da elevação da expectativa de vida e com isso esse público é alvo fácil, pela vulnerabilidade social e econômica:

Os idosos se tornaram um grupo social vulnerável que vem aumentando em número. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) projeta que a população idosa, que em 2021 representa 10,15% da população brasileira, atingirá 20% antes de 2050. A expectativa de vida superará os 80 anos em meados de 2060. A dependência econômica que os idosos possuem em relação a terceiros, que em 2010 era de 10,77%, projeta-se que em 2060 será de R\$ 42,62%. Ou seja, pouco mais de 30 anos, os serviços públicos e operadores de direito terão o dobro do público idoso que têm hoje e em condições mais graves de necessidade financeira. Será necessário o dobro de empenho e soluções tecnológicas para que se possa atender a essa demanda. Contudo, a existência de tecnologia não é garantia de acesso (Steffen, 2022, p. 198).

A elevação do número de pessoas idosas é preocupante, pois pelo que demonstra a pesquisa realizada pelo IBGE esse grupo etário aumentará na proporção equivalente a cem por cento de 2021 a 2025 o que significa a necessidade do poder público elaborar políticas públicas inclusivas, na efetivação dos direitos sociais, educação financeira, alfabetização digital entre outras mediadas. Caso não sejam concretizadas políticas públicas, o resultado é o agravamento da vulnerabilidade da pessoa idosa e a necessidade de atenção por terceiros.

As soluções tecnológicas para o atendimento da população, por meio da Internet e aplicativos não garantem que os direitos sejam efetivados, pois o analfabetismo digital é significativo na população idosa, por isso, apesar da maioria das pessoas terem aparelhos com Internet, não significa acesso em termos intelectuais ou conhecimento sobre as ferramentas digitais.

Dessa forma, a atenção às fraudes digitais deve ser redobrada, pois no momento atual as fraudes ocorrem pela falta de segurança do sistema, pela ineficiência do INSS na administração dos benefícios, somada ao desconhecimento e falta de habilidade técnica do segurado do INSS no manuseio do aplicativo, pois muitas vezes a ciência do desconto indevido no benefício só se dará quando for diretamente ao banco e pedir um extrato.

Pelo que se pode observar pela inspeção realizada pelo Tribunal de Contas no INSS pelo TC 032.069/2023-5, além dos empréstimos realizados pelo meio digital através de acordos de cooperação técnica, existem descontos de mensalidades de filiação por entidades associativas que agravam ainda mais o problema da vulnerabilidade da pessoa idosa, pois esses descontos pelo que foi constatado não atendiam as exigências da lei, dispensando assim: documentos assinados pela

pessoa e cópia de seus documentos pessoais, causando diversos danos aos beneficiários de aposentadorias, em sua maior parte, pessoas idosas.

Importante consignar que no relatório de inspeção TC 032.069/2023-5, foi transcrita o Tema 183 da Turma Nacional de Uniformização, no que tange à responsabilidade do INSS na autorização de empréstimos na folha de pagamentos, com o seguinte enunciado:

Tema 183 da TNU: Questão submetida a julgamento: Decidir se INSS tem responsabilidade civil pelos danos patrimoniais ou morais decorrentes de empréstimo consignado não autorizado. Tese firmada: I - O INSS não tem responsabilidade civil pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais decorrentes de “empréstimo consignado”, concedido mediante fraude, se a instituição financeira credora é a mesma responsável pelo pagamento do benefício previdenciário, nos termos do art. 6º, da Lei n. 10.820/03; II – O INSS pode ser civilmente responsabilizado por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, se demonstrada negligência, por omissão injustificada no desempenho do dever de fiscalização, se os “empréstimos consignados” forem concedidos, de forma fraudulenta, por instituições financeiras distintas daquelas responsáveis pelo pagamento dos benefícios previdenciários. A responsabilidade do INSS, nessa hipótese, é subsidiária em relação à responsabilidade civil da instituição financeira.

O relatório feito pelo Tribunal de Contas da União aponta a responsabilidade do INSS pelo gerenciamento dos benefícios e autorização de descontos de empréstimos e mensalidades de associações. Em que pese a súmula 183 não se refira às mensalidades associativas, por analogia, a responsabilidade por danos causados ao segurado pode ser atribuída pelo INSS, pela sua ineficiência, na atribuição como administrador dos benefícios.

Na inspeção realizada no âmbito do INSS foi constatada a ausência de cuidado e armazenamento dos documentos imprescindíveis para a realização dos empréstimos, o que atribuiu a culpabilidade à autarquia previdenciária, que como órgão público federal tem o dever legal de prestar o serviço público do melhor modo possível e desenvolver tecnologia adequada que assegure segurança no acesso aos dados dos segurados. A ausência dos documentos aptos a comprovar o consentimento da pessoa na efetuação de descontos das mensalidades das entidades associativas pode ser enquadrada como violação da súmula 183 da TNU.

A Turma Regional de Uniformização da 4ª Região tem apreciado esses temas e aplicado como lógica a responsabilidade do INSS de forma subsidiária, e condenado a autarquia ao pagamento de danos morais e materiais ao segurado por descontos indevidos a título de mensalidade associativa, como infere-se pelo julgado colacionado abaixo, acórdão proferido em 28/04/2023.

CIVIL. DESCONTO INDEVIDO SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO CENTRAPE. FRAUDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO INSS.

1. A Turma Nacional de Uniformização, ao julgar o Tema nº 183, firmou o entendimento de que, no caso de empréstimos consignados concedidos de forma fraudulenta por instituições financeiras distintas das que são responsáveis pelo pagamento dos benefícios previdenciários, o INSS poderá ser responsabilizado pelos danos materiais e morais de forma subsidiária.

2. A mesma premissa se aplica na hipótese de descontos a título de contribuição ou mensalidade associativa, cobrada por associações representativas de aposentados, pensionistas ou idosos, como é o caso da CENTRAPE. Em situações tais, a entidade responsável pelos descontos indevidos deve ser condenada pelos danos materiais e morais decorrentes da fraude, sendo o INSS responsabilizado subsidiariamente ao pagamento da indenização respectiva.

3. Pedido de Uniformização provido.

(5016392-45.2019.4.04.7200, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Relator GIOVANI BIGOLIN, Data da decisão 28/04/2023)

O julgado demonstra que a súmula 183 da TNU tem sido utilizada na via judicial como fundamento legal para a responsabilização do INSS, ainda que de forma subsidiário ao pagamento de indenização aos aposentados, pensionistas e idosos que vem sofrendo descontos em seus benefícios, demonstrada a fraude nas operações, pois o INSS é o órgão responsável pela administração e armazenamento dos dados dos beneficiários.

A ausência de políticas públicas eficientes no combate às fraudes em face dos beneficiários do INSS que tem seus dados armazenados nas bases governamentais, e cuja fraude atualmente ocorre nos ambientes digitais, faz aumentar o debate acerca da vulnerabilidade das pessoas idosas.

Com a era digital e diante do avanço tecnológico foi necessário que o Brasil se preocupasse com a criação de uma Lei que assegurasse a proteção de dados de toda a população. Diante disso, foi publicada a Lei 13.709/2018, conhecida pela Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados foi sancionada em 14 de agosto de 2018, passou a ter vigência em agosto do ano de 2020, e dispõe sobre o tratamento de dados, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Cabe ressaltar que essas normas devem ser observadas por todos os Entes da Federação, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei Geral de Proteção de Dados se revela como importante instrumento em favor das pessoas idosas, para a proteção de seus dados e a educação financeira deve ser instituída na sociedade para que a pessoa idosa não seja vítima de golpes por instituições financeiras na contratação de empréstimos que comprometam a renda familiar (Neiva e outros, 2023).

O capítulo II da Lei Geral de Proteção de Dados trata sobre os requisitos para o tratamento dos dados pessoais, exigindo-se o consentimento do titular, e mesmo em casos de exceção ao consentimento previsto no parágrafo 4º, a pessoa tem direito de ter resguardados seus direitos, na hipótese de seus dados se tornarem públicos. Assim, verifica-se que o consentimento, pela manifestação de vontade da parte, é exigência expressa da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como da legislação previdenciária.

O artigo 4, da Lei 10.741/2003, dispõe que “Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer

tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. Desse modo, a negligência perpetrada pelo INSS na autorização de descontos indevidos nos benefícios dos segurados configura afronta aos direitos da pessoa idosa, bem como violência financeira, e agressão aos direitos desse grupo. Na mesma vertente o artigo 230 da Constituição Federal estabelece 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”. Observa-se que a pessoa idosa tem seus direitos amparados pela Constituição Federal, que prevê que é dever de todos os segmentos a proteção das pessoas idosas, para que possa ter sua dignidade protegida. A situação de descontos nos benefícios através dos meios digitais fere a dignidade da pessoa idosa, pois o valor do benefício serve para suprir necessidades básicas como alimentação, remédios e vestuário e a diminuição da renda diminui a condição de bem-estar da pessoa idosa e de sua família.

Os assédios de forma abusiva, por meios eletrônicos e até mesmo nas agências bancárias quando o beneficiário vai receber o benefício também demonstram a necessidade de proteção das pessoas idosas que se sentem obrigadas na contratação de empréstimos.

A respeito das pressões e assédios sofridos pelo consumidor para constrangê-lo a contratar empréstimos, a Lei 14.181/21 que trata do superendividamento, no artigo 54 C, inciso IV, dispõe de modo expresso que é vedado “assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio”. A pessoa idosa, na relação consumerista tem a vulnerabilidade agravada, e por isso deve ter especial proteção atribuída pelo Estatuto da pessoa idosa, pois “encontra-se em um grau mais intenso de carência, no grupo daqueles presumivelmente necessitados, composto por indivíduos que, no contexto da assistência social não possuem condições de garantir seu mínimo existencial” (Moraes; Oliveira Neto, 2021, p. 8). Por essa razão, o termo hipervulnerabilidade pode ser empregado na relação que envolve os descontos de forma automática no benefício previdenciário da pessoa idosa, pois envolve relações de consumo, e múltiplas vulnerabilidades, relacionadas ao direito do consumidor, à idade avançada, classe social e fatores sociais que tornam a pessoa idosa indefesa.

A pessoa idosa deve ser amparada e ter suas vulnerabilidades reconhecidas para que seja devidamente protegida. A sociedade possui importante papel na preservação dos direitos da pessoa idosa, e para isso deve ser enaltecido o respeito nas relações com o outro e combatidas todas as tentativas de se auferir vantagens em prejuízo alheio.

4. A PERDA DO RESPEITO NA RELAÇÃO COM O OUTRO COMO CONSEQUENCIA

DA DIGITALIZAÇÃO DA VIDA

A situação constatada por meio do TC 032.069/2023-5 acerca de fraudes no desconto de mensalidades por entidades associativas, sem o consentimento do beneficiário, com descontos nos benefícios traz à tona a reflexões acerca do cenário atual, marcado pela digitalização.

A responsabilidade atribuída ao INSS pela segurança dos dados dos segurados, e a determinação para que promova o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas de biometria para a não ocorrência de fraudes através descontos indevidos implicam na precariedade do sistema tecnológico e ainda que a Internet seja a responsável pelo armazenamento dos dados dos segurados, não é totalmente confiável, pois “De um lado, ela é extremamente poderosa para permear nossas vidas e, de outro extremamente precária” (Teixeira, 2015, p. 86), pois toda a inteligência desenvolvida pelo Dataprev para o gerenciamento dos benefícios, não consegue controlar fraudes através dos sistemas. Por isso a competência humana é imprescindível na condução das máquinas.

A digitalização do sistema promove a crise da escuta atenta, que promove a importância das relações pessoais. No relatório feito pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do TC 032.069/2023-5, o INSS informou a falta de servidores para a análise da documentação exigida na formalização de descontos e essa ausência de material humano fortalece a crise da democracia e enfraquece o sistema, pois nessa situação caótica de ocorrência de fraudes as pessoas idosas se sentem desassistidas, pois a informatização dos atendimentos impossibilitou o contato direto com os servidores por meio do atendimento presencial e até mesmo as denúncias de descontos ficam inviáveis com a imposição de canais remotos de atendimentos.

Na concessão da aposentadoria, a pessoa idosa é assediada pelos bancos e financeiras, antes mesmo que seu advogado a comunique, o que demonstra o vazamento das informações. Essa dinâmica ilustra o fato de que as pessoas estão expostas a uma visibilidade que as subjuga (Han, 2022), pois enquanto os dados dos segurados são explicitados, os dominadores permanecem à espreita, para que na primeira oportunidade possam se aproveitar para oferecer empréstimos lucrativos.

Denota-se a partir do contexto da in(segurança) cibernética, repleta de senhas, e desenvolvimento de sistemas para a proteção dos dados, mas que na prática colocam os usuários completamente vulnerável a golpes. Nessa perspectiva se observa que nenhuma outra geração experimentou tanto medo como a nossa, a ponto de gerar uma ambigüidade: em um mundo repleto de dispositivos de vigilância ainda prevalece o sentimento de insegurança (Bauman, 2014). Contudo, imperioso ressaltar que para a pessoa idosa o medo é mais saliente, uma vez que não está habituado com a tecnologia, estando acostumado a uma cultura em que a relação humana era predominando e poderiam se deslocar até as agências do INSS e as agências bancárias de sua

confiança para assim discutirem eventuais inconsistências no pagamento do benefício.

Os descontos de mensalidades ou empréstimos descontados de forma fraudulenta é um exemplo do fenômeno da adiaforização, ou seja, ausência de responsabilidade moral das empresas em relação aos usuário (Bauman, 2014), pois os órgãos se utilizam de modo ardiloso na captação dos dados dos beneficiários, sem ao menos se importar com o fato de que aqueles valores descontados da folha de benefícios de pessoa idosas reduzem seu poder de compra e provimento da sua subsistência. Pode-se afirmar que:

“No curso dessa “decomposição em nome da recomposição”, algo vital desaparece da vista e da mente, e, para todos os fins e propósitos práticos, está perdido: “a pessoa humana”, “o Outro” da moralidade, o sujeito por seu próprio direito e o objeto da minha responsabilidade” (Bauman, 2014, p. 92).

O ser humano atualmente é utilizado como algo descartável, objetificado pela sociedade e quando perde sua utilidade é marginalizado. Não se valorizam questões de moralidade e respeito, e por isso as entidades financeiras e o próprio INSS, ao argumento da ausência de controle permite que beneficiários tenham os benefícios fraudados.

O descarte da pessoa idosa na efetivação de empréstimo reduz sua capacidade econômica, e como consequência a coloca em estado de miserabilidade ao afetar a sua subsistência e os direitos da personalidade, do qual a dignidade humana se destaca, pela afetação de condições de sobrevivência, como o mínimo existencial, na preservação do salário para o provimento da alimentação e remédios. Esse fenômeno é observado, ainda, nos algoritmos de empréstimos predatórios, que tem objetivo de fazer com que “os pobres permaneçam pobres”, através de artimanhas que diminuem a confiança quanto ao seu poder de compra no mercado.

Assim, as políticas públicas de proteção aos direitos da pessoa idosa tem como principal objetivo a proteção ao direitos da sua personalidade, a fim de evitar-lhe o sofrimento, a dor, principalmente nos casos de violência financeira perpetrada em face de instituições associativas e bancárias que fraudam benefício, sem qualquer consideração com os princípios básicos de convivência humana, pautados na moralidade e respeito mútuo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo promovido pelo Tribunal de Contas da União, por meio do TC 032.069/2023-5 foi um exemplo de controle externo no âmbito dos poderes. O acórdão proferido nos autos desse processo não teve o condão de proferir condenação, no entanto, os achados foram importantes para a consecução de políticas públicas de segurança de dados armazenados pelo INSS.

Foram verificadas fragilidades nos sistemas de controle de descontos de mensalidades de beneficiários dos benefícios, e a falta do consentimento nos descontos e ausência de comprovação

de filiação do segurado viola previsões expressas da legislação previdenciária e da Lei Geral de Proteção de Dados, e a responsabilidade do INSS pode repercutir na esfera cível, nos termos da súmula 183 da Turma Nacional de Uniformização.

Essas análises fortalecem o debate acerca da hipervulnerabilidade da pessoa idosa, que rotineiramente tem seus direitos violados na área consumerista, que atinge sua subsistência, pois os descontos indevidos por meio de empréstimos incidem diretamente no valor de aposentadorias ou pensões relacionadas à sua subsistência. A violação aos direitos dos idosos se agravou no contexto atual, pois os golpes ocorrem no ambiente cibernético, com a conivência do INSS, administrador dos benefícios.

Nesse caso se verifica o descaso com o outro, seja por parte do INSS que possibilita o desconto, ao fornecer os dados sem respeitar a própria legislação interna e a Lei Geral de Proteção de Dados e por parte das entidades associativas e bancárias que na busca desenfreada por lucro, fraudam benefícios, por ganância.

Em decorrência dessas situações devem ser desenvolvidas políticas públicas de proteção aos direitos da pessoa idosa como objetivo de empoderar a pessoa idosa na promoção da educação financeira, fazendo com que seja consciente na decisão de firmar empréstimos, para que não comprometa o orçamento familiar e sua subsistência.

Urge a necessidade de se implementar políticas públicas que de segurança dos sistemas digitais, que armazenam dados de milhares de aposentados e beneficiários do INSS e mantidas as responsabilidades dos atores que cometem fraudes por meio de descontos nas aposentadorias de pessoas idosas de forma indevida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmund. *Vigilância Líquida, diálogos com David Lyon*: tradução Carlos Alberto Medeiros- Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. Lei nº 14.181 de 1º de julho de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114181.htm. Acesso em 18 jul 2024.

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.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho da Justiça Federal. Tema 183. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-183>. Acesso em: 19 jul 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 032.069/2023-5. Relator: Aroldo Cedraz. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/0C/B1/53/1B/D8AEF81030E47CF8F18818A8/032.069-2023-5-AC%20-%20SCN_descontos_consignados_aposentados_INSS.pdf. Acesso em: 17 jul 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Solicitações do Congresso Nacional. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/solicitacoes-do-congresso-nacional.htm>. Acesso em: 17 jul 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (TRU) Processo: 5016392-45.2019.4.04.7200 SC. Relator: Giovani Bigolin. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 20 jul 2024.

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.

HAN Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Tradução de Gabriel S. Philipson- Petrópolis, RJ: Vozes, 2022.

MORAES, Guilherme Peña de; OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento de. Arts. 1º ao 10. In: **Estatuto do Idoso: comentários à Lei 10.741/2003**. Coord. ALMEIDA, Luiz Claudio Carvalho de; ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; MORAES, Guilherme Peña de. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **O cérebro e o robô: inteligência artificial, biotecnologia e a nova ética**. São Paulo: Paulus, 2015.

NEIVA, Eliene dos Santos; BENIGNO, Mauriene de Carvalho.; MEIRELES, Joelma Danniely Cavalcanti; SANTOS, Jane Karla de Oliveira; BATISTA, Eulane Coelho. A lei geral de proteção de dados e o desrespeito nas transações financeiras envolvendo aposentadorias de idosos. **Revista Contemporânea**, [S. l.], v. 3, n. 12, p. 29939–29962, 2023. DOI: 10.56083/RCV3N12-261. Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/view/2428>. Acesso em: 18 jul. 2024.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: tradução Rafael Abraham- Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

STEFFEN, Janaina Helena. 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.

DESTINAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À PRIMEIRA INFÂNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO “DIAMANTE ÉTICO” DE HERRERA FLORES

Derick Moura JORGE¹
Rafaella Martins de OLIVEIRA²

RESUMO

O presente artigo, com supedâneo na teoria crítica aos direitos humanos de Herrera Flores, tem por objetivo analisar se no Brasil as políticas públicas voltadas à primeira infância estão sendo efetivamente implementadas, sob o prisma orçamentário, mormente pós gênese da Lei n. 13.257/2016. Assim, a partir do método de abordagem dedutivo, lastreado na pesquisa bibliográfica, parte-se da análise histórica do tratamento legal conferido às crianças no país, para na sequência avaliar se a mera previsão legal, sem o devido suporte orçamentário, interfere na tutela dos direitos humanos afetos à primeira infância. Após, analisou-se a problemática central do estudo por meio do marco pedagógico e de ação representativo dos elementos dos direitos humanos de Herrera Flores conhecido como “diamante ético”. Ao final, verificou-se a inefetividade atinente à tutela dos direitos humanos relativos à primeira infância em virtude da ausência de destinação específica e concreta de recursos para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Primeira infância. Direitos humanos. Teoria Crítica aos Direitos Humanos. Orçamento Público.

ABSTRACT

This article, based on the critical theory of human rights by Herrera Flores, aims to analyze whether in Brazil public policies aimed at early childhood are being effectively implemented, from a budgetary perspective, especially after the genesis of Law no. 13,257/2016. Thus, based on the deductive approach method, based on bibliographical research, we start from the historical analysis of the legal treatment given to children in the country, to then evaluate whether the mere legal provision, without due budgetary support, interferes with the protection of children. human rights affecting early childhood. Afterwards, the central issue of the study was analyzed through the pedagogical and action framework representing the elements of human rights by Herrera Flores known as the “ethical diamond”. In the end, the ineffectiveness regarding the protection of human rights relating to early childhood was verified due to the lack of specific and concrete allocation of resources for this purpose.

KEYWORDS: Early childhood. Human rights. Critical Theory of Human Rights. Public budget.

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Formado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Especialista (pós-graduado) em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior, Direito Penal e Criminologia, Gestão do Sistema Prisional e Gestão Estratégica em Segurança Pública. Diretor Jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná (SIDEPOL/PR). Tutor de cursos junto ao Ministério da Justiça pelo programa Segurança Pública e Cidadania (PRONASCI). Professor Orientador na Residência Técnica em Gestão da Segurança Pública da Universidade Estadual do Paraná. Delegado de Polícia do Estado do Paraná.

2 Mestre e Doutoranda no Programa em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-Graduada em Licitações e Contratos no viés da Lei n. 14.133/2021, pelo Instituto Polis Civitas. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Ponta Grossa. Advogada. Procuradora no Município de Piraí do Sul, Paraná. Atuou como professora Colaboradora no Departamento de Direito Processual da Universidade Estadual de Ponta Grossa nos anos de 2018-2024. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

INTRODUÇÃO

Embora no Brasil tenha sido adotada a teoria da proteção integral de crianças e adolescentes, primando-se pelo atendimento prioritário de tal segmento social, em atenção para a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, na prática o que se constata é a insuficiência das políticas públicas voltadas a este desiderato, mormente face à primeira infância, tida como o período compreendido entre zero e seis anos completos de idade (ou 72 meses de vida).

O que se verifica é a existência de um vasto material normativo adstrito à temática, com a previsão de obrigatoriedade de alocação de recursos destinados à concretização dos direitos humanos daqueles que se encontram na primeira infância. Entretanto, apesar de tal estipulação legal, o que se constata é a ausência de destinação orçamentária específica para a implementação de políticas públicas direcionadas a tal grupo, verificando-se clara divergência entre os campos normativo e fático, o que afeta sobremaneira a concretização da tutela dos direitos humanos. Neste norte, destaque-se, sob o viés de Herrera Flores, que para a concretização dos direitos humanos, são necessários três níveis de trabalho.

O primeiro deles corresponde ao “o quê” dos direitos. Neste ponto, o autor explora que a elaboração de uma “nova teoria” não é algo simples. Os direitos humanos devem ser entendidos para além de direitos propriamente ditos, mas devem ser vistos como processos, significando o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para terem acesso aos bens necessários para viver (Flores, 2009). Conforme o autor, falar em direitos humanos está associado a falar em dinâmicas sociais, uma vez que estas tendem a construir condições materiais e imateriais visando objetivos genéricos que estão fora do âmbito do direito.

O segundo nível de trabalho corresponde ao “por quê” dos direitos. Enquanto na teoria tradicional se foca no “o quê” são os direitos, na teoria crítica à reinvenção dos direitos humanos, deve ser pensado “o por quê” de se ter acesso aos bens exigíveis para viver. Referido acesso aos bens está situado num processo mais amplo, em que alguns têm mais facilidades para obtê-los, enquanto para outros é difícil ou mesmo impossível o acesso (Flores, 2009, p. 30).

Por fim, o terceiro nível de trabalho corresponde ao “para quê” dos direitos. Neste nível, partindo da ideia de que os direitos humanos são o resultado sempre provisório nas lutas sociais pela dignidade, Herrera Flores destaca que esta não pode ser entendida somente como o mero acesso aos bens, mas que tal acesso deve ser igualitário e que não seja hierarquizado de forma a estabelecer posições privilegiadas em relação a uns, e deixar outros em situação de opressão e subordinação. Diante disso, o autor alerta que para que seja possível falar em dignidade é preciso entender que esta corresponde a um fim material e não se trata de mero conceito ideal ou abstrato, uma vez que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que permitem que a vida

seja vivida de forma digna.

Além desses níveis de trabalho, Herrera Flores destaca em sua obra que os direitos humanos precisam ser vistos a partir de uma perspectiva contextualizada em práticas sociais emancipadoras. Diante disso, reafirmando que os direitos humanos não são conquistados apenas por meio das normas jurídicas, o autor destaca que os direitos precisam ser vistos como parte das lutas de grupos sociais que buscam a promoção da emancipação humana (Flores, 2009).

Assim, tendo como norte o método de abordagem dedutivo, com lastro na pesquisa bibliográfica, o presente estudo visa analisar, a partir da teoria crítica aos direitos humanos de Herrera Flores, como a ausência de dotações orçamentárias especificamente direcionadas à implementação dos direitos relativos à primeira infância, em contraponto à obrigatoriedade legal existente quanto ao tema, interfere na efetivação dos direitos relativos a tal grupo. Para tanto, além de se analisar a evolução histórica do tratamento conferido à tutela de crianças e adolescentes no Brasil, bem como as nuances atinentes à novel teoria relativa ao estudo dos direitos humanos apresentada por Herrera Flores, busca-se cotejar a ideia de “diamante ético”, trazida pelo mencionado autor como um marco pedagógico e de ação que visa avaliar sob o prisma representativo os elementos que no seu entender compõem os direitos humanos, com os impactos que a destinação orçamentária específica gera na efetivação dos direitos relativos à primeira infância.

1 RECONHECIMENTO DA INFÂNCIA NA SOCIEDADE E A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DA ONU

Ao se compulsar os acontecimentos sociais e históricos, denota-se que a criança sempre esteve presente na sociedade, porém apenas recentemente passou a ser considerada como um ator social, que detém particularidades próprias e que é entendida como um ser humano em peculiar condição de desenvolvimento.

Em sua obra “História dos quartos”, Perrot (2011, p. 111) considera que a “criança está em todo lugar e em lugar nenhum. Ela circula na casa, nos campos, na cidade, territórios cujos recursos conhece melhor do que ninguém, sobretudo quando não tem família”. Muito embora a afirmativa de que a criança esteja em todos os lugares, na historiografia ocidental havia uma impossibilidade de relatar a história da criança de forma linear e de forma padronizada na rotina doméstica, uma vez que a criança não era fator de preocupação dos adultos ou detentora de afeto, sobretudo em razão de serem contingenciadas pela fragilidade da saúde e em razão da larga escala reprodutiva (Mause, 2014).

Por meio da obra intitulada “História Social da Criança e da Família”, publicada em sua

primeira edição no ano de 1960, de autoria de Philippe Ariès, foi produzida a primeira iconografia sobre a história da criança, sendo esta uma fonte de extrema importância para o reconhecimento da infância. Na abordagem realizada, o autor parte do Século XII, definindo o perfil da infância da época e aponta para a inexistência de um sentimento sobre a infância, relata sobre seus comportamentos sociais e a forma como se davam as relações familiares (Ariès, 1981).

O autor discorre que, nesse período da Idade Média, não havia preocupações com as crianças, as quais, tão logo desmamassem e obtivessem alguma autonomia, passavam a serem tratadas como adultos. Ariès (1981), destaca que tal percepção ia desde a forma de vestimentas das crianças até às repressões existentes nas formas de expressão próprias da vida infantil. Retrata-se, na obra, que apenas no Século XVII é que foi feita a primeira referência expressa à criança em pintura, sendo esta retratada, inclusive, no centro da imagem. Discorre o autor que tal mudança se deve ao reconhecimento da criança no seio de sua família, sobretudo no que diz respeito à criança pequena, além de ter tido como fator do reconhecimento a imposição eclesiástica e legislativa, bem como a preocupação com as políticas higienistas e de saúde da época (Ariès, 1981).

A obra retrata, ainda, que somente no final do Século XVI e início do Século XVII a educação passou a ter visibilidade, resultando, direta ou indiretamente, no fortalecimento dos laços afetivos na família, destoando do olhar da família em relação à criança do Século XV. Tem-se, nesse período, o desenvolvimento do sentimento para com a infância, decorrentes da mudança dos costumes, sobretudo em relação à forma de se vestir, na preocupação com a educação e a cisão das crianças em classes sociais diferentes (Ariès, 1981). No entanto, “a sua afirmação no meio familiar não se deu pelo interesse que despertava como ser humano e cidadão, mas somente pelo interesse social que sua existência demarcava” (Oliveira, 2001, p. 16).

Neste ponto há que se destacar que esta nova forma de ver a criança não atingia a todas de forma indistinta. O século XIX congregou duas formas paradoxais de ver a infância: de um lado se visualizavam “as crianças da burguesia com o período da infância alongado graças ao processo de escolarização”, enquanto, do outro, se percebia “a persistência de um elemento do modelo medieval: a precocidade da passagem para a idade adulta nas camadas mais pobres da população” (Oliveira, 2001, p. 14). Este fator foi fundamental para o fortalecimento da mão-de-obra infantil voltada à indústria têxtil, ocasionando o surgimento de diversas legislações protetivas dispostas sobre o trabalho infantil ao final do século XIX e XX.

Em que pese sejam diversas as críticas formuladas à iconografia desenvolvida por Ariès, por teóricos a exemplo de James e Prout, Jenks ou Corsaro, sua obra inaugurou a “visão da infância como uma construção social, dependente ao mesmo tempo do contexto social e do discurso intelectual”, além de lançar as bases para “a mudança paradigmática proposta, nas décadas de 1980

e 1990, pelos Estudos Sociais sobre a Infância (na tradição anglosaxônica), ou Sociologia da Infância (na tradição francófona)” (Rosemberg; Mariano, 2010, p. 694).

A partir dessas novas concepções foram rompidas tendências vigentes nas produções teóricas e no contexto sociopolítico dos discursos e práticas referentes à infância. Rosemberg e Mariano (2010) criticam o hábito de a infância ser pensada preferencialmente no contexto familiar. Para as autoras, pensar assim, permite o deslizamento do sentido de criança para filho, sendo que, nessa perspectiva, a infância estaria circunscrita ao âmbito da esfera privada, envolvendo a família, a casa e as relações interpessoais. Nesse contexto, ao se considerar a prática contemporânea de prover instituições organizadas por classes de idade (creches e escolas), denominado de enclausuramento de crianças por Ariès, e o controle do espaço da rua, é reforçada a redução da visibilidade pública deste grupo, sobretudo das crianças menores e dos bebês. “A infância e a adolescência ascendem à visibilidade pública preferencialmente quando associadas à excepcionalidade, ao ‘desvio’, ao drama, à violência” (Rosemberg; Mariano, 2010, p. 697).

Tal raciocínio se faz importante, justamente para que se olhe para o modo como a criança é concebida junto à esfera pública, sobretudo no que se refere à sua posição em relação às políticas públicas, uma vez que estas são concebidas como uma construção social e política, “resultante do jogo de tensões e coalizões entre diversos atores sociais, nacionais e internacionais, incluindo aqui as agências multilaterais e fundações” (Rosemberg; Mariano, 2010, p. 697).

Ao se compulsar o âmbito legal, diversos são os diplomas normativos internacionais que, paulatinamente, passaram a considerar a criança em seus contextos, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), da Declaração de Genebra dos Direitos da Criança (1924), do Pacto de San José da Costa Rica (1969), dentre outros de elevada importância. Sem menosprezar a evolução e a importância de cada um desses diplomas, destaca-se a Convenção sobre os Direitos da Criança adotado pela ONU, de 20 de novembro de 1989, uma vez que se tornou um marco fundamental na assunção dos direitos da criança em escala mundial, tendo sido ratificada por 196 Estados Partes, dentre eles o Brasil. (UNICEF, 2019).

Por meio da Convenção se buscou a consolidação e garantia de um sistema de normas e mandamentos voltados à proteção das crianças e adolescentes de forma mais concreta, distinguindo-se dos demais Tratados por sua natureza coercitiva e não meramente programática (Silva, 2012). Dessa forma, para além de um instrumento de proteção jurídica, a Convenção deu visibilidade à criança como um ator social e, conforme Tânia da Silva Pereira (1992, p. 68), traduziu-se no “instrumento jurídico internacional mais transcendente para a promoção e o exercício dos Direitos da Criança”. Nesse sentido, a Convenção reconhece à criança todos os direitos e liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Outorgando-lhe liberdade e direitos que até então eram

reservados somente aos adultos. Além disso, foi-lhes reconhecida a especificidade da criança, aproximando-as com o previsto no preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, no qual prescreve que a criança precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção jurídica apropriada, seja antes ou depois do nascimento (Rosemberg; Mariano, 2010).

Tendo em vista a importância da Convenção dos Direitos da Criança e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro, na próxima seção será realizada uma abordagem dos direitos da criança considerando a esfera infraconstitucional, para, posteriormente, serem tecidas algumas críticas e considerações a esse respeito com viés na obra de Herrera Flores.

2 PREVISÕES LEGAIS VOLTADAS À CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA: DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE AO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

O reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos, no Brasil, é anterior à Convenção dos Direitos da Criança de 1989, uma vez que a Constituição da República de 1988, já previa em seu texto a doutrina da proteção integral, trazendo em seu texto a tutela diferenciada e a proteção prioritária à criança e ao adolescente, especialmente entre os artigos 227 a 229, como forma de reconhecê-los como um ser especial, detentores de características e direitos específicos (Brasil, 1988). Nesse sentido, o artigo 227 do texto constitucional prescreve ser um “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade”, os mais diversos direitos, dentre eles, o direito à vida, à saúde, à alimentação, além de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (Brasil, 1988).

Enquanto o texto constitucional aborda linhas gerais para as políticas voltadas ao atendimento das crianças e dos adolescentes, a legislação infraconstitucional, por sua vez, com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990), em seu artigo 4º, reforça os preceitos de garantia de prioridade absoluta da criança e do adolescente, desdobrando-se na primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; na “precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública”; na “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”; e “na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (Brasil, 1990).

Em que pesem as disposições constitucionais e legislativas acima elencadas, deve-se considerar a conjuntura vivenciada pelo país antes do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito pelo texto constitucional e anteriormente à publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que se compreendam os avanços e também os retrocessos no que se

refere a esse público, sobretudo em relação às crianças pequenas, foco deste trabalho.

Além disso, faz-se necessário o retorno ao período precedente em razão de que, até o ano de 1990, não existia um sistema efetivo de proteção social no país, o que, na visão de Perez e Passone (2010) se deve à insuficiência do atendimento considerando o abismo sociocultural e econômico da sociedade ou, até mesmo, a fragilidade no reconhecimento de direitos civis, políticos e sociais na cultura política brasileira. Quando se volta os olhos à história do Brasil, Draibe e Faleiros, *apud* Perez e Passone (2010, p. 650), apontam que no período de 1930 a 1980, ocorreu a “introdução, expansão e consolidação jurídico-institucional dos mecanismos de garantia e proteção sociais, como a previdência social e a assistência”, o que levou à “institucionalização de um conjunto básico e essencial de políticas, diretrizes, programas, normas e regras que representaram um avanço, mesmo que às avessas e insuficientemente, dos direitos sociais no país”.

A institucionalização no país vem de longa tradição e teve início juridicamente com o Código de Menores de 1927. Ela correlaciona as iniciativas educacionais à assistência e ao controle social de uma população tida como perigosa diante do crescimento e do reordenamento das cidades e a constituição de um Estado nacional. Nesse aspecto, a partir da segunda metade do século XIX a categoria jurídica dos menores de idade, provenientes de classes pauperizadas, assumem um caráter eminentemente social e político, passando a serem “alvos da intervenção formadora/reformadora do Estado e de outros setores da sociedade, como as instituições religiosas e filantrópicas” (Rizzini; Rizzini, 2004, p. 22). O recolhimento institucional, submetido à reclusão, era o principal instrumento de assistência à infância na época, atendendo a grupos diversificados, considerando as prescrições de gênero, especificidades étnicas, raciais, mas tendo por alvo principal de intervenção as políticas de internação dos meninos pobres (Rizzini; Rizzini, 2004).

As inquietações começaram a se fazer presentes entre os anos de 1970 e 1980, sendo que o cenário somente passou a mudar no período pós ditadura, a partir da década de 1980, quando começou a ter início a redemocratização do país. O período de transição política congregou a conscientização para a mudança, tendo sido impulsionado por diversos fatores, dentre os quais se destacam, conforme Rizzini e Rizzini (2004, p. 47): a. “a presença de movimentos sociais organizados, que reinauguraram a possibilidade de manifestação e participação popular no período pós-ditadura”; b. “o despontar, a partir dos primeiros anos da década de 1980, de diversos estudos que ressaltavam as consequências da institucionalização sobre o desenvolvimento das crianças e adolescentes”, além dos elevados custos para a manutenção dos internatos; c. “o interesse de profissionais de diversas áreas do conhecimento para atuação neste campo”, que também contribuiu para o aprofundamento da reflexão e da produção sobre a situação; d. “os protestos dos meninos e meninas internados, expressos nas rebeliões e nas denúncias veiculadas pela imprensa e por

depoimentos publicados em diversos livros”.

Deve-se considerar que, concomitantemente a esse período, com a crise sofrida pelo modelo econômico capitalista em 1970, as ideias neoliberais tomaram visibilidade, o que impactou diretamente no Brasil em relação às políticas públicas e, em especial, à tratativa que vinha sendo dada às crianças e adolescentes e ao sistema de financiamento dos internatos.

Para elucidar a questão, deve-se ter em mente que os neoliberais sustentaram que seria o mercado o melhor mecanismo para os recursos econômicos e para a satisfação das necessidades dos indivíduos, entendendo que todos os processos que significassem qualquer obstáculo, controle ou supressão das forças de mercado, teriam efeitos negativos sobre a economia, o bem-estar e a liberdade dos indivíduos. No que tange ao bem-estar social, a doutrina neoliberal o considerou como pertencente ao âmbito privado, devendo ser nutrido pela família, a comunidade e os serviços privados, cabendo ao Estado agir de forma mínima a fim de aliviar a pobreza e produzir serviços que os particulares não quisessem ou não pudessem fazer (Laurell, 1997).

O neoliberalismo causou diferentes repercussões nos Estados nacionais. No caso do Brasil, as políticas neoliberais foram impulsionadas por instituições internacionais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional – FMI, o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Mundial, tendo se materializado por meio de reformas que resultaram na redução do Estado com relação à promoção e garantia dos direitos. Diante disso, foi imposta uma “contraditória convivência entre universalização e seletividade, bem como o suporte legal ao setor privado, em que pese a caracterização de dever do Estado para algumas políticas, com nítida sustentação de cunho conservador” (Behring; Bosquetti, 2007, p. 145).

Mesmo sob a pressão do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, o Regime Militar brasileiro era resistente à diminuição dos gastos do Estado e a conseqüente diminuição do número de pessoas institucionalizadas, situação essa que poderia agravar os conflitos sociais. No período entre 1975 e 1979, a desinstitucionalização passou a ser defendida pelos organismos internacionais, sendo que, em decorrência disso, por meio do Projeto Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua, foi impulsionada a organização de um Movimento que recebeu o mesmo nome e levou à criação do Movimento Pró Menor, no ano de 1981, como um projeto alternativo com os menores de rua (Fernades; Costa, 2021). Mesmo diante dessa conjuntura de desinstitucionalização, o órgão central de planejamento de assistência ao menor no Brasil não assistiu de forma passiva o processo de mudança. Procurou-se rever os paradigmas de atuação da FUNABEM e da PNBEM, sendo que “o Projeto Diagnóstico Integrado para uma Nova Política do Bem-Estar do Menor (1987) constituiu em um esforço de revisão, atentando para um aspecto que comprometia a ação do Estado”, que seria “a centralização da política versus a descentralização da

execução”. A consequência disso é que os Estados não tinham qualquer autonomia para definir suas ações nem para alocar recursos. A atenção para a correção continuou focalizada no menor. Assim, a lógica utilizada era a de que ao se internar o menor carente, estaria se evitando o abandonado, e, por consequência, o infrator, o que “resultou na internação em massa de crianças que passaram por uma carreira de institucionalização, pela pobreza de suas famílias e pela carência de políticas públicas de acesso à população” (Rizzini; Rizzini, 2004, p. 47).

Houve a reestruturação da FUNABEM tendo sido seguidas as novas diretrizes do Ministério da Previdência e Assistência Social, que seguia o lema de “Modernizar para Funcionar”. Para o processo de reformulação foram desativados os internatos do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, dando início a uma política de busca de alternativa à internação nos centros integrados de atendimento ao menor (CRIAMs), bem como no apoio aos projetos de atendimento a meninos de rua. Somente no final da década de 1980, a FUNABEM se transforma no Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), e passa a ter por missão o apoio à implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que surge como negação das “irmãs siamesas” FUNABEM e a PNBEM (RIZZINI; RIZZINI, 2004).

Cabe destacar que os diversos movimentos em prol da defesa da criança contaram com a participação de organizações não-governamentais, sendo que os movimentos anteriores à inclusão dos artigos 227 a 229 da Constituição e a promulgação do ECA foram recebidos com grande ânimo por profissionais e militantes da área, movimentos sociais, instituições religiosas, educadores e políticos, os quais tiveram importantíssima participação nesse processo, sobretudo no processo de abertura das instituições para a comunidade. Essas instituições passaram a ser utilizadas como clubes e centros de saúde, tendo em vista a mudança na forma de atendimento às crianças (do internato para o semi-internato), propostas essas que buscavam criar alternativas institucionais em meio aberto e visavam integrar a criança ao seu meio social (Rizzini; Rizzini, 2004).

Os anos 1990 foram marcados pelos esforços na implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tendo havido a passagem da doutrina da situação irregular, vivenciada até então, para a doutrina da proteção integral. Na Constituição da República de 1988, a criança e o adolescente são expressamente reconhecidos como sujeitos de direitos no artigo 227, conforme destacado acima. Mencione-se que, após a publicação do ECA, foram criados o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (1991) e a Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências (2001), instituída a Rede Nacional de Prevenção de Violências da Saúde e Cultura de Paz (2004), implantado o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (2005), elaborado o Plano Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes à convivência Familiar e Comunitária (2006), a criação do Plano Nacional pela

Primeira Infância (2010), sendo que, dentre outros diplomas de envergadura importância, em todos eles se destaca a promoção dos direitos da criança e do adolescente.

Sem desconsiderar toda a trajetória seguida após a publicação do ECA e as diversas legislações que o seguiram, para o estudo que se propõe, uma vez que se busca focalizá-lo nas crianças na primeira infância, merece especial atenção o Plano Nacional pela Primeira Infância, construído pela Rede Nacional Primeira Infância – RNPI entre os anos de 2009 e 2010, tendo estabelecido sua vigência, inicialmente, até 2022. Este documento, aprovado pelo CONANDA em 2010, é político e técnico e “orienta decisões, investimentos e ações de proteção dos direitos das crianças na primeira infância”, uma vez que afirma ser “relevante o significado desse período no conjunto da vida humana e é a forma de assegurar os direitos da criança com a necessária especificidade e com a prioridade que lhe atribui a Constituição Federal” (Rede Nacional Primeira Infância, 2020, p. 10). O PNPI resultou na criação da Lei n. 13.257/2016, denominada de Marco Legal da Primeira Infância – MLPI, a qual dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, tendo alterado diversos dispositivos legais (Brasil, 2016), além de corroborar com a preocupação da garantia e promoção de direitos às crianças, bem como em atenção à situação de vulnerabilidade das crianças de zero a seis anos de idade.

A referida legislação estabeleceu princípios e diretrizes visando a formulação e implementação de políticas públicas voltadas à primeira infância, justamente em razão das especificidades e da relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e do ser humano. Este diploma normativo considera a primeira infância o período que vai de zero a seis anos completos de idade (ou 72 meses de vida). E, assim como a Constituição brasileira e o ECA, o MLPI busca estabelecer prioridade absoluta aos direitos da criança na primeira infância, enfatizando o dever do Estado no estabelecimento de políticas, planos, programas e serviços que atendam às suas especificidades, visando garantir seu desenvolvimento integral (Brasil, 2016).

Diante disso, o artigo 5º de referido diploma legal elenca como áreas prioritárias para as políticas voltadas à 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”, ressaltando, ainda, que à criança na primeira infância deve ser conferida “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” (Brasil, 2016). Além disso, é relevante apontar que a Política Nacional Integrada voltada à primeira infância terá sua formulação e implementação mediante abordagem e coordenação intersetorial, de forma a serem articuladas as diversas políticas setoriais que abarquem todos os direitos da criança nessa faixa etária (Brasil, 2016). Ademais, o texto da Lei n. 13.257/2016 destaca que a

implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento da primeira infância é de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais, em seus respectivos âmbitos, poderão instituir comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância visando “assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos” (Brasil, 2016).

Em sendo o pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância um objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, necessário se faz destacar que o texto infraconstitucional prescreve, de forma expressa em seu artigo 11, que “as políticas públicas terão, necessariamente, componentes de monitoramento e coleta sistemática de dados, avaliação periódica dos elementos que constituem a oferta dos serviços à criança e divulgação dos seus resultados” (Brasil, 2016). Além disso, merece especial destaque, também, a disposição legal de que União tem o dever de informar à sociedade “a soma dos recursos aplicados anualmente no conjunto dos programas e serviços para a primeira infância e o percentual que os valores representam em relação ao respectivo orçamento realizado, bem como colherá informações sobre os valores aplicados pelos demais entes da Federação” (Brasil, 2016).

Ainda que se tenham reconhecido direitos às crianças e adolescentes no Brasil em âmbito nacional e internacional, verificando-se importantes avanços a esse público, é necessário que se aponte que a passagem da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral no âmbito da política estatal brasileira, especialmente no que se refere à gestão administrativa de recursos, deixou um enorme hiato a ser corrigido. Nesse sentido, Nicodemos (2012, p. 15) destaca que:

Os recursos investidos pelo estado brasileiro, entre as décadas de 1960 e 1990, por intermédio de órgãos como a Funabem, depois substituída pelo Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), proporcionalmente são maiores do que aqueles hoje aplicados pela Secretaria de Promoção dos Direitos das Crianças, do Ministério dos Direitos Humanos, vinculados à Presidência da República.

Segundo, que os mecanismos idealizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como os conselhos de direitos, instâncias de controle e deliberação das políticas de proteção especial, por força da Lei federal nº 8.069/90, em nível municipal, estadual e nacional, estão, hoje, num quadro geral no Brasil, sem autonomia, com baixa institucionalidade deliberativa e sem orçamento para promoção de suas ações.

Ainda que a Constituição da República de 1988 preveja em seu texto a descentralização político-administrativa como uma vertente da ação estatal das políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, na prática seu financiamento ainda se dá de forma centralizada e federalizada, sem que se perceba a integração dos conselhos de direitos no âmbito municipal, estatal e nacional (Nicodemos, 2012). Para além da descentralização e da dificuldade de serem exercidos mecanismos eficientes de gestão, é de se notar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Marco Legal da Primeira Infância (sem desconsiderar outras legislações decorrentes, especialmente do

ECA) se configuram como leis neoliberais, na medida em que, apesar de serem repletas de princípios e diretrizes, não comportam um ordenamento pedagógico, financeiro e administrativo, sobretudo no que se refere à destinação prioritária de recursos às crianças na primeira infância, uma vez que em nenhuma delas existe definição de um percentual mínimo a ser repassado aos Estados e aos municípios nem congrega qualquer responsabilização aos gestores em caso de inércia.

Diante dessa situação, necessário se faz abordar a questão do orçamento público voltado às políticas públicas destinadas à primeira infância, como forma de serem dadas condições materiais para o exercício da dignidade humana a esse público, o que se fará na próxima seção, sob o viés da teoria crítica aos direitos humanos de Herrera Flores.

3 A INSUFICIÊNCIA DA MERA PREVISÃO LEGAL DE DESTINAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS VOLTADOS À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS À PRIMEIRA INFÂNCIA SOB O VIÉS DA TEORIA CRÍTICA AOS DIREITOS HUMANOS DE HERRERA FLORES

Do exposto até o presente momento, extrai-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 99.710/1990, prescreve, em seu artigo 4º, o dever de o Estado destinar recursos para garantir os direitos das criança. A Constituição da República de 1988, por sua vez, preceitua a garantia de prioridade absoluta para a garantia dos direitos da criança e do adolescente em seu artigo 227. O ECA estabelece que a prioridade absoluta deve atender, dentre outros pilares, à destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Enquanto o Marco Legal da Primeira Infância prescreve a necessidade de ser dada prioridade absoluta para assegurar os direitos da criança, fazendo destaque para o dever da União de informar os recursos aplicados anualmente no conjunto dos programas e serviços para a primeira infância e o percentual que os valores representam em relação ao respectivo orçamento realizado, além de ser o responsável por colher informações sobre os valores aplicados pelos demais entes da Federação.

Em que pese a previsão legal acerca da necessidade da destinação privilegiada de recursos à criança e ao adolescente, mas especialmente às crianças na primeira infância, foco deste estudo, necessária se faz a análise crítica de tais previsões a partir da perspectiva de Herrera Flores (2009), consubstanciada em sua obra intitulada “*A (re)invenção dos direitos humanos*”. O autor aborda como eixo central a ruptura da matriz colonial de poder por meio do que denomina de reinvenção dos direitos humanos, afirmando, logo no início de sua obra, que “os direitos não podem reduzir-se às normas” (Flores, 2009, p. 17).

Desse modo, partindo da premissa de se adotar uma teoria crítica dos direitos humanos, Herrera Flores tece críticas ao positivismo, o qual toma por parâmetro somente as normas,

destacando-as das dinâmicas sociais. A abordagem inicial apresenta o grande desafio de serem concretizados os direitos humanos, de forma a alcançarem todos os indivíduos de forma indistinta.

O autor parte da exemplificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre direitos sociais e do Pacto Internacional sobre direitos civis. O elemento comum a todos esses textos legais congrega os contextos em que foram criados, qual seja o período da Guerra Fria e aos “tímidos e controlados processos de descolonização em que se colocavam em prática políticas públicas decididamente interventoras sobre as consequências da aplicação do mercado à sociedade” (Flores, 2009, p. 24). No entanto, apesar da importância de todos esses documentos, o autor destaca que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, congrega uma perspectiva tradicional e hegemônica dos direitos que leva à confusão dos planos da realidade. Contudo, com o decorrer da história, alteraram-se os contextos sociais, políticos, econômicos e culturais, passando-se a um período de recuo na intervenção estatal face a economia, eis que “na atualidade é o mercado quem impõe as regras aos Estados, sobretudo por meio de instituições globais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio” (Flores, 2009, p. 24). Ou seja, o autor espanhol explica que houve um processo de substituição dos direitos obtidos (garantias de acesso a determinados bens) para o que se chama, a partir de então, de “livre” mercado, fazendo com que os direitos passem a ser considerados como “custos sociais” das empresas em prol da competitividade. (Flores, 2009).

O autor destaca que surge então a necessidade de os direitos serem pensados a partir de uma nova perspectiva, a qual deverá ser “integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras” (Flores, 2009, p. 25).

Ou seja, retomando-se a expressão utilizada por Herrera Flores, de que “os direitos não podem reduzir-se às normas” (2009, p. 17), uma vez que, muito embora o direito se constitua em um instrumento por reconhecimento de valores e interesses, quando ele é visto como técnica procedimental, não pode ser confundido com direitos humanos, tendo em vista que estes são objetos das normas nacionais e internacionais. Ora, se se olha para a perspectiva tradicional e hegemônica de direitos humanos, tem-se confundido o plano ideal, que corresponde ao objetivo de que todas as pessoas tenham acesso a bens e serviços indispensáveis para que se viva com dignidade. Em contraponto, ao se considerar o plano da realidade, observa-se que nem toda a população detém os recursos necessários para satisfação de suas necessidades. Herrera Flores (2009, p.33) atenta para a falácia da ideia de que direitos geram direitos e afirma que “o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade”, sendo que seus resultados “deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.

Embora as normas jurídicas reflitam valores hegemônicos e o conteúdo básico dos direitos

humanos corresponda ao conjunto de lutas pela dignidade, os instrumentos e meios para o acesso aos bens para firmá-la [a dignidade] não se dão de forma igual, tendo em vista que há grupos humanos que se quedam excluídos do acesso a recursos para sobreviver dignamente, inclusive no que se refere à participação em condições igualitárias na disputa por hegemonia (Flores, 2009).

Com enfoque na reflexão de Herrera Flores é necessário que se discuta a questão afeta à previsão de recursos específicos voltados, sobretudo, à primeira infância, tendo em vista que as normas já mencionadas preveem de forma expressa a necessidade de tal destinação, sendo que no campo fático tais estipulações restam carentes de efetividade, mormente diante da sua generalidade.

Desse modo, com espeque na evolução histórica e legislativa, Reis e Queiroz (2020), integrantes do Centro Marista de Defesa da infância, entendem que poderia se considerar que a frase “*lugar de criança é no orçamento público*” seria considerada clichê caso tal obrigação fosse integralmente assegurada. Além disso, os autores destacam que é consenso entre as organizações da sociedade civil que o investimento na área da infância não se trata apenas de uma obrigação constitucional, mas que se trata de um investimento comprovado em diversos estudos e destacam, citando Pedro Hartung, coordenador do programa Prioridade Absoluta do Instituto Alana, que “colocar a criança em primeiro lugar é pensar nela na execução de qualquer coisa que você for fazer na gestão pública”.

Os mencionados autores procederam a um levantamento de dados, de forma a perquirir como tem se dado a atenção à infância junto ao orçamento. Apontam, inicialmente, o estudo realizado pelo INESC, o qual se baseou em dados do orçamento federal, e que expõe que a prioridade absoluta na execução dos orçamentos voltados à infância desapareceu, sendo que no período entre 2016 e 2019, nenhum recurso previsto para políticas públicas de atenção a crianças e adolescentes foi executado integralmente. Destacam que em 2016, apenas 30% do valor que foi orçado para a educação infantil foi investido e, após três anos, notou-se a crise vivida pela educação básica: “dos R\$ 24 bilhões previstos para esta subfunção, 42,85% não foram investidos. Em paralelo, 2,8 milhões de crianças e adolescentes estavam fora da escola”. (Reis; Queiroz, 2020).

Reis e Queiroz (2020) apontam, ainda, que esse padrão se repetiu no Relatório da Fundação Abrinq, “Um Brasil para as crianças e adolescentes”, uma vez que nesse documento ficou demonstrado que, no comparativo entre as gestões de 2011 a 2014 e 2015 a 2018, os recursos destinados ao público infanto-juvenil caíram 10 pontos percentuais. Em 2018, na pesquisa realizada pela Fiocruz ficou constatado que medidas de austeridade se relacionam diretamente ao aumento da mortalidade infantil, o que significa um incremento de 20 mil óbitos evitáveis no Brasil até 2030.

A garantia do lugar da criança nas políticas públicas e sua participação nos processos decisórios implica atenção em todo o ciclo orçamentário. Desse modo, tomando por parâmetro o

que prescreve o artigo 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi publicado o Comentário Geral n. 19 pelo Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, que tem por objetivo ajudar os Estados partes na implementação de referido artigo.

Diante disso, busca identificar as obrigações dos Estados partes e fazer recomendações sobre como realizar todos os direitos de acordo com a Convenção, em especial, das crianças em situação de vulnerabilidade, por meio da tomada de decisão de orçamento público efetiva, eficaz, equitativa, transparente e sustentável, princípios esses que devem sempre ser levados em consideração (Rede Marista de Solidariedade, 2018).

Ao se referir à “criança” ou às “crianças”, o Comentário Geral n. 19 leva em consideração todas as pessoas com menos de 18 anos, de qualquer gênero, “cujos direitos são ou podem ser direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, afetados por decisões relacionadas ao orçamento público” (Rede Marista de Solidariedade, 2018, p. 3). Além disso, traz como conceito de “crianças em situações vulneráveis”, aquelas que “estão particularmente suscetíveis a violações de seus direitos, como mas não limitando a crianças com deficiências, crianças em situação de refugiadas, crianças dos grupos de minoria, criança vivendo em pobreza, crianças que vivem em cuidado alternativo e crianças em conflito com a lei” (Rede Marista de Solidariedade, 2018, p. 3).

Da análise do artigo 4º da Convenção, o Comentário Geral n. 19, verifica-se que os Estados não têm discricionariedade quanto a cumprir ou não a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas ou outras apropriadas para atender aos direitos da criança, incluindo, inclusive, medidas que estejam relacionadas ao orçamento público. Dessa forma, cabe aos tomadores de decisão de cada Estado parte da Convenção sobre os Direitos da Criança, seja no executivo ou no legislativo, acessar as informações necessárias, dados e recursos para a realização desses direitos, sendo uma obrigação dos Estados parte mobilizar, alocar e gastar recursos de maneira que cumpram com suas obrigações de implementação (Rede Marista de Solidariedade, 2018).

Destaque-se, ainda, que, considerando a obrigação de assumir todas as medidas adequadas, deve-se garantir que:

- I) as leis e políticas estejam em vigor para dar suporte à mobilização de recurso, alocação de orçamentos e gastos para realizar os direitos das crianças;
- II) os dados e informações necessários sobre as crianças são coletados, gerados e disseminados para apoiar o projeto e implementação da legislação, políticas, programas e orçamentos apropriados para promover os direitos das crianças;
- III) recursos públicos suficientes são mobilizados, alocados e utilizados de forma efetiva para implementar completamente a legislação aprovada, políticas, programas e orçamentos;
- IV) os orçamentos são planejados, decretados, implantados e contabilizados sistematicamente para os níveis nacionais e subnacionais do Estado, de forma que garanta a realização dos direitos das crianças (Rede Marista de Solidariedade, 2018, p. 7-8)

O que se infere é que os princípios da eficácia, a eficiência, a equidade, a transparência e a

sustentabilidade precisam ser levados em consideração a todo o momento. Nesse viés, deve-se levar em conta que não basta apenas a garantia do recurso, mas deve ser considerada a necessidade de ser realizada uma boa gestão dos recursos públicos. Nessa toada, tem-se que, além de investir mais, é necessário que se invista melhor.

No anos de 1980, o Brasil foi pioneiro na América Latina na elaboração da ideia do Orçamento da Criança, advindo do fórum denominado Pacto pela Criança, quando se debatia a proposta de criação de ferramenta para monitoramento dos recursos públicos destinados especificamente ao financiamento de políticas de proteção à infância e à adolescência no Brasil. Em 1995 foi realizada uma parceria entre o IPEA, a Fundação de Assistência ao Estudante (FAE) e o UNICEF que permitiu a elaboração do Orçamento Criança. Sua metodologia foi revisada e atualizada e ganhou diversas versões no Brasil e no exterior (IPEA, 2022). No entanto, para que o Orçamento Criança seja efetivado deve ser feita a aplicação da Metodologia do Orçamento Criança e Adolescente, que consiste em “uma ferramenta que possibilita identificar, analisar e monitorar, a partir do orçamento público, o montante de recursos previstos e as ações governamentais que serão executadas para a proteção de crianças e adolescentes”. (CNMP, 2020, p.70).

Para que o orçamento funcione como instrumento de planejamento financeiro das políticas públicas, a Constituição da República de 1988 prevê três peças orçamentárias fundamentais, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), as quais têm suas funções específicas, mas, ao mesmo tempo, devem se relacionar entre si (Brasil, 1988). Importante destacar que o sistema orçamentário se desenvolve em um ciclo, no qual deve haver uma série de atos que envolvem as fases de planejamento, execução e controle dos recursos públicos, sendo que a maioria dos recursos são captados por meio da tributação.

Diante disso, para que seja possível a construção de um orçamento criança, as políticas públicas voltadas à infância devem ser pensadas em todo o ciclo orçamentário. Dessa forma, em sendo o Plano Plurianual (PPA) a lei orçamentária que se destina ao planejamento estratégico do governo a médio prazo, de modo a influenciar as demais leis orçamentárias, deverá ele prever em suas diretrizes e metas as ações previstas nos planos decenais da infância. Além disso, a política voltada à infância é transversal e envolve ações em diversas secretarias e órgãos, ensejando, portanto, corresponsabilidades. O mesmo se diga acerca da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que estabelece um elo entre o Planejamento (PPA) e o operacional (LOA), trazendo desse modo, parâmetros para as leis orçamentárias anuais (CNMP, 2020).

Previstas as metas e ações no PPA e efetuada a indicação de ações governamentais voltadas às crianças e aos adolescentes que serão prioritariamente executadas na LDO, será por meio da LOA que ocorrerá a materialização dos recursos que serão alocados em cada ação, por meio de

dotação orçamentária específica (CNMP, 2020). Deve-se levar em consideração, ainda, a participação do Ministério Público, dos Conselhos de Direito e a participação popular nas audiências públicas de forma a fomentar o conhecimento das peças orçamentárias, conforme previsão da Lei de Responsabilidade Fiscal. Dessa forma, poderá ser exigida a alocação de recursos públicos na LOA materializando com dotação orçamentária própria o Orçamento Criança e Adolescente (CNMP, 2020).

Em âmbito federal, no Orçamento Geral da União (OGU), a metodologia utilizada é a Metodologia do Gasto Social com Crianças e Adolescentes (GSC&A), que classifica os gastos sociais com a infância e a adolescência, de acordo com o grau de especificidade das políticas, dos programas e das iniciativas públicas voltadas ao público de 0 a 18 anos de idade incompletos. A partir desta metodologia, há a classificação das rubricas orçamentárias em específicas, quando voltadas exclusivamente a crianças e adolescentes, e em ampliadas, quando apesar de contemplarem crianças e adolescentes, isso não ocorre de forma exclusiva (IPEA, 2022).

Tem-se, portanto, que a Metodologia do Gasto Social com Crianças e Adolescentes visa dar “transparência ao conjunto de políticas públicas que tem algum tipo de impacto na vida e nos direitos das crianças e dos adolescentes e permite avaliar o grau de especificidade ou aderência do gasto destinado para essa população”. Além disso, separa “políticas específicas e exclusivas para este público de outras que, mesmo importantes para as crianças e os adolescentes, não são exclusivas, ou seja, não são voltadas apenas a elas” (IPEA, 2022, p. 7).

Com relação especificamente à destinação de recursos para as crianças na primeira infância, destaque-se que, em 2021, a Secretaria Federal de Controle Interno, por meio da Controladoria-Geral da União – CGU, no Relatório de Avaliação n. 816125, referente ao exercício de 2020, teve por objetivo mapear e avaliar o cenário atual das políticas públicas voltadas à primeira infância e como tem se dado a priorização desse público pelo governo federal.

Da análise realizada, a CGU constatou que das “117 ações governamentais identificadas, vinte foram criadas pelos Ministérios acompanhados após a publicação do Marco Legal da Primeira Infância e onze são anteriores à Lei, mas sofreram alguma atualização após sua publicação” (SOF, 2021). A conclusão atingida no relatório é a de que são concretos os esforços do governo federal destinados a ações que englobam várias áreas fundamentais voltadas à primeira infância. No entanto, constatou-se que a execução de tais ações não tem se dado de forma prioritária, tendo em vista que não há coordenação intersetorial das políticas existentes, que inexiste uma Política Nacional Integrada e uma instância superior responsável por ela, que há fragilidade na coleta de dados, monitoramento e avaliação das políticas, e, especialmente, houve o destaque acerca da dificuldade de identificação e precariedade na divulgação dos recursos aplicados nessas ações

(CGU, 2021).

Em 2023, o governo federal publicou o relatório intitulado “O Financiamento da Primeira Infância no Orçamento Federal”, em relação aos anos base 2022-2023, buscando com este documento apresentar as informações sobre os resultados alcançados no âmbito da Agência Transversal e Multissetorial da Primeira Infância para o ano de 2022 e sobre as despesas que lhes foram consignadas na Lei Orçamentária Anual – LOA de 2023, sendo utilizado como embasamento legal a Lei n. 13.257/2016, o Decreto n. 10.770/2021 e a Portaria ME n. 1.410/2022. Com relação ao orçamento do ano de 2022, a Secretaria de Planejamento apurou os dados físicos das programações orçamentárias de seis Ministérios, quais sejam: Ministério da Cidadania; Ministério da Educação; Ministério da Saúde; Ministério da Justiça e Cidadania; e Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Com relação ao Ministério do Turismo, via Secretaria de Cultura, foi constatado que não foram executados recursos nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social nem gerou resultados no âmbito do PPA 2020-2023 para a Agenda (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023).

Da análise realizada pela Secretaria do Orçamento Federal (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023) referente às ações voltadas à primeira infância, constatou-se que nesse ano foi efetuado o pagamento de R\$18,719 bilhões dos R\$19,606 bilhões previstos no Orçamento, equivalendo a 95,47% do previsto.

Sobre o Orçamento de 2023 o documento do governo federal aponta que os Ministérios partícipes consignaram R\$27,1 bilhões voltados à Agenda da Primeira infância na LOA 2023, sendo que a Secretaria de Orçamento Federal – SOF do Ministério do Planejamento consigna que a dotação teria subido de 19,606 bilhões do ano de 2022 para R\$27,109 bilhões no ano de 2023 (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023). Desse montante, a SOF (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023) destaca que parcela expressiva dos valores destinados à primeira infância se encontra alocada nas despesas classificadas como “não-exclusivas” (grupo II) – referentes àquelas que, embora não direcionados exclusivamente à Primeira Infância, a incluem ou a impactam significativamente –, sendo a dotação de R\$24,9 bilhões, correspondente ao equivalente de 92,21% do numerário.

Conforme os dados apresentados, extrai-se que a maior parcela dos recursos no ano de 2023 ficou concentrada no Ministério do Desenvolvimento e Assistência à Saúde, Família e Combate à Fome (MDS), correspondendo a um percentual de 54,97%, o equivalente a R\$14,9 bilhões, recebendo destaque o Bolsa Família. Na sequência aparecem o Ministério da Saúde (MS), com um percentual de 35,46%, o equivalente a R\$9,612 bilhões; e o Ministério da Educação (MEC), com 9,41%, equivalente a R\$2,552 bilhões, os quais apresentam destaque nas despesas

relacionadas ao atendimento de Média e Alta Complexidade e Alimentação Escolar. Os demais numerários foram distribuídos pelas demais pastas, sendo: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, com 0,7%, equivalente a R\$18,97 milhões; Ministério da Justiça e Segurança Pública, com 0,06%, equivalente a R\$16,13 milhões; Ministério das Mulheres, com 0,03%, equivalente a R\$8,81 milhões; e Ministério dos Povos Indígenas, com 0,003%, equivalente a R\$0,76 milhões (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023). Com relação aos Ministérios da Igualdade Racial, Cultura e Esporte – que em 2022 suas áreas de atuação estavam incorporadas a outros ministérios que executavam políticas para a primeira infância –, o apontamento é de que não houve programação orçamentária para a primeira infância no exercício de 2023. Já no que se refere às agendas listadas como prioritárias no Plano Plurianual (PPA) a maior parte das verbas estão destinadas às ações de Promoção de cidadania por meio do Auxílio Brasil e da articulação de Políticas Públicas (31,52%) e às ações voltadas à inclusão social por meio do Bolsa Família e da Articulação de Políticas Públicas (21,35%), encabeçando a destinação das verbas em 2023, correspondendo, juntas, a 52,87% dos cerca de R\$27 bilhões destinados. Já as ações voltadas à promoção de cidadania concentram 31,52% das verbas, e as ações voltadas à inclusão correspondem a 21,35%. As ações da agenda especializada em saúde correspondem a 20,27% (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023).

Diante dos dados apresentados, a SOF concluiu

[...] que há um esforço governamental para garantir materialidade às políticas públicas de enfrentamento a alguns dos maiores problemas enfrentados por este público no Brasil: a pobreza e os riscos a ela associados, como mortalidade infantil, desnutrição crônica e atrasos no desenvolvimento físico e intelectual (Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023).

Verifica-se, portanto, que, em que pese haja um esforço governamental para garantir materialidade às políticas públicas voltadas à primeira infância, parcela expressiva dos valores se encontra alocada nas despesas classificadas como “não-exclusivas”.

Ou seja, em que pese a responsabilidade de todos os entes federados na destinação de recursos públicos em seu orçamento e na consequente promoção de políticas integradas voltadas à primeira infância, verifica-se que, na realidade fática, o Brasil está bastante aquém na sua atuação em relação ao que prescrevem os diplomas normativos nacionais e internacionais quando se trata de conferir materialidade aos direitos das crianças na primeira infância, sobretudo das mais vulneráveis.

Diante disso, como forma de refletir a temática, propõe-se a sua reflexão a partir da figura do “diamante ético” de Herrera Flores.

4 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS NA PRIMEIRA INFÂNCIA VISTOS SOB O VIÉS DO DIAMANTE ÉTICO

Considerando que para ter direitos não basta a mera positivação destes, Herrera Flores destaca que, se assim for entendido, se estaria diante “de uma lógica bastante simplista que, contudo, tem consequências muito importantes, pois conduz a uma concepção *a priori* dos direitos humanos”. Ademais, se prestar atenção “essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los”, o que faz com que as pessoas que lutam por tais direitos “acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso” (Flores, 2009, p. 27).

Conforme a teoria de Herrera Flores (2009), para que seja possível a aplicabilidade de uma concepção complexa e relacional dos direitos humanos, é necessário um esquema/figura que permita a visualização da profundidade e amplitude do tema, correspondendo ao que o autor denomina de “diamante ético”. Com o diamante oferece uma imagem que concretize tanto a nova perspectiva que propõe como um quadro que mostre a virtualidade da definição dada (Flores, 2009).

Por meio do “diamante ético” o autor pretende reafirmar a interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo, como uma possibilidade de lutar pela dignidade humana de forma plural e diferenciada. Dessa forma, a aposta trazida é a de que “os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que ‘todas e todos’ (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção da dignidade humana (Flores, 2009, p. 113).

Partindo da metodologia relacional proposta por Herrera Flores, ao longo desta seção será feita uma abordagem acerca da temática proposta ao longo do artigo, sendo que ao longo da exposição serão feitas as conexões/relações para elucidar o fenômeno, utilizando-se das categorias componentes do “diamante ético”, conforme acima exposto. Portanto, na análise que se procederá, serão entrecruzadas as diferentes camadas do diamante, sem que com isso se esgotem as possibilidades de seu uso.

O diamante ético compõe-se de três camadas, havendo em cada uma delas pontos de conexão mútuas. Deve-se levar em consideração que o diamante não é estático, está sempre em movimento e é tridimensional. Assim, quando os direitos humanos são vistos a partir de uma dimensão crítica e contextualizada, podem retratar “o resultado de lutas que se sobrepõem com o passar do tempo e que são impulsionadas tanto por categorias teóricas (linha vertical de nosso diamante) como por categorias práticas (linha horizontal da figura)” (Flores, 2009, p. 114).

Nas três camadas componentes da figura simbólica trazida por Herrera Flores (2009) ocorre a sobreposição de dois eixos, quais sejam o eixo vertical, no qual estão dispostos os elementos conceituais – teoria, posição, espaço, valores, narração e instituições – e o eixo horizontal, o qual é composto pelos elementos materiais – forças produtivas, disposição, desenvolvimento, práticas sociais, historicidade e relações sociais. O núcleo, por sua vez, é a dignidade humana.

A primeira camada do diamante ético é constituído por características mais genéricas, quais sejam teorias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção (Flores, 2009).

Utilizando-se da sintetização das ideias de Herrera Flores por Cruz e Wolkmer (2021), cada uma dessas categorias podem ser compreendidas da seguinte forma por Herrera Flores: as teorias podem ser entendidas como “meios de observação de um processo ou de um objeto, permitindo a construção de ideias sobre suas características”; as instituições, “como elementos de cunho normativo e/ou procedimental, com viés hierárquico e burocrático para a solução de conflitos ou satisfação de expectativas, tais como a família, o parlamento, o sistema judicial etc.”; as forças produtivas, “como sendo aquelas que conduzem à produção de bens e serviços, envolvendo tecnologias, recursos humanos e processos econômicos”; e as relações sociais de produção, “como formas de relacionamento dos artífices da produção, tanto entre si quanto com a natureza, assim como os elementos ligados ao acesso aos bens de produção. Tem-se aí as cooperativas, as empresas privadas, os negócios de família, os profissionais liberais etc.” (CRUZ; WOLKMER, 2021, p. 95).

No âmbito da destinação de recursos públicos voltados à primeira infância, com relação à primeira camada do diamante ético, tem-se que, no âmbito da teoria, devem ser considerados os diversos estudiosos e órgãos públicos que se debruçam sobre a importância de ser tratada a criança na primeira infância, dado o princípio da prioridade absoluta que deve estar presente em todas as relações envolvendo esses sujeitos, sobretudo quando se pensa a sua inclusão na questão orçamentária. Vê-se, por consequência, a relevada importância da atuação do Estado, bem como na atuação legislativa para sua concretização. Enquanto ao legislativo cabe a produção de normas jurídicas que privilegiem a destinação de recursos voltados à primeira infância nos orçamentos públicos, para além da mera normatização, deve haver a atuação do Estado (por meio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) na elaboração de um orçamento público adequado que comporte rubricas orçamentárias específicas destinadas a esse público, identificando-se, nesse aspecto, as características das instituições e das forças produtivas. Por fim, com relação a essa primeira camada, verifica-se a presença das relações sociais de produção, quando se consideram os diversos atores sociais em prol da defesa dos direitos da infância, a exemplo dos Conselhos de Direitos, do Ministérios Públicos, de organizações não-governamentais e da atuação da sociedade

civil na promoção desses direitos.

A segunda camada do diamante ético, também chamada de camada intermediária, está relacionada ao caráter impuro dos direitos, entendidos como a noção de direitos humanos dinâmicos no tempo ou no espaço. Essa categoria, por sua vez, é composta de posição, disposição, narração e historicidade. Tais elementos configuram-se da seguinte forma: a posição se constitui como “o lugar material ocupado nas estruturas de estratificação social, sexual, étnica e territorial do fazer humano, posição essa (privilegiada ou subordinada) que guarda relação direta com o acesso aos bens necessários à vida digna”; a disposição, por sua vez, traduz-se no “conjunto de atitudes que permitem a tomada de consciência e que irá refletir em uma postura emancipadora ou conservadora”; a narração “compõe as formas pelas quais se definem coisas e situações, inclusive aquelas impositivas de métodos de participação nas relações sociais, tais como textos, histórias, ficções etc.”; sendo que a historicidade “é tida como as matrizes épicas que desencadearam determinado processo social e a persistência de efeitos similares quando em confronto com outro momento histórico, em que as variáveis não sejam as mesmas”. (CRUZ; WOLKMER, 2021, p. 96). Esta segunda camada, por sua vez, permite a observação do quanto a trajetória histórica do reconhecimento da criança na sociedade foi crucial para o reconhecimento da criança (e do adolescente) enquanto sujeitos de direitos e sua inclusão nos diplomas normativos internacionais e nacionais que, em que pese a existência das normas não sejam suficientes, dão visibilidade a esse público como presentes na necessidade de serem pensadas políticas públicas que lhe deem a devida atenção. A situação da vulnerabilidade de crianças, que reflete a categoria da posição, é importante para que se olhe para a primeira infância como um público a quem deve ser aplicado devidamente o princípio da prioridade absoluta de forma mais incisiva, posto que se trata de um ser humano ainda em desenvolvimento, mas que, apesar disso tem direito a ser respeitado, bem como ter atenção especial em relação à peculiaridade de sua condição de sujeito em desenvolvimento, compreendendo, assim, a categoria da disposição. A narração, por sua vez, identifica-se pela forma e métodos de se elencarem as prioridades desses sujeitos no orçamento público, que congrega a tomada de decisão dos gestores, de forma que o planejamento e a alocação dos recursos sejam devidamente destinados e atentos às suas necessidades.

Enquanto as duas camadas acima descritas dizem respeito à problemática dos direitos, seja em relação à sua complexidade, seja em relação a seus contextos, a terceira camada aborda os direitos humanos como resultado dos processos de luta pela dignidade humana e aborda as seguintes categorias: espaços, valores, desenvolvimento e práticas sociais (HERRERA FLORES, 2009). Nessa categoria, espaço corresponde ao “lugar físico, geográfico, humano e cultural em que ganham vida as relações sociais; já os valores “se traduzem em preferências sociais que ganham

feições de generalidade em certo espaço, influenciando na maneira de acessar-se aos imperativos para uma vida digna”; o desenvolvimento, por sua vez, é “compreendido como conjunto de condições econômicas, sociais, políticas e culturais necessárias à realização dos direitos humanos, pois estes não existem sem que tais condições estejam materializadas”; e as práticas sociais, por fim, são “vislumbradas a partir do compromisso de movimentos, associações, sindicatos, partidos e outras instituições, em um primeiro plano com o reconhecimento de direitos e, em segundo, com ações comprometidas com a emancipação e a libertação humanas”. Em relação aos espaços em que ganham vida as ações que devem se voltar às crianças na primeira infância, encontram-se os territórios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos quais cabe aos seus respectivos gestores a sua concretização por meio de políticas públicas. Associado aos gestores, pode-se dar atenção especial às práticas sociais de atenção aos direitos desse público, inclusive por meio da participação da sociedade civil, a exemplo dos conselhos municipais da criança e dos adolescentes, para a expansão da discussão e concretização de direitos. Os valores e o desenvolvimento, por sua vez, encontram-se localizados na necessidade de dar concretude material, via destinação de recursos específicos dentro dos respectivos orçamentos públicos que priorizem os direitos das crianças e permitam o cumprimento do princípio da prioridade absoluta da primeira infância, diante da peculiaridade de seu desenvolvimento.

Conforme se percebe da teoria de Herrera Flores acima elucidada, os direitos humanos ou qualquer outra forma de investigação não podem se dar de forma isolada, mas devem ser observados em relação aos demais objetos e fenômenos que os permeiam. Dessa forma, utilizando-se das palavras de Blood (2022, p. 40) a pesquisa, a partir de “categorias de espaço, ação, pluralidade e tempo exige uma metodologia holística e, sobretudo, relacional, do contrário, o resultado será mal-entendido e haverá uma redução da complexidade dele”. Por fim, “a metodologia relacional de Herrera afasta qualquer tipo de lógica reducionista economicista, que vê os seres humanos como produtos da tendência natural dos indivíduos de maximizar suas preferências, utilidades e seus benefícios”. (BLOOD, 2022, P. 40).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal qual foi observado ao longo deste artigo, identificou-se que Herrera Flores destaca que os direitos não podem ser meramente reduzidos às normas. Além disso, aclarou-se que o direito consiste em um instrumento por reconhecimento de valores e interesses, mas não é o único. Conforme o autor espanhol, deve-se combater a ideia de que direitos geram direitos, além de realçar que o reconhecimento jurídico é sempre provisório em relação aos processos de conquista ou de resistência que ocorrem fora do campo do direito. Afirma, desse modo, que o conteúdo básico dos

direitos humanos consiste no resultado das lutas travadas em prol da dignidade, que deve ser assegurado por políticas públicas e pelas normas jurídicas.

Nesse sentido, diante das situações ora apresentadas, compreende-se que não é suficiente a mera previsão legal de direitos para que ocorra a sua concretização, uma vez que esta exige a alocação de recursos por parte do Estado, o que, conseqüentemente, remete à questão do orçamento público, que possui funções alocativas, distributivas e estabilizadoras da organização estatal sob o ponto de vista interventivo. Logo, à Administração Pública incumbe a tarefa de eleger as políticas públicas que serão executadas, exigindo-se para tanto planejamento que analise de forma ampla tanto o seu objeto quanto os meios necessários para a sua materialização. Assim, por meio do planejamento devem ser avaliadas as reais necessidades da sociedade e os valores que manifesta, atentando-se aos ditames constitucionais e de cumprimento obrigatório.

Com relação às políticas públicas inerentes à primeira infância, constata-se que, apesar da existência de um amplo acervo legal indicando a necessidade de dotação orçamentária específica para este setor, na prática, tal alocação se mostra insuficiente. O que se verifica é uma indicação normativa de prioridade que não é efetivada em virtude da ausência de recursos financeiros para tanto.

Assim, a partir da análise do tema, com base nos ensinamentos de Herrera Flores, em especial do cotejo deste com a ideia de “diamante ético”, pôde-se compreender a importância da questão relativa à destinação de recursos específicos para a implementação de políticas públicas voltadas à primeira infância e como esta omissão administrativa acarreta sérias violações aos direitos humanos da classe em apreço.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1981.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

BLOOD, Renata Luciane Polsaque Young. **Formação dos Facilitadores da Justiça Restaurativa no Brasil: Estudo De Caso A Partir Do Edital Bra/18/019**. Tese de Doutorado. Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 05 de maio de 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Orientação sobre orçamento e fundos dos direitos da criança e do adolescente.** Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/13680-orientacoes-sobre-orcamento-e-fundos-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

CGU - CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de avaliação, exercício 2020.** Secretaria Federal Controle Interno, Relatório de Avaliação nº 816125, publicado em 22/01/2021. Brasília/DF. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br> Acesso em: 20 de novembro de 2023.

CRUZ, Alex Sandro Teixeira da; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. O “Diamante Ético” de Herrera Flores como instrumento para a análise qualitativa das políticas públicas emancipatórias. *In: Ciências jurídicas: certezas, dilemas e perspectivas/Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos.* – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

FERNANDES, Maria Nilvane; COSTA, Ricardo Peres da. **O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a extinção da FUNABEM e a criação da FCBIA:** implementação de um modelo neoliberal. Educação em Revista, 22(esp), 23–40. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/educacaoemrevista/article/view/10846>. Acesso em: 10 de maio de 2024.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Gasto Social com Crianças e Adolescentes:** descrição metodológica. Brasília: Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. n. 101. mai/2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/gasto-social-com-criancas-e-adolescentes-gsca>. Acesso em: 20 de maio de 2024.

LAURELL, Asa Cristina (org.). Avançando em direção ao passado: a política social no neoliberalismo. *In: LAURELL, Asa Cristina (org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo.* 2. ed. Revisão técnica de Amelia Cohn. Tradução de Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1997.

MAUSE, Lloyd de. **Fundamentos da psico-história:** o estudo das motivações históricas. Petrópolis: KBR Editora Digital Ltda, 2014.

MÁXIMO, Wellton. Orçamento de ações para primeira infância sobe 38,3% em 2023: Pouco mais da metade dos recursos vão para o Bolsa Família. **Agência Brasil**, Brasília, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-07/orcamento-de-acoes-para-primeira-infancia-sobe-383-em-2023>. Acesso em: 20 jan. 2024.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. **O financiamento da primeira infância no orçamento federal:** agenda transversal e multissetorial da primeira infância. Brasília: SOF/MPO, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/planejamento/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/outras-publicacoes/primeira-infancia.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2024.

NICODEMOS, Carlos. **A República das crianças no aniversário do Estatuto**. In: Correio Braziliense. Publicado em: 10 jul. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/55458/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 19 de abril de 2024.

OLIVEIRA, Maria Helena Palma de. **Lembranças do passado**: a infância e a adolescência na vida de escritores brasileiros. Bragança Paulista: EDUSF, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Convenção e o Estatuto: um ideal comum de proteção ao ser humano em vias de desenvolvimento. In: PEREIRA, T.S. (coord.). **Estatuto da criança e do Adolescente**. Lei 8.069/1990: estudos sóciojurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREZ, José Roberto Rus; PASSONE, Eric Ferdinando. **Políticas sociais de atendimento às crianças e aos adolescentes no Brasil**. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.140, p. 649-673, maio/ago. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/sP8smWgyn5fJS77m6Cv4npj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 15 de janeiro de 2024.

PERROT, Michelle. **História dos quartos**. Tradução de Alcida Brant. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

REDE MARISTA DE SOLIDARIEDADE. **Comitê sobre os direitos da criança**: convenção sobre os direitos da criança. Tradução: AlphaÔmega. Curitiba: PUCPress, 2018. 31 p.

REDE NACIONAL PRIMEIRA INFÂNCIA. **Plano Nacional pela Primeira Infância**. Brasília: DF, 2020.

REIS, Débora; QUEIROZ, Gustavo. **Os direitos de crianças e adolescentes na perspectiva orçamentária**. Centro Marista de Defesa da Infância, set/2020. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/crianca/Noticia/OPINIAO-importancia-do-Orcamento-Crianca-e-Adolescente>. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2004.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmen Lúcia Sussel. **A convenção internacional sobre os direitos da criança**: debates e tensões. Cadernos De Pesquisa, 40(141), 693–728. 2010. Disponível em: <https://publicacoes.fcc.org.br/cp/article/view/142>. Acesso em 10 de abril de 2024.

SILVA, Alexandre César Batista da. **ORÇAMENTO PÚBLICO**: Um Estudo em Municípios Brasileiros Sobre Variações entre Planejamento e Execução e suas Causas. Universidade Federal de Pernambuco. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/39304>. Acesso em 10 de fevereiro de 2024.

UNICEF – UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND. **30 anos da convenção sobre os direitos da criança**: avanços e desafios para meninas e meninos no Brasil. São Paulo: UNICEF, 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/30-anos-da-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 03 de maio de 2024.

ENTRE A IDENTIFICAÇÃO E O DESPERTENCIMENTO: A TUTELA DOS REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Caio Vicente SLEIMAN¹
Vanessa Nunes PEREIRA²

RESUMO

O artigo buscou discorrer sobre a questão do refúgio no território brasileiro, arbitrando sobre a miscigenação que compõe a população tupiniquim, assim como quem são os refugiados e sua situação no Brasil, evidenciando os fatores e discriminações que afloram as desigualdades, bem como demonstrando a vulnerabilidade econômica e social em que estes estão acometidos. Neste viés, sendo necessária uma distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, tornou-se evidente que os refugiados necessitavam de acolhimento para viver dignamente, uma vez que o direito em tela está positivado na Constituição Federal e em outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, pretendendo-se desse modo, efetivar o pluralismo social que compõe o país. Por fim, buscou-se entender a historicidade do tema no Brasil e algumas das políticas públicas de inclusão e acolhimento existentes no âmbito federal, que, para uma melhor visualização, houve a aproximação à situação do Estado de São Paulo e, principalmente, do município de Botucatu-SP.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Políticas Públicas. Refugiados. Sociedade plural. Vulnerabilidades.

ABSTRACT

The article sought to discuss the issue of refuge in Brazilian territory, addressing the miscegenation that constitutes the Tupiniquim population, as well as who the refugees are and their situation in Brazil, highlighting the factors and discriminations that exacerbate inequalities, as well as demonstrating the economic and social vulnerability they face. In this context, being necessary to distinguish Human Rights and Fundamental Rights, it became evident that refugees require support to live with dignity, as this right is enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and other devices of the Brazilian legal system, aiming to effectively realize the social pluralism that characterizes the country. Finally, the article aimed to understand the historical aspects of the topic in Brazil and some of the public inclusion and reception policies at the federal level, which, for a better visualization, it focused on the situation in the State of São Paulo, particularly the municipality of Botucatu-SP.

KEYWORDS: Human Rights. Public Policies. Refugees. Plural Society. Vulnerabilities.

1. INTRODUÇÃO

O artigo visa abordar a questão dos refugiados na sociedade plural brasileira, uma vez que o objeto de tal discussão está positivada tanto internacionalmente (com os Direitos Humanos) quanto domesticamente (com os Direitos Fundamentais), além de enfatizar a vulnerabilidade

1 Aluno do 2º ano da graduação de Direito da Faculdade Iteana de Botucatu (FAIB), mantida pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). E-mail: caiovicentesleiman@gmail.com.

2 Professora de Direito Civil I e II junto à Faculdade Iteana de Botucatu, mantida pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos junto ao Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista *Lato Sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada. Email: vanessanp_4@hotmail.com.

econômica e social que atinge este grupo.

Desta maneira, relacionando-a com a miscigenação que compõe a cultura do país, ao incluir o tema sobre refugiados na discussão, a característica de pluralidade ganha destaque, permitindo o respeito às diferentes culturas, raças e etnias que se dispersam sobre o vasto território brasileiro.

Neste viés, promoverá uma explicação de quem são os refugiados, sua situação no Brasil, trazendo os Estatutos, Conferências e normas que regem esta proteção, assim como alguns programas que os auxiliam junto do papel do Poder Executivo Federal. Também serão expostas as maiores dificuldades que enfrentam ao adentrar no país de acolhida, o que corrobora para a ampliação da desigualdade em seu interior, realçando a vulnerabilidade econômica e social, gerando, portanto, um sentimento de desidentificação, de que não pertence à comunidade.

Para dar seguimento à proteção, será necessário o entendimento acerca da presente elucidação sobre a diferença entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, para assimilar as esferas de proteção que compõem este tema. Nesse mesmo sentido, ocorrerá a explanação acerca da história do tema no ordenamento jurídico brasileiro, abordando a positivação na Constituição Federal de 1988, para permitir a explicação das políticas públicas existentes para proteger, acolher e incluir os refugiados em nível federal, porém, aproximando também da realidade do Estado de São Paulo e fixando tal tratamento no município de Botucatu-SP.

Deste modo, o trabalho se desenvolveu através de pesquisas bibliográficas, análises doutrinárias e legislativas, e de exposições estatísticas, corroborando para a exibição dos mais relevantes aspectos que compõem o tema.

2. A MISCIGENAÇÃO BRASILEIRA E A SOCIEDADE PLURAL

Quando se pensa no território brasileiro logo vem à mente que o Brasil é formado por diversas raças, cores e sabores, isto é, somos um país fruto da miscigenação e da mistura de raças, dado o processo colonizador sofrido e a mistura engendrada no desenvolvimento do país.

E justamente por esse ponto e pela miscigenação hoje visualizada é que se pode dizer que o Brasil é dotado de uma sociedade plural, da qual não envolve tão somente pontos atinentes à religião, sexo, cultura, mas também raça e etnia, cor, dentre outros pontos que nos transformam em uma pluralidade de indivíduos e de seres humanos a povoarem o Brasil a fora.

Para entender a identidade nacional do país e as questões políticas e sociais que afetam sua população, Caio Prado Jr., um sociólogo e historiador brasileiro, defende que a miscigenação brasileira é resultado da colonização do Brasil que envolveu diferentes grupos étnicos, como índios, africanos e europeus. Este processo deve ser diretamente relacionado à expansão marítima e

comercial europeia trazendo a ideia de que a sociedade contemporânea é um reflexo dos acontecimentos históricos do Brasil Imperial e do Brasil Colonial e tece seus estudos a partir da análise dos princípios destes períodos: “Virá o branco europeu para especular, realizar um negócio: inverterá seus cabedais e recrutará a mão-de-obra que precisa: indígenas ou negros importados” (Prado Junior, 1961, p. 26).

Essa miscigenação, portanto, acentua que o Brasil é uma sociedade plural, pois seu desenvolvimento conta com a relação entre uma extensa diversidade étnica, cultural e ideológica, que devem coexistir com igualdade, respeitando a dignidade humana, que funciona como uma fonte de direitos constituídos de valores intrínsecos e externos que de acordo com o Min. Luís Roberto Barroso (2014, p. 62), possui dupla dimensão “uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros”. A luta para estabilizar tal sociedade, também deve envolver o acolhimento dos refugiados, uma vez que o respeito às diferenças é o pilar deste modelo.

Há vários autores que arbitram sobre esta questão, porém Michael Walzer (2003, p. 5), defende que a utilização dos princípios de liberdade e igualdade seria “irregular” em uma sociedade plural, pois cada estrutura das relações sociais tem uma construção diferente e terá uma forma específica de distribuir seus recursos e normas para guiar seus membros em sua pluralidade. Ele defende o critério da igualdade complexa que prevê a distribuição dos bens de acordo com os seus significados e contextos sociais, objetivando a produção de uma sociedade mais legítima e justa.

Entretanto, há uma disparidade entre o “dever coexistir” e o “coexistir”. Na prática, mesmo o Brasil sendo um país miscigenado, ainda há desigualdade e diversos conflitos para a aceitação plural, que para realmente se ter uma sociedade plural, o povo precisa respeitar as diferenças das comunidades que o compõe e resistir àqueles discursos que pregam a discriminação e as ações que promovem a desigualdade.

Esta se infiltra até no poder judiciário, que embora seu acesso seja um direito garantido pela Constituição a todos, percebe-se que seu uso é destinado para as camadas da população que tem mais condições de arcar com os custos de transação e da justiça, além dos maiores litigantes do país, que segundo relatório realizado pelo CNJ, são os próprios entes públicos, causando um duplo prejuízo ao cidadão: tanto a morosidade na justiça, quanto os tributos que cobrem os custos dos honorários.

Logo, uma sociedade plural, miscigenada, composta por diversas culturas e etnias, necessita que o Direito, como um instrumento de coerção social para o controle das relações sociais, seja composto por normas que traduzam a realidade plural que deseja influenciar. Deste modo, o multiculturalismo inserido no direito trata sobre as normas que versam sobre uma sociedade

multicultural, valorizando e respeitando as diversidades que a compõe.

E diferente não é quando estamos a tratar dos refugiados, pois em que pese trate-se de pessoas estrangeiras, fato é que a partir do momento que ingressam em território brasileiro passam a fazer parte dessa sociedade plural mencionada e dessa multiculturalidade, de tal modo que também se tornam detentores de direitos e deveres, o que justifica a correlação do tema presente na sociedade plural junto aos refugiados que serão abaixo explanados.

3. QUEM SÃO OS REFUGIADOS?

Primordialmente, os refugiados não são apátridas. O segundo, caracteriza o indivíduo que não possui nacionalidade de nenhum Estado, enquanto o primeiro é aquele que se encontra vulnerável diante de perseguições, conflitos e ameaças, e seu Estado de origem não lhe concede segurança, sendo forçado a se deslocar, mas que ao chegar no país de acolhida, são reconhecidos e recebem assistência para sua inclusão. Vale ressaltar que os deslocados por desastres naturais não se enquadram na condição de refúgio e que o tratamento dos refugiados envolve tanto questões políticas, como humanitárias, promovendo a esses indivíduos proteção internacional através da Convenção de Pessoas Refugiadas e da Declaração de Cartagena.

Também deve-se diferenciar refugiados de imigrantes ilegais, pois enquanto os ilegais adentram no país sem autorização, os refugiados possuem os requisitos necessários para se manter no Brasil e preenchem as características para a consideração deles, como previsto na Lei nº 9.747 de 1997, que promulgou o Estatuto dos Refugiados de 1951:

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país” (Brasil, 1997).

Para que o processo de inclusão tenha resultado positivo, é preciso que ele seja plenamente inserido na sociedade civil, o que requer a obtenção de emprego e moradia, aprendizado da língua, utilização de serviços públicos, especialmente saúde e educação, os quais têm se mostrado um tanto quanto dificultosos, não pelo refugiado em si, mas pela recepção nada calorosa recebida, dada a presença da discriminação.

De acordo com um relatório feito pela GC-Conare e publicado no site da ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), o Brasil, de 1985 até 2022, reconheceu 65.811 pessoas como refugiadas, das quais 53.307 são venezuelanos, totalizando 81% dos

reconhecimentos. Também foram reconhecidos 3.763 sírios e 1.474 congolezes, tendo essas 3 nacionalidades, o maior número de solicitações de reconhecimento deferidas no Brasil.

Esse número é facilmente observado não somente no Brasil como no mundo inteiro, basta compararmos que no ano 2000 tínhamos cerca de 40 milhões de pessoas em deslocamento, ao passo que atualmente estamos próximos dos 100 milhões, ou seja, um aumento de 100% de pessoas deslocadas involuntariamente pelo mundo e que são oriundas, principalmente, da Síria, Afeganistão, Ucrânia e Venezuela (Marques; Horvath Júnior, 2024).

Destarte, esse deslocamento involuntário que deveria ser uma situação provisória, transforma-se em uma morada permanente, de modo que no Brasil, por exemplo, a região Norte vem sofrendo com o ingresso de Venezuelanos em busca de novas oportunidades em nosso país, por meio do Estado de Rondônia, o que até gerou um projeto denominado de *Operação Acolhida* de parceria do Governo Federal, Estadual e Municipal junto da sociedade e de organizações internacionais para o abrigo dessa população vulnerável.

Nessa seara, Liliana Lyra Jubilit (apud Marques; Horvath Júnior, 2024) elucida que “o refúgio possui um caráter humanitário, encontrando seu fundamento na proteção da pessoa humana, por meio da garantia de direitos mínimos de vida e dignidade, tendo em vista a ausência de tal proteção pelo Estado de origem de seu solicitante”, sendo exatamente nesse contexto que a pesquisa buscará trabalhar, a fim de evidenciar a vulnerabilidade na qual os refugiados se encontram inseridos, não somente em razão de uma exclusão econômica pela ausência de trabalho, mas também em virtude da discriminação que impede a contratação e que os coloca à margem dos demais.

3.1 A Situação dos Refugiados no Território Brasileiro

Na sua história, o Brasil é conhecido por ser um país acolhedor, mesmo não sendo a primeira opção dos refugiados. No entanto, na prática, o acolhimento não é de tamanho acaento como se propaga. Mas, nem por isso o Governo Brasileiro deixa de prestar um papel fundamental na acolhida destes, pois proporciona a regularização de seus documentos, o acesso a serviços de saúde, de educação, cursos de português para facilitar a comunicação e a adequação ao país, corroborando para a inclusão no mercado de trabalho, em que pese a discriminação se apresente quando da contratação ou as dificuldades quando da revalidação do diploma.

No entanto, como mencionado, os refugiados encontram dificuldades tanto para estudar, quanto para trabalhar de forma regularizada devido às organizações não possuírem uma política inclusiva e diversificada, alegando que a falta do domínio do português, a pouca qualificação e escolaridade – mesmo que a grande maioria seja mais qualificada que os brasileiros –, e a falta de

experiência profissional são os principais motivos da não contratação, os levando para o mercado de trabalho informal.

No Brasil, a educação pública deve ser um direito garantido a toda população, incluindo os refugiados, responsabilizando as escolas e universidades para a elaboração de estratégias de inclusão e frequência dos que necessitam deste serviço, promovendo debates a partir da vida cotidiana para a formação questionadora dos alunos, sem excluir as vivências e realidades.

Deste modo, como cada país possui uma identidade cultural diferente que influencia os modelos de formação, há uma dificuldade de aceitação de múltiplas identidades nos lugares que enxergam as pessoas como diferentes, sendo o primeiro passo para mitigar este problema a contribuição das políticas educacionais para a construção do respeito às identidades plurais.

Como exemplo, o estudo “Educação para refugiados congolenses em Duque de Caxias/RJ: a (in)devida inclusão de crianças e adolescentes” (Almeida, 2017), concluiu que a inserção na sala de aula brasileira não é positiva, prejudicando a escolarização e aprendizagem dos alunos refugiados. Porém, segundo uma análise feita por Lucas Reche da Silva (2018), os professores que demonstraram preocupação com a formação dos alunos imigrantes, tendo a noção da inclusão e da busca pela sociedade plural, apresentaram uma boa relação com eles e foram avaliados positivamente.

Já no tocante ao ensino superior, muitos chegam ao Brasil formados. Contudo, a burocracia existente no país para o reconhecimento dos diplomas, proporciona a estes refugiados a busca por empregos imediatos, não relacionados à sua área de formação para sua sobrevivência, ou o ingresso em um novo curso superior, em que a maior dificuldade enfrentada é a questão da língua, pois para adentrar a esse novo curso ou para realizar a prova do “revalida” e ter o diploma válido em território brasileiro, necessita-se da aprovação no vestibular, mas como não possuem familiaridade com a língua do país e não foram encaminhados para nenhum curso de português, a realização deste exame é dificultada.

Para a tentativa de diminuir as dificuldades encontradas pelos refugiados relativas ao emprego no Brasil, existem organizações não-governamentais, institutos e redes de auxílio como a RedeMir, que busca inserir os refugiados no país de acolhida, elaborando currículos, disponibilizando cursos profissionalizantes e os incluindo na cultura organizacional, motivando-os a levar seus próprios costumes consigo.

Entretanto, para conseguir sobreviver no país de acolhida, os refugiados traçam “modos de ação” como misturar-se com brasileiros, tentando se passar por um deles considerando esquecer da sua identidade cultural, transformando-se em um “ator social”, pois de acordo com Ernst & Jensen (2019), eles assumem uma identidade cujas características são construídas socialmente de acordo

com as expectativas de grupos externos sobre quem ele é e como deve enfrentar as situações.

É interessante notar, que de acordo com Márcia Ponce, secretária da Cáritas Paraná (instituição religiosa que visa combater a discriminação e acolher os refugiados), o Brasil vende a imagem de país acolhedor, mas na verdade é seletivo e ainda segrega e discrimina, uma vez que ainda há preconceito e intolerância dificultando a entrada dos refugiados no mercado de trabalho, principalmente pelo medo da administração de substituir a força de trabalho dos nativos pelos refugiados. Mesmo que eles sejam totalmente capazes de realizar as tarefas demandadas, experientes, engajados e se esforcem para serem gratos à oportunidade recebida, há um certo desconhecimento do tema pela maioria das organizações, como mostra o trecho de uma entrevista realizada com refugiados sobre as empresas brasileiras:

“Como fatores organizacionais, os entrevistados entendem que a maioria das empresas brasileiras ainda desconhece o tema refúgio e sobre os refugiados. Segundo eles, a visão é de que os deslocados são furtivos, terroristas, pessoas que fizeram algum mal no país de origem, ou que vieram tomar o emprego dos brasileiros são algumas das imagens que passam na mente de gestores e funcionários, o que desencadeia em uma série de outros problemas, como preconceito, racismo e discriminação” (Silva; El Aouar; Silva; Oliveira, 2020, p.10).

Afora isso, a não contratação de refugiados se dá, por vezes, em razão de um mero desconhecimento das empresas, pois muitos empresários pensam que o processo de contratação de um refugiado é mais complexo do que o de um brasileiro, bem como pensam que empregar essas pessoas é um ato ilegal que lhes possa gerar uma multa administrativa, quando, na verdade, a contratação de refugiados é perfeitamente legal e segue as mesmas regras para a admissão de brasileiros, sem ensejar qualquer ônus ou encargo extra ao empregador.

Face a isso observa-se que é mais do que necessário promover um esclarecimento das empresas e empresários, haja vista que o refúgio é situação que ano a ano e dia após dia vem aumentando e se tornando frequente em nosso país; exemplo disso é que no ano de 2010 o Ministério da Justiça recebeu menos de mil solicitações de refúgio, enquanto no ano de 2018 os pedidos saltaram para mais de 80 mil (Westin, 2019), tornando o Brasil o 6º país do mundo em que se busca proteção.

Nessa esteira é que se verifica que a discriminação e o preconceito para com os refugiados existe sim em território brasileiro, pois por mais que esses refugiados saibam o idioma, sejam qualificados, passem por cursos de capacitação e revalidem seus diplomas, dificilmente ingressam no mercado de trabalho brasileiro, haja vista que não passam dos processos seletivos sob a equivocada informação de que seriam “ilegais”, quando, na realidade, os poucos que conseguem evidenciam que é possível a integração entre refugiados e natos.

Diga-se, ainda, que o peso pendente sobre a palavra “refugiado” também é colaborador da

ausência de emprego e da discriminação, pois muitos não a compreendem e não sabem que o refugiado é um tipo específico de imigrante e que fugiu de seu país para sobreviver, sendo gente como a gente, de diversos níveis escolares, de classe social e, por vezes, com um nível de escolaridade superior ao nosso, já que 34% dos refugiados possuem diploma de ensino superior enquanto entre os brasileiros adultos a porcentagem é de 17% (Westin, 2019).

Logo, mais do que combater a xenofobia, o preconceito e a discriminação, é preciso levar informação aos nossos, mostrando que não estamos diante de pessoas irregulares ou detidas de menos conhecimento, mas sim de seres humanos em busca da sobrevivência como cada um de nós diariamente, gerando, assim, um sentimento de pertencimento ao mesmo, valorizando a cultura por ele trazida e aceitando a diversidade, promovendo a inclusão e o multiculturalismo, assim como a pluralidade de nossa sociedade, além de capacitá-lo para se aproximar à língua portuguesa, sendo algumas das medidas que as empresas e organizações brasileiras devem tomar para proporcionar um ambiente saudável e laboral aos refugiados, que retribuirão com sua força de trabalho e gratidão.

3.2 REFUGIADOS: A DISCRIMINAÇÃO E O ESTIGMA DO DESPERTENCIMENTO

Como visto anteriormente qualquer dos refugiados que ingressaram no Brasil podem relatar já ter sofrido algum tipo de discriminação ou preconceito, tanto que no último levantamento realizado pela ACNUR, dentre os 487 refugiados que participaram da pesquisa, menos da metade dos entrevistados admitiu ter sofrido algum tipo de discriminação, sendo que dentre os que mencionaram a discriminação, o fato de ser estrangeiro foi o motivo mais citado (2019, p. 53/54).

E justamente nesse contexto, levando em consideração tal discriminação, é que se pode dizer que a intolerância sofrida por esses refugiados é equiparada àquela sofrida pela camada mais pobre da população brasileira, visto que em ambos os casos são camadas populacionais que representam, de certa forma, um risco para a integridade e harmonia do país, dado o estigma de ameaçarem os sujeitos que se encontram em condição mais benéfica.

Observa-se, nessa toada, que a discriminação sofrida, não somente por cidadãos brasileiros, mas por aqueles que os deveriam proteger e acolher, a exemplo de policiais, agentes públicos, dentre outros, retarda ainda mais o processo de pertencimento que o refugiado possa vir a ter em seu país de acolhida, além de contribuir para a vulnerabilidade na qual esse grupo se encontra, de modo que se encaixa no presente, o pensamento de Flavia Piovesan (2009, p. 295/296) de que “[...] à dicotomia do ‘eu’ versus o ‘outro’, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos”, ou seja, a xenofobia, o preconceito, apenas evidencia o embate entre os nacionais e os estrangeiros que aqui se encontram, sem levar em conta o contexto envolto e o caráter humanitário que o refúgio proporciona.

Ademais, cumpre consignar, ainda, que o refugiado é dotado de um estigma que o acompanha, visto que frequentemente são categorizados por quem de longe os observa, colocando-os como pessoas incapacitadas e que devem ficar à margem da sociedade, trazendo com isso uma dissociação da imagem social virtual para com a imagem social real, até porque, como mencionado anteriormente, 94% (noventa e quatro por cento) de recrutadores entrevistados avaliaram de forma positiva o trabalho profissional executado por refugiados e junto disso os mesmos 94% (noventa e quatro por cento) discorreram que a integração com os demais profissionais não causou problemas à empresa e que não foram necessários mais do que pequenos ajustes (Westin, 2019).

Apreende-se, portanto, que mesmo o Brasil sendo um país e um território acolhedor muito há ainda para ser aprendido quando o termo que se deseja é a integração, isto é, o pertencimento, pois em que pese possamos acolher, em grande parte e maioria das vezes acabamos por excluir, por deixar a xenofobia e o receio de ter o lugar tomado falarem mais alto, haja vista a série de preconceitos sofridos por pessoas refugiadas, não somente por parte de empresas que pensam tratar-se de pessoas que lhes trarão problemas, como até mesmo no convívio social necessário, pois a dificuldade do idioma, a ausência de inclusão no ensino e nos demais direitos que um refugiado tem assegurado por nossa própria Constituição Federal os distanciam da acolhida e da proteção que vieram buscar, colocando-os em um local de despertencimento e de ausência de identificação, posto que a adaptação cultural e a inclusão se mostraram dificultadas.

Nessa esteira e corroborando com a necessidade do pertencimento, tem-se que para a ACNUR, qualquer indivíduo que:

“atravessa a fronteira de seu país de origem pelos motivos de perseguição e violação de direitos humanos descritos acima é uma pessoa refugiada independentemente de já lhe ter sido ou não reconhecido esse status por meio de um processo legal de elegibilidade”.

Ou seja, levando em consideração todo o sofrimento enfrentado, a mera condição em busca da sobrevivência já torna esse refugiado protegido e detentor do pertencimento ao país em que busca refúgio. No entanto, como já disposto, a prática diverge da teoria, haja vista que a definição e o enquadramento do refugiado ensejam e demandam muito do contexto histórico naquele momento vivido, mostrando-se um conceito dinâmico e fluído do qual coloca o refugiado em uma abstração, detentor de uma identidade deturpada.

Assim sendo, depreende-se que o refugiado sempre estará acompanhado no decorrer de seu trajeto por esse estigma do despertencimento quanto ao país de acolhida, sendo preciso um trabalho árduo na busca da inclusão e da promoção de boas condições e garantia de direitos, haja vista que estamos a tratar a respeito de uma desigualdade presente entre desiguais, isto é, os refugiados já se encontram em situação de inferioridade e, mesmo assim, são tratados de forma vulnerável não fazendo cumprir os direitos humanos e fundamentais garantidores da dignidade humana a que têm

direito, pelo contrário, são recebidos e assim mantidos com o preconceito e o estigma de seres incapazes e inferiores.

3.3 A Desinformação na Vulnerabilidade Econômica dos Refugiados

Como vem sendo discutido no decorrer da presente pesquisa, os refugiados além de sofrerem com a xenofobia presente no território brasileiro, assim como com o preconceito e o estigma de serem pessoas inferiores e categorizados como incapacitados, acabam sofrendo também e enfrentando grandes dificuldades quanto à sua colocação no mercado de trabalho.

E isso como também já mencionado decorre, em sua grande maioria, da discriminação que os empregadores possuem de que a contratação de refugiados pode lhes trazer problemas para com a Receita Federal ou algum tipo de processo criminal, haja vista pensarem que se tratam de pessoas instaladas de forma irregular e ilegal em território brasileiro, além daqueles que pensam que a burocracia na contratação seria maior que em relação ao brasileiro nato, porém isso não passam de desinformações e de um preconceito enraizado quanto à imagem do refugiado.

Ora, é preciso que a igualdade estabelecida em nossa Constituição Federal seja amplamente aplicada em território brasileiro, haja vista a previsão legal constante do artigo 5º de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo com isso tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no país a proteção de seus direitos fundamentais e da personalidade. Logo, observa-se que a Constituição Federal é um dos instrumentos de proteção dos refugiados em nosso país, destinada a promover o amparo aos mesmos necessário quanto à promoção da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

E mesmo com todo esse amparo e com a previsão expressa apresentada, a nossa Constituição Federal ainda luta para ser um instrumento, de fato, democrático e que atenda, indiscriminadamente, às necessidades de todos os seus cidadãos, brasileiros ou não, refugiados ou não, imigrantes ou não, isto é, à toda a miscigenação em nosso território instalada.

Até porque, segundo discorrem Araújo & Nunes Júnior (apud Silva; Teixeira, 2022, p. 272), o “princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado ao direito ao pertencimento de cada ser humano em um lugar na sociedade. Desta forma, a exclusão social dos refugiados aprofunda sua vulnerabilidade e fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos da personalidade”.

Observa-se, então, que não somente o despertencimento provoca uma vulnerabilidade social, como também uma vulnerabilidade econômica da qual coloca o refugiado em situação de paridade e semelhança com a camada mais baixa da sociedade brasileira e os evidencia como pessoas a serem desprestigiadas e que ameaçam a vida digna e as boas maneiras daqueles que se

encontram em patamares superiores.

Destarte, para que os refugiados possam ter uma vida digna e afastada da vulnerabilidade econômica que se está a tratar, alguns elementos se mostram primordiais, como o direito à saúde, à habitação, ao trabalho decente, à não discriminação, elementos que se mostram necessários de aplicação pela sociedade brasileira em um geral, pois ainda que o ordenamento jurídico brasileiro busque amparar e promover condições de dignidade aos refugiados, não há uma garantia de que as políticas públicas serão efetivamente aplicadas e proporcionarão acesso ao trabalho, pois como flagrantemente mencionado, o preconceito existente é latente, afóra a ausência de implementação em determinados pontos como na oferta de um curso da língua portuguesa no processo de readaptação.

E dentro desse contexto é que se torna precisa a colocação de Leda Maria Messias da Silva e Rene Dutra Teixeira (2022, p. 273) de que:

“Uma vez que o país acolhe pessoas em estado de vulnerabilidade, como os refugiados, para que o governo seja realmente legítimo, não se deve conformar-se com um tratamento que não seja digno e igualitário por parte do Estado a todos. Nesse sentido, Dworkin (2005, p. 9) considera que ‘nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique felicidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política’”.

Assim, o fato de o Estado não trabalhar de forma coesa e engendradora na promoção de integração dos refugiados e no sentimento de pertencimento faz com que sejam reveladas violações à democracia, acentuando as vulnerabilidades por esses indivíduos enfrentadas, as situações de desigualdade e, principalmente, as violações aos direitos fundamentais e da personalidade dia a dia suportadas.

Exemplo dessa disparidade de tratamento é visto justamente nas pesquisas promovidas pela ACNUR (2019, p. 28) em que em um total de 25,2% (vinte e cinco vírgula dois por cento) da amostra de refugiados por eles entrevistados estão fora do mercado de trabalho, um número que se mostra preocupante e maior do que a média nacional de desempregados, evidenciando de forma latente a vulnerabilidade encarada, afóra o sofrimento já enfrentado quanto à saída em situações de fragilidade do país de origem que conseqüentemente afetam a obtenção de renda no país de destino.

Além da dificuldade na obtenção do emprego, é preciso discorrer que os refugiados lutam, ainda, com o obstáculo presente no uso de suas habilidades profissionais, seja tanto no mercado de trabalho formal, como informal e do qual acaba por revelar uma desclassificação econômica sofrida por essa parcela populacional quanto à queda em seu status socioeconômico, já que não têm conseguido se valer de suas competências profissionais, o que por vezes não é em razão do mercado de trabalho mostrar-se restrito, mas sim da complexidade encarada quanto à validação de seus diplomas (Acnur, 2019, p. 30-31), o que mais uma vez evidencia a ausência de políticas públicas

efetivas que poderiam suprir e auxiliar na procura e manutenção do emprego.

Nesse viés, observa-se que o processo migratório acaba por desclassificar social e economicamente o refugiado, forçando-o a conviver e a tentar sobreviver em condições inferiores à que se encontrava adaptado, afora o enfrentamento do preconceito e das violações inerentes à sua própria condição, levando, novamente, à discussão acerca da ausência de uma Constituição democrática e de um Estado participativo na efetividade da igualdade e dos direitos fundamentais.

Logo, além do preconceito enfrentado, os refugiados ainda precisam lidar com a ausência de conhecimento do idioma e, principalmente, com a não validação de seu diploma de ensino superior, o que o coloca em uma situação de subemprego em busca de sua sobrevivência, haja vista a realização de funções estranhas à sua formação de origem, o que é novamente provocado pela ausência de efetividade estatal na promoção de políticas públicas condizentes e eficientes.

Ou seja, o Governo Federal em conjunto com o MEC criou no ano de 2016, por meio da Resolução 03/2016, a plataforma Carolina Bori que visava agilizar o processo de validação e facilitar com informações aos solicitantes. No entanto, não houve uma padronização de exigências e muitas das instituições apresentadas pelos refugiados não são contempladas ou previstas pela plataforma, ou seja, a grande maioria dos casos não é passível desse atendimento, forçando o processo de validação a acontecer fora do sistema de tramitação simplificada.

Face a todos esses consectários é possível depreender que o processo migratório impõe ao refugiado um papel inferior na sociedade brasileira do qual levará anos, quiçá décadas, para se elevar em comparação à situação e ao patamar vivenciado no país de origem, demonstrando a flagrante vulnerabilidade por eles enfrentada, assim como a latente lacuna e ausência de efetividade das políticas públicas apresentadas, tornando alarmante a ausência de fruição dos serviços públicos e, principalmente, da assistência social e psicológica que a estes deveria estar sendo ofertada.

3.4 Direitos Humanos e Refúgio: O Alento que Ampara

Os Direitos Humanos são direitos inerentes à pessoa humana que visam assegurar a proteção do ser humano nacional e internacionalmente, e são fundamentados principalmente no respeito à dignidade da pessoa humana, que segundo Hannah Arendt, é “o direito a ter direitos”. Mas esses direitos estão presentes nas relações em que há desigualdades e abuso de poder, por exemplo, que para a Flavia Piovesan:

“O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. [...]É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão

e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas” (Piovesan, 2013, p. 57).

O marco normativo de sua internacionalização é a Resolução 217-A-III da ONU (Organização das Nações Unidas), conhecida como a Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948. Esta, além de possuir direitos civis e políticos, e econômicos, culturais e sociais, prevê o direito de procurar e gozar asilo a toda pessoa vítima de perseguição.

A partir de 1951, o novo órgão subsidiário da ONU, o ACNUR, começa suas atividades para proteger os refugiados e encontrar soluções para eles. No mesmo ano, os Estados interessados promoveram a Convenção de Pessoas Refugiadas na qual elaboraram o Estatuto do Refugiado de 1951, para a proteção destes, e que em seu artigo 33, proíbe os Estados de expulsar os refugiados a partir do princípio da não-devolução.

Como o Sistema Internacional de Proteção à pessoa humana subdivide-se em Sistema Global e Sistemas Regionais (Europeu, Interamericano e Africano), em 1984, o Sistema Regional Americano criou a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, trazendo o conceito de refugiado para a realidade da cultura americana, possibilitando a tomada de decisões responsáveis para o tema. E após a Guerra Fria, diante do multilateralismo nas relações internacionais e da busca pela cooperação internacional, no ano de 1993, em Viena, a ONU promoveu uma conferência para a elaboração de estratégias para combater as causas dos problemas dos refugiados e deslocados.

Surge então uma nova vertente do direito, denominado Direito Constitucional Internacional pela Flávia Piovesan. Este, consiste na fusão, coexistência e interação entre o Sistema Doméstico de Proteção (a Constituição) e o Sistema Internacional de Proteção (no caso do Brasil, Sistema Interamericano e o Sistema Global) em que haverá uma atuação conjunta para a proteção destes direitos (Piovesan, 2013 p.77). Porém, o Sistema Internacional atua subsidiariamente, isto é, apenas quando o doméstico não é suficiente para suprir a necessidade de proteção, como no caso Maria da Penha, em que houve uma demora para que o autor da tentativa de homicídio, seu marido, fosse julgado. Diante desta morosidade da justiça brasileira, Maria recorreu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos para ter seu direito garantido.

Considerar esta explicação é fundamental para diferenciar direitos fundamentais, de direitos humanos. Em geral ambos fazem parte do Direito Constitucional Internacional, permitindo um único entendimento por priorizar o valor de primazia à condição humana. Contudo, há uma diferença técnica entre eles: os direitos humanos, são aqueles que estão internacionalizados pelos documentos originados em tratados, pactos, convenções, conferências internacionais, portanto, sua posituação é internacional, pois integra o direito internacional, enquanto os direitos fundamentais,

são a incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo um caráter doméstico, pois é positivado na Constituição Federal Brasileira.

Retomando à parte similar de ambos os direitos, a dignidade da pessoa humana é o principal fundamento tanto para os direitos humanos, pois o termo se encontra já no preâmbulo e no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de servir como guia para os artigos seguintes, quanto para os direitos fundamentais, uma vez que, logo no artigo 1º da Constituição Federal, retrata que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, em seu terceiro inciso, a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais se concentram no artigo 5º da Constituição com 79 incisos, mas podem ser encontrados em outros artigos de seu corpo pois trata-se de um rol exemplificativo, como por exemplo o art. 227, que trata sobre o desenvolvimento da criança e adolescente. Deste modo, respeitando a dignidade da pessoa humana, o quinto artigo da Constituição em seu *caput*, arbitra sobre a igualdade e ressalva que não haverá tratamento diferente à nativos ou estrangeiros residentes no Brasil, o que engloba os refugiados e lhes garantem um tratamento digno e condições igualitárias de desenvolvimento:

“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[...]” (Brasil, 1988).

Por que a dignidade é um valor intrínseco a pessoa humana e fundamental para seu desenvolvimento? Através de uma análise jusnaturalista, visto que se trata de algo que interfere no indivíduo antes mesmo do direito, estando presente em seu desenvolvimento desde a concepção e além dela permitir um respeito universal, por considerar a condição humana para possuir tal valor (ao invés de raça, cor, etnia), ela atua como um guia para a elaboração de políticas e leis que respeitem a sociedade plural e permitam a condição de autonomia da pessoa, como discorre Fábio Konder Comparato:

“(...) a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita” (2003, p. 15).

Portanto, os refugiados possuem direitos, devem ser respeitados e não se deve admitir qualquer tipo de discriminação contra eles, nem negação de direitos e recusa de tratamento, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange a condição da pessoa humana em sua totalidade, em que toda e qualquer pessoa merece proteção, e para ter efetividade, necessita-se da cooperação dos Estados para mitigar esta situação, porque segundo dados da ACNUR no ano de 2023, o número de pessoas deslocadas à força vem subindo e ultrapassando os 110 milhões,

considerando o ano de 1991 como o início da pesquisa, das quais 35,3 milhões são refugiados e pessoas que buscam proteção internacional e foram forçados a se deslocar por guerras, violência ou perseguição.

4. AS POLÍTICAS DE INCLUSÃO SOCIAL DOS REFUGIADOS

A comunicação organizacional, na questão do refúgio, desempenha um papel fundamental de perceber, investigar e problematizar as alterações nas relações entre os refugiados e seus postos de trabalho, respeitando e criando práticas de comunicação, tomando nota da diversidade das pessoas envolvidas.

Também influencia a elaboração de políticas públicas do mesmo assunto, incorporando a elas as seguintes estratégias: respeito a diversidade para alcançar a inclusão – de modo que haja uma ocupação igualitária das funções, vedando cargos menos remunerados para refugiados, por exemplo, e que eles sejam ouvidos e respeitados para a inclusão na sociedade; levar em consideração o multiculturalismo – aceitar a cultura, os valores, a língua, os costumes diferentes e integrá-los na sociedade, proporcionando um sentimento de pertencimento; utilizar a comunicação inclusiva – de modo que todos os tipos de comunicação contemplem a diversidade e a manifestem.

O Brasil volta a realizar políticas públicas voltadas para a acolhida de refugiados a partir da redemocratização e com a Constituição Federal de 1988, permite que o refugiado possa obter documentos, trabalhar, estudar e exercer os mesmos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro em situação regular no país.

Em 1997, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) foi criado a partir da mesma lei que integra o Estatuto dos Refugiados de 1951 ao ordenamento brasileiro, e com o objetivo de reconhecer e tomar decisões sobre a condição de refugiado de pessoas que buscam proteção internacional no Brasil, este órgão multiministerial, em que atuam tanto o Governo, quanto a sociedade juntos da ONU (ACNUR), procura reconhecer, legalizar, auxiliar e regular a situação do refugiado no país:

“Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei” (BRASIL, 1997).

Desta forma, o ACNUR é responsável por estimular o Governo Brasileiro a implementar

políticas públicas que respondam às dificuldades que refugiados enfrentam, como facilitar o processo de validação de diplomas e a verificação de capacidades, ampliar o treinamento em idiomas para profissionais e professores do sistema de educação, assim como ampliar a capacidade das escolas e possibilitar o emprego destes como já citados anteriormente.

4.1 Como é o cenário brasileiro e a Constituição Federal de 1988

A atuação do Brasil no pós-guerra foi de efetiva participação na elaboração de tratados, documentos, recomendações em matéria de Direitos Humanos. Porém, durante o longo período de autoritarismo da Ditadura Militar, o país recuou em sua atuação, adotando uma postura mais resistente, até que após este período, finalmente voltou a se compromissar com medidas sobre os Direitos Humanos, durante o chamado “processo de redemocratização”. Ele acontece no Governo Sarney (1985-89) com a elaboração de uma nova constituição, no plano interno, que incorporou na norma doméstica, a prevalência dos Direitos Humanos, recuperando o engajamento com a situação do refúgio.

A alteração repentina da política na Ditadura, transformou o Brasil em um país que originava refugiados, sendo que anteriormente, era um país de acolhida, até que em 1979, no governo Figueiredo (1979-84), com uma política de abertura “lenta, gradual e segura”, o cenário se inverteu, onde o Brasil voltava a ser um país de acolhida e deixava de originar refugiados, mesmo que devido à situação econômica, tenha acontecido um processo migratório em busca de melhores oportunidades no exterior.

Durante o mandato de Sarney, ele inovou ao ratificar os 2 pactos internacionais que são os dois pilares para o Direito Internacional dos Direitos Humanos: o Pacto Internacional de direitos civis e políticos e o Pacto Internacional de direitos econômicos, culturais e sociais. A Constituição Federal de 1988, elaborada durante seu governo, já possui alguns dispositivos para assegurar o tratamento aos refugiados como:

“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:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; X - concessão de asilo político;

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: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, 1988).

Porém, foi no governo de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), que se verificou uma maior atuação, pois almejava mudar a imagem do país internacionalmente, voltando sua política externa para a participação em focos multilaterais, aderindo à regimes internacionais, convocando a sociedade civil para atuar em conjunto com o governo, para a consolidação de políticas públicas que versam sobre os Direitos Humanos, investindo também, nas ‘fronteiras solidárias’ para fortalecer uma possível liderança regional e praticando o que foi discutido na Declaração e Programa de Ação de Viena, elaborada na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos em 1993, que priorizou a realização de uma interdependência entre os direitos humanos, o desenvolvimento nacional e a democracia, pois para haver a promoção de tais direitos, o Estado precisa suportar a proteção a eles, respeitando a ordem democrática, o que concretizou o caráter de universalismo dos direitos humanos.

Além desta tríade, o texto conta com a importante consideração sobre a proteção às minorias, que classificam as mulheres e refugiados, por exemplo, lhes guardando de qualquer tipo de discriminação, promovendo a igualdade:

“19. Considerando a importância da promoção e da proteção dos direitos de pessoas pertencentes a minorias e o contributo de tal promoção e proteção para a estabilidade política e social dos Estados onde vivem essas pessoas, A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma a obrigação para os Estados de garantir que as pessoas pertencentes a minorias possam exercer de forma plena e efetiva todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais sem qualquer discriminação e em plena igualdade perante a lei, de acordo com a Declaração sobre os Direitos de Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de usufruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua religião e de se exprimir na sua língua, tanto em privado como em público, livremente e sem interferências ou qualquer forma de discriminação” (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993).

Em 1997, foi aprovada a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 fazendo com que o Estatuto dos Refugiados, elaborado em 1951, entrasse em vigor. Além da legislação brasileira ser considerada moderna e inovadora por possuir uma definição mais aberta de refugiados, ela estabeleceu um órgão colegiado para julgar os pedidos de refúgio, decidindo os reconhecimentos, perda ou cessação da condição de refúgio e para auxiliar na eficácia da proteção a eles.

Como o tema envolve tanto a política externa quanto a doméstica, este órgão é presidido pelo Ministério da Justiça e vice presidido pelo Ministério das Relações Exteriores, sendo o Ministro da Justiça o competente para proferir a decisão final em matéria de refúgio. Devido à importância da ação das instituições religiosas, que representam a sociedade civil, para o fim da Ditadura e para a proteção dos refugiados, a atuação da organização internacional, ACNUR, e do governo brasileiro, o CONARE identifica que a legislação de refúgio brasileira possui um caráter plural e democrático, a começar pela própria Constituição de 1988.

Em 1999, estabeleceu-se o Programa de Reassentamento Solidário, cuja função consistia em reinstalar refugiados que não conseguiram se adaptar ao primeiro país de origem, em países escolhidos pela ACNUR, como o Brasil. Inicialmente era pretendido abrigar pequenos grupos de refugiados, porém, principalmente com os ataques de 11 de setembro de 2001, o Brasil afirmou tal política e recebeu no ano seguinte refugiados afegãos. Ainda em seu governo, FHC planejou o Programa Nacional de Direitos Humanos II (PNDH II) que tinha como plano de ação: “promover a capacitação das autoridades nacionais diretamente envolvidas na execução da política nacional para refugiados” (Brasil, 2002).

É interessante ressaltar, que além do Brasil ter se tornado um líder regional em matéria de refúgio, o processo brasileiro de admissão e inclusão é considerado um dos mais democráticos e justos do mundo por incluir a participação da sociedade civil para a realização de esforços que propiciem uma integração eficaz (Nogueira e Marques, 2008).

4.2 Panorama geral do estado de São Paulo e a ascensão da temática no município de Botucatu

Assim como qualquer outra política pública, a que aborda o refúgio necessita da aproximação para com o Estado-Membro e o município da população, justamente para cuidar de cada caso concreto individualmente, levando em consideração as características do Estado-Membro em que aquele refugiado foi inserido.

Para isso, o Estado de São Paulo criou o Comitê Estadual para Refugiados - CER/SP, pela força do Decreto Estadual nº 52.349/2007, tendo como meta efetivar o acesso à direitos para viver uma vida digna, desenvolvendo o Programa Estadual de Direitos Humanos. Instituído na Secretaria da Justiça e Cidadania, além de promover o acesso a esses direitos, uma de suas metas é conscientizar a população paulista para entender o que é o refúgio e o porquê devem auxiliá-los.

Tal comitê junto do Centro de Integração da Cidadania (CIC) se preocupam quanto às dificuldades que os refugiados encontram ao adentrar no país, e procura disponibilizar uma série de serviços que ajudem a proporcionar essa vida digna, lhes oferecendo assistência e atendimento jurídico como o acesso à Defensoria Pública do Estado na área familiar e o programa Promigra, cadastros trabalhistas como o Posto de Atendimento ao Trabalhador e até cursos de Moda e Gastronomia em parceria com o Fundo Social, para além dos canais de denúncia de xenofobia que, infelizmente, como retratado nos tópicos acima, não permite uma adequação e um sentimento de ser acolhido.

Assim como a Cáritas Paraná, o programa Cáritas Arquidiocesana de São Paulo (CASP) é um instituto religioso que busca combater a discriminação e acolher os refugiados. Deste modo,

atua principalmente na capital paulista, mas tem expressão no município de Botucatu conforme um levantamento divulgado em 2022 em parceria com a ACNUR.

Localizada no interior paulista, Botucatu vem se destacando por ser um município que acolhe as pessoas em condição de refúgio e por meio da Secretaria da Cultura Municipal, que conta com o auxílio do Projeto Reconduz, criado no ano de 2021, para acolhê-los, integrar-lhes no mercado de trabalho e proporcionar-lhes a visibilidade necessária para a valorização da sua cultura.

Assim, o projeto realiza, também, incentivos e eventos para conscientizar os botucatuenses sobre quem são e como lhes ajudar. Eventos como “Conexão Brasil-Venezuela” e “Memórias em Movimento” possibilitaram que a população da cidade tomasse nota das diferentes culturas que faziam parte dela através de exposições, rodas de conversas com grandes militantes dos direitos dos imigrantes e refugiados, como por exemplo o Abdulbaset Jarour e Prudence Kalambay, além de danças e diversas outras atividades para defender seus direitos e o merecimento de um tratamento com dignidade e respeito, sem desprezar sua origem.

Observa-se e apreende-se, por fim, que tratar o refugiado como sendo um indivíduo em pé de igualdade é a melhor maneira de promover sua integração ao país de acolhimento, de modo que os projetos e atuações existentes em âmbito estadual e municipal promovem grande diferença na forma como os direitos constitucionais são aplicados e efetivados nos entes da federação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos aspectos acima retratados, torna-se evidente a vulnerabilidade econômica e social que atingem os refugiados e a necessidade de acolhimento para que se sintam pertencentes de uma nova nação que os possibilitem ter uma vida digna. Mas, a situação que eles enfrentam é de demasiada dificuldade de inclusão, pois, percebe-se ainda que a população brasileira está tomada por preconceitos que impedem tal sentimento, tendo os refugiados de simularem ações típicas para se adequarem, perdendo a sua essência.

O Estado, dotado de soberania, possui legislações nacionais e internacionais que tratam a respeito da proteção ao refugiado e como incluí-lo na sociedade. E tal é assim que políticas públicas vêm sendo formuladas com mais frequência, como forma de auxiliar o fundamental papel exercido por organizações que os amparam e que junto do Estado, conseguem lhes proporcionar o necessário para o respeito de sua condição.

O Brasil, é conhecido como um país diversificado, democrático, que acolhe a todos. Contudo, embora a União os receba, a sociedade assim não o faz. A população brasileira tem que deixar de lado o preconceito existente nessa relação e entender que o refugiado não está no país para se aproveitar do emprego ou da destinação de verbas para determinada área, mas sim para

tentar viver uma vida assim como os brasileiros, porém, tentando esquecer o trauma que motivou a saída de seu país de origem.

Entretanto, ainda peca em realizar medidas administrativas que proporcionem um digno acolhimento a eles, tornando-se necessária, a intervenção estatal, junto das organizações, para conscientizar a população sobre o tema, suavizar a burocracia existente para o acolhimento e inclusão destes na sociedade, e efetivar os propósitos destas políticas públicas, proporcionando escolarização e profissionalização para que possam ser efetivados no mercado de trabalho, por exemplo, atenuando a vulnerabilidade econômica e social que estão acometidos.

Portanto, para além da atuação estatal, é indispensável que a população brasileira combata o preconceito existente e acolha estes indivíduos que necessitam de ajuda, uma vez que já possuem a mesma igualdade e proteção dos brasileiros, positivada na Constituição Federal.

Até porque, o Brasil, como um Estado Democrático e Social de Direito, que se considera um país plural e receptivo, não pode admitir que condutas que são totalmente ofensivas aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, estejam presentes nas atitudes de sua população, contrariando a receptividade e a tutela aos refugiados, os discriminando e deixando em uma situação de vulnerabilidade econômica e social.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Caritas e ACNUR lançam dados do perfil de refugiados no estado de São Paulo**. 11 de jul. de 2022. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2022/07/11/caritas-e-acnur-lancam-dados-do-perfil-de-refugiados-no-estado-de-sao-paulo/#:~:text=UNHCR%20ACNUR%20Brasil,-Caritas%20e%20ACNUR%20lan%C3%A7am%20dados%20do%20perfil%20de%20refugiados%20no,meios%20de%20vida%20nas%20cidades>>. Acesso em: 28 de set. de 2023.

_____. **Dados sobre Refúgio**. 14 de jun. de 2023. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 6 de jul. de 2023.

_____. **Políticas Públicas**. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/politicas-publicas/>>. Acesso em: 07 de jul. de 2023.

_____. **Políticas públicas do Brasil impulsionam inclusão de refugiados e migrantes da Venezuela, mas desafios permanecem**. 17 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2021/05/17/politicas-publicas-do-brasil-impulsionam-inclusao-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-mas-desafios-permanecem/#:~:text=O%20Brasil%20prove%20assistência%20social,da%20pandemia%20do%20novo%20coronavírus>>. Acesso em: 07 de jul. de 2023.

_____. Painel interativo de decisões sobre refúgio no Brasil. 02 de jan. de 2023. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3OTdiZjctNGQwOC00Y2FhLTgxYTctNDNlN2ZkNjZmMwVlliwidCI6ImU1YzM3OTgxLTY2NjQtdEzNC04YTBjLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9>>. Acesso em: 16 de

maio de 2023.

_____. **Perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil:** subsídios para elaboração de políticas. 2019. Disponível em: < <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Pesquisa-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-Refugiados-ACNUR.pdf>> Acesso em: 03 jul. 2024.

ALBUQUERQUE, Letícia; PERTILLE, Thais Silveira. O Princípio da Dignidade Humana como Salvaguarda da Proteção ao Refugiado. **Revista Jurídica**, vol. 03, n°. 48, Curitiba, 2017. pp. 358-387. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2185>>. Acesso em: 07 de jul. de 2023.

ALMEIDA, Maicon Salvino Nunes de. **Educação para refugiados congoleses em Duque de Caxias/RJ:** a (in)devida inclusão de crianças e adolescentes. 2017. 53 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2017. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/2255>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. *Ebook*.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de, 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de jul. de 2023.

_____. Lei nº9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 de jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 12 de jul. de 2023

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7867267/mod_resource/content/1/A_afirmacao_historica_dos_direitos_human%20%281%29.pdf> Acesso em: 07 de jul. de 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Grandes Litigantes. 18 de jul. de 2023. Disponível em: <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>> Acesso em 22 de jul. de 2023

PORTAL DE DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração e Programa de Ação de Viena – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, 14-25 jun. 1993. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>> Acesso em: 07 de jul. de 2023.

ERNST, Jette. SCHLEITER, Astrid Jensen. *Organizational identity struggles and reconstruction during organizational change: narratives as symbolic, emotional and practical glue*. **Organization Studies**, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/333673943_Organizational_Identity_Struggles_and_Reconstruction_During_Organizational_Change_Narratives_as_symbolic_emotional_and_practical_glu_e> Acesso em: 10 de maio de 2023.

GARCIA, Amanda; BRITO Letícia; VIDICA, Letícia. Brasil vende imagem de país acolhedor, mas há xenofobia, diz especialista. **CNN Plural**. 22 de mar. de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-vende-imagem-de-pais-acolhedor-mas-ha-xenofobia-diz-especialista/>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

GIROTO, Giovani; PAULA, Ercília Maria Angeli Teixeira de. IMIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL. **Rev. Espaço do Currículo (online)**, João Pessoa, v. 13, n.1, p. 164-175, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/rec/article/view/43867>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

IRIGARAY, Hélio Arthur Reis; ANDERSON, Renata; VELLASQUEZ, Flávio; FILARDI, Fernando. Seu lar, meu refúgio: sobre o que ser um refugiado no Brasil. **Cad. EBAPE.BR**, v. 19, n° 2, Rio de Janeiro, abr./jun. 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cebape/a/pJyQR6p3hXHv5rkHfQcg39m/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

JOSÉ, MARTA. São Paulo Acolhe Refugiados. Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo. 20 de jun. de 2021. Disponível em: <<https://justica.sp.gov.br/index.php/sao-paulo-acolhe-refugiados/>>. Acesso em: 28 de set. de 2023.

MARQUES, Cláudia Villagra da Silva. HORVATH JÚNIOR, Miguel. **A inclusão econômica do refugiado através da previdência social**, Tomo Direito Econômico, Edição 1, Junho de 2024. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/593/edicao-1/a-inclusao-economica-do-refugiado-atraves-da-previdencia-social>> Acesso em: 03 jul. 2024.

MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. **Revista Brasileira de Política Internacional**, 53 (1): 111-129, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbpi/a/4Hd4sbg45CnrH6dyZ4DXnVs/>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

NOGUEIRA, Maria Beatriz; MARQUES, Carla Cristina. Brazil: Ten years of refugee protection. **Forced Migration Review**, N° 30, 2008, p. 57-58. Disponível em: < <https://www.fmreview.org/burma/nogueira-marques>> Acesso em: 20 de maio de 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional**. IN: LEITE, G.; SARLET, I. Direitos Fundamentais e Estados Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT/Coimbra, 2009.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1961. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5502200/mod_resource/content/1/Caio%20Prado%20Jr.%20-%20Formação%20do%20Brasil%20contemporâneo.pdf>. Acesso em:

20 de maio de 2023.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. **Direitos humanos e educação: uma relação indissociável**. Curitiba: Bagai, 2020. Disponível em: <<https://editorabagai.com.br/product/direitos-humanos-e-educacao-uma-relacao-indissociavel/>>. Acesso em: 07 de jul. de 2023.

RICHTER, João Antonio Cardoso. A crise na legitimidade da Democracia Liberal e a busca da Justiça em uma sociedade plural. **Revista Perspectivas Sociais**, 11 de fev. de 2023. Disponível em: <<https://revistas.ufpel.edu.br/index.php/perspectivas/article/view/5476>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. Multiculturalismo e Direitos: uma abordagem conceitual. **Revista Gestão & Políticas Públicas**, v. 10, n. 1, p. 11-31, 2020. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/183509>>. Acesso em: 07 de Jul. de 2023.

SILVA, Leda Maria Messias da; TEIXEIRA, Rene Dutra. O SOFRIMENTO DOS REFUGIADOS EM FACE À EXCLUSÃO DA VIDA DIGNA E DO TRABALHO DECENTE. **Argumenta Journal Law**, [S. l.], n. 36, p. 263–294, 2022. DOI: 10.35356/argumenta.v0i36.2009. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/280>>. Acesso em: 3 jul. 2024.

SILVA, Lucas Reche da. **A inclusão de imigrantes na educação básica em Caxias do Sul: um estudo de caso na perspectiva das violências de Galtung e Fanon**. 2018, 107 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Humanidades, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8012>>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

SILVA, Pablo Marlos Medeiros da; EL AOUAR, Walid Abbas; DA SILVA, Arthur William Pereira; DE OLIVEIRA, Wanderson Fernandes Modesto. Os Desafios da Integração de Refugiados em Suas Experiências de Trabalho nas Organizações, **Anais do XLIV Encontro da ANPAD**, 14 a 16 out. 2020. 2177-2576. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/345139994_Os_Desafios_da_Integracao_de_Refugiados_em_Suas_Experiencias_de_Trabalho_nas_Organizacoes>. Acesso em: 20 de maio de 2023

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WESTIN, Ricardo. **Por preconceito e desinformação, empresas evitam contratar refugiados**. Agência Senado, Edição 690, Refugiados, 14 out. 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/por-preconceito-e-desinformacao-empresas-evitam-contratar-refugiados>> Acesso em: 03 jul. 2024.

ENVELHECENDO COM DIGNIDADE - A EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

Fernanda Sabião ESPINHARA¹

RESUMO

A questão do aumento do número de pessoas idosas é uma das principais preocupações da sociedade moderna, e este fenômeno ocorre pelos avanços tecnológicos e da medicina, as melhorias no saneamento básico e na alimentação, favorecendo deste modo, um envelhecimento populacional. A importância do tema se deve ao grande índice de pessoas idosas no Brasil e, conseqüentemente, à necessidade de garantir seus direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho enfatiza que não basta ter mais anos de vida se a velhice não pode ser vivida com dignidade. O aspecto fundamental deste trabalho é a reflexão do papel da família, da sociedade e do Estado no processo de envelhecimento, já que se trata de uma delicada faixa etária da população, que tem que ser vista de forma diferente, respeitando suas peculiaridades. A legislação brasileira apesar de, aparentemente, proteger e proporcionar melhor qualidade de vida ao idoso, não condiz com a realidade apresentada, não gerando então a esperada e necessária eficácia. Na realidade, toda a responsabilidade deve ser dividida entre os três pólos. A família, a sociedade e o Estado devem assegurar a efetividade dos direitos das pessoas idosas, com o objetivo de que todos possam envelhecer com dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Envelhecimento. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos.

ABSTRACT

The issue of the increasing number of older people is one of the major concern of modern society, and this phenomenon occurs due to technological advances and medicine, improvements in sanitation and nutrition, which bring the population aging as a consequence. The importance of this topic is related to the high rate of elderly people in Brazil and, consequently, the need to ensure their fundamental rights. In this sense, this work emphasizes that it is not enough to have more years old if the old age cannot be lived with dignity. The central aspect of this work is the reflection of the role of family, society and State in the aging process, since we are talking about a delicate age of the population, which has to be seen differently, respecting its peculiarities. Although Brazilian law apparently protects and provides better quality of life for the elderly, it does not match the reality presented, not generating the expected and required efficiency. In reality, all responsibility must be divided between the three poles. Family, society and State must ensure the realization of the rights of older people, in order to ensure that everyone can age with dignity.

KEYWORDS: Elderly. Aging. Dignity of the Human Person. Rights.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, ao longo das últimas décadas, tem enfrentado um significativo envelhecimento de sua população, impulsionado por avanços na medicina, melhorias em saneamento básico e alimentação, que aumentaram a expectativa de vida. A realidade demográfica atual apresenta um crescente número de indivíduos idosos, o que exige uma reavaliação das políticas públicas e das

¹ Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Assistente em Administração da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Campus Cornélio Procópio (UTFPR). Advogada. E-mail: fernandasabiao2015@gmail.com

estruturas legais destinadas a garantir a dignidade e os direitos fundamentais desta faixa etária. Embora o país tenha estabelecido um marco legal considerável para a proteção dos idosos, como a Constituição de 1988 e o Estatuto do Idoso de 2003, a implementação prática dessas leis ainda enfrenta desafios significativos.

Este artigo busca explorar a efetividade das leis e políticas públicas destinadas aos idosos no Brasil, discutindo como essas medidas são aplicadas e quais são as principais barreiras para sua plena realização. Destacaremos o papel crucial da família, sociedade e Estado no processo de envelhecimento, considerando a necessidade de uma abordagem que respeite as peculiaridades dessa delicada fase da vida. Além disso, a análise enfatizará a discrepância entre a proteção legalmente estipulada e a realidade vivida pelos idosos, propondo soluções para uma integração mais eficaz e humanizada do idoso na sociedade brasileira.

A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, em conjunto com análise de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), além de observações com relação à aplicação dos direitos dos idosos. Inicialmente a pesquisa propõe uma análise sobre o conceito de idoso, ressaltando os direitos garantidos e as transformações legislativas do ordenamento brasileiro. Por fim, examina-se se há, de fato, a efetividade destes direitos, destacando-se o papel da família, da sociedade e do Estado na garantia de uma vida digna aos idosos.

2. A EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO IDOSO

A situação dos idosos na sociedade brasileira é de discriminação, preconceito e marginalização do convívio social, e com o aumento no número de pessoas idosas em todos os países, inclusive no Brasil, uma mudança neste cenário torna-se fundamental. Na tentativa de garantir um envelhecimento com dignidade, foram editados diversos dispositivos legais sobre os direitos das pessoas idosas. Assim, faz-se necessária uma explanação aprofundada sobre o tema, com o objetivo de demonstrar qual a realidade dos idosos neste país.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (2005, p. 5) a capacidade funcional do ser humano (capacidade ventilatória, força muscular e débito cardíaco) aumenta durante a infância e atinge seu máximo nos primeiros anos da vida adulta, e logo em seguida, cai em declínio. Contudo a velocidade em que a capacidade funcional diminui, depende de fatores relacionados ao estilo de vida na fase adulta, como por exemplo, o tabagismo, o consumo de bebida alcoólica, a prática de exercícios físicos e uma boa alimentação. Deste modo, cada pessoa sofre os efeitos do envelhecimento de forma singular.

A velhice não é sinônimo de doença. Embora as habilidades cognitivas e o controle físico diminuam com o passar dos anos, o envelhecimento não pode ser considerado apenas como um processo degenerativo do organismo. Portanto, esta imagem negativa da velhice deve ser desmitificada.

Para cada pessoa o processo de envelhecimento pode ocorrer de forma diferente: para alguns mais cedo, para outros mais tarde. Não existe uma idade universalmente aceita como limiar da velhice, tendo em vista que o envelhecimento está diretamente relacionado com o meio onde se vive, sua classe econômica, seu nível cultural e sua qualidade de vida.

Segundo Bobbio (1997, p. 17), o conceito legal de idoso pode seguir três critérios: o cronológico, o psicológico e o econômico-social. O cronológico estabelece uma idade padrão, e é o mais utilizado pelas legislações e para fins de estudos. Para o segundo critério, uma pessoa somente será considerada idosa se as condições físicas e psicológicas forem compatíveis com o envelhecimento. Por fim, o critério econômico-social considera uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, estabelecendo que o hipossuficiente é aquele que precisa de maior proteção.

Durante a realização da Primeira Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento Populacional, em 1982, realizada pela Organização das Nações Unidas, foi editada a Resolução nº 39/125, a qual estabeleceu 60 anos como idade padrão de velhice para países em desenvolvimento, e 65 anos para países desenvolvidos (RAMOS, 2014, p. 103).

Contudo, há críticas para a adoção do critério cronológico. Para Braga (2011, p. 04) “o grande problema do critério cronológico é de não considerar as diferenças pessoais e a larga faixa etária que se vê abrangida pelo conceito [...]”. Cada pessoa pode sofrer os efeitos da velhice de forma diferente, porque pode haver enorme diferença no estado de saúde entre duas pessoas com 60 anos, uma delas pode ser debilitada, enquanto a outra pode apresentar plena saúde.

No entanto, estabelecer 60 anos como parâmetro de envelhecimento é essencial para fins didáticos e para aplicação de políticas públicas, sempre levando em consideração as particularidades de cada caso. Deste modo, o artigo 1º da Lei 10.741/03, mais conhecido como Estatuto do Idoso, considerou como pessoa idosa, aquela com idade superior ou igual a 60 anos: “*É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos*”.

De acordo com o Censo de 2022 (IBGE, 2023):

Em 2022, o total de pessoas com 65 anos ou mais de idade no país (22.169.101) chegou a 10,9% da população, com alta de 57,4% frente a 2010, quando esse contingente era de 14.081.477, ou 7,4% da população. Já a população idosa de 60 anos ou mais é de 32.113.490 (15,6%), um aumento de 56,0% em relação a 2010, quando era de 20.590.597 (10,8%). É o que revelam os resultados do universo da população do Brasil desagregada

por idade e sexo, do Censo Demográfico 2022. Esta segunda apuração do Censo mostra uma população de 203.080.756 habitantes, com 18.244 pessoas a mais do que na primeira apuração.

Nos últimos anos, ocorreu um crescimento da população idosa tanto em nível mundial, como também no Brasil. O envelhecimento de uma população é um triunfo, pois significa que as condições de vida naquele local estão contribuindo para que as pessoas vivam mais. Porém, este envelhecimento também é um dos maiores desafios do Poder Público, porque o aumento do número das pessoas idosas gera também um aumento das demandas sociais, econômicas, e da seguridade social.

Com a ocorrência deste fenômeno, o universo jurídico deve estar preparado para lidar com questões que versem sobre os direitos das pessoas idosas. O direito tanto pode surgir como resposta a uma situação apresentada, quanto pode ser um instrumento de adequação da sociedade, que precisa reconhecer o idoso como sujeito de direitos.

Após delinear o cenário geral e as necessidades emergentes na introdução, é crucial examinar mais de perto como essas mudanças demográficas afetam diretamente os idosos. A próxima seção discute a evolução da população idosa e explora as vulnerabilidades específicas enfrentadas por esse grupo, revelando as lacunas entre a legislação existente e as realidades cotidianas.

Tendo em vista os desafios destacados anteriormente, que sublinham a marginalização e as dificuldades enfrentadas pelos idosos, torna-se imperativo analisar o quadro jurídico que molda a proteção dos direitos desta faixa etária. A seguir, exploraremos o contexto legal que engloba esses direitos e as políticas formuladas para assegurar o bem-estar e a dignidade dos idosos no Brasil.

3. CONTEXTO LEGAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

A preocupação com a situação dos idosos na sociedade brasileira, infelizmente, é relativamente recente. A partir da década de 80 é que a comunidade científica e grupos de direitos humanos passaram a se preocupar com a discriminação que o idoso sofria, principalmente após a promulgação da Constituição Federal em 1988. Nesta época, havia um grande número de idosos que eram esquecidos em instituições asilares e preocupavam os profissionais que atuavam na área. Somente mais tarde, em 1994, com o advento da Política Nacional do Idoso é que o debate sobre a exclusão social das pessoas idosas foi difundido com mais propriedade na sociedade.

Assim, a Constituição Federal de 1988, lutando contra a discriminação e o preconceito, estabeleceu no artigo 3º, inciso IV, institui como objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceito com origem, raça, sexo, cor e idade, ou qualquer outra forma de

discriminação” (BRASIL, 1988). Mas o constituinte não se limitou apenas a resguardar o direito dos idosos no dispositivo genérico, isso foi reforçado durante todo o texto constitucional.

Ademais, os arts. 229 e 230 foram reservados para fazer alusão direta à velhice. Veja-se: os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; 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, garantindo-lhes o direito à vida; os programas de amparo aos idosos devem ser preferencialmente executados nos lares; aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes urbanos. E para fechar o conjunto de normas protetivas, o constituinte inseriu no art. 203 da Constituição de 1988 a seguinte determinação: a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à velhice. Ademais, garantiu um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (RAMOS, 2014, p. 111).

Dessa forma, é possível constatar que a velhice foi tratada como direito humano fundamental perante a Constituição Federal de 1988, sendo a partir de então construído um sistema que tratou do tema de forma específica.

O marco histórico dos direitos da população idosa no Brasil se dá no ano de 1994, com a promulgação da Lei 8.842 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso, tendo como objetivo assegurar os direitos sociais das pessoas idosas, criando condições para promover sua autonomia e participação efetiva na sociedade. A Lei dispõe sobre os princípios, diretrizes, organização, ações governamentais e disposições gerais que devem orientar as esferas federais, estaduais e municipais na proteção das pessoas idosas.

Trata-se de um programa de ações que requer uma ação conjunta dos Ministérios responsáveis pela assistência e promoção social, com a participação dos Conselhos de todas as esferas. A Lei ainda define as competências dos órgãos e entidades públicas na área de promoção e assistência social, na área da saúde, da educação, da habitação, do trabalho, da justiça, e da previdência social, e por fim na área de cultura, esporte e lazer.

A Política Nacional do Idoso traz orientações ao Poder Público sobre o tema, carregando, ainda, orientações diversas na área da gerontologia e da saúde. O documento propõe apoio aos cuidadores informais, bem como formação geriátrica nos cursos superiores da área da saúde, objetivando capacitar recursos humanos com preparo para atender às demandas das pessoas idosas e de seus familiares, buscando um envelhecimento saudável.

Desde a Constituição Federal de 1988, que estabelece a proteção como um dever da família, sociedade e Estado, até a implementação do Estatuto do Idoso em 2003, várias medidas foram adotadas para garantir direitos básicos como saúde, transporte e assistência social. No entanto, a eficácia dessas políticas ainda é um campo aberto a muitos desafios.

A partir da edição da Política Nacional do Idoso, a produção legislativa de direitos das pessoas idosas começou a se intensificar e o idoso foi inserido no contexto do ordenamento jurídico. Em 1996, foi editado o Decreto nº 1.904, que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH – I), com propostas de ações governamentais e de políticas públicas para a promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil. Este programa incluiu definitivamente o idoso como sujeito de direitos fundamentais, estabelecendo um conjunto de políticas públicas para a terceira idade, de curto, médio e longo prazo.

Outra produção normativa editada com base na Lei 8.842/94 é Decreto nº 1.948 de 03 de julho de 1996, que regula a Política Nacional do Idoso, o qual define em seus artigos 3º, 4º e 17 sobre a modalidade asilar e não-asilar de atendimento. Este decreto foi de fundamental importância, pois até então, não havia um dispositivo que regulamentasse as instituições de atendimento ao idoso. A Lei ainda determina que o idoso que não possui meios financeiros suficientes para custear sua sobrevivência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de ajudar na sua subsistência, será assegurado a assistência asilar pelo Poder Público, em todas as esferas, ou seja, pela União, pelos Estados, e pelos Municípios.

Visando uma maior proteção aos idosos, foi editada a Lei 10.048, em 08 de novembro de 2000, que estabeleceu prioridade no atendimento dos idosos com 65 anos ou mais em repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e em instituições financeiras.

Até então, verifica-se que a produção legislativa que havia no Brasil, orientava principalmente a atuação do Estado em relação às pessoas idosas, mas poucos direitos eram assegurados a esta parcela da população. Assim, para trazer mais proteção e a valorização social ao idoso, foi editada a Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso. Ele estabeleceu um conjunto de direitos fundamentais, garantias e efetividade desses direitos, onde podem ser destacados: o atendimento preferencial em órgãos que prestem serviços; garantia à assistência social e saúde; transporte coletivo gratuito para os maiores de 65 anos, dentre muitos outros dispositivos.

Dividido em sete capítulos, com 118 artigos, o Estatuto do Idoso é inspirado numa filosofia de cunho humanista, tendo como principal finalidade o usufruto dos direitos fundamentais e de proteção garantidos aos idosos. Possui como títulos: disposições preliminares, dos direitos fundamentais, das medidas de proteção, da política de atendimento ao idoso, do acesso à justiça, dos crimes, e das disposições finais e transitórias.

A referida Lei trouxe grandes inovações quanto às garantias, aos procedimentos e às políticas de proteção aos idosos. O primeiro grande avanço do Estatuto foi definir expressamente quem é considerado idoso no Brasil para fins de políticas públicas, assim, o artigo 1º estabeleceu

que a pessoa idosa é aquela com idade igual ou superior a 60 anos.

Outro grande marco foi a promulgação da Lei 14.423, de 22 de julho de 2022 que alterou o Estatuto do Idoso para substituir em toda a lei as expressões “idoso” e “idosos” pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”. Ainda, essa alteração implementou a figura do super idoso, em que é assegurada prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos, atendendo-se às suas necessidades sempre preferencialmente em relação às demais pessoas idosas (BRASIL, 2022).

Embora o marco legal, como discutido na seção anterior, forneça uma estrutura robusta para a proteção dos idosos, a implementação prática dessas leis enfrenta obstáculos significativos. A próxima seção aborda esses desafios, destacando as barreiras que impedem a efetiva realização dos direitos dos idosos e propondo caminhos para superar essas limitações.

4. DESAFIOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

A edição de leis específicas, como o Plano Nacional do Idoso, o Estatuto do Idoso e a Política Nacional da Saúde da Pessoa Idosa, garantem importantes direitos e, sem dúvida, é um grande avanço para a sociedade. No entanto, apesar dessas proteções legais, muitos idosos ainda enfrentam dificuldades no acesso a esses direitos garantidos por lei. A lacuna entre a legislação e sua aplicação prática se deve a vários fatores como a falta de recursos financeiros e humanos, ausência de um sistema robusto e efetivo para monitorar e avaliar as políticas públicas e a própria fragmentação das responsabilidades entre diferentes níveis de governo, levando a esforços descoordenados que diluem a eficácia das políticas públicas. Assim, um dos principais desafios quando se trata do direito das pessoas idosas é democratizar esses direitos e fazer com que eles possam ser garantidos ao maior número de pessoas.

Nesse sentido, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa - CNDPI, é um órgão colegiado e vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos, que tem como objetivo elaborar diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional do Idoso. Inclusive, uma das competências do órgão é supervisionar, acompanhar e fiscalizar a política nacional, bem como apoiar os conselhos e os órgãos estaduais, distritais e municipais dos direitos da pessoa idosa e as entidades não governamentais, de modo a efetivar esses direitos (Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, 2024).

Outro importante instrumento para a implementação de política social é a Secretaria Federal de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, que atualmente possui vinculação com o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. É prioridade da Secretaria a implementação de políticas públicas que visam garantir os direitos humanos das pessoas idosas, nesse sentido, está dentro do escopo da Instituição propor políticas e estratégias visando a promoção e a defesa dos

direitos da pessoa idosa. (Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, 2024).

Para garantir uma melhor qualidade de vida às pessoas idosas, não basta que sejam asseguradas prestações fundamentais como a alimentação, a saúde, e a moradia, porque também é fundamental que o idoso esteja incluído no seio familiar, para que possa sentir-se realizado psicologicamente.

Tamanha é a importância do papel da família na velhice, que o artigo 229, *in fine*, da Constituição Federal estabeleceu que “[...] os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Esta obrigação decorre do princípio da solidariedade familiar, o qual determina que esta relação impõe deveres recíprocos aos seus integrantes, e esta solidariedade não é apenas alimentar, mas também afetiva e psicológica. No mesmo sentido, ficou estabelecido no artigo 230 da Constituição, que é responsabilidade da família “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Entretanto, não se confunda cuidado com proteção. Cuidado pressupõe elementos subjetivos como carinho e afeto, e só podem ser oferecidos pela família. Já a proteção ao envelhecimento é obrigação principal do Estado, o qual tem o dever de concretizar os direitos fundamentais.

Portanto, a família tem o dever principal de cuidar dos idosos em suas necessidades básicas, e este dever consiste em acolhimento familiar, acompanhamento e assistência nas atividades do cotidiano, oferecer um ambiente favorável, e por fim, o dever de prestar alimentos.

Existem diversos casos em que o idoso está doente, ou com condições tão limitadas que acaba se tornando dependente de sua família para as atividades do cotidiano. O que acontece é que os próprios membros familiares passam a ser cuidadores deste idoso, porém como na maioria dos casos a família não possui um preparo e um apoio especializado para aprender como lidar com esta pessoa que se encontra vulnerável, esta situação pode apresentar um grande desgaste na estrutura familiar.

Nestes casos, a melhor forma de resolver a situação é contratar um profissional especializado para acompanhar os idosos nas atividades corriqueiras, e quando não há condições para tal situação, o Poder Público deveria dar todo o suporte à família, disponibilizando cuidadores, ou criando espaços multidisciplinares em que o idoso pudesse frequentar durante o dia com atividades que engrandeceram sua rotina.

Porém, esta não é a realidade no Brasil. O Estado não oferece programas de apoio para as famílias, que por muitas vezes “esquecem” os idosos em instituições de longa permanência, isolando-os do convívio familiar e social. Esta situação prejudica, e muito, a qualidade de vida do

idoso, pois eles compreendem que a sua própria família o considera um estorvo.

Infelizmente, nem todas as famílias exercem seu papel, porque é grande o número de idosos que vêm sendo abandonados e menosprezados por seus familiares, sendo-lhes negados afeto e respeito, ocasionando a exclusão do idoso do convívio familiar. Neste contexto:

O abandono afetivo na velhice gera um sentimento de tristeza e solidão, provocando perdas graves à autoestima do idoso, provocando deficiências funcionais no organismo e dificuldades na vida social, deixando o idoso muitas vezes em situação de risco, o que configura uma lesão à dignidade da pessoa humana. (BORIN; ARMELIN, 2014, p. 2011)

Somente em casos excepcionais, quando os conflitos familiares colocam em risco a segurança, a saúde e o patrimônio do idoso, é necessário que ele se afaste de seus familiares. Embora o ordenamento priorize o convívio familiar, existem situações insustentáveis em que a própria família é o agente agressor da pessoa idosa, abandonando-a, colocando sua integridade em risco, desviando-lhe bens, além de cometerem agressões físicas.

O Estatuto do Idoso enumerou os crimes nos artigos 95 a 108, além daqueles tipificados no Código Penal que podem ser aplicados ao agente agressor, como por exemplo, os crimes de sequestro e cárcere privado (artigo 148), lesões corporais (artigo 129) e o crime de abandono material (artigo 244).

Contudo, em que pese o Estatuto do Idoso ter trazido inovações na esfera dos crimes contra os idosos, a violência ainda existe e as leis ainda continuam sem eficácia. Infelizmente esta é uma questão que também acontece na esfera do Direito Penal, nos crimes comuns, em que falta efetividade na aplicação da lei. Observa-se, porém, que esta problemática versa mais sobre uma questão de aplicabilidade da lei penal e de segurança pública, da qual não trata o presente trabalho.

Em suma, o que se destaca é uma atuação mais rigorosa do Estado no combate ao crime contra as pessoas idosas, conscientizando a população de sua obrigação de denunciar às autoridades qualquer forma de abuso contra essas pessoas, bem como uma conscientização de que é papel da família cuidar do idoso, e não ser seu agente agressor. É imprescindível que a violência contra o idoso seja severamente punida, e sirva de prevenção para novos ataques, tendo em vista que essas pessoas são mais vulneráveis em decorrência do envelhecimento.

Em que pese o ordenamento jurídico tenha estabelecido que o papel do Estado é subsidiário em relação ao papel da família, atualmente há um número elevado de casos de abandono de idosos que não podem ser ignorados. Uma atitude efetiva deve ser tomada pelo Poder Público, porque quando a família não possui condições de cumprir com o seu compromisso de cuidados com a pessoa idosa. Sendo assim, o Estado deve ampará-la por meio de assistência financeira e por meio de políticas sociais.

No mesmo sentido, é dever do Estado conscientizar a população de que os idosos merecem respeito, por meio de políticas públicas, como campanhas publicitárias, programas de valorização do idoso e ações informativas em escolas.

Com base nas disposições constitucionais e na Lei 10.741/03, o Ministério Público foi, sem dúvida alguma, a instituição que recebeu a maior carga de obrigação para a defesa dos direitos dos idosos. Para alguns, a instituição passou a ser a guardiã natural dos direitos e interesses da pessoa idosa.

Toda a responsabilidade, na verdade, deve ser dividida entre os três pólos: a família, a sociedade, e o Estado. Eles têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem estar e direito à vida. O processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, sendo objeto de conhecimento e informação para todos sem distinção etária.

CONCLUSÃO

À medida que a população brasileira envelhece, torna-se cada vez mais imprescindível que as políticas públicas e as legislações desenvolvidas para proteger os idosos sejam não apenas eficientemente implementadas, mas também continuamente revisadas e adaptadas às necessidades emergentes dessa demografia em expansão. O Estatuto do Idoso e outras legislações relevantes representam passos significativos na direção correta, mas a aplicação prática dessas leis ainda deixa a desejar, o que exige uma resposta mais robusta e coordenada de todos os setores da sociedade.

Este trabalho destacou a complexidade e a multidimensionalidade dos desafios enfrentados pelos idosos no Brasil, incluindo a marginalização social, a inadequação dos cuidados de saúde, e a insuficiente proteção legal contra abusos e negligência. Fica claro que a legislação por si só não é suficiente sem um compromisso concreto e ações efetivas que envolvam a família, a sociedade civil e o Estado em uma frente unificada para garantir o bem-estar dos idosos.

Ademais, é fundamental reconhecer que a dignidade na velhice é um direito humano inalienável, que requer uma abordagem proativa para assegurar que os idosos possam viver com segurança, respeito e dignidade. A educação continua a ser uma ferramenta vital nesse processo, não apenas para os idosos, mas para toda a sociedade, no sentido de promover uma mudança cultural que valorize o envelhecimento e reconheça os idosos como membros ativos e valiosos da comunidade.

Portanto, enquanto o Brasil avança, é crucial que as políticas públicas sejam desenhadas para serem inclusivas e adaptáveis às variações das necessidades dos idosos. Isso inclui a alocação de recursos adequados, a formação de profissionais qualificados para lidar com as especificidades

do envelhecimento, e a implementação de estratégias que fomentem uma rede de suporte social que envolva desde familiares até serviços comunitários e instituições governamentais. Somente assim poderemos garantir que os direitos dos idosos sejam mais do que promessas legais, tornando-se realidades tangíveis que melhoram a qualidade de vida de todos os cidadãos na terceira idade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BORIN, Roseli; ARMELIN, Priscilla Kutne. **Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral**. Jacarezinho: Revista Argumenta, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/448-1250-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014, 13:03.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

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>. Acesso em: Acesso em: 09 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1.904**, de 13 de maio de 1996. Programa Nacional de Direitos Humanos - 1. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 1996. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh1.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2014, 22:04.

BRASIL. **Lei nº 8.842**, de 04 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014, 10:49.

BRASIL. **Lei nº 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014, 09:17.

BRASIL. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.423**, de 22 de julho de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14423.htm#art2. Acesso em: 10 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA. **Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa (CNDPI)**. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/cndpi>. Acesso em: 10 jul. 2024.

HOGEMANN, E. R. R. S., RODRIGUES JUNIOR, S. A., & GONÇALVES, C. M. (2022). **Efetividade dos Direitos dos Idosos no Brasil: A proteção ao idoso Pós-Constituição de 1988**. REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, 3(1). Recuperado de <https://seer.unirio.br/rdpp/article/view/10535>. Acesso em: 10 jul. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos**. IBGE. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12->

O ENCARCERAMENTO EM MASSA DAS MULHERES MÃES: A EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Laura Bianchi PICININ¹

RESUMO

Tomando como base a metodologia explicativa e dedutiva, o presente artigo visa expor sobre as principais causas da superlotação em presídios brasileiros, em especial aos femininos. Tem o objetivo de discorrer sobre os possíveis motivos da prisão em massa das mulheres mães, elucidando as malélicas consequências que o cárcere traz tanto para elas quanto para seus filhos. Não obstante, será exposto sobre o tratamento e as situações degradantes vividas dentro das celas, deixando-as totalmente vulneráveis, a mercê do cárcere. Por fim, deverá ser observado se os direitos fundamentais estão sendo efetivamente garantidos dentro dos presídios, em prol de resguardar, acima de tudo, a vida e a integridade física e psicológica das mulheres mães e das crianças, não cerceando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento em massa. Presídios femininos. Direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

Using an explanatory and deductive methodology as a basis, this article aims to discuss the primary causes of overcrowding in Brazilian prisons, with a particular focus on women's facilities. It seeks to examine the potential reasons behind the mass incarceration of mothers, shedding light on the harmful consequences that imprisonment has on both the women and their children. Furthermore, the article will explore the degrading treatment and conditions experienced within the cells, which leave the inmates completely vulnerable and at the mercy of the prison system. Finally, it will assess whether fundamental rights are being effectively upheld within these institutions, with the overarching goal of safeguarding the life and the physical and psychological integrity of both the incarcerated mothers and their children, not restricting the principles of broad defense and adversarial proceedings.

KEYWORDS: Mass incarceration. Women's prisons. Fundamental rights and guarantees.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará sobre o encarceramento em massa das mulheres mães, as principais causas das prisões e, as maiores consequências que o cárcere traz, tanto para as mulheres como para seus filhos, elucidando o grande prejuízo causado no desenvolvimento e crescimento das crianças, gerando impacto na criação da relação de vínculos e afetividade.

Os motivos que levaram a autora a decidir este tema foi que, a superlotação nos presídios femininos no Brasil é um problema muito complexo, originado de diversos fatores interligados, que afetam tanto o sistema de justiça quanto as condições sociais das mulheres encarceradas. Esse fenômeno não apenas exacerba as condições de vida dentro das prisões, mas também reflete falhas

¹ Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Faculdade de São Vicente – UNIBR. Link do Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2151773841433821>>. E-mail: laura_bianchi_picinin@hotmail.com

estruturais e políticas que precisam ser abordadas, posto que tal problemática permeia nos dias atuais. Além disso, o interesse surgiu diante dos estágios realizados durante a graduação nas instituições da Defensoria Pública e da Polícia Civil, os quais foi possível obter contato diretamente com mulheres mães que já tinham passado pelo cárcere e contato com autos de prisões em flagrante de mulheres também mães, sendo que, em ambos os casos, na grande maioria das vezes, tratava-se de cometimento do delito de tráfico de drogas.

Ao longo do trabalho, será abordado os principais preceitos dos direitos humanos, em especial o disposto na Corte Interamericana e na Constituição Federal Brasileira, os quais são caracterizados conjuntamente pela interação legal e institucional, influenciando diretamente na proteção dos Direitos Humanos no Brasil, posto que este é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, desde 1992.

Fundamentais também são as Regras de Tóquio e de Bangkok, que serão elucidadas para orientar os Estados membros da ONU na implementação de políticas e práticas que garantam um sistema penitenciário justo, humano e eficaz, com principal objetivo de estabelecer padrões internacionais para o tratamento de pessoas presas e a administração de instituições penais, visando a promoção ao respeito aos direitos humanos dos presos, melhorar as condições de encarceramento e garantir que as práticas penitenciárias estejam alinhadas com as normas internacionais de direitos humanos, resguardando sempre o princípio da dignidade humana.

Por fim, a conclusão será feita cautelosamente, de maneira apreciada, evidenciando os resultados obtidos e expressos os argumentos sobre o supracitado tema, controlando seus freios e contrapesos, a fim de equilibrar os principais polos discutidos e preservar sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, principal e especialmente às mulheres mães dentro do cárcere.

2. OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos das pessoas perante a proteção jurídica dos direitos das pessoas podem provir da ordem interna (estatal), que está diante da proteção dos direitos fundamentais, ou da ordem internacional (sociedade internacional), que está diante dos direitos humanos. Esses últimos são direitos indispensáveis, de proteção contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição, sob pena de responsabilidade internacional.

Os direitos do homem é uma expressão de cunho *jus* naturalista, a uma série de delitos naturais, aptos à proteção global do homem e válidos em todos os tempos, que infelizmente, ainda não possuem previsão expressa nos textos constitucionais ou tratados internacionais de proteção. Ao passo que a expressão direitos fundamentais, afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, são direitos garantidos e limitados no tempo e espaço, vigentes em uma ordem jurídica interna dos

Estados, que se situam positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. Há de se falar em “direitos humanos”, referindo-se a direitos inscritos em normas internacionais, principalmente tratados e declarações ou previstos em costumes internacionais.

Em relação à proteção dos direitos das pessoas, os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os “direitos fundamentais” (internos), podemos idealizar, então, que os direitos fundamentais se encaixam dentro da esfera dos direitos humanos. Uma interessante característica é que os direitos humanos podem ser vindicados indistintamente por qualquer cidadão e em qualquer condição, verificando-se apenas a violação de um direito reconhecido em norma internacional, aceita pelo Estado em cuja jurisdição se encontre. Ademais, conforme será explanado abaixo, o mesmo texto constitucional faz alusão a esses direitos.

Os direitos humanos consistem em direitos naturais garantidos a todo e qualquer indivíduo e se estendem a pessoas de todos os povos e nações, independentemente de sua classe social, gênero, nacionalidade, etnia, orientação sexual ou posicionamento político e religioso. Tem como elemento essencial o valor-fonte do Direito que se atribui a toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, validando seu suporte de dignidade no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

À luz desta declaração, instituem-se três princípios bases, sendo o da inviolabilidade da pessoa, a qual não se pode impor sacrifícios a um indivíduo, em prol de benefícios a outro indivíduo; o da autonomia, onde toda pessoa é livre para realizar qualquer conduta, desde que não prejudiquem terceiros; e o da dignidade da pessoa, um verdadeiro núcleo-fonte dos demais direitos fundamentais, por meio do qual as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com seus atos. (MAZZUOLI, 2019)

Perante a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos são: “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”.

Os direitos humanos são garantias históricas, em constante evolução (por esse motivo não são absolutos), adaptam-se às necessidades específicas de cada momento. Por isso, ainda que hodiernamente conhecemos os direitos humanos com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que delineou os direitos humanos básicos, adotada pela ONU e assinada em 10 de dezembro de 1948, esboçada principalmente pelo canadense John Peters Humphrey², antes mesmo, os princípios de garantia de proteção aos direitos básicos do indivíduo já

2 John Peters Humphrey foi um jurista canadense, e defensor dos direitos humanos, além de ter assinado a

eram visíveis em algumas situações ao longo da história.

Inspirado na Revolução Francesa, em 1780 houve um marco histórico para a declaração universal dos direitos humanos, foram os direitos humanos de “primeira geração”, que teve como elemento principal a liberdade *lato sensu*, expressa nos direitos civis para proteger a integridade humana (como a liberdade de expressão, proteção à vida privada, presunção de inocência) e direitos políticos para assegurar a participação popular (como o direito ao voto, direito de ocupar cargos públicos).

A primeira incursão na Revolução Americana, foi na carta Internacional dos Direitos Humanos “*International Bill of Rights*” ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos, que assegurou certos direitos aos nascidos no país, garantindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, desta forma, o governo não poderia atacar um desses direitos de alguém sem o devido processo e julgamento dentro dos parâmetros da lei, inclusive inaugurou o sistema global de proteção de direitos.

Ademais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não busca o equilíbrio dos interesses entre os Estados, e sim a garantia de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos, situando-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional.

Em relação a reimplantação do Brasil na sistemática da proteção internacional dos direitos humanos, frisa-se vem redimensionar o próprio alcance do termo “cidadania”, porque além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais, resultando em uma expansão do universo dos direitos fundamentais, harmonizando os sistemas nacional e internacional. (PIOVESAN, 2018)

No mais, incumbe a ONU³, garantir a aplicação de tais direitos, porém, a organização apenas pode atuar com recomendações para que os países signatários sigam os preceitos estabelecidos no documento oficial e ações estratégicas para que os governos respeitem os Direitos Humanos dentro de seus territórios, como embargos econômicos, cortes de relações comerciais, restrições em zonas de livre comércio e restrições ou cortes de relações exteriores.

Em 1919, após a primeira guerra mundial, são idealizados os direitos humanos de “segunda geração”, que possuem como elemento principal os direitos de igualdade *lato sensu*, expresso nos direitos sociais, para assegurar a dignidade da pessoa humana (direito à educação, à alimentação), econômicos para valorização do trabalho humano e livre iniciativa (direito à propriedade privada, defesa do consumidor) e culturais, para proteção e difusão da cultura nacional (direito à preservação do patrimônio histórico, acesso à diversidade cultural), pontuando mais um símbolo memorável, com o

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3 Organização das Nações Unidas, uma organização intergovernamental criada para promover a cooperação internacional.

fortalecimento do Estado do Bem-Estar Social.

A Organização das Nações Unidas, oficializada pela Carta das Nações Unidas, assinada em San Francisco, em 26 de junho de 1945, entrou em vigor em 24 de outubro, carta ratificada no Brasil em 21 de setembro do mesmo ano. Embora a carta seja enfática ao determinar a importância de defender, respeitar e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais, só posteriormente, após três anos desta, que se procedeu a definição com precisão dos “direitos humanos e liberdades fundamentais”. Os propósitos e princípios da ONU são evitar instabilidade, manter a paz e a segurança internacional, promover solução pacífica de conflitos armados no mundo, relações amistosas entre nações; igualdade entre os membros, cumprimento com boa-fé, lealdade e honestidade, atender expectativas, evitar ameaça e uso da força.

Bem como, temos os direitos humanos de “terceira e quarta geração”, que ao longo do ano de 1960, postula seus ideais de fraternidade e solidariedade (resultado da globalização dos direitos fundamentais), expressos nos direitos difusos e coletivos. São direitos que se expandem a toda a sociedade e não apenas ao indivíduo, como direito à informação, à democracia, ao progresso sustentado, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos da pessoa idosa. E por fim, a quinta geração, caracterizada pela esperança, fundada na concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica, envolvendo todas as dimensões anteriores.

3. OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ao decorrer do tempo, as constituições foram, gradativamente, se modificando e se adequando quanto às garantias dos direitos humanos dos cidadãos brasileiros. Houve períodos sombrios, como a Ditadura Militar, ocorrida entre 1964 e 1985, onde centenas de pessoas foram presas arbitrariamente, exiladas, torturadas e até mortas por conta de suas orientações políticas ou pela afronta ao governo ditatorial.

Todavia, alguns problemas permeiam em relação à garantia dos Direitos Humanos no atual território brasileiro, onde os principais fatores evidenciam falhas como: altas taxas de homicídios, em especial de jovens, moradores de periferias e negros; o abuso policial e as execuções cometidas por policiais ou milícias; o falho sistema prisional, que se encontra em crise; as ameaças aos defensores dos Direitos Humanos; a miséria e a desigualdade social; a violência contra a mulher; o trabalho em situações análogas à escravidão, entre outros.

Vale enfatizar que no âmbito internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como as garantias e os direitos fundamentais que asseguram direitos aos cidadãos, as prerrogativas também são resguardadas pelos direitos humanos. Ambos possuem mesmos fitos e essências, que é compor

um conjunto de leis inerentes à dignidade da pessoa humana.

É de grande saber, que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem o mesmo status, a mesma hierarquia e a mesma força normativa. Os direitos humanos possuem um viés internacional, já os direitos fundamentais são direitos humanos institucionalizados pelo homem, o qual o Estado transferiu e expressou em seu ordenamento jurídico.

Ao longo dos artigos na Constituição Federal Brasileira, são estabelecidos alguns princípios como o da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos cidadãos estão no texto constitucional, resguardados pela Carta Magna, que funcionava como um sistema de proteção.

Algumas de suas características são: a universalidade; a historicidade; a inerência; a transnacionalidade; a imprescritibilidade; a irrenunciabilidade; a vedação do retrocesso; a essencialidade; a inexauribilidade e não são absolutos, visto que estão em constante mudança. No entanto, as características contemporâneas dos direitos humanos ligadas à proteção dos direitos no plano internacional são a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionariedade.

Todavia, os direitos humanos não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Nesse caminho, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio garante explicitamente os direitos fundamentais à população feminina carcerária, como o de amamentar seus filhos e ter sua integridade física e moral respeitada (artigo 5º, incisos L e XLIX, da CF); o dever de proteção à maternidade (artigo 6º, caput, da CF) e à assistência gratuita à criança até seis anos de idade em creches e pré-escolas (artigo 7º, inciso XXV, da CF), como direitos sociais, enquanto à criança, são assegurados os direitos à vida, à saúde, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, a salvo de qualquer negligência, violência, crueldade ou opressão (artigo 227, da CF). No entanto, será que na prática ocorre desta forma? Há alguma fiscalização que estes direitos e garantias vão ser efetivamente assegurados?

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) informou que o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, dispõe de cinco ações específicas para os diferentes públicos, reforçando a garantia de assistência pré-natal, a existência de espaços e serviços para gestantes durante a gestação e também no período de permanência dos filhos das mulheres presas no ambiente carcerário. Na mesma linha, o artigo 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (alterado pela Lei nº 13.257/16), assegurou às mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, quanto às gestantes, nutrição adequada, atenção

humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal através do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ademais, a Lei de Execução Penal (LEP), nº 7.210 de 11 de julho de 1984, também assegura um conjunto específico de direitos e garantias para mulheres encarceradas, reconhecendo as suas necessidades particulares e buscando garantir condições dignas durante o cumprimento de sua pena, dentre elas: alojamento em estabelecimentos específicos e separados dos masculinos; direito à assistência médica e pré-natal; direito a permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, sendo garantido o fornecimento de berçário e creche para os filhos menores de 6 meses; mulheres grávidas ou com filhos pequenos têm direito a celas adequadas, com condições mínimas para garantir a saúde e bem-estar durante a gestação e a criação inicial do filho, junto à amamentação e convivência com o filho nos primeiros meses de vida; direito à assistência integral, que inclui serviços médicos, psicológicos e sociais; direito à educação e ao trabalho; assistência social para facilitar a reintegração familiar e social, incluindo orientação e apoio às necessidades especiais das mulheres, incentivado o contato com a família, visitas e comunicações regulares.

Igualmente, assegura a proteção contra qualquer forma de violência, abuso ou tratamento degradante, no qual estabelecimentos prisionais devem adotar medidas para prevenir a violência; direito a condições de higiene adequadas e a receber produtos de higiene pessoal, considerando suas necessidades específicas, incluindo atendimento médico regularmente, com prioridade para casos de urgência e necessidade especial; direito à preservação de sua identidade, integridade moral e imagem, como as revistas pessoais que devem ser feitas por agentes femininas, de forma a respeitar a privacidade e a dignidade das presas e outros direitos como os demais detentos, tais quais, do direito à ampla defesa e contraditório, do devido processo legal e do direito à defesa técnica. Tudo isso, em prol da garantia de uma maior segurança e dignidade às presas, evitando situações de vulnerabilidade e abuso, visando promover reintegração social, apoio e ressocialização à sociedade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou o parecer consultivo OC-29/22 em 30 de maio de 2022, dispondo sobre a urgência de ações coordenadas e abrangentes para enfrentar a crise climática, destacando as obrigações dos Estados de proteger e promover os direitos humanos em face das mudanças ambientais globais, reiterando, ainda, a necessidade de uma abordagem de precaução e cooperação internacional para garantir que todos os indivíduos, especialmente os mais vulneráveis, tenham seus direitos protegidos diante dos desafios climáticos nos tribunais nacionais e internacionais.

Diante dos direitos humanos, há que se falar nas Regras de Tóquio (Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade), aprovadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1990, elaboradas durante a Décima Terceira

Conferência das Nações Unidas sobre Crime e Justiça Criminal, realizada em Tóquio, Japão, com principal foco na proteção dos direitos humanos e na promoção de práticas justas e eficazes dentro dos sistemas judiciais dos Estados membros da ONU. Tais regras visam o objetivo de reduzir a aplicação das penas de prisão, promoção do envolvimento e a participação da coletividade no processo da justiça criminal, levando em consideração a situação política, econômica, social e cultural de cada país e resguardando os direitos dos infratores, das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime, a fim de diminuir o encarceramento e aumentar a ressocialização e reabilitação dos criminosos infratores.

Na mesma trilha, tem-se as Regras de Bangkok (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras), aprovadas também pela ONU em 1957, específica para as mulheres encarceradas. São um conjunto de diretrizes internacionais adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2010, elaboradas durante a Conferência das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal realizada em Bangkok, Tailândia, que estabelecem padrões mínimos para o tratamento de pessoas presas e a administração de instituições penais, com o objetivo de promover o respeito aos direitos humanos dos detidos e melhorar as condições de encarceramento em todo o mundo.

4. O ENCARCERAMENTO EM MASSA DAS MULHERES MÃES

É sabido que algumas das principais causas do encarceramento em massa das mulheres é a prática do tráfico de drogas, acarretando prisões às penas desproporcionais e ao tempo da demora nas decisões das prisões preventivas; a desigualdade socioeconômica, demonstrada em contextos de pobreza e vulnerabilidade, junto à baixa escolaridade ou a falta de acesso à educação e a oportunidades de trabalho; as desigualdades no sistema de justiça criminal, em que pese dentro do cárcere; o tratamento diferenciado dentro das prisões, com falta de infraestrutura e saneamento e condições degradantes; ausência de medidas alternativas diversas da prisão, como programas de reabilitação ou prisão domiciliar junto à falta de serviços dentro do sistema prisional a fim de evitar a reincidência e melhorar na ressocialização e a morosidade nos processos judiciais, devido à sobrecarga, acarretando à superlotação nos presídios femininos.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2014, mais de 60% da população feminina carcerária foi detida por conta do crime de tráfico de drogas, enquanto os demais delitos se dividem em roubo e furto, 10%, homicídio, menor que 10% e delitos como latrocínio, receptação, formação de quadrilha e os previstos no Estatuto do Desarmamento em torno de menos de 5%. (INFOPEN, 2014).

Algumas consequências trazidas pelo cárcere podem ser: a falta de espaço, higiene e

acesso a serviços básicos, tornando a vida na prisão extremamente difícil e degradante; o grande impacto na saúde mental, física e psicológica, afetam negativamente as mulheres mães presas e a desconexão familiar, distanciando-as de seus filhos, impossibilidade de manter contato e gerando grande prejuízo na construção de um vínculo.

É notório que o ambiente prisional brasileiro, em especial às prisões femininas, é demasiadamente precário e degradante. Muito embora exista previsão na Lei de Execução Penal (LEP), conforme supracitado, de garantir um tratamento decente e humanizado para os detentos, há a violação dos preceitos constitucionais da individualização da pena, a vedação de penas cruéis e tratamento degradante, respeito à integridade física, moral e psicológica e ao princípio da dignidade da pessoa humana, às mulheres, encarceradas em unidades prisionais extremamente precárias, sem acesso à saúde, higiene, assistência regular, sem condições adequadas de desenvolvimento de crianças, posto que muitos presídios não possuem berçários e centro materno-infantis, também são garantidos pela LEP:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (LEP, 1984).

Todavia, embora esteja previsto na legislação supracitada e nos princípios elencados na Constituição Federal, a realidade é outra.

Vale ressaltar que as mulheres encarceradas são tratadas da mesma forma que os homens, não levando em conta as particularidades e necessidades do sexo feminino, como o caso de produtos básicos de higiene tal qual o absorvente, papel higiênico, shampoo e tintas para cabelo e outros, ficando dependentes de familiares levarem em dias de visita, demonstrando desprezo e ignorância por parte do Estado em não fornecer materiais básicos para as presidiárias, quiçá para os seus filhos, bem como em não ofertar condições básicas como por exemplo revezamento camas, falta de privacidade em momentos de necessidades fisiológicas e falta de saneamento básico, tudo isso devido a superlotação nos cárceres.

“O poder público simplesmente ignora o fato de estar lidando com mulher e suas necessidades e oferece o mesmo “pacote” do masculino, sem acesso a saúde e nenhum cuidado com higiene. Tem se discutido muitos sobre o tipo de vida que essas mulheres estão levando, não há cuidado algum com a menstruação (muitas usam miolo de pão como absorvente), com a maternidade, entre outras especificidades femininas”. (PELOSI, 2015).

O médico Dr. Dráuzio Varella em seu livro “Prisioneiras” já entendeu que:

“Os problemas de saúde eram muito diferentes daqueles que eu havia enfrentado nas prisões masculinas. Em vez das feridas mal cicatrizadas, sarna, furúnculos, tuberculose, micoses e as infecções respiratórias dos homens, elas se queixavam de cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez. Afastado da ginecologia desde os tempos de estudante, eu não estava à altura daquelas necessidades”. (VARELLA, 2017).

Em relação à maternidade no cárcere, permeia a problemática de que nem sempre os profissionais da saúde estão acessíveis para atendimento às presas, dirá a disponibilidade do transporte delas a hospitais em eventuais urgências e emergências, em especial, nos casos de partos, em que ficam em acomodações inadequadas e por pouquíssimos dias, retornando logo após ao presídio e, durante a amamentação, onde às vezes o único local que resta para dormir é o chão, permanecendo em condições de precariedade. Por esta razão, novamente, as mães gestantes ou em puerpério ficam à mercê do Estado, que deixa muito a desejar.

Algumas consequências da gravidez na prisão são as patologias de estresse e depressão, posto que, durante a maternidade o melhor lugar para a mulher e seu filho ficarem após o parto seria no seio de sua família, com uma rede de apoio ajudando, construindo vínculos e tomando os devidos cuidados.

Daniela Canazaro de Mello entende que:

“[...] o ato de gerar um filho neste período poderá acarretar efeitos adversos na gravidez e, conseqüentemente, à criança que está sendo gerada. Deve-se considerar que a gestação gera diversas alterações biopsicossociais na vida da mulher, aumentando a probabilidade de haver prejuízos em virtude do aprisionamento. Parte-se do pressuposto que a maternidade envolve a gestação, o parto e o vínculo estabelecido entre a mãe e o bebê, e o próprio contexto em que a gestante está vivendo, dentre tantos outros fatores”. (MELLO, 2014).

Ademais, desde quando a mulher grávida entra no cárcere, na maioria das vezes, ela não recebe o devido tratamento de pré-natal e acompanhamentos trimestrais da gravidez até o efetivo parto, o qual muitas vezes, não é nada humanizado, pelo simples fato de profissionais estarem lidando com uma presidiária, menoscabando seus direitos humanos e fundamentais. Inclusive, após os primeiros meses de nascimento, grande parte das vezes também, os filhos são dados aos cuidados dos familiares mais próximos, caso possua, sendo destituídos da genitora e rompendo o vínculo de crescimento e desenvolvimento com ela, gerando futuramente, grandes traumas e, ainda, as crianças seriam criadas em um cenário totalmente diferente e com a possibilidade de serem negligenciados e mau cuidados pela família. Esses e diversos outros direitos fundamentais como o fato de permanecerem algemadas ou com tornozeleira eletrônica durante o parto, são, infelizmente, muito cerceados pelo Estado, no tocante às mulheres mães no cárcere.

Salienta-se que o encarceramento de mulheres mães impacta toda a estrutura familiar e

afeta especialmente as crianças, onde muitas mães são privadas do direito de exercer a maternidade e as crianças são cuidadas muitas vezes por outros familiares conforme dito e crescidas sem entender o contexto que norteia a prisão de suas mães.

Há diversos fatores vulneráveis levam a estas mulheres mães a se envolver com o crime, como falta de orientação pela família, muitas vezes nem família possui, baixa ou ausência de escolaridade, renda insustentável, falta de acesso a atividades profissionais, por não terem oportunidades, dupla jornada de trabalho, responsabilidade precípua pelo sustento dos seus filhos e familiares e outras circunstâncias que favorecem a prática de crimes.

Em contrapartida, em casos de prisão preventiva, preenchidos os pressupostos da prisão domiciliar, excepcionalmente, é possível que a mulher, mãe, cumpra pena em sua residência, apenas podendo dela ausentar-se com autorização judicial, a fim de ter os direitos e garantias seus e de seus filhos preservados, incluindo mulheres gestantes e mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos, conforme a exegese do artigo 318, inciso IV e V, do Código de Processo Penal.

Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça (STF), já concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Acórdão 1654116, 07411022320228070000, Relator: JAIR SOARES, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 26 jan. 2023, publicado no PJe: 27 jan. 2023).

No entanto, vale ressaltar que para tal substituição ocorra, o crime praticado deve ter sido sem violência ou grave ameaça e não pode ter sido praticado contra filho ou dependente, como dispostos nos requisitos dos artigos 318-A e 312, ambos do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL FEDERAL. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE MENORES DE 12 ANOS. CABÍVEL. PACIENTE QUE CUMPRE PENA NO REGIME FECHADO E REINCIDENTE. NÃO IMPEDIMENTO. CRIME DESTITUÍDO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA (TRÁFICO DE DROGAS). AUSÊNCIA DE FALTAS DISCIPLINARES GRAVES. NÃO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPRESCINDIBILIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS. RECURSO IMPROVIDO.

1- A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020) [...] (RHC n. 145.931/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe de 16/3/2022.).

2- Apesar da literalidade da lei (art.117, III, da LEP) abarcar somente a hipótese de regime

aberto para a concessão da prisão domiciliar, o objetivo da norma (interpretação finalística da norma, que vai além da literal, segundo a Hermenêutica Jurídica), é de se atender o melhor interesse da criança, sendo cabível, portanto, a prisão domiciliar em regimes diversos do aberto, desde que seja feita a ponderação do risco com a conduta e a personalidade da presa.

3- [...] In casu, embora tenha sido demonstrado que a paciente é reincidente específica no delito de tráfico de drogas, em atenção às circunstâncias do caso concreto, a concessão da substituição da prisão preventiva por domiciliar é medida que se impõe, diante das particularidades expostas. A paciente foi presa em razão da prática de ilícito cometido durante sua gestação, em 20 de outubro de 2017, e além de ter permanecido em cárcere durante toda a gravidez, continua encarcerada com uma criança recém-nascida. [...] (HC 454.256/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018).

4- No caso concreto, **embora a apenada cumpra pena no regime fechado e seja reincidente, não praticou crime de violência ou grave ameaça, nem contra crianças (tráfico de drogas), não registra infrações de natureza grave, nem há indicativo de que faça parte de organização criminosa, fatores que autorizam o deferimento do benefício da prisão domiciliar, tendo em vista a necessidade presumida dos cuidados maternos em relação aos infantes. (g.n.)**

5- Agravo regimental improvido⁴.

Na mesma senda, segue entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADFP 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO⁵

Também já compreendeu que as condições de encarceramento no país transgrediam princípios fundamentais dos detidos e reconheceu o conceito de “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário nacional, elucidando que o supracitado termo jurídico teve origem na Corte Constitucional da Colômbia e pode ser identificado em três circunstâncias: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade persistente e repetida das autoridades públicas em alterar essa situação e em resolução das transgressões requer não apenas ação de um único órgão, mas sim de várias autoridades envolvidas, que serão aprofundadas ao longo desta pesquisa.

4 STJ. AgRg no HC n. 769.008/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

5 STF. HC coletivo 143.641/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 20.02.2018.

O mesmo Ministro supracitado já entendeu algumas causas que justificam a prisão domiciliar é como um Estado de Coisas Inconstitucionais:

- (I) partos em solitárias sem nenhuma assistência médica, com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares;
- (II) completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo);
- (III) falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões;
- (IV) abusos no ambiente hospitalar;
- (V) isolamento;
- (VI) ociosidade;
- (VII) afastamento abrupto de mães e filhos;
- (VIII) manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou em 25/05/2020, no sentido de que não cabe prisão domiciliar para mãe presa por tráfico quando a prática ocorre dentro da residência (AgRg no HC 564.947/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro).

Em consenso, o Ministério Público já apresentou algumas alternativas e respostas para o enfrentamento do grave problema que a questão prisional representa atualmente, um exemplo é a Revista “A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2018”, criada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que possui finalidade de divulgar os dados relativos ao sistema carcerário colhidos por Promotores de Justiça e Procuradores da República conforme inspeções aos estabelecimentos penais, em prol de otimização do manejo de mecanismos legais, judiciais e administrativos disponíveis, fomentar a reflexão crítica e propor ações e práticas dirigidas ao aprimoramento do sistema penal brasileiro.

Em 04 de outubro de 2023, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, “o Tribunal deu prazo de seis meses para que o governo federal elabore um plano de intervenção para resolver a situação, com diretrizes para reduzir a superlotação dos presídios, o número de presos provisórios e a permanência em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena”. Sendo que, os principais pontos da decisão foram:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Esse estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.
2. Diante disso, União, estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, no prazo de seis meses, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.
3. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos. (ADPF nº 347).

Ademais junto ao reconhecimento, foi determinado a elaboração de plano nacional para a

superação dessa condição, nomeado de Pena Justa, tal qual como os planos estaduais e distrital, estabelecendo a competência do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) para o monitoramento da execução dos planos, sob supervisão da Suprema Corte, facilitando, assim, o processo de mobilização, planejamento, execução e avaliação do plano, implementando cada vez mais medidas socioeducativas e ações afirmativas.

Segundo a Cable News Network (CNN), rede de notícias, foi realizado um estudo em 2022 pelo World Female Imprisonment List, onde o Brasil é o país com a terceira maior população feminina encarcerada no mundo, estando no ranking dos países da América do Sul, em tratando-se de prisões de mulheres desde 2000. Sendo que, até o ano de 2016, o Brasil ocupava o quinto lugar com crescimento de 656% da quantidade de mulheres presas de acordo com a INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

Em setembro de 2023 foi publicado um levantamento de informações penitenciárias da SENAPPEN (Secretaria Nacional de Políticas Penais) informando o aumento de 9,58% da oferta de atividades educacionais no sistema penitenciário brasileiro e 154.531 pessoas presas exercendo alguma atividade laboral, sendo que em junho de 2023, possuía 644.794 custodiados em celas físicas e 190.080 em prisão domiciliar no Brasil.

O monitoramento dos presídios é feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Senappen, que, demonstrou no corrente ano, o monitoramento de 1.778 unidades a nível municipal, estadual e federal, onde 33% dos presídios do país estão em ruínas ou péssimas condições. O número de presos no país superou a casa dos 600 mil há algum tempo e, cerca de 230 mil no início dos anos 2000, o número saltou para cerca de 650 mil em 2023. O déficit de vagas também é expressivo, como em 2023, onde o país tinha cerca de 482 mil vagas, o que gerava um déficit de 166.717 vagas.

Ademais, o STF já reconheceu, em julgamento que existe no sistema prisional brasileiro, uma violação massiva de direitos fundamentais. A Corte chegou a determinar que, em seis meses, fosse elaborado um plano especial para o controle da superlotação carcerária, devendo ser elaborado pelos Estados e União.

Além disso, Segundo World Prison Brief, a população carcerária feminina cresceu em proporção maior que a masculina, demonstrando um aumento de 50% nos últimos anos, sendo que, o Brasil ocupa a quinta posição mundial entre os países com a maior população de mulheres encarceradas (WORLD PRISON BRIEF, 2015).

Ainda, em 2016, o próprio Presidente do Conselho Nacional de Justiça em 2016, Ministro Ricardo Lewandowski, informou que no período de 2000 a 2014, a população feminina presa

aumentou 567,4%, enquanto a prisão masculina, no mesmo período, foi de 220,20%, evidenciando grande problemática em face do encarceramento de mulheres.

Recentemente, em 20 de junho de 2024, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de ser favorável à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, concedendo parcialmente a ordem, para determinar a substituição da segregação cautelar da paciente por prisão domiciliar (na forma da orientação 9 das diretrizes do Conselho Nacional de Justiça) para a calamidade pública enfrentada pelo Estado do Rio Grande do Sul, segundo a qual deve-se ampliar o conceito de domicílio para abranger qualquer local seguro em que a pessoa possa estar recolhida, além de não considerar como descumprimento da medida os deslocamentos que sejam necessários em decorrência do estado de calamidade pública. Posto isto, autorizou o regime domiciliar para presa mulher cuidar das filhas durante calamidade de chuvas no referido Estado. Assim, ratificando entendimento de que em situações de desastres públicos, a flexibilização das prisões, mediante avaliação individualizada da segregação cautelar, pode ser justificada por motivos humanitários ou por questões práticas e operacionais relativas à crise e aos órgãos responsáveis pelo gerenciamento das ações estatais.

Diante disso, é necessário tomar medidas em prol de uma redução da superlotação nos presídios femininos e contribuir com a ressocialização das mulheres mães de volta à sociedade, bem como, ajuda-las dentro do sistema prisional, tais quais como: a necessidade de reformar as políticas de drogas para evitar o encarceramento desproporcional de mulheres por crimes menores ou crimes sem violência, como o tráfico de drogas; a adoção de penas alternativas e a expansão de programas de reabilitação podem reduzir a dependência do encarceramento e o retorno à prisão; o investimento em infraestrutura prisional, com o objetivo de garantir que seus direitos e garantias sejam efetivos e aceleração dos processos judiciais, diminuindo a quantidade de mulheres em prisão preventiva, com o propósito de melhorar a eficiência e condições do sistema prisional e de garantir verdadeiramente os direitos constitucionais das mulheres mães e de seus filhos, prevenindo futuras reincidências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, algumas medidas podem ser tomadas a fim de resolver tal problemática, como a revisão das políticas de drogas, a promoção de penas alternativas, o investimento em infraestrutura e programas internos no sistema prisional e celeridade nos processos judiciais.

Com efeito, também é necessária uma maior fiscalização por parte do Poder Público para a efetividade dos direitos humanos e do previsto nas legislações brasileiras. Embora haja muitos direitos e garantias descritos, nem sempre estes são plenamente assegurados na prática. Além disso,

é essencial uma melhoria no tratamento no interior dos presídios femininos do Brasil, seja para com o fornecimento de materiais e condições básicas por parte do Estado, seja com o aumento de profissionais de diversas áreas como saúde, psicologia, nutrição, e outras searas, com uma equipe multidisciplinar, para auxiliar as mães gestantes e/ou com filhos dentro do cárcere.

Além disso, o Poder Judiciário deve realizar uma avaliação minuciosa para averiguar a cada caso concreto se é realmente necessária a prisão preventiva ou se a justiça não está sendo muito rigorosa quanto à prisão de mulheres grávidas e/ou mães, investigar ainda se tal prisão está sendo tomada como medida excepcional, se estão preenchidos os requisitos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, se há prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade das mulheres mães.

É evidente que para melhorar e reduzir os índices de prisões femininas, o Poder Público também deve fazer sua parte, destinando maiores recursos e investir cada vez mais na educação, desde o ensino fundamental, a fim de reduzir os níveis da criminalidade e financiando mais políticas públicas como programas de atendimento à mulher presa e acompanhamento durante toda a gestação e após o puerpério, com o objetivo de preservar a dignidade e vulnerabilidades, tornando eficazmente o cumprimento disposto nos direitos humanos e nas legislações e reduzir a superlotação nos presídios femininos brasileiros em especial às mulheres mães.

Posto isso, deve-se realizar um cotejo entre a efetividade dos direitos humanos e as consequências do encarceramento em massa das mulheres mães e a possibilidade da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, em relação aos benefícios e malefícios, tanto para a genitora, como para a criança.

REFERÊNCIAS

_____. **Decreto nº 592**, 06 jul. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

_____. **Decreto nº 678**, 06 nov. 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

_____. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 dez. 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 jul. 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

AGÊNCIA BRASIL. **Superlotação de presídios femininos é retrato de políticas falhas**. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/superlotacao-em-presidios-femininos-no-brasil-e-retrato-de-politicas-falhas>>.

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

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC coletivo 143.641/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 20 fev. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC n. 769.008/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16 nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Acórdão 1654116, 07411022320228070000, Relator: JAIR SOARES, Segunda Turma Criminal, publicado no PJe: 27 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no HC 564.947/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJ: 19 maio 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC 191.995-RS, Rel. Min. Daniela Teixeira, 5ª Turma, DJ: 14 maio 2024 (Informativo 812).

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Relatório Infopen Mulheres 2017. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres.>>.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Relatório Nacional sobre a População Carcerária Feminina no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567978498.52.>>.

BRASIL. **Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)**. Relatório de Atividades do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura 2020. Disponível em: <<http://www.mnpct.org.br/wp-content/uploads/2021/05/Relatorio-MNPCT-2020.pdf.>>.

BOITEUX, Luciana. Gênero e Encarceramento: **A situação das mulheres no sistema penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, [S. l.], v. 31, n. 91, p. 1-19, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/WZfh5kG54tThKpGcGkshy4R/?lang=pt.>>.

CNJ. **REGRAS DE BANGKOK**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>>.

CNJ. **REGRAS DE TÓQUIO**. Brasília, 2016. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab79224344499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 22 nov. 1969. Disponível em: <[**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Parecer consultivo OC-29/22. Publicado em 30 maio 2022.](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm#:~:text=ps%C3%ADquica%20e%20moral.-,2.,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano.>.>.</p></div><div data-bbox=)

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres**, Junho de 2014.

DINIZ, D. **Número de mulheres presas cresce 656%**; Brasil é o 4º país que mais prende. Correio Braziliense. 2018. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/11/interna-brasil,687581/>>

quantas-mulheres-estao-presas-no-brasil.shtml>.

FOLHA DE S.PAULO. **Superlotação e maus-tratos são rotina em presídios femininos no Brasil**. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/03/superlotacao-e-maus-tratos-sao-rotina-em-presidios-femininos-no-brasil.shtml>>.

G1, globo. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. Publicado em 17 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>.

GOMES FILHO, Dermeval Farias. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Conselho Nacional do Ministério Público, 2018. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/11797-avisaodosistemaprisionalbrasileiro>>.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. STF, “**O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira**”, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1132>>.

GOV, SENAPPEN **lança Levantamento de Informações Penitenciárias referentes ao primeiro semestre de 2023**. Publicado em 15 set. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023>>.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Você não quer mais estar aqui: Condições desumanas nos presídios femininos no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2020/11/16/376501>>.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres 2º**. Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília – DF, 2018.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA (ITTC). **A Política de Drogas e o Encarceramento Feminino no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://ittc.org.br/publicacoes/a-politica-de-drogas-e-o-encarceramento-feminino-no-brasil/>>.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A Prisão Feminina: Gravidez e Maternidade – um estudo da realidade de Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito. Porto Alegre: Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

MENDES, Denise; BOITEUX, Luciana. **Gênero e Encarceramento: A situação das mulheres no sistema penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, [S. l.], v. 31, n. 91, p. 1-19, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/JgM6hK7jGhTPntKSkQnCqnp/abstract/?lang=pt>>.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. 310 p.

OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA (OMV). **Encarceramento Feminino e a Desigualdade de Gênero**. Senado Federal. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/sobre/mulheres-encarceradas>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/>>.

PESTANA, Caroline. **A realidade das mulheres no Sistema Penitenciário Brasileiro.** Jusbrasil. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-realidade-das-mulheres-no-sistema-penitenciario-brasileiro/520995218>>.

PELOSI, I.; CARDOSO, T. **Sistema Penitenciário Feminino Brasileiro.** – ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 2015.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

PORFÍRIO, F. **Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/direitos-humanos.htm>>.

SILVA, Diego Nassif. Filho, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais no Brasil: uma história de inefetividade.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Publicado em 02 ago. 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/e-laurapicinin/Downloads/SILVA,%20Diego%20Nassif%20da.%20FILHO,%20Vladimir%20Brega.%20Direitos%20fundamentais%20no%20Brasil%20-%20uma%20hist%C3%B3ria%20de%20inefetividade.pdf>>.

STF. **ADPF 347, Violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.** Rel. Ministro Marco Aurélio. DJ. 04 out. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf>.

STF. **Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>.

TJDFT. **Prisão preventiva substituída por domiciliar – gestantes, puérperas, mães de crianças ou de pessoas com deficiência que estejam sob sua guarda.** Publicado em 19 dez. 2023. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/habeas-corpus/prisao-preventiva-concessao-da-ordem/prisao-preventiva-substituicao-prisao-domiciliar-maes-gestantes-puerperas>>.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras.** São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT COMO ALICERCE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE ASILO E REFÚGIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Amanda Silva LOPES¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO

Este artigo utiliza um método dedutivo e revisão bibliográfica para examinar o princípio do *non-refoulement* dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacando sua importância para a proteção dos direitos humanos de asilo e refúgio. Buscou-se definir e esclarecer, em um primeiro momento, os conceitos de asilo e refúgio e a proteção internacional atribuída a esses institutos. Em um segundo momento, relacioná-los com o *non-refoulement* previsto no artigo 33 da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 como o principal instrumento de proteção dos direitos humanos. Analisou-se, decisões e as opiniões consultivas da Corte Interamericana que reforçam a importância do princípio como norma de *jus cogens*, aplicável a todos os migrantes. Desse modo, entendeu-se a importância desse princípio para a defesa dos direitos humanos dos asilados e refugiados dentro do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: *Non-refoulement* ; Jus Cogens; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Asilo ; Refúgio.

ABSTRACT

This article employs a deductive method and literature review to examine the principle of non-refoulement within the Inter-American Human Rights System, highlighting its importance for the protection of human rights related to asylum and refuge. Initially, it seeks to define and clarify the concepts of asylum and refuge and the international protection attributed to these institutions. Subsequently, it relates them to the non-refoulement principle as stipulated in Article 33 of the United Nations Convention on the Status of Refugees and the 1969 American Convention on Human Rights as the primary instrument for human rights protection. Decisions and advisory opinions of the Inter-American Court were analyzed, reinforcing the importance of the principle as a norm of *jus cogens*, applicable to all migrants. Thus, the importance of this principle for the defense of the human rights of asylum seekers and refugees within the understanding of the Inter-American Court of Human Rights was comprehended.

KEYWORDS: Non-refoulement; Jus Cogens; Inter-American Human Rights System; Asylum; Refuge.

1. INTRODUÇÃO

É incontroverso que os debates sobre questões migratórias, especialmente envolvendo refugiados e asilados, são de extrema importância no cenário internacional. Ao longo da história,

1 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica.

2 Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino. Reitor do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio Toledo de Presidente Prudente.

esses movimentos populacionais massivos são impulsionados por guerras, perseguições políticas e religiosas, crises econômicas, ambientais e até humanitárias. A preocupação com essas questões atingiu seu ápice após o término da Segunda Guerra Mundial. Além disso, é claro que esse tema está intrinsecamente ligado ao entendimento dos direitos humanos que amparam a vulnerabilidades econômicas e sociais dos asilados e refugiados.

Nesse sentido, objetivo deste trabalho é explorar o princípio do *non-refoulement* como uma peça fundamental no Direito Internacional dos Refugiados, examinando como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem aplicado esse princípio para proteger e promover os direitos humanos, especialmente os direitos dos refugiados e asilados.

Para contribuir com a proteção das pessoas que necessitam de assistência, o artigo 33 da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados estabelece um princípio inderrogável do Direito Internacional conhecido como *non-refoulement*, ou não devolução. Este princípio fundamental assegura que os refugiados não sejam expulsos ou rejeitados para um território onde suas vidas ou liberdades estejam ameaçadas, impedindo assim que um Estado force alguém a retornar a um local onde possa enfrentar perseguição.

O estudo foca especialmente em decisões e pareceres da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além disso, a pesquisa bibliográfica utilizada para este estudo inclui uma variedade de textos, artigos, tratados e legislações pertinentes aos direitos humanos e aos direitos dos refugiados.

Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica baseada em obras nacionais e internacionais, compondo-se estas de artigos e doutrinas, além disso, fez-se uso de pesquisa jurisprudencial.

2. DA DIFERENÇA ENTRE ASILO E REFÚGIO

Primeiramente, é essencial definir os conceitos de asilo e refúgio e discutir a proteção internacional destinada aos indivíduos que se encontram obrigados a abandonar seus países de origem. Frequentemente, os institutos do asilo e do refúgio são confundidos entre si. Nessa perspectiva, é importante ressaltar que esses conceitos têm sido erroneamente interpretados como sinônimos em diversas obras doutrinárias (Silva Soares, 2004, p.27) todavia, especialmente no Brasil, esses conceitos são tratados como institutos distintos, cada um com suas próprias características.

A figura do asilo se refere ao acolhimento de uma pessoa que está sendo perseguida por motivos políticos em seu país de origem ou onde mora atualmente. O escopo e a abrangência são limitados à “perseguição política”, de modo que a *ratio decidendi* da deliberação estatal deve estar alicerçada na conotação política do requerimento, e que não configure quebra do direito penal

comum (Resek, 2011, p. 250).

Nesse sentido, o direito do asilo pode ser descrito como a utilização de um instituto que visa proteger indivíduos provindos do exterior e que necessitam escapar em razão de determinadas perseguições e situações de risco no território de origem (Wachwowicz, 2010, p. 7). Essa proteção “inclui a proibição de expulsão ou extradição de pessoas para locais onde possam sofrer tortura, perseguição ou tratamento desumano” (Ramos, 2020, p. 201). O asilo pode ser subdividido em asilo político (asilo diplomático e asilo territorial) e militar.

O asilo diplomático, segundo Mazzuoli (2021), ocorre quando o requerente está em país estrangeiro ou em seu país de origem e pede asilo à embaixada brasileira, fundamentado no art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Já o asilo territorial é aquele que ocorre quando o recebimento de estrangeiro em território nacional ocorre sem os requisitos de ingresso, para evitar perseguição ou punição baseada em crime de natureza política ou ideológica, geralmente (não obrigatoriamente) cometido em seu país de origem (Mazzuoli, 2014, p. 806).

Já o conceito atribuído a asilo militar é aquele que pode ser concedido em legações, navios de guerra e campos ou aeronaves militares a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos será respeitado pelo Estado territorial (PROVEA, 1949).

Por sua vez, o instituto do refúgio é destinado a proteger um conjunto mais amplo de violações contra a condição jurídica dos migrantes. Isso inclui perseguições baseadas em raça e religião, além de contemplar a migração forçada decorrente de crises econômicas severas, mudanças climáticas e violações generalizadas dos direitos humanos (Carvalho Ramos, 2021, p. 9).

Diante disso, pode se diferenciar os institutos do asilo e refúgio, e concluir das diferentes formas de asilo (territorial e diplomático), ambos são vitais para a proteção dos direitos dos migrantes. A jurisprudência da Corte reafirma a necessidade de reconhecer e aplicar o direito de asilo de forma abrangente, garantindo que indivíduos perseguidos por motivos políticos, religiosos ou sociais tenham acesso a proteção internacional.

3. CONCEITO E ORIGEM DO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

O princípio do *non-refoulement* tem suas raízes na proteção dos refugiados e no desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário. A origem desse princípio remonta ao final da Segunda Guerra Mundial, quando milhões de pessoas foram deslocadas e buscaram refúgio em diferentes partes do mundo. De maneira geral, esse princípio corresponde à proibição de um Estado retornar uma pessoa a território onde ela sofra ameaças a direitos (CIDH, 2004, p. 51).

Em 1951, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados foi adotada, estabelecendo as obrigações dos Estados em relação aos refugiados e reconhecendo o princípio do

non-refoulement como essencial no Direito Internacional, sendo a pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados. Esse princípio proíbe a transferência forçada de pessoas para um país onde correm o risco de perseguição, tortura e morte. O artigo 33 da Convenção estabelece explicitamente que:

Nenhum dos Estados membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.” Este artigo refere-se ao princípio do *non-refoulement*. (ACNUR, 1951, art 33.1).

No mesmo sentido, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 como o principal instrumento de proteção dos direitos humanos. O art. 22.7 aborda o princípio do *non-refoulement*:

Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. (CORTE IDH, 1969, art 22.8)

Na América Latina, a Declaração de Cartagena foi a responsável pelo estabelecimento do princípio do *non-refoulement*, como apresentado na Conclusão III, § 5º, da Declaração de Cartagena, que reitera a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados.

Ademais, acerca da importância relacionada à observação do princípio do *non-refoulement*, André de Carvalho Ramos destaca:

O Direito dos Refugiados possui diversos pontos convergentes aos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do Princípio da proibição da devolução (ou proibição do rechaço - *Non-Refoulement*), que consta da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (artigo 33) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 22.8 e 22.9), sem contar o dever dos Estados de tratar com dignidade o solicitante de refúgio, o que é espelho do dever internacional de proteger os Direitos Humanos (previsto na Carta da ONU). (Ramos, 2014, p.63).

O exposto infere que há uma estreita relação entre o Direito dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente através do princípio do *non-refoulement*, que proíbe a devolução de refugiados a lugares onde sua vida ou liberdade possam estar ameaçadas. Este princípio é central e base em tratados como a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, os Estados têm a obrigação de tratar os solicitantes de refúgio com dignidade, refletindo um compromisso internacional com a proteção dos direitos humanos, conforme previsto na Carta da ONU. Através do mencionado, é inegável que a proteção do *non-refoulement* busca garantir os direitos daqueles que mais necessitam, sendo essencial evitar limitações espaciais ou brechas interpretativas que possam comprometer a aplicação do princípio.

4. O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* DE ACORDO COM A OPINIÃO CONSULTIVA 21/14

Tendo em vista a importância da proteção do direito de asilo e refúgio, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as opiniões consultivas relacionadas ao caso fazem-se dignas de análise. A jurisdição da Corte pode ser tanto contenciosa quanto consultiva, e a sua é competência regulamentada pelo Pacto de San José da Costa Rica e pelo Estatuto da Corte Interamericana. Embora a opinião consultiva não possua caráter obrigatório e vinculativo para os Estados da OEA, ela serve como um marco jurídico paradigmático.

A expansão do conceito de refugiado, como exibido na Declaração de Cartagena, contribuiu para o alcance do *non-refoulement* no Sistema Interamericano. O conceito de refugiado definido em tal declaração, vai além dos critérios estabelecidos na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967. Essa ampliação conceitual também foi analisada pela Corte IDH na Opinião Consultiva 21/14.

Nessa consulta, solicitada em 7 de julho de 2011, pela República Argentina, a República Federativa do Brasil, República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai buscaram um esclarecimento sobre as obrigações dos Estados em relação às medidas a serem adotadas para crianças, considerando sua condição migratória ou a de seus pais, à luz da interpretação da Convenção Americana, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Ao reinterpretar o artigo 22.8 da Convenção Americana, a Corte examinou os efeitos do termo “estrangeiro” no referido artigo, no conceito do princípio do *non-refoulement*. A Corte concluiu que o termo deve se referir a qualquer pessoa que não seja nacional do Estado em questão, afirmando que o princípio do *non-refoulement* “é exigível por qualquer pessoa estrangeira sobre a qual o Estado esteja exercendo autoridade ou que se encontre sob seu controle efetivo” (CORTE, 2014, párr. 19). Essa reinterpretação fez com que a corte ampliasse o conceito de “estrangeiro” concluindo que se aplica a qualquer pessoa que não seja nacional do Estado em questão, estabelecendo-o como parte do *jus cogens* (CORTE IDH, 2014, párr. 224).

Além disso, a Corte ampliou a concepção tradicional de *jus cogens* ao associar o princípio do *non-refoulement* ao dever dos Estados de evitar torturas, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Afirmou que o *non-refoulement* “é exigível por qualquer pessoa estrangeira sobre a qual o Estado exerça autoridade ou que estejam sob seu controle efetivo” (CORTE, 2014, párr. 19).

A proteção do *non-refoulement* visa garantir os direitos daqueles que mais necessitam, evitando limitações que permitam sua não aplicação. A Corte também examinou o artigo 5 da

Convenção Americana, reafirmando que a proibição da tortura é absoluta e que o *non-refoulement* assegura a efetividade dessa proibição sem discriminação alguma (CORTE IDH, 2014, párr. 225).

A partir da referida opinião consultiva, é possível concluir que a obrigação de não devolução, derivada da proibição da tortura, foi reconhecida como norma de *jus cogens*. Quando uma pessoa corre risco de sofrer tortura, tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, o princípio do *non-refoulement* torna-se uma obrigação do Estado para garantir a observância da proibição absoluta da tortura. A Opinião Consultiva 21/14 permitiu à Corte afirmar que o *non-refoulement* é comum ao direito internacional, direitos humanos e direito dos refugiados, com obrigações correlatas que devem ser compreendidas de maneira complementar (CORTE IDH, 2014, párr. 234).

5. A OPINIÃO CONSULTIVA 25/2018 E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO DE ASILO NA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O objetivo central dessa consulta foi obter uma leitura judicial de uma ou mais disposições da Convenção ou de tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, por meio de um diálogo de jurisdições (CORTE IDH, 2018, p. 20; GOMES, 2020, p. 191). A opinião Consultiva 25/18, foi solicitada pelo Equador, em 18 de agosto de 2016, fundamentada no artigo 64 do Pacto de San José da Costa Rica (CADH) sobre a “Instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano dentro do sistema”. Na época, o Equador que, vivia uma situação de repercussão global: a concessão de asilo diplomático ao fundador do Wikileaks, Julian Assange, em sua embaixada em Londres.

A solicitação buscou esclarecer a respeito do instituto de asilo e como esse deve ser tratado em suas diversas formas e a legalidade de seu reconhecimento como um direito humano individual. A consulta também objetivava definir o escopo e o propósito do direito de asilo à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Interamericano e do Direito Internacional. Além disso, buscava definir a natureza e o alcance do instituto do asilo, assim como a interpretação adequada para garantir a implementação mais eficaz do artigo 22(7) da Convenção Americana de Direitos Humanos, incluindo os casos de asilo diplomático.

A partir dessa solicitação, a Corte definiu o asilo, em sentido amplo, como um princípio orientador que abrange todas as instituições voltadas para a proteção internacional das pessoas forçadas a fugir de seu país de origem ou residência habitual (CORTE IDH, 2018, p. 23). A opinião consultiva consolida o entendimento de que o asilo se configura como um direito subjetivo de todas as pessoas procurarem e receberem asilo dentro do Sistema Interamericano.

Assim, foi reconhecido como um direito humano, conforme se observa no âmbito

interamericano, a partir da análise do direito substantivo, também identificado no artigo XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem. Motivo pelo qual, admite-se uma interpretação extensiva das normas que versam sobre o asilo. Por isso, quando a CADH e a DADDH, fazem referência a esse instituto, o refúgio também é contemplado, nos termos em que fora definido no âmbito do sistema universal e na própria definição ampliada (MOREIRA, 2019, online).

O direito ao asilo territorial é reconhecido como um direito humano sob o artigo 22.7 da Convenção Americana e o artigo XXVII da Declaração Americana, enquanto o asilo diplomático é considerado uma prerrogativa estatal e não está protegido sob essas normas. Os artigos 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos e preveem o direito ao asilo territorial. Esse direito é estipulado em tratado e deve ser cumprido pelos Estados signatários. Ademais, a assistência consular não é prevista por tratado, estando no âmbito do direito consuetudinário, de modo que, o Estado não é obrigado a garantir essa assistência, exceto em casos de tratados bilaterais ou se houver um costume prolongado que, ao ser violado, infrinja a boa-fé.

Concluiu-se que a obrigação coercitiva, entretanto, aplica-se apenas ao asilo territorial e não ao asilo diplomático. O refúgio é compreendido como uma forma de proteção internacional, conforme definido tanto pela definição tradicional quanto pela definição regional ampliada da Declaração de Cartagena. Essa definição abrange a proteção de indivíduos que buscam segurança ao fugir de perseguição ou de situações de violência generalizada.

5.1. O princípio do *Non-Refoulement* à Luz da Opinião Consultiva OC-25/2018

A opinião Consultiva 25/18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos reforçou significativamente o princípio de *non-refoulement* ao estabelecer diretrizes claras e obrigatórias para os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Destacou-se importância do princípio, não apenas para refugiados e asilados, mas também como um mecanismo crucial para a proteção dos direitos humanos em geral (Corte IDH, 2018, pár. 180). Esta opinião consultiva destacou que a proibição de devolução de pessoas a países onde possam estar em risco de tortura, tratamento desumano, ou outras violações graves de direitos humanos é absoluta e não admite exceções.

Por meio da opinião, a Corte reitera que quando um estrangeiro alega a existência de um risco decorrente do *refoulement*, o Estado tem o dever de examinar individualmente cada caso e avaliar previamente o risco relatado. Se houver motivos verossímeis, consistentes ou convincentes de um provável risco da vida e de certas garantias judiciais, a aplicação do *non-refoulement* é necessária (Corte IDH, 2018, pár. 196).

Além disso, a cooperação entre os Estados na busca pelo desenvolvimento e observância aos direitos humanos é uma norma imperativa com efeitos erga omnes, exigindo que todos os Estados do Sistema Interamericano cooperem entre si para cumprir suas obrigações internacionais, seja em âmbito regional ou universal (Corte IDH, 2018, párr. 199).

Portanto, a Corte Interamericana compreende que o *non-refoulement* exige não apenas que a pessoa não seja devolvida a um Estado onde seus direitos estejam em risco, mas também impõe obrigações aos Estados para adotarem medidas que resguardecam essa pessoa (Corte IDH, 2018, párr. 5), produzindo assim efeitos *erga omnes*.

Desse modo, diante de todo exposto, é possível concluir que a Opinião Consultiva 25/18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reforçar o princípio de *non-refoulement*, estabelece um marco crucial na proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA. Com diretrizes claras e obrigatórias de que esse princípio deve ser protegido e tutelado, a Corte destaca a importância dele para refugiados e asilados. Esse instituto é caracterizado como um mecanismo essencial para garantir a proteção contra tortura e outras violações graves. A exigência de análise individualizada dos casos por parte dos Estados e a cooperação internacional para o desenvolvimento e cumprimento dos direitos humanos reforçam a obrigatoriedade e universalidade do *non-refoulement*, impondo medidas de proteção abrangentes e cooperativas que produzem efeitos erga omnes.

6 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ANÁLISE DO CASO FAMÍLIA PACHECO TINEO VS BOLÍVIA

Em 2013, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu sua primeira jurisprudência específica sobre o Direito dos Refugiados no Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia. Nesta decisão, a Corte definiu os padrões essenciais para a proteção dos refugiados, especialmente em relação ao processo de solicitação de status de refugiado pelos Estados-partes.

No caso, foi discutida sobre a situação do Sr. Pacheco Osco que havia solicitado status de refugiado para ele e sua família peruana na Bolívia. Eles haviam saído de seu país de origem devido à perseguição sofrida pelas forças políticas do Governo Fujimori, onde o Sr. Pacheco havia sido acusado de Terrorismo. É digno de ressalva o fato de que o filho do Sr. Pacheco Osco, a criança Juan Ricardo Pacheco Tineo, tinha nacionalidade chilena.

Em um primeiro momento, a Família buscou refúgio na Bolívia, em 1996 onde teve o status reconhecido. Porém, sofreram várias violações durante o período que estiveram na Bolívia e sob alegada pressão, assinaram a declaração optando pela repatriação voluntária. Todavia, não

retornaram ao Peru e solicitaram refúgio no Chile e que lhes reconheceu o status no ano de 1998.

A Comissão enviou-o para ser julgado pela Corte Interamericana. A Comissão Interamericana concluiu que o Estado boliviano cometeu várias violações. De acordo com a Comissão, o Estado infringiu os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos das vítimas, incluindo acesso à justiça disposto no art. 8, proteção judicial (Art. 25), direito de buscar asilo/refúgio (Art. 22, §7º), proteção da integridade física e mental (Art. 5, §1º), e falhou em proteger crianças (Art. 19) e famílias (Art. 17), conforme estabelecido. Além disso, a Comissão fez menção ao Art. 33 da Convenção de 1951, ao Art. 22, §8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Art. 13 da Convenção contra a Tortura, que abordam a violação do princípio de não devolução. A Bolívia foi condenada em 25 de novembro de 2013, pela violação dos direitos mencionados.

A Corte destacou que a proibição da devolução é aplicável a todos os migrantes, refugiados e solicitantes de asilo quando seus direitos à vida, integridade e/ou liberdade estão em risco de serem violados, independentemente da regularidade de sua situação migratória (Corte IDH, 2013). Nesse sentido, convém analisar o parágrafo 151 da sentença do caso:

151. Ao recordar que, no sistema interamericano, o princípio de não devolução é mais amplo em seu sentido e alcance e, em virtude da complementariedade que opera na aplicação do Direito Internacional de Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proibição de devolução constitui ao mesmo tempo a pedra angular da proteção internacional das pessoas refugiadas ou asiladas e das pessoas solicitantes de asilo. Este princípio também constitui uma norma consuetudinária de Direito Internacional e é reforçado, no sistema interamericano, pelo reconhecimento do direito de buscar e receber asilo. (CIDH, 2013, par 151, tradução nossa).

Através do exposto, é possível concluir que o princípio da não devolução, fundamental no sistema interamericano, possui uma amplitude e alcance significativos, complementando a aplicação do Direito Internacional de Refugiados e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ademais, a sentença ainda define que:

152. Assim, essas pessoas estão protegidas contra a devolução como uma modalidade específica de asilo sob o artigo 22.8 da Convenção, independentemente de seu status legal ou condição migratória no Estado em questão, e como um componente integral da proteção internacional dos refugiados, sob a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, cujo artigo 33.1 estabelece que “nenhum Estado Contratante poderá, por expulsão ou devolução, colocar de qualquer forma um refugiado nas fronteiras dos territórios onde sua vida ou liberdade estejam em perigo por causa de sua raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou suas opiniões políticas” (CIDH, 2013, par 152 – tradução nossa).

Em resumo, o parágrafo destaca que as pessoas estão protegidas contra a devolução, conforme o artigo 22.8 da Convenção Americana, e que isso independe de seu status legal ou condição migratória no Estado em questão. Este princípio é um componente essencial da proteção internacional dos refugiados, conforme estabelecido na Convenção de 1951 e seu Protocolo de

1967. O artigo 33.1 reforça que nenhum Estado Contratante pode, por expulsão ou devolução, colocar um refugiado em territórios onde sua vida ou liberdade estejam em perigo devido a sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas (CIDH, 2013, p. 190).

153. Isso necessariamente implica que essas pessoas não podem ser rejeitadas na fronteira ou expulsas sem uma análise adequada e individualizada de suas petições. Antes de realizar uma devolução, os Estados devem garantir que a pessoa que solicita asilo tenha a capacidade de acessar uma proteção internacional apropriada mediante procedimentos justos e eficientes de asilo no país para onde estaria sendo expulsa. Os Estados também têm a obrigação de não devolver ou expulsar uma pessoa que solicita asilo onde exista a possibilidade de que sofra algum risco de perseguição ou ainda a um país de onde possa ser retornada ao país onde sofre esse risco (a chamada “devolução indireta”) (CIDH, 2013, par 153).

Em conclusão, a Corte enfatiza que é imperativo que as pessoas que solicitam asilo não sejam rejeitadas na fronteira ou expulsas sem uma análise adequada e individualizada de suas petições. Estados devem assegurar que o solicitante de asilo possa acessar proteção internacional apropriada por meio de procedimentos justos e eficientes no país de destino antes de qualquer devolução.

Ademais, os Estados têm a obrigação de não devolver ou expulsar solicitantes de asilo para locais onde possam enfrentar risco de perseguição ou para países de onde possam ser retornados ao local de risco original, prática conhecida como "devolução indireta" (CIDH, 2013, par 153).

Desse modo, através do exposto, é possível inferir que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia em 2013, marcou um avanço significativo na jurisprudência sobre o Direito dos Refugiados no sistema interamericano. Ela destacou a importância do princípio de *non-refoulement*, que proíbe a devolução de indivíduos a países onde possam estar em risco. Ademais, a decisão reforça que este princípio deve ser aplicado independentemente do status migratório dos solicitantes de asilo e impõe aos Estados a obrigação de realizar análises individuais e detalhadas antes de qualquer expulsão. Ainda disso, a sentença sublinha a necessidade de procedimentos justos e eficientes para garantir a proteção internacional apropriada, ampliando a aplicação do princípio de *non-refoulement* para incluir todos os migrantes, refugiados e solicitantes de asilo, conforme previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção de 1951.

7 CASO HAITIANOS VERSUS EUA

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em em 1º de outubro de 1990, a recebeu uma petição com a alegação de que pessoas que chegaram do Haiti aos Estados Unidos em embarcações precárias foram impedidas de adentrar o país e devolvidas ao Haiti. A petição também

alega que muitas pessoas que chegavam em embarcações precárias tinham razões válidas para temer perseguição caso retornassem ao Haiti. No entanto, não lhes foi proporcionada a oportunidade adequada de apresentar suas queixas perante um tribunal e seguir o processo legal apropriado para resolver essas questões (CIDH, 1997, s.p).

Os Estados Unidos rejeitaram a entrada dos barcos transportando refugiados em suas águas territoriais e sustentaram que, contanto que os refugiados não tivessem entrado nos Estados Unidos e sido expulsos de lá, não haveria violação do princípio estabelecido pelo Direito Internacional dos Refugiados (JUBILUT, 2007, p. 136).

A recusa em oferecer proteção constitui uma transgressão da obrigação do governo dos Estados Unidos de não devolver um refugiado a um território onde sua vida ou liberdade possam estar em risco devido a características como raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, ou seja, uma violação do princípio do *non-refoulement*.

Segundo os Estados Unidos, tanto a entrada quanto a devolução dos haitianos estavam em conformidade com o Programa de Interdição da Imigração de Haitianos estabelecido pelo Decreto 4865 e pela Ordem Executiva 12324, promulgados em 29 de setembro de 1981 pelo então Presidente Ronald Reagan, assim como com o acordo de cooperação mútua celebrado entre o Governo dos Estados Unidos e o regime de Duvalier em 23 de setembro de 1981 por meio de troca de notas diplomáticas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu um parecer favorável aos refugiados, considerando que os Estados Unidos violaram vários direitos fundamentais, incluindo o princípio do *non-refoulement*. Essa decisão foi expressa no relatório anual de 1996 da Comissão Interamericana que relatando que:

183. Os Estados Unidos violaram o "direito à vida", de acordo com o artigo I da Declaração Americana, de refugiados haitianos cujos nomes não se citam, identificados pelos petionários, que foram interceptados e repatriados pelos Estados Unidos.

184. Os Estados Unidos violaram o "direito à liberdade" consagrado no artigo I da Declaração Americana nas pessoas de Jeannette Gedeon, Dukens Luma, Fito Jean, dos quatro entrevistados em Guantánamo e dos haitianos não identificados que foram interceptados.

185. Os Estados Unidos violaram o "direito à segurança da pessoa" a que faz referência o artigo I da Declaração Americana nos casos de Dukens Luma, dos quatro entrevistados em Guantánamo e dos haitianos não identificados que foram interceptados.

186. Os Estados Unidos violaram o "direito de igualdade perante a lei" segundo o disposto no artigo II da Declaração Americana no que se refere a Jeannette Gedeon, Dukens Luma, Fito Jean, das quatro pessoas entrevistadas em Guantánamo e dos haitianos não identificados que foram interceptados.

187. Os Estados Unidos violaram o "direito de recorrer aos tribunais" para garantir o respeito aos direitos jurídicos de Jeannette Gedeon, Dukens Luma, Fito Jean, dos quatro entrevistados em Guantánamo e dos cidadãos haitianos cujos nomes não se citam, interceptados, de acordo com o artigo XVIII da Declaração Americana.

188. Os Estados Unidos violaram o direito a "procurar e receber asilo", de acordo com o artigo XXVII da Declaração Americana, em relação a Jeannette Gedeon, a Dukens Luma, a Fito Jean, aos quatro entrevistados em Guantánamo e aos cidadãos haitianos interceptados

cujos nomes não se citam. (CIDH, 1997, par 142)

A Comissão determinou que os Estados Unidos violaram o Artigo 33 da Convenção de 1951, visto que este artigo não limita sua aplicação geograficamente. Adicionalmente, a Comissão afirmou que houve transgressão ao Artigo XXVII da Declaração Americana de 1948, pois os Estados Unidos impediram os haitianos de buscar e receber asilo em território estrangeiro, sem oferecer-lhes o direito a uma entrevista para verificar se preenchiam os critérios de refugiado enquanto estavam em alto mar.

No § 189 de seu relatório, a Comissão recomendou que os Estados Unidos pagassem indenizações adequadas às vítimas pelas violações descritas nos §§ 183-188 e informassem as autoridades competentes sobre sua decisão.

89. Os Estados Unidos paguem indenização apropriada às vítimas pelas violações acima citadas nos parágrafos 183-188 e informem as autoridades competentes sobre sua decisão.

190. De conformidade com o disposto no artigo 54.5 de seu Regulamento, este relatório seja publicado como parte do Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA (CIDH, 1997, par 89-190)

Contudo, devido à influência dos Estados Unidos na região e na OEA, e à sua habitual abstenção em questões de proteção internacional dos direitos humanos, a decisão não foi cumprida. Até hoje, persistem várias violações do princípio do *non-refoulement* relacionadas aos haitianos e aos Estados Unidos, evidenciando a falta de implementação eficaz das medidas recomendadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu relatório anual de 1996.

Desse modo, diante do exposto, conclui-se que a análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a conduta dos Estados Unidos em relação aos haitianos interceptados no mar revela graves violações aos direitos internacionais e humanitários. Ao negar o direito de asilo e repatriar sumariamente os haitianos, os Estados Unidos não apenas desrespeitaram o Artigo 33 da Convenção de 1951, que não impõe limitações geográficas à sua aplicação, mas também violaram o Artigo XXVII da Declaração Americana de 1948 ao impedir que buscasse asilo em território estrangeiro.

CONCLUSÃO

Com base nas pesquisas realizadas, conclui-se que o princípio do *non-refoulement*, conforme artigo 22.7 Convenção Americana de Direitos Humanos é de relevante importância para a proteção do direito de asilo e refúgio. A pesquisa ainda revela, um avanço significativo na proteção dos direitos dos refugiados e solicitantes de asilo no sistema interamericano.

Através do parecer consultivo 21/14 a Corte acolheu a reinterpretação do artigo 22.8 da Convenção Americana, que ampliou o conceito do princípio do *non-refoulement*, e destacou a

obrigação dos Estados de proteger qualquer pessoa sob sua autoridade ou controle efetivo contra a devolução a um território onde possam estar em risco de tortura, tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos. Este entendimento reforça que o *non-refoulement* é uma norma de jus cogens, exigível por qualquer estrangeiro e aplicável a todos os migrantes, independentemente de seu status migratório.

Ademais, a opinião consultiva 25/18 da Corte consolidou a compreensão de que o *non-refoulement* é um princípio comum ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito dos refugiados, estabelecendo obrigações complementares e interdependentes. E tal estabelecimento foi essencial para garantir a observância do princípio de *non-refoulement* como um direito humano fundamental, conforme indicado no artigo XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Em seguida, decisão no Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia em 2013 exemplificou a aplicação prática desse princípio, obrigando os Estados a realizarem análises individuais e detalhadas antes de qualquer expulsão, garantindo procedimentos justos e eficientes para a proteção internacional adequada. A necessidade de cooperação entre os Estados para o desenvolvimento e a observância dos direitos humanos foi reiterada como uma norma imperativa com efeitos *erga omnes*, exigindo o cumprimento das obrigações internacionais.

Finalmente, a análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a conduta dos Estados Unidos em relação aos haitianos interceptados no mar evidenciou graves violações aos direitos internacionais e humanitários. A negação do direito de asilo e a repatriação sumária dos haitianos não apenas desrespeitaram o Artigo 33 da Convenção de 1951, mas também violaram o Artigo XXVII da Declaração Americana de 1948. Essas ações sublinham a importância contínua da aplicação rigorosa do princípio de *non-refoulement* para proteger os direitos humanos dos migrantes e refugiados em todas as circunstâncias.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do *non-refoulement* é reconhecido e aplicado de várias formas. A principal legislação que incorpora este princípio é a Lei nº 9.474/1997, conhecida como Lei Brasileira de Refugiados. O referido ato normativo também criou o CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados, responsável pelas questões relacionadas ao asilo e refúgio. A Constituição Federal de 1988 também inclui o princípio do *non-refoulement* em seu artigo 4º, inciso X, que trata da concessão de asilo político. O Brasil é signatário de muitos tratados internacionais que garantem a proteção dos refugiados, como a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, seu Protocolo de 1967 e a Convenção contra a Tortura. Por meio desses tratados, o Brasil assume a responsabilidade de não devolver refugiados a locais onde possam sofrer perseguição ou tortura. Na prática, o Brasil implementa o princípio do *non-refoulement* por meio do

CONARE, que analisa pedidos de refúgio e determina o status de refugiado.

É incontroverso, que a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Refúgio impacta o Brasil principalmente pelo ser signatário de tratados internacionais que incorporam o princípio do *non-refoulement*, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A análise das decisões brasileiras que reconhecem a importância do princípio são dignas de ser exploradas em futuros trabalhos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto do Refugiado**. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 3 maio 2024.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em 4 maio 2024.

ACNUR. **Protocolo de Nova York Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. 1967. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em 5 maio 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARVALHO RAMOS, André de. **Direito Internacional dos Refugiados**. São Paulo: Expressa, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de. O Princípio do *non-refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **In Revista dos Tribunais**, Ano 99, Vol. 892, fevereiro/2010, p. 347-376.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Estados Unidos, caso 10.675 sobre o mérito, 1997. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso10675a.htm>. Acesso em: 21 maio 2024.

CONARE. **Refúgio em Números**. 1ª ed. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Acesso em: 18 jun. 2024.

CORTE IDH. **Case of the Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia**, 25 November 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf. Acesso em: 3 maio 2024.

CORTE IDH. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional**. Opinião Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador**. Serie A No. 25, pr. 65.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015 del Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia: Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.** 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/pachecotineo_17_04_15.pdf. Acesso em: 30 jun. 2024.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Jurisdição consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a evolução interpretativa do conceito de asilo e a Opinião Consultiva do Equador – (uma análise decolonialista).** Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 183-199, jan./abr. 2020.

MAHLKE, Helisane. **A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Refúgio e sua repercussão sobre o sistema de proteção aos Refugiados no Brasil.** 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/28251118/_A_Jurisprud%C3%Aancia_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_sobre_Ref%C3%BAgio_e_sua_Repercuss%C3%A3o_sobre_o_Sistema_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_aos_Refugiados_no_Brasil. Acesso em: 19 maio 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro.** Revista dos Tribunais, vol. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

ONU. **Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados.** Disponível em: http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf. Acesso em: 5 maio 2024.

DE PAULA, Bruna Vieira. **O Princípio do *Non-Refoulement*, sua Natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, n. 7, p. 51-68, dez. 2006.

PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988.** O Direito, 2009.

RAMO, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas.** In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro.** São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 15-44. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf. Acesso em: 30 jun. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA SOARES, Guido Fernando. **Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros.** Revista de informação legislativa, Brasília, ano 41, n. 162, 2004.

STOYANOVA, Vladislava. **The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum Seekers to Enter State Territory.** Interdisciplinary Journal of Human Rights Law, Lund, p. 1-11, jan. 2008.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

WACHWOWICZ, Marcos. **O Direito de Asilo como expressão dos Direitos Humanos**. In: **D'ANGELIS, Wagner Rocha**. (Org.). **Direito Internacional do Século XXI**. Integração, Justiça e Paz. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p. 144.

OS MECANISMOS DAS RELAÇÕES DE PODER FOUCAULTIANA: O ESTADO COMO OPERADOR DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Jeferson Vinicius RODRIGUES¹
Renato BERNADI²

RESUMO

As relações de poder em nossa sociedade, para além de uma organização social, causa desigualdades, controle populacional e opressão às minorias historicamente marginalizadas. A pesquisa busca oferecer uma visão aprofundada do conceito de poder segundo Foucault e demonstra como esse conceito pode ser aplicado para entender as complexas relações entre poder, Estado e sociedade. O objetivo da pesquisa é explorar o conceito de poder e relacioná-lo com o biopoder, uma forma de exploração estatal que põe em desigualdade as oportunidades entre as pessoas. Como resultado, se espera compreender o motivo e como as relações de poder opera em nossa sociedade. Como metodologia de pesquisa, será utilizada a revisão bibliográfica, com a utilização de teses de dissertação, livros e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Biopoder; Foucault; Mecanismo De Poder; Opressão.

ABSTRACT

Power relations in our society, in addition to social organization, cause inequalities, population control and oppression of historically marginalized minorities. The research seeks to offer an in-depth view of the concept of power according to Foucault and demonstrates how this concept can be applied to understand the complex relationships between power, State and society. The objective of the research is to explore the concept of power and relate it to biopower, a form of state exploitation that places unequal opportunities between people. As a result, we hope to understand why and how power relations operate in our society. As a research methodology, a bibliographic review will be used, using dissertation theses, books and scientific articles.

KEYWORDS: Biopower; Foucault; Power Mechanism; Oppression.

1. INTRODUÇÃO

Há várias teorias e conceitos a respeito de “poder”, mas utilizarei o conceito do autor Michel Foucault para embasar teoricamente esta pesquisa. Assim, nesta primeira parte será discutida a análise de poder na perspectiva foucaultiana, que reverbera na biopolítica. Para tanto será necessário levantar o conceito de poder nas perspectivas de outros autores. Ao relacionarmos o biopoder com a política, chegaremos à teoria da biopolítica, que será aplicada à realidade que possuímos no Brasil atualmente.

Nessa primeira parte da pesquisa será destrinchado o conceito de poder e as suas características relativas à condução de uma sociedade pautada na economia, ou seja, que se utiliza do poder para regular a própria estabilidade financeira. Ao encontro disso, veremos que entrarão

1 Discente do programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Presidente da Comissão de Igualdade Racial da OAB Maringá. Endereço de e-mail: adv.jefersonrodrigues@gmail.com.

2 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Estado.

nessa política de estabilidade financeira aspectos biológicos como nascimento, morte, pessoas portadoras de deficiência e consideradas “fracas”, biologicamente falando, que, em nome da economia, serão descartáveis para o Estado, quando utilizado o seu poder soberano sobre elas.

O objetivo da pesquisa é explorar o conceito de poder e relacioná-lo com o biopoder, uma forma de exploração estatal que põe em desigualdade as oportunidades entre as pessoas.

Para tanto, será utilizado referências bibliográficas como teses de dissertação, livros e artigos científicos.

2. AS CARACTERÍSTICAS DO CONCEITO DE PODER COMO RELAÇÃO DE SUBALTERNIDADE

Já início com alguns questionamentos: o que é o poder? Para que ele serve? Quem o detém? A quem o poder atinge? Como é utilizado? Possui limites? Qual a sua funcionalidade? Nessa primeira parte tentarei responder às perguntas retro, e, com as suas possíveis respostas, o que resultará na sequência da pesquisa. É possível identificar inúmeras teorias relativas ao conceito de poder, diversas formas de ver e de se relacionar com o poder em nossa sociedade em vários níveis, como por exemplo o poder econômico, poder familiar, poder político etc. (Foucault, 1999), desde já esclarecemos que Foucault, ao abordar o poder de forma mais sistemática, opta por falar em “precauções metodológicas”, “regras”, mas não especificamente em uma teoria.

Desta forma, quando houver menção à teoria em Foucault nesta pesquisa, a referência será em relação a um conjunto de regras metodológicas, que servirão de base para a formulação de hipóteses, representando mais um método de investigação e um objetivo de pesquisa do que uma teoria completa (Albuquerque, 1995). Antes de adentrarmos ao conceito de poder concebido por Foucault, apresentaremos alguns conceitos de sociólogos e filósofos, que, ao me debruçar sobre suas características, nota-se que todos convergem para um mesmo aspecto, que ficará evidenciado no decorrer da apresentação dos conceitos.

O ponto de partida desta pesquisa é o poder cujo conceito vem do latim *possum* ou *potere*, que poderá ser traduzido por “*ser capaz de*”, “ter força para”, “ter autoridade para”. Essa raiz latina também deu origem à palavra portuguesa potência, que tem um significado similar. Ao longo da história, a palavra “poder” adquiriu diversos significados, mas todos eles estão relacionados à capacidade de agir, influenciar ou controlar algo ou alguém.

O termo poder está associado às palavras, deliberar, agir, determinar, forçar, compor, manda. Estas palavras estão diretamente associadas à arte de comandar – que na sua definição genérica pode ser concebida como “a capacidade de alguém ou de uma instituição levar um indivíduo ou um grupo de indivíduos fazer(em) ou deixar de fazer(em) algo” (Antônio, 2018).

Por outro lado, o conceito e o significado de “poder” pautados em um dicionário, possuem

as seguintes definições: “*conseguir controlar ou dominar. Ser suficientemente forte para. O governo de uma nação. Imposição de obediência. Controle total. Grande influência. Domínio exercido sobre algo. Total superioridade para governar. Eficácia em resultados*” (Michaelis, 2024).

Hobbes inicia sua análise com o conceito de estado de natureza, uma condição hipotética na qual os indivíduos não se submetem a nenhuma autoridade central. Segundo ele, esse estado seria caracterizado por uma “*guerra de todos contra todos*” (Hobbes, 1991, cap. XIII, p. 110), em que a vida seria solitária, pobre, bruta, curta e nascida na miséria. Diante da violência e insegurança do estado de natureza, os indivíduos, em busca de paz e proteção, decidem celebrar um contrato social. Nesse acordo, eles renunciam à parte de sua liberdade natural e concedem a um soberano absoluto o poder de governá-los. Deste modo, o Leviatã, figura bíblica de um monstro marinho gigante, serve como metáfora para o Estado soberano idealizado por Hobbes. Segundo o autor, esse Estado, detentor de um poder absoluto e indivisível, é o único capaz de garantir a ordem social e a segurança individual, ou seja, o indivíduo reconhece a necessidade de submissão ao Estado em troca da própria segurança (1991, cap. XIII, p. 197).

Já para o pensamento weberiano, existe uma tipologia das relações de poder, que se constitui em três formas de dominação, são elas: dominação carismática, dominação tradicional e dominação legal. Antes de abordarmos as três tipologias da relação de poder weberiana, cumpre destacar que Weber desenvolveu esses tipos não como fim, mas para assumir o papel de instrumentos valiosos para a interpretação da realidade social. São como mapas conceituais que nos guiam na compreensão de aspectos específicos da vida social em contextos históricos determinados.

A dominação legal se constitui na burocracia, de acordo com Weber, sua ideia básica é a de que “*qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma*” (2015, p. 128). A dominação legal se caracteriza pela impessoalidade, racionalidade e previsibilidade, de modo que possa moldar a organização social e a política das sociedades modernas. Neste passo, a dominação legal possui a burocracia como instrumento de dominação, ou seja, é utilizada para atingir determinado fim.

Tecidas tais considerações e abordagens sobre o poder da dominação legal weberiano, é possível extrair da teoria de Weber que, em seu pensamento sociológico, há “uma preocupação com a ordem e as hierarquias sociais, especialmente no que tange ao ordenamento hierárquico do poder em sociedade e nas suas instituições” (Eslabão, 2020, p. 09). Cabe pontuar e, neste ponto especificamente, deixar muito bem evidenciado que a obediência não se deve ou dirige à pessoa em si, mas estritamente à regra que define quem e em que medida deve ser obedecido, pois, dessa forma, a dominação legal é estável, ou seja, o *poder* autoritário é garantido pela via legal.

A segunda forma de dominação weberiana é a do tipo tradicional. Em contraste com a

dominação burocrática, baseada na lei e impulsionada pela racionalidade do Estado moderno, encontramos a dominação tradicional, que floresce no feudalismo. Essa forma de organização social se caracteriza por uma estrutura hierárquica rígida, em que o poder reside em indivíduos ou famílias nobres que detêm autoridade sobre a terra e seus habitantes (Weber, 1991, cap. IX, p. 193).

Ao contrário da burocracia impessoal do Estado moderno, a dominação tradicional se entrelaça com laços comunitários fortes. A fidelidade mútua entre senhores e vassallos, bem como a coesão social entre os membros da comunidade, são elementos essenciais para a manutenção da ordem social. A legitimidade da dominação tradicional não se baseia em leis escritas ou normas racionais, mas em noções profundamente arraigadas na tradição. A santidade da tradição e a crença na ordem natural das coisas conferem aos líderes tradicionais sua autoridade.

A terceira e última forma de dominação weberiana denomina-se dominação carismática. Este tipo de dominação se assemelha à relação de poder hobbesiano, que apresenta uma visão singular do poder, caracterizada por sua natureza absoluta e concentrada nas mãos de um soberano. Os indivíduos renunciam parte de sua liberdade natural e concedem a um soberano absoluto o poder de governá-los. Já no poder carismático weberiano, “haverá uma complexidade bem maior, pois deriva de um atributo essencial: a crença dos subordinados nos dons e capacidades extraordinárias, ou até mesmo sobrenaturais, por parte daquele que exerce o poder” (Eslabão, 2020, p. 08). É possível notar que, em ambas as teorias dos sociólogos citados, o *poder* se concentra nas mãos de um único indivíduo, ou até mesmo de um grupo (monarquia absoluta ou república autoritária), isto é, seja uma instituição ou um indivíduo o fato é que deve, necessariamente, ser possuidor do poder.

Embora a violência seja um pilar fundamental na supremacia de uma classe sobre outra, ela não é o único elemento que sustenta essa subordinação. Na sociedade, existe uma “teia invisível de mecanismos e fenômenos”, muitas vezes abstratos e difíceis de detectar, que permite a dominação e que uma classe mantenha o controle sobre o todo social com o mínimo de instabilidade e conflitos possíveis. Entretanto desprezar “o poder da sociedade civil é correr os riscos de burocratizar a gestão do Estado e pensar que se pode governar somente com a força” (Azevedo, 2006, p. 44).

Neste ponto, é possível verificar que o poder foi utilizado como meio, não propriamente como um fim em si mesmo, em outros termos, os capitalistas, donos dos meios de produção, controlam os processos produtivos e definem as condições de trabalho, enquanto os proletários, sem propriedade dos meios de produção, são obrigados a vender sua força de trabalho em condições precárias. Assim a conclusão é que a relação de produção gera uma desigualdade de poder entre capitalistas e proletariados.

3. O CONCEITO DE PODER NA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA: A TECNOLOGIA DOS MECANISMOS DE PODER

O poder foucaultiano reverbera sobre a estabilidade ou instabilidade econômica/financeira estatal, pois é esse poder que nos dará respaldo para a melhor compreensão do desdobramento da biopolítica. Nas próximas linhas, será apresentado o motivo da abordagem do conceito e das características de poder dos autores acima, pois veremos que em alguns aspectos, quiçá, imprescindíveis, essas características convergem para o mesmo caminho.

Já no início de sua obra *Segurança, território, População*, Michel Foucault nos apresenta um panorama da teoria e características do poder, que serão detalhados a seguir.

Entretanto evidencia que os mecanismos de poder não constituem um conceito ou teoria geral do poder, mas quem o detém, sobre quem é aplicado, qual a sua extensão e seus efeitos. Por mais que Foucault não nos apresente um conceito concreto do que seria o poder, ao afirmar que “a análise desses mecanismos de poder não é de forma alguma uma teoria geral do que é o poder” (Foucault, 2008, p. 08), o autor nos apresenta características cruciais para o regular desenvolvimento desta pesquisa, considerando cinco mecanismos, ou até mesmo, tipos de poderes que, na complexa teoria do poder proposta pelo filósofo, os mecanismos de poder assumem um papel central. Eles são as ferramentas, estratégias e técnicas pelas quais o poder se manifesta e se exerce nas relações sociais, moldando a vida dos indivíduos e grupos de forma sutil e pervasiva.

Destacamos que, por mais que o filósofo não chame os mecanismos de poder de “teoria”, ou que eles não seriam um “conceito de poder”, nesta pesquisa trataremos dos mesmos como uma teoria do poder, pois de acordo com o Dicionário Michaelis (2024), a teoria é um “*conhecimento especulativo, de caráter hipotético e sintético*”.

Em linhas gerais, mesmo ao abordar o conceito de poder marxista, ressaltamos que “o poder não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo” (Foucault, 2008), uma vez que esta é uma afirmação central para compreender a complexa teoria do poder foucaultiana, pois ela desafia a visão tradicional do poder como algo fixo, centralizado e hierárquico, e propõe uma nova perspectiva que o reconhece como dinâmico, relacional e disperso. Nesse passo, mais do que um conjunto de procedimentos, a análise dos mecanismos de poder representa a chave para desvendar a essência do poder. Ao dissecar como o poder se manifesta e se exerce nas diversas esferas da vida social, podemos construir uma teoria que abrange toda a sua complexa dinâmica. Para tanto, no primeiro mecanismo de poder, Michel Foucault afirma que

O poder não é, justamente, uma substância, um fluido, algo que decorreria disto ou daquilo, mas simplesmente na medida em que se admita que o poder é um conjunto de mecanismos e de procedimentos que têm como papel ou função e tema manter - mesmo que não o consigam - justamente o poder (1999, p. 04).

Do trecho acima, podemos compreender que a análise dos mecanismos de poder transcende a mera coleção de procedimentos, assumindo o papel de revelação da natureza multifacetada do poder. Ao desvendar como os mecanismos operam nas relações sociais, podemos iluminar as diversas formas pelas quais o poder se manifesta e se exerce, lançando as bases para uma teoria abrangente e profunda.

Já na segunda indicação de opção dos mecanismos de poder, Foucault discorre sobre um conjunto de relações e procedimentos voltados ao poder, uma vez que *esses conjuntos de procedimentos que têm como papel estabelecer, manter, transformar os mecanismos de poder, pois bem, essas relações não são autogenéticas, não são auto subsistentes, não são fundadas em si mesmas* (Foucault, 2008, p. 04). Com esse segundo mecanismo de poder, o relacional, o autor afirma haver, pelo menos, duas figuras para que se configure as relações de poder, uma relação familiar, relação sexual etc. Desta forma, segundo José Albuquerque, “a relação é a que estabelece, de um lado, indivíduos, de outro, autoridade: pôr a serviço, conferir, erigir, legitimar, alienar” (1995, p. 108). Para uma melhor compreensão desse segundo mecanismo de poder, Foucault elucida que

Os mecanismos de poder são parte intrínseca de todas essas relações, são circularmente o efeito e a causa delas, mesmo que, é claro, entre os diferentes mecanismos de poder que podemos encontrar nas relações de produção, nas relações familiares, nas relações sexuais, seja possível encontrar coordenações laterais, subordinações hierárquicas, isomorfismos, identidades ou analogias técnicas, efeitos encadeados que permitem percorrer de uma maneira ao mesmo tempo lógica (...) (Foucault, 1999, p. 11).

Tais relações de poder postas pelas instituições, como quartéis, escolas, prisões, manicômios, por exemplo, foram marcados pelo poder disciplinar, sendo apenas uma maneira específica de punir, de modo que se configura em um modelo reduzido de tribunal (Foucault, 1999, p. 149). Ao analisarmos as intrincadas relações de poder que permeiam a sociedade, abrimos um portal para uma compreensão mais profunda e abrangente da dinâmica social em sua totalidade. Essa análise não se limita a um mero exame das estruturas de poder, mas nos convida a desvendar os mecanismos sutis e muitas vezes invisíveis que moldam nossas realidades.

Neste terceiro mecanismo de poder, Foucault não discorre, detalhadamente, sobre o poder relacional, entretanto, afirma que

(...) a análise dos mecanismos de poder, essa análise tem, no meu entender, o papel de mostrar quais são os efeitos de saber que são produzidos em nossa sociedade pelas lutas, os choques, os combates que nela se desenrolam, e pelas táticas de poder que são os elementos dessa luta (Foucault, 1999, p. 5).

Podemos notar que nesse mecanismo de poder, o poder não é retratado como fim em si mesmo, mas como um conjunto de elementos constituídos que utilizará o poder para chegar a um resultado desejado.

Na quarta indicação do mecanismo de poder, Foucault retrata o poder como um discurso de ordem imperativa, ou seja, um comando a ser seguido, como por exemplo, “lute contra isto e desta ou daquela maneira”, “utilize isso para atingir aquele ou esse objetivo”. Ocorre que, para Foucault, o mecanismo de poder imperativo deveria ser condicional, de modo que se configurasse apenas em indicadores táticos, dispondo que *se você quiser lutar, eis alguns pontos-chave, eis algumas linhas de força, eis algumas travas e alguns bloqueios* (Foucault, 1999, p. 6).

Chegamos ao quinto e último mecanismo de poder elaborado por Foucault, em que o filósofo dá sequência ao quarto mecanismo de poder, de forma que atribui ao poder um imperativo, ou seja, um comando a ser seguido: *nunca fazer política*. Nos mesmos moldes que apresentou o quarto mecanismo de poder, Foucault, também no quinto, foi curto e objetivo.

Tendo isso em vista, é possível extrair desses cinco mecanismos de poder que Foucault “preparou o terreno” para a formulação de sua obra *Microfísica do poder*³, escrita em 1979, entretanto, os elementos e mecanismos de poder propostos por esse autor são suficientes para demonstrar e evidenciar como o Estado utiliza o seu poder sobre os indivíduos, para manter a ordem, seja ela econômico-financeira, política, ou social etc.

Todavia é imprescindível apontar, ainda que minimamente, as características e o panorama geral que Foucault aborda em sua *Microfísica do poder*. O filósofo contesta a noção de um “*poder único*” que possui autoridade sobre tudo. Em vez disso, ele argumenta que o poder está espalhado e disperso em várias áreas da sociedade, desde instituições oficiais como o Estado e as instituições educacionais até relações interpessoais e até mesmo o poder individual. A microfísica do poder estuda os mecanismos sutis e cotidianos que controlam as pessoas. O filósofo afirma que esses mecanismos se manifestam em práticas como disciplina, vigilância e normalização, que podem ser encontradas em locais como prisões, escolas e hospitais (Foucault, 1979). Por exemplo, regras, punições e recompensas são usadas pelo poder disciplinar para moldar corpos e comportamentos, tornando as pessoas dóceis e submissas.

Foucault destaca a conexão entre o saber e o poder. O conhecimento não é neutro, mas é usado para exercer poder sobre outras pessoas. Classificamos, categorizamos e normatizamos com conhecimento, criando hierarquias e relações de dominação. Por exemplo, ações discriminatórias podem ser justificadas com o conhecimento científico. O termo “dispositivos” é usado pelo filósofo para se referir aos meios pelos quais um indivíduo pode exercer o poder. Esses dispositivos podem

3 Na obra de Michel Foucault, a **microfísica do poder** se destaca como um conceito crucial para compreender como o poder opera em nossas vidas, moldando nossos comportamentos, pensamentos e relações de forma sutil e muitas vezes imperceptível. Essa análise se afasta da visão tradicional de poder como algo centralizado e repressivo, focando nos mecanismos sutis e cotidianos que permeiam a vida social. Apesar da onipresença do poder, Foucault também aponta para a possibilidade de resistência e emancipação. Através da crítica, da desobediência civil e da criação de contradiscursos, podemos questionar as relações de poder e buscar novas formas de vida.

ser imateriais, como normas sociais e valores morais; ou materiais, como câmeras de segurança, ambos atuam de forma sutil e capilarizada, moldando comportamentos e relações.

Agora convido você a fazer um exercício, imagine um mundo onde o poder não se concentra nas mãos de um único indivíduo, um rei, ou em uma entidade centralizada como uma autoridade ou instituição. Tente pensar no poder sem que haja uma pessoa, ou alguma autoridade que não apenas o possui, mas determina a sua natureza, seus limites e seu modo de funcionamento. Esse exercício se mostra inviável, pois só pensamos em um conceito ou nas características de poder, imaginando, ao menos, dois sujeitos. Um exemplo disso visibilizamos na relação real, ou seja, é impossível pensar o poder sem o rei sem seus súditos. Dessa forma, ao analisarmos, os conceitos de poder de Hobbes, Weber, por exemplo, notamos que todos os conceitos convergem para o mesmo caminho, uma vez que, necessariamente, alguém deve possuir e desempenhar o poder sobre outras pessoas. Neste interim, José Albuquerque define o conceito e algumas características relativas ao poder:

O poder é a capacidade que tem o Estado para obter obediência dos seus súditos”. É impossível dar sentido a esta frase sem colocar alguém na posição do rei, no caso, o Estado. Podemos substituir Estado por autoridade, líder, instituição, mas sempre o poder será alguma coisa que pertence – ou é possuída – por alguma entidade (Albuquerque, 1995, p. 2).

O rei, ou o monarca, estará presente na relação de poder, assim como o seu subalterno, o súdito. O monarca, ou uma instituição, ou um grupo de pessoas, utiliza o poder que detém sobre os subordinados para alcançar determinado fim, desta forma, pode se dizer que o poder utilizado será tido como objetivo que passa do monarca para o subalterno ou que o monarca retira deste. Nos conceitos de poder acima exibidos, fica evidente a demonstração que, de fato, não é possível imaginar no pensamento político moderno, ainda que Foucault tente desvencilhar o caráter político do poder, imaginar o poder sem o sujeito que o detém. Para Foucault, o poder não se limita à repressão ou à coerção, ele permeia todos os aspectos da vida social, moldando nossas relações, comportamentos e valores. O poder não é algo que alguém possui, mas uma rede complexa de relações que se estabelecem entre indivíduos, instituições e grupos sociais.

Dentro dessa relação de poder social, especificamente nas áreas das ciências, o possuidor de poder é aquela pessoa que tem conhecimento e desempenha o poder sobre os seus desiguais. Um exemplo tem-se no advogado que, em sua relação com o cliente, exercita o poder devido à desigualdade de conhecimentos específicos. O cliente fica desprotegido e numa posição de vulnerabilidade em relação ao seu advogado, tornando a relação desigual. Assim, no momento em que o cliente passa a consultar outros advogados, buscando uma segunda e terceira opinião a respeito do seu caso, demonstrando resistência às informações do advogado inicial, o poderio é enfraquecido.

O mesmo pode acontecer com o um pesquisador, engenheiro ou médico. Entretanto esse exercício de resistência se mostra mais difícil de ser praticado, pois, de acordo com Foucault, se o poder descentralizado estiver nas mãos de instituições, organizações, empresas privadas e até mesmo do próprio Estado, a quem os corpos submissos e “descartáveis” irão recorrer?

A resistência ao poder é facilitada quando a exclusão é explícita, incontroversa e notória para o público, pois quando *o poder é exercido de forma sutil e com sofisticação, a percepção destas consequências negativas é prejudicada e vai demandar a mesma sutileza no olhar social* (Abreu, 2018, p. 141). Com a manipulação do poder de forma implícita, podemos notar um aceno desta forma de poder para a manutenção e perpetuação do Racismo de Estado, que irá se materializar no Racismo Ambiental, vez que, ano após ano, as mesmas “catástrofes” ambientais acontecem no mesmo período e nos mesmos lugares vulneráveis, atingindo as populações com as mesmas características, sendo estas periféricas, pobres e pretas, em sua maior parte, em especial mães chefes de família (Tarasiuk, 2022).

Para chegarmos no ponto crucial deste tópico, é essencial abordar a ideia de governo dos homens apresentada por Foucault numa alegoria pastoral, de modo que o rebanho é submisso ao seu pastor, assim como os governados possuem dependência ao seu governante. Foucault se utiliza metaforicamente da ideia de um poder pastoral, uma vez que *o rei, o deus ou o chefe seja um pastor em relação aos homens, que são como seu rebanho* (Foucault, 2008, p. 490). Compilando as ideias e características do poder pastoral, é possível dizer que “um poder que não se exerce sobre um território é um poder que, por definição, se exerce sobre um rebanho” (Foucault, 2008), além de ser exercido com relação a uma multiplicidade em movimento.

4. A HIGIENIZAÇÃO SOCIAL COMO RESULTADO DA GOVERNANÇA POLÍTICO-ECONÔMICA DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL

Neste segundo tópico, irei abordar o conceito de governo, pois ao evidenciar suas características, poderemos chegar a respostas das seguintes perguntas: por que o Estado governa da

forma que governa? Como e em que medida o poder é utilizado pelos governos e governantes? A quem o poder dos governantes atinge? A quem é dirigido o poder dos governantes? Com as respostas a essas perguntas, estaremos no caminho para, ao menos, tentar compreender o uso da biopolítica por meio do Estado. Ressaltamos, mais uma vez, que essa pesquisa se preza a evidenciar o conceito foucaultiano de biopoder, por esse motivo, haverá grande contingente de citações do filósofo francês, e quando necessário, traremos as contribuições de outros autores que fazem relação ao tema, com o intuito de engrandecer e tornar a pesquisa o mais imparcial possível.

Abordar a governabilidade nesta pesquisa é de suma importância, pois além das características foucaultianas de poder, é à partir da governabilidade que se dá o “estopim” para a análise do biopoder. Ao analisarmos a obra de Foucault, *Nascimento da Biopolítica*, observamos que ela não nos apresenta um conceito sólido, concreto e objetivo do que seria essa teoria que buscamos apresentar nesta pesquisa para amparar e, quiçá, responsabilizar o Estado como o causador ou atribuir a sua omissão pelas práticas do fenômeno da higienização racial, e até reverberando no Racismo Ambiental.

Existem várias maneiras de governar, ou seja, a arte de governar em sentido amplo nada mais é que uma maneira de guiar os homens, de dirigir uma conduta, de reforçar suas ações e reações para atingir um fim (Foucault, 2008). A respeito das várias formas de governar, a exemplo do governo das famílias, governo dos filhos, governo de uma casa, governo das comunidades etc., priorizaremos nesta pesquisa o modo como o governo dos homens se apresenta como exercício da soberania política, o que possibilita dizer que nesta perspectiva de governo, governar é fazer com que o Estado possa se tornar concreto e estável, rico, tornando-se forte frente às ameaças que podem destruí-lo (Foucault, 2008)._Acrescentamos a este conceito de poder a “possibilidade de controlar ou dominar; ter autoridade para tomar uma decisão; domínio exercido sobre algo” (Michaelis, 2017).

Do curso ministrado no Collège de France (19778-1979), surgiu a sua obra intitulada *Nascimento da Biopolítica*, mas foi necessário regressar a duas outras obras, intituladas *Segurança, Território e População* e *Em Defesa da Sociedade*, respectivamente. Assim, o exercício foi e será o de levantar as nuances que permeiam as relações de poder, a governabilidade, que será versada neste tópico, e por conseguinte a biopolítica, pois todos esses elementos, devidamente alinhados, são fatores que “justificam” a manutenção do Racismo Ambiental em nossa sociedade atual, e em uma microperspectiva, reverbera nas cidades de Maringá/PR e Sarandi/PR.

Foucault juntou subsídios para ancorar os motivos pelos quais o Estado governa da maneira que governa. Em linhas gerais, em sua obra *Segurança, Território e População*, o autor traça uma profunda análise da emergência da biopolítica como forma de governança nos séculos

XVII e XVIII. Desta feita o filósofo retrata como os conceitos de segurança, território e população se entrelaçam para dar origem a novas técnicas de poder, que visam controlar e regular a vida individual e coletiva. Apesar de reconhecer a importância da biopolítica para o desenvolvimento da sociedade moderna, Foucault também adverte sobre seus perigos. Ele critica a tendência à medicalização da vida, à padronização dos indivíduos e à exclusão daqueles que não se encaixam nas normas. O poder exercido pelo Estado pode ser descentralizado entre organizações, instituições, pessoas, grupos etc. Ao tratar das relações sociais e políticas no cerne do território, Foucault sinaliza para o fato de que o governante chama para si a responsabilidade para as instabilidades sociais, exercendo o seu poder soberano como “meio moderador”.

Depende de o governo mudar a temperatura do ar e melhorar o clima; um curso dado às águas estagnadas, florestas plantadas ou queimadas, montanhas destruídas pelo tempo ou pelo cultivo contínuo da sua superfície formam um solo e um clima novos. Tamanho é o efeito do tempo, da habitação da terra e das vicissitudes na ordem física, que os cantões mais sadios se tornaram morbígenos (Foucault, 1999, p. 29).

Reduzir a constituição do sujeito moderno aos processos de sujeição e à produção da "alma" nas tecnologias disciplinares seria uma visão incompleta. Da mesma forma, limitar a população a um produto da biopolítica, moldada por técnicas reguladoras e saberes específicos, seria reducionista, segregacionista e desumano.

A partir de 1978, a noção de governamentalidade assume um papel crucial na obra de Michel Foucault, marcando uma virada em seu posicionamento teórico e político. De acordo com João Neto (2019), em meados da década de 1970 Foucault concebia o poder como uma relação de "confronto entre dois adversários". Com a ascensão da governamentalidade, essa perspectiva se transforma, abrindo espaço para uma visão mais abrangente do poder. Por conseguinte, a governabilidade é um meio para se colocar ordem na sociedade a qualquer preço, “custe o que custar”, já que é necessário que um Estado bem organizado internamente seja forte o suficiente para enfrentar as “adversidades” externas.

Neste interim, Kritsch afirma que:

O que leva um princípio a ser aperfeiçoado, constata Maquiavel (p. 23), é a necessidade. A adversidade pode ser condição tanto do aperfeiçoamento quanto da destruição do Estado. Isto é, as necessidades também podem pôr em risco o Estado. Aperfeiçoar as leis e a forma de governo significa, no raciocínio do florentino aqui, atuar no processo de transformação da ordem política (2010, p. 04).

Maquiavel retrata formas e possibilidades de governo, por outro lado, Foucault nos apresenta como esses governos agem para manter a estabilidade social. De certo ponto, não há divergência de pensamentos entre os dois filósofos, entretanto, em linhas gerais e objetivas, Maquiavel nos apresenta a teoria, enquanto Foucault, por meio delas, apresenta como seria a prática da aplicação dessas teorias, tanto que na principal obra de Maquiavel, *O Príncipe*, há correlação

entre o modo de governo maquiavélico e foucaultiano para se estabelecer a ordem estatal.

Foucault salienta que o Estado utiliza o seu poder soberano para decidir quem vive e quem morre, o “*fazer viver, deixar morrer*” – teoria da biopolítica, que veremos nos próximos tópicos, faz ligação com o que Maquiavel versou em *O Príncipe*:

(...) Quiseram conservar a Grécia quase como os espartanos, deixando-a livre e governada pelas próprias leis, mas não tiveram sucesso: de modo que foram obrigados a destruir muitas cidades daquela província, para conservá-la. Porque, em verdade, não há modo seguro para conquistá-las, além da ruína. E quem se torna senhor de uma cidade acostumada a viver livre e não a destrói deve esperar ser destruído por ela; pois ela sempre tem por pretexto, na rebelião, o nome da liberdade e os antigos costumes, os quais, nem pela distância dos tempos nem por benefícios, nunca se esquecem (2009, p. 42).

No pensamento maquiavélico essa devastação e aniquilação das sociedades por parte do Estado, na representação pela figura do príncipe, é necessária para que haja dominação por parte do príncipe e submissão a ele por parte das sociedades, pois aquelas repúblicas que prezarem pela liberdade “*o meio mais seguro é aniquilá-las ou habitá-las pessoalmente*” (Maquiavel, 2009, p. 43). Deste modo, uma fissura se abre na sociedade, onde dois grupos distintos travam uma batalha de desejos antagônicos. De um lado, o povo, que anseia por libertação da opressão; e do outro, os poderosos, ávidos por subjugar e dominar (Winter, 2006).

Na obra "O Príncipe" reside uma profunda análise do poder político que rege o Estado. Essa entidade complexa se ergue sobre uma teia de forças antagônicas, onde a dicotomia entre o anseio por domínio e opressão, empunhado pelos poderosos, e o desejo por liberdade, acalentado pelo povo, define as relações sociais que a compõem, não sendo possível dissociar o poder da política. Não por acaso, deixamos para abordar o que significa a palavra “governar” para este momento do subtítulo, pois veremos que os elementos relativos ao governo, de forma semântica, estão relacionados também com o que dispõe Foucault em sua obra *Segurança, Território e População*.

De acordo com o dicionário Michaelis, governar significa:

Ser responsável oficialmente pela condução da política e da administração de uma nação, de um estado ou de um município. Ter poder de mando, de direção; administrar, dirigir. Dirigir as ações de alguém; controlar, dominar. Conduzir ou controlar o andamento ou a velocidade de. Gerir adequadamente os próprios negócios ou a vida financeira; dirigir-se. Proceder de modo correto; não errar (Michaelis, 2024).

Conforme a apresentação do significado da palavra “governo”, com base em um dicionário, serão tecidas considerações fundamentais para o regular desenvolvimento deste subtítulo, pois é a partir desse momento que veremos que poder, governo e economia se entrelaçam, de modo que será possível compreender os motivos dos governantes governar da forma e maneira que governam, para quem governam etc., bem como ser respondidas algumas daquelas perguntas delineadas no início deste tópico.

Partiremos, mais uma vez, dos ideais foucaultianos para retratar o governo, o que já havia sido feito anteriormente, mas agora de forma mais aprofundada e direcionada. Assim, conforme Foucault afirma, a arte de governar é semelhante ao “governar uma casa”, “governar almas”, “governar crianças”, “governar uma província”, “governar um convento”, “governar uma família” etc., haja vista várias formas de governo, em diferentes áreas, Foucault considera esse fator como modalidades de governo, bem como práticas múltiplas “*já que muita gente governa*” (Foucault, 2008, p. 124).

Apesar de todas essas formas de governo serem tidas como modalidades de governo, Foucault afirma que possui uma forma peculiar em que o governo se aplica a todo o Estado, onde se constitui, primeiramente, em um governo caracterizado pela continuidade ascendente, assim a *continuidade ascendente, no sentido de que quem quiser ser capaz de governar o Estado primeiro precisa saber governar a si mesmo; depois, num outro nível, governar a sua família, seu bem, seu domínio; por fim, chegará a governar o Estado* (Foucault, 2008, p. 125). Logo é essa continuidade ascendente de governo que irá assegurar as diferentes formas de governo.

Em contrapartida, a boa governança do Estado se irradia em uma descendência, impregnando a conduta individual e familiar. Assim como um tronco robusto sustenta seus galhos, metaforicamente falando, um Estado bem administrado guia seus cidadãos na gestão de seus bens, riquezas e propriedades. Essa influência saudável, que se estende do macro para o micro, era denominada, na época, de “polícia”. Desta forma, Foucault, corrobora que tanto o governo que opera a sua continuidade ascendente, como descendente, *o elemento central é esse governo da família, chamado, justamente, de “economia”* (2008. p. 126). Neste passo, é possível compreender que a economia serve como alicerce e justificativa histórica para o poder político, de modo que é através da gestão dos recursos e da organização da vida econômica que o poder político se fundamenta e exerce sua influência na sociedade.

Acima, vemos um “flerte” entre poder, governo e economia, ao passo que Foucault (2008, p.126) afirma que *a introdução da economia no seu do exercício político, é isso, a meu ver, que será a meta essencial do governo*. Por conseguinte, o autoritarismo, o uso da força e a abdicação da pacificidade entram em cena em nome da ordem estatal-econômica:

Governar um Estado será, portanto, aplicar a economia, uma economia no nível de todo o Estado, isto é, exercer em relação aos habitantes, à riquezas, à conduta de todos e de cada um uma forma de vigilância, de controle, não menos atenta do que a do pai de família sobre a casa e seus bens (Foucault, 2008, 126-127).

Afirmar a existência de um "governo econômico" pode parecer redundante, pois a própria arte de governar se entrelaça intrinsecamente com a gestão da economia, em uma visão foucaultiana. Assim governar implica, em essência, exercer o poder e tomar decisões que impactam

a vida da sociedade. No cerne dessas decisões, portanto, reside a administração da economia, pois ela é a base fundamental para o funcionamento de um Estado e o bem-estar de seus cidadãos.

A economia não se limita a um mero conjunto de teorias e técnicas, ela se configura como uma poderosa ferramenta nas mãos dos governantes, permitindo-lhes influenciar o desenvolvimento social, a distribuição de riquezas, a geração de empregos e, em última análise, o destino da nação, pois, de acordo com o pensamento foucaultiano, *“a razão econômica está, não substituindo a razão de Estado, mas dando um novo conteúdo à razão de estado e dando, por conseguinte, novas formas à racionalidade de Estado”* (Foucault, 2008, p. 468).

A "noção de governo econômico", embora possa parecer tautológica, como já arrazoadado acima, à primeira vista, revela a profunda interdependência entre a arte de governar e a gestão da economia. Compreender essa relação é crucial para analisar as decisões políticas e seus impactos na vida da população. É com essa introdução da economia na governabilidade que faz surgir, *à priori*, outros elementos subordinados ao poder para se garantir a desejada estabilidade econômica.

Foucault, ao analisar o conceito de governo pautado nas diretrizes de La Perrière, acredita que o “governar” se relaciona com um complexo constituído pelos homens e pelas coisas. Desta forma, nos ideais foucaultianos, o filósofo afirma que o governo deve se dedicar aos homens, em suas relações e vínculos com as riquezas, recursos, meios de subsistência e território. Isso inclui as fronteiras do país, suas características geográficas, clima, aridez, fertilidade etc., conseqüentemente, o governo tem a sua responsabilidade de garantir o bem-estar dos homens, suas relações com os recursos e a gestão do território.

Além da definição de governo arrazoadada por Foucault, o autor faz uma complementação do conceito de poder com a relação com as coisas, ao afirmar que *“governo é a correta disposição das coisas, das quais alguém se encarrega para conduzi-las a um fim adequado. O governo tem, portanto, uma finalidade, ele dispõe das coisas [...] tendo em vista um fim”* (Foucault, 2008, p. 130).

Para governar de forma racional e ponderada, o governo deve ter a população como foco central de suas observações e conhecimentos. Ou seja, a população deve ser a base para as decisões e ações governamentais, entretanto, ao analisarmos as ponderações que Foucault nos coloca, a própria população será manipulada e servirá de instrumento em nome de um “governo econômico”, um governo político e um “governo das famílias”:

(...) o instrumento que o governo vai se dar para obter esses fins, que, de certo modo, são iminentes ao campo da população, será essencialmente a população, agindo diretamente sobre ela por meio de campanhas, ou também, indiretamente, por meio de técnicas que vão permitir, por exemplo, **estimular, sem que as pessoas percebam muito, a taxa de natalidade**, ou dirigindo nesta ou naquela região, para determinada atividade, os fluxos de população. É a população, portanto, muito mais que o poder do soberano, que aparece

como fim e o instrumento do governo: sujeito de necessidades, de aspirações, mas também nas mãos do governo (Foucault, 2008, p. 140).

Até que ponto esse controle populacional pode chegar para garantir a estabilidade financeira? A quem vai atender e a quem interessa esse controle de natalidade. Neste momento se fala em um controle de nascimentos, mas e quanto às mortes? É notório o aparecimento da biopolítica como meio de governo para a manutenção da in(e)stabilidade social, política e econômica. Neste interim, nas análises foucaultianas, a população, ao ser inserida como sujeito nas relações de população, território e riqueza, acaba por contribuir para o surgimento de nova ciência, a “economia política”, e “*ao mesmo tempo, um tipo de intervenção característica do governo, que vai ser a intervenção no campo da economia e da população*” (Foucault, 2008, p. 141).

Em conclusão a este tópico, foi possível verificar que a arte de governar é complexa e multifacetada, abrangendo desde a gestão da família até a administração do Estado. Ela se entrelaça com a economia, utilizando-a como ferramenta para alcançar seus objetivos. Foucault critica a biopolítica por sua tendência à medicalização da vida, à padronização dos indivíduos e à exclusão daqueles que não se encaixam nas normas. Ele defende uma forma de governo mais democrática e participativa.

Governo, governabilidade e biopolítica estão intimamente relacionados. O governo utiliza a governabilidade para implementar suas políticas, e a biopolítica, que começa a surgir no século XVII e XVIII, é um tipo de governabilidade que se concentra no controle da vida da população. No decorrer deste trabalho, dedicaremos um tópico específico à abordagem do tema da biopolítica, tamanha a sua importância para o regular desenvolvimento da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve por objetivo apresentar uma análise aprofundada do conceito de poder, explorando diferentes perspectivas teóricas e históricas, desta feita, é possível notar que o poder é um termo complexo e multifacetado, com diversas definições e nuances ao longo da história. A palavra "poder" tem raízes latinas e está associada à capacidade de agir, influenciar e controlar.

Foucault não define o poder como uma entidade abstrata, mas como um conjunto de mecanismos e procedimentos que se manifestam nas relações sociais. O poder permeia todas as esferas da vida social, moldando as relações entre indivíduos, grupos e instituições. A pesquisa destaca que o poder pode ser exercido através de diversos mecanismos, como a força, a ideologia, a cultura e as instituições.

Assim, como resultado parcial desta pesquisa, nota-se que as relações de poder geram desigualdades e hierarquias sociais, impactando a vida das pessoas de diversas maneiras e combate

a essas desigualdades se tornam difíceis quando o poder é exercido de forma sutil e invisível.

Não só para determinar hierarquias e obter, como resultado, as desigualdades, os mecanismos de poder descritos por Foucault podem ser utilizados para analisar como o Estado mantém sua estabilidade econômica e financeira. O poder é exercido para moldar comportamentos, controlar a população e garantir a ordem social, o que, por sua vez, influencia a economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Ivy de Souza. Biopolítica e racismo ambiental no Brasil: a exclusão ambiental dos cidadãos. **Opinião Jurídica**, Vol. 12, Nº 24, pp. 97-100 - ISSN 1692-2530. Julio-Diciembre de 2013 / 200 p. Medellín, Colômbia.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Michel Foucault e a teoria do poder. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2): 105-110, out, 1995.

ANTÔNIO, José. **O poder, o Estado e a política**. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/artigo/poder/>. Acesso em: 27 Mai 2024.

AZEVEDO, Mário Luiz Neves. O marxismo e o poder: uma questão de Estado. REP - **Revista Espaço Pedagógico**, Passo Fundo, v. 13, n. esp., p. 38-46, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos**: Curso no Collège de France, 1979-1980: aulas de 09 e 30 de janeiro de 1980. Tradução, transcrição e notas Nildo Avelino. – São Paulo: Centro de Cultura Social, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Marin Galvão – São Paulo: Martins Fontes, 1999 – Coleção tópicos.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p.128.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão – São Paulo: Martins Fontes, 2008 – Coleção tópicos.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner - São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª ed. Trad. Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Madras, 2009.

PODER. In: Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Uol, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=poder>. Acesso em 23 Mai 2024.

TARASIUK, Karina. Racismo Ambiental – População de baixa renda é mais afetada por desastres ambientais. **Agência Brasil**, 2022. Disponível em: < <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/620975->

racismo-ambiental-populacao-de-baixa-renda-e-mais-afetada-por-desastres-ambientais>. Acesso em: 19 jul. 2023.

TRINDADE, Rafael. **Foucault e o liberalismo**. Disponível em:<<https://razaoinadequada.com/2019/06/03/foucault-e-o-neoliberalismo/>>. Acesso em 19 Jun. 2024.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da Economia Política. Tradução de Ítalo Moriconi. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: SOLUÇÃO PARA MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS ENDIVIDADOS?

Alessandra Cristina FURLAN¹
Rayssa Rayane da Silva ZANATTA²

RESUMO

O tema do artigo é a recuperação judicial especial do microempreendedor individual. O art. 70 da Lei nº 11.101/2005 faculta à microempresa e à empresa de pequeno apresentar plano especial de recuperação judicial, sem mencionar a figura do microempreendedor individual. Reconhecida a sua vulnerabilidade econômica pelos tribunais pátrios, a negativa de recuperação compromete não só a fonte produtora, mas especialmente os meios de subsistência do segmento. Ademais, por ser pessoa física, a insolvência do MEI coloca em risco os seus bens pessoais, uma vez que inexistente limitação de responsabilidade e separação patrimonial. Assim, questiona-se o plano especial de recuperação judicial, franqueado às microempresas e às empresas de pequeno porte, atende aos interesses dos microempreendedores individuais, parcela vulnerável do empresariado brasileiro? O estudo objetivou responder ao questionamento, a partir da análise das vantagens e desvantagens da opção pelo procedimento simplificado. Justifica-se a investigação pelo interesse teórico e pelas repercussões práticas em um dos setores mais importantes para a economia brasileira. Trata de pesquisa de cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico-dedutivo e que conta com variados procedimentos metodológicos, como pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Os resultados podem ser resumidos em: a recuperação judicial é franqueada ao microempreendedor individual, o procedimento especial lhe favorece pela celeridade, simplicidade e menores custos em comparação com o procedimento ordinário. Nada obstante, o mecanismo ainda é pouco viável ao MEI, necessitando de alteração legislativa para favorecê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: recuperação judicial; microempreendedor individual; insolvência.

ABSTRACT

The topic of this article is the special judicial recovery of individual micro-entrepreneurs. Article 70 of Law 11.101/2005 allows micro-enterprises and small businesses to present a special judicial recovery plan, without mentioning the individual micro-entrepreneur. Given their economic vulnerability, recognized by the Brazilian courts, the denial of that kind of recovery jeopardizes not only the sources of production, but also the means of subsistence of the segment. Furthermore, as an individual, the insolvency of the IME puts their personal assets at risk, since there is no limitation of liability or separation of assets. Therefore, the question is whether the special judicial recovery plan, granted to micro-enterprises and small businesses, meets the interests of individual micro-entrepreneurs, a vulnerable segment of the Brazilian business community. The study aimed to answer this question by analyzing the advantages and disadvantages of opting for the simplified procedure. The research is justified by its theoretical interest and practical repercussions in one of the most important sectors for the Brazilian economy. It is a theoretical, exploratory and critical research, developed under scientific-deductive method, relying on various methodological procedures, such as bibliographical, legislative and jurisprudential research. The results summarize as follows: judicial recovery is open to individual micro-entrepreneurs, and the special procedure favors them due to its speed, simplicity and lower costs compared to the ordinary procedure. However, the mechanism is still not very viable for IMEs, requiring legislative changes in order to

1 Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Professora na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Cornélio Procopio.

2 Graduada do Curso de Ciências Contábeis na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Cornélio Procopio.

favor.

KEYWORDS: judicial recovery; individual micro-entrepreneur; insolvency.

INTRODUÇÃO

O tema central do presente estudo é o plano especial de recuperação judicial facultado ao microempreendedor individual. O art. 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) prevê a possibilidade de apresentação de plano especial de recuperação para a microempresa e a empresa de pequeno porte. Porém, no dispositivo, o legislador não mencionou expressamente o microempreendedor individual, omissão que pode ocasionar certa dúvida a respeito.

No tocante ao microempreendedor individual insolvente, a utilização do instituto recuperacional representa um meio legal de superação da crise econômico-financeira, com a consequente preservação da atividade empresarial desenvolvida. Trata-se de mecanismo de proteção da fonte de renda do pequeno empreendedor, assegurando a manutenção das suas necessidades básicas e das de sua família. Guarda, portanto, relação direta com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A princípio, considera-se a importância do microempreendedor individual no contexto econômico brasileiro. Segundo as estatísticas, no país existe um total de 15.610.830 empresas formalizadas, optantes pelo sistema de recolhimento em valores fixos mensais dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional (Portal do Empreendedor, 2024)³. Na realidade, o MEI “é responsável por 56,5% dos negócios ativos no País, além de representar 74,9% das empresas abertas no primeiro quadrimestre de 2024” (Ministério do Empreendedorismo, da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, 2024, p. 10).

Relevante salientar que a cada dez empresas abertas no Brasil, três são de microempreendedores individuais, em atividades de baixa remuneração, como cabeleireiros, manicures e pedreiros. Aproximadamente 70% dessa população já teve “carteira assinada” e quase 80% foi demitida dos empregos (Jornal Nacional, 2024). Logo, percebe-se que parcela considerável se tornou empresária por necessidade e não por opção ou pelo simples desejo de empreender.

Exatamente pelo fato de que muitos brasileiros se tornaram microempreendedores individuais por não conseguir recolocação no mercado de trabalho formal, o princípio da preservação da empresa ganha maior significância. A recuperação judicial do MEI correlaciona-se com a

3 Informação extraída no Portal do Empreendedor, referente ao dia 6 de julho de 2024. Disponível em: <http://www22.receita.fazenda.gov.br/inscricaoimei/private/pages/relatorios/relatorioMesDia.jsf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

subsistência de um segmento econômica e socialmente vulnerável, uma vez que compreende o modo mais simplificado de empreender no país, com baixo faturamento anual e recolhimento de impostos/contribuições.

Ademais, de acordo com a legislação brasileira, o microempreendedor individual é pessoa física que exerce a atividade econômica em nome próprio e, por isso, responde com o patrimônio pessoal pelos riscos do negócio, sem qualquer distinção entre a personalidade da pessoa natural e a da “empresa”. E, por inexistir autonomia patrimonial, o endividamento do pequeno empreendedor culmina não só no aniquilamento da sua fonte de renda, mas na perda dos bens pessoais e particulares.

Observa-se ter o Superior Tribunal de Justiça (STJ) um olhar diferenciado ao microempreendedor individual, em virtude da inquestionável vulnerabilidade que o envolve. Como exemplo, no REsp 1.899.342 – SP, a Quarta Turma reconheceu a hipossuficiência financeira do MEI para a concessão do benefício da gratuidade de justiça sob a mera afirmação de penúria financeira (STJ, 2022, p. 1). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em diversas decisões, entendeu ser a vulnerabilidade do microempreendedor individual presumida, assim como o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)⁴.

Por sua vez, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019, p. 1) atesta a vulnerabilidade do microempreendedor individual (técnica, jurídica, fática ou informacional) para equipará-lo ao consumidor, ainda que não seja o destinatário final do bem ou do serviço. Trata-se da aplicação da teoria finalista mitigada, abrandada ou aprofundada, adotada pelo STJ, pelos tribunais estaduais e pela doutrina pátria.

Diante das premissas elencadas, questiona-se: a regulamentação do plano especial de recuperação judicial franqueado às microempresas e empresas de pequeno porte atende aos interesses dos microempreendedores individuais, parcela vulnerável do empresariado brasileiro? Quais as vantagens e as desvantagens da opção do devedor pelo procedimento simplificado de reorganização da empresa em período de crise econômico-financeira? O procedimento especial é o melhor caminho para o pequeno empreendedor endividado?

4 Ação revisional - Cédula de crédito bancário - Empréstimo - Aplicação do CDC às instituições financeiras - Incidência da Súm. 297, do STJ - **Vulnerabilidade da pessoa jurídica, microempreendedora, verificada.** Réu que cobrou parcelas de contrato em valor superior ao pactuado - Redação do instrumento que induziu a autora a erro, por não informar que, sobre o valor das parcelas ali expressadas, incidiriam outros encargos financeiros - Manutenção das parcelas nos exatos montantes descritos no contrato. Multa cominatória cabível - Meio de coerção legal - Incidência dos arts. 497, 536 e 537, do CPC - Valor adequado às condições econômicas do banco réu. Dano moral à pessoa jurídica configurado - Incidência da Súm. 227, do STJ - Cobrança de parcelas em valor quase dobrado do que o previsto - Configuração de embaraço à atividade empresarial - Recurso não provido. (TJSP (21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pereira Barreto - 1ª Vara Judicial). Apelação Cível 1002442-60.2023.8.26.0439, Relator: Miguel Petroni Neto, julgado e registrado em 04/07/2024. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 9 jul. 2024.

Assim sendo, o objetivo do presente ensaio consiste em discorrer acerca do plano especial de recuperação judicial para o microempreendedor individual, de modo a analisar os dispositivos legais que favorecem ou comprometem a reestruturação da sua atividade econômica. Adverte-se ser a pesquisa focada nos artigos específicos do plano especial de recuperação judicial relacionados à microempresa e à empresa de pequeno porte, sem qualquer pretensão de compreender todo o processo recuperacional.

Com efeito, tendo em vista a contribuição do MEI na geração de emprego e de renda do país, aliada a sua irrefutável vulnerabilidade, a recuperação judicial do setor evidencia-se como tema estratégico, revestido de atualidade e máxima utilidade. O estudo orienta-se pelos princípios constitucionais da isonomia e do tratamento favorecido para as “empresas de pequeno porte”, sem perder de vista a dignidade da pessoa humana. No plano infralegal, parte-se dos princípios da função social e da preservação de empresa.

Registra-se ter a pesquisa cunho teórico, exploratório e crítico, desenvolvida à luz do método científico lógico-dedutivo e que conta com diversas técnicas de coleta de informações e levantamento de dados. Sobressai a revisão bibliográfica, a análise da legislação nacional e a investigação nos sites dos tribunais pátrios, particularmente o do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1 MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS

No Brasil, a maior parte das atividades empresariais caracteriza-se como de pequeno ou médio porte. Por isso, os pequenos empreendedores assumem papel fundamental na economia e, visando protegê-los, é mister que se compatibilizem as exigências da atividade empresarial com o volume de recursos por eles movimentado. Como afirma Marlon Tomazette (2023, p. 293), “não se pode exigir dos pequenos e médios empresários o mesmo que se exige de uma grande companhia”.

Diante desse cenário, o art. 170 da Constituição Federal define como um dos princípios da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”. Na mesma esteira, o art. 179 estabelece que haverá tratamento jurídico diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, visando incentivá-las pela simplificação, eliminação ou redução das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 determina o enquadramento para que um empresário, uma sociedade simples ou uma sociedade empresária seja classificada como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) e estabelece critérios, com base no faturamento anual. Segue tabela abaixo para melhor visualização:

Quadro 1- Critérios para classificação do porte da empresa quanto a Receita Bruta Anual

Porte	Receita Bruta Anual
Microempresa	Até R\$360.000,00
Empresa de Pequeno Porte	De R\$360.000,00 até R\$4.800.000,00

Fonte: Lei Complementar 123/2006

A Lei Complementar nº 123/2006, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, representou grande conquista para os pequenos empreendedores, modificando o ambiente empresarial. Constituiu em um regime simplificado de tributação, o Simples Nacional, assegurando o tratamento diferenciado e favorável. Propicia-se assim, a igualdade com grandes empresas, favorecendo a competitividade entre investimentos de variados portes.

Denota-se ser facultado o enquadramento de qualquer empresário individual (pessoa física) ou sociedade empresária (pessoa jurídica) que tenha renda bruta anual nos limites acima relacionados. Daí submetem-se ambos ao regime jurídico empresarial, sujeitando-se à falência, e podendo usufruir dos benefícios da recuperação da empresa, seja judicial, seja extrajudicial (Rizzardo, 2019, p. 55).

Acrescenta-se que, como forma de incentivo à inclusão social e previdenciária, a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008 alterou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e introduziu a figura do microempreendedor individual (MEI), nos artigos 18-A a 18-C. “O objetivo dessa criação foi a retirada da informalidade de pequenos exercentes de atividades econômicas, possibilitando a eles um recolhimento tributário fixo e permitindolhes o acesso ao crédito” (Tomazette, 2023, p. 298).

Para os efeitos legais, será considerado microempreendedor individual quem preenche os seguintes requisitos: a) auferir receita bruta anual de até R\$ 81.000,00; b) ser optante pelo Simples Nacional; c) possuir um único estabelecimento; d) não participar como sócio, administrador ou titular de outra empresa; e) não ser constituído sob a forma de startup e f) contratar no máximo um empregado, com salário mínimo ou piso da categoria.

É necessário que o MEI exerça uma das ocupações constantes do Anexo XI da Resolução nº 165, de 23 de fevereiro de 2022 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). Diferentemente da microempresa e da empresa de pequeno porte que podem ter por objeto a exploração de qualquer atividade econômica organizada, o MEI deverá desenvolver uma das ocupações taxativamente listadas na Resolução.

Poderá também enquadrar-se como MEI o empresário individual ou o empreendedor que exerce atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural,

desde que possua um único empregado com salário mínimo ou piso salarial da categoria profissional. A finalidade da instituição do “MEI Rural” é “apoiar e desenvolver o empreendedorismo no meio rural, ampliando os pequenos negócios, geralmente familiares, gerando oportunidades e melhor qualidade de vida e renda” (Sebrae, 2023).

A Lei Complementar nº 188, de 31 de dezembro de 2021, instituiu o MEI Transportador Autônomo de Cargas, conhecido como “MEI Caminhoneiro”. Aos requisitos gerais exigidos para qualquer MEI, acrescentam-se: a) ter como ocupação profissional exclusiva o transporte rodoviário de cargas; b) possuir o limite da receita bruta de R\$ 251.600,00 (duzentos e cinquenta e um mil e seiscentos reais). Com a previsão, o legislador atendeu à reivindicação da categoria, culminando na formalização desses trabalhadores.

Ao contrário da microempresa e empresa de pequeno porte, que podem ter natureza de pessoas físicas (empresários individuais) ou de pessoas jurídicas (sociedades empresárias), obrigatoriamente o MEI será um empresário individual, pessoa física. Conseqüentemente, o microempreendedor individual não goza da limitação da responsabilidade e da separação patrimonial, princípios inerentes a algumas sociedades empresárias regularmente constituídas na Junta Comercial.

Pode-se observar estar o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em constante progressão, se adaptando às condições econômicas, buscando a desburocratização e voltando-se para o crescimento do país. O legislador reconhece o papel dos pequenos investimentos, não apenas por apoiar a competitividade, mas também por contribuir na geração de empregos, impulsionando o desenvolvimento econômico e social.

Apesar da relevância da ME, da EPP e do MEI para a economia, enfatiza-se serem os segmentos mais vulneráveis aos desafios do mercado: devido ao menor faturamento, estão propensas a maiores instabilidades econômicas. Daí a necessidade de mecanismos aptos à reestruturação dos pequenos empreendimentos em crise, com tratamento jurídico facilitado, como sucede com o plano especial de recuperação judicial.

2 DA RESPONSABILIDADE DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

Conforme explicado na seção anterior, a palavra empresário é gênero da qual empresário individual (pessoa física) e sociedade empresária (pessoa jurídica) são espécies. Por sua vez, microempresa (ME), empresa de pequeno porte (EPP) e microempreendedor individual (MEI) não são novas espécies de empresário, mas “formas simplificadas do ponto de vista contábil e fiscal/tributário” (Teixeira, 2024, p. 31).

Como ensina Tarcisio Teixeira (2024, p. 36), do ponto de vista classificatório, “o MEI é uma modalidade de microempresa (ME), sendo que todos os benefícios previstos na Lei Complementar n. 123/2006 para ME são estendidos ao MEI, sempre que lhe for mais favorável (LC n. 123/2006, art. 18-E, §§ 2º e 3º)”.

Por ser o MEI empresário individual e modalidade de microempresa, ele pode perfeitamente se beneficiar do instituto da recuperação de empresas, na forma judicial ou extrajudicial (art. 1º da Lei nº 11.101/2005)⁵. Particularmente, o microempreendedor pode apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirme sua intenção logo na petição inicial. É o entendimento de Tarcisio Teixeira (2024, p. 36):

Ainda, no que tange à recuperação de empresas e à falência, entendemos que o MEI se submete às regras da Lei n. 11.101/2005, a partir de uma aplicação por analogia, ainda que o art. 1º desta norma expresse apenas a figura do empresário individual e da sociedade empresária, o MEI terá por objeto, fundamentalmente, o desenvolvimento de atividade empresarial. Acrescente-se a isso o fato de que as atividades econômicas não sujeitas à Lei n. 11.101/2005 estão excluídas expressamente em seu art. 2º, que por sua vez não exclui o MEI.

Registra-se que o MEI, como empresário individual, não goza da limitação de responsabilidade e da separação patrimonial, princípios inerentes às sociedades empresárias regularmente constituídas. No exercício da atividade econômica, não se considera em separado o patrimônio da empresa e o patrimônio pessoal; logo a responsabilidade pelas obrigações firmadas em razão do negócio é ilimitada. Em poucas palavras, o MEI responde com os bens pessoais pelas obrigações empresariais contraídas (Teixeira, 2024, p. 31).

Sobre a responsabilização do empresário individual, esclarece o Superior Tribunal de Justiça (2023):

5. É considerado empresário individual a pessoa física que, atuando em nome próprio, exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens ou de serviços, sem que exista separação entre o patrimônio pessoal e aquele utilizado para o desenvolvimento de tal atividade.
6. Mesmo inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o empresário individual não é considerado pessoa jurídica. "A empresa individual é mera ficção jurídica, criada para habilitar a pessoa natural a praticar atos de comércio, com vantagens do ponto de vista fiscal" (REsp 487.995/AP, Terceira Turma, DJ 22/5/2006).
7. Nesse contexto, não se pode cogitar de desconsiderar a personalidade jurídica do empresário individual para fins de extensão dos efeitos da execução à sua pessoa física (haja vista a inexistência de separação patrimonial).

Em termos práticos, como o MEI responde ilimitadamente com o patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas no exercício da atividade econômica, situações imprevisíveis como a pandemia de covid-19 ou o excesso de chuvas da Região Sul, poderia resultar no desaparecimento da fonte produtora, comprometendo a sua subsistência e a de sua família, tal qual na perda dos bens

5 Dispõe o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

pessoais.

Ao discorrer sobre as dificuldades econômico-financeiras dos pequenos empreendedores e das consequências do endividamento, descreve Julio Cesar Teixeira de Siqueira (2016, p. 170-171):

Arelado ao receio de buscar ajuda e se expor, esse ciclo vicioso faz com que o empresário coloque seu próprio patrimônio, às vezes o único imóvel, em garantia às instituições financeiras sob o argumento de “novar” toda a dívida e englobar as operações em uma única parcela. A sequência disso é bastante conhecida, uma vez que as parcelas não serão honradas e o único bem da família poderá ser perdido ao banco.

Os problemas familiares, portanto, serão inevitáveis, já que as dificuldades da empresa serão colocadas à mesa. A família fica sabendo que a casa poderá ser perdida, e os funcionários da empresa apreensivos em razão da expectativa de receber ou não os salários. Por sua vez, a sociedade inicia um “massacre” de críticas em praça pública ao empresário que até então era visto como bem-sucedido.

Inegável que o endividamento do microempreendedor individual impõe restrições à obtenção de crédito, dificultando ainda mais o cumprimento das obrigações e comprometendo o seu mínimo existencial. Como a vida pessoal não está dissociada da atividade empresarial, a insolvência poderá levar à exclusão social e econômica. Daí, ser imperioso preveni-la e tratá-la adequadamente, assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana.

Na verdade, é comum imputar a ausência de vulnerabilidade aos empresários em geral, pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Contudo, é indubitável que o MEI ocupa uma posição de inferioridade econômica e, por isso, suscita maior proteção estatal, inclusive no que se refere ao regime jurídico da insolvência. Portanto, a sua exclusão do regime recuperacional e falimentar seria discriminatória e injustificada.

3 A RECUPERAÇÃO DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A Lei nº 11.101/2005 regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária (art. 1º). Há, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, três instrumentos processuais distintos: a) a recuperação ordinária (arts. 47 a 69); b) a recuperação especial (arts. 70 a 72) e c) a recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167). Ao empresário insolvente, o legislador também faculta outras modalidades de acordo privado com seus credores (art. 167).

Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 309), a recuperação de empresas traduz uma faculdade aberta pela lei aos devedores, empresários e sociedades empresárias, com o intuito de reorganizar suas empresas, de acordo com um plano aprovado ou homologado judicialmente. Por meio do plano de recuperação de empresa, o devedor pode postergar o vencimento de obrigações, reduzir o valor das dívidas ou beneficiar-se de outros meios para impedir a execução concursal.

A princípio, pondera-se não consistir a recuperação judicial em mero “favor legal”, disponível a todo e qualquer devedor insolvente que pretende esquivar-se do adimplemento das obrigações. Pelo contrário, caracteriza-se como um regime pelo qual “a empresa economicamente

viável, assolada por uma crise de graves repercussões, busca sua recuperação, mediante tutela do Poder Judiciário, a fim de evitar a liquidação forçada dos seus bens na falência” (Scalzilli, *et al.*, 2023, p. 558).

Tomando por pressuposto os benefícios diretos e indiretos à sociedade, o legislador perfilhou como princípios basilares da recuperação judicial a preservação e a função social da empresa. Por meio do instituto objetiva-se “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” (art. 48 da LREF). Nesse sentido, ensina Sérgio Campinho (2021, p. 5):

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento jurídico nacional, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário – e permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores.

Como a recuperação judicial tenciona viabilizar a solução da crise econômico-financeira do empresário devedor e garantir a continuidade da empresa, é fundamental que se mostre economicamente eficiente. Tão somente a atividade viável e que garanta o adimplemento das obrigações sociais, com a entrega de produto aos consumidores, recolhimento de impostos, pagamento de trabalhadores e credores, tornará efetiva a sua função social (Sacramone, 2022, p. 250).

Se o empresário for irrecuperável, a atividade inviável, o instituto adequado não será o da recuperação, mas o da falência, com a arrecadação e a alienação dos bens do devedor para o pagamento da universalidade de credores. Por certo, permite-se a retirada célere desse empresário insolvente do mercado antes que haja contaminação dos demais agentes econômicos e a consequente irradiação de perniciosos efeitos no custo do crédito. Tratam-se de dois princípios presentes na Lei nº 11.101/2005: retirada do mercado de empresários não recuperáveis e redução do custo do crédito no país.

Ademais, a recuperação de empresas, judicial e extrajudicial, não é franqueada a todo e qualquer agente assolado por dificuldades econômico-financeira. A despeito das decisões judiciais aceitando a recuperação de fundações, associações e sociedades simples, as normas previstas na Lei de Recuperação de Empresas e Falência são expressamente voltadas à solução da insolvência do empresário individual ou da sociedade empresária, com inscrição ou registro na Junta Comercial (Mamede, 2022, p. 13).

Em termos jurídicos, considera-se empresário aquele que “exerce profissionalmente

atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Código Civil, art. 966). Por empresária, reputa-se toda sociedade que tenha “por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro” (Código Civil, art. 982). Acrescente-se ser dever do empresário a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sede, antes do início da atividade (Código Civil, art. 967).

Para os não empresários, o legislador reservou a execução coletiva pelo instituto da insolvência civil, o qual não guarda relação com a preservação da empresa⁶. Trata-se de instituto regulamentado pelo Código Civil (arts. 955 a 965) e pelo Código de Processo Civil de 1973 (arts 748-786-A), conforme o art 1.052 do Código de Processo Civil de 2015. Infere-se, pois, não consistir a recuperação de empresas em meio universal de soerguimento da pessoa física ou jurídica em crise.

Entre outros requisitos, o art. 48 da Lei n.º. 11.101/2005 prescreve que, para requerer a recuperação judicial, o devedor comprove o exercício regular das atividades pelo prazo superior a dois anos. Para tanto, o art. 51 prevê que a petição inicial deverá ser instruída com a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas Mercantis.

Cumprido elencar alguns princípios que regem a recuperação de empresas: preservação da empresa; separação dos conceitos de empresa e empresário; reorganização de empresários e empresas recuperáveis; retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; proteção dos trabalhadores; redução do custo do crédito no país; celeridade e eficiência dos processos judiciais; segurança jurídica; participação ativa dos credores; desburocratização da recuperação de empresas e empresas de pequeno porte; rigor na punição de crimes relacionados à recuperação judicial (Agência Senado, 2004). Acrescenta-se ao rol o princípio da função social da empresa, um dos principais pilares da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

Tecidas as considerações gerais a respeito da recuperação judicial dos empresários e sociedades empresárias, bem como elencados os princípios basilares, passa-se à análise das disposições da Lei de Recuperação de Empresas e Falência expressamente voltadas à recuperação judicial das microempresas e das empresas de pequeno porte, incluindo o microempreendedor individual.

4 PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

⁶ Por dedução, entende-se que cooperativas, associações civis, fundações, produtores rurais não registrados na Junta Comercial, sociedades simples e profissionais liberais não podem se beneficiar do regime jurídico da recuperação judicial (ou extrajudicial). Mais recentemente, todavia, a despeito de não ter havido alteração legislativa que ampliasse a legitimação para as ações recuperatórias, a jurisprudência vem, em alguma medida, flexibilizando a regra de que apenas empresários são destinatários da LREF. Assim, alguns sujeitos não enquadrados como empresários conseguiram obter decisão autorizando o processamento de suas recuperações judiciais (Scalzilli, *et al.*, 2023, p. 582).

O plano especial de recuperação judicial encontra-se regulamentado na Lei nº 11.101/2005. Esse plano visa à superação de crises econômico-financeiras da devedora de maneira simplificada, possibilitando-lhe reorganizar as dívidas, com o propósito de manter a atividade empresarial, preservando-se a função social e evitando a falência. Pelo procedimento, almeja-se resguardar os postos de trabalho, amparar os interesses dos credores e contribuir com a economia.

A LREF excepciona as microempresas e as empresas de pequeno porte, incluindo o microempreendedor individual, a respeito de sua recuperação, em vista da proteção constitucional e estatutária, com a permissão de que optem pelo procedimento comum ou pelo regime especial. Se eleito o plano especial, deverão propô-lo logo na petição inicial e apresentá-lo em até 60 dias da publicação da decisão que deferir a medida (Fazzio Júnior, 2020, p. 502).

Insta verificar que, de acordo com a atual redação, o art. 70 da LREF autoriza ao empresário rural a apresentação de plano especial de recuperação judicial. Para tanto, o devedor rural deverá manifestar a intenção de valer-se do procedimento especial no pedido inicial, comprovando uma das seguintes condições: a) ser microempresa (ME); b) ser empresa de pequeno porte (EPP) ou c) se pessoa física, o valor da causa não exceder o montante de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Logo, a possibilidade de o produtor rural beneficiar-se do plano especial depende do porte ou do valor da causa.

Como vantagens da opção pelo plano especial, Ricardo Negrão (2022, p. 103) destaca a simplificação do procedimento e a possibilidade de adoção de um único meio de recuperação judicial: a dilação de prazo para pagamento dos credores. Adiciona-se ao ensinamento, o menor custo face à diferenciada remuneração do administrador judicial.

Observa-se a simplificação do procedimento na desnecessidade de convocação da assembleia geral para aprovação do plano, nos termos do *caput* do art. 72 da Lei. O juiz concederá a recuperação judicial, desde que atendidas às exigências legais e não haja objeções de credores titulares de mais da metade de qualquer das classes de créditos previstos no art. 83, computados na forma do art. 45 (art. 72, parágrafo único) da Lei nº 11.101/2005. Existindo objeções, o juiz julgará improcedente o pedido e decretará a falência do devedor.

A facilidade também é observada quanto aos meios de recuperação judicial, que são meramente dilatórios: o plano especial abrange só parcelamento, sem permissão para adoção de outros modos de reestruturação. As dívidas podem ser parceladas em até 36 meses, com acréscimo de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), sendo o pagamento da primeira parcela no prazo máximo de 180 dias da distribuição do pedido. O documento pode também conter o abatimento do valor das dívidas.

Outro aspecto positivo no emprego do plano simplificado se refere à remuneração do administrador judicial, a qual será fixada no máximo em 2% do valor do passivo sujeito à recuperação judicial (art. 24, §5º). A previsão favorece o setor, na medida que, no procedimento comum, o percentual relativo ao administrador pode chegar a 5% do passivo concursal.

Cumpra, porém, realizar uma distinção legal quanto à remuneração do administrador. Quando se trata de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), a redução do limite da remuneração do administrador a 2% independe do plano escolhido, incidindo tanto para o regime ordinário, quanto para o regime especial de recuperação judicial. Diferentemente, para o produtor rural, a benesse somente será cabível se houver escolha pelo plano especial, previsto no art. 70-A.

A título exemplificativo, os honorários do administrador judicial foram reduzidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2023) de 5% a 2% do passivo concursal inicial, tendo como fundamentos a realidade financeira das recuperandas e o grau de complexidade dos trabalhos. A diminuição pautou-se no fato de serem as devedoras microempresárias em grupo familiar, que se qualificaram como produtoras rurais. Infere-se que se as devedoras não estivessem qualificadas como microempresárias, não teriam conseguido a redução, visto que não elegeram o procedimento especial previsto no art. 70-A da LRF⁷.

João Pedro Scalzilli *et al.* (2023, p. 453) criticam o teto remuneratório reduzido, previsto para conferir tratamento mais benéfico a certos empresários. Os autores reputam ser o benefício uma “verdadeira esdruxularia de um legislador mais preocupado com a demagogia da defesa do mais fraco do que com a realidade dos processos concursais”. Como efeito colateral, a alíquota privilegiada tende a afastar profissionais capacitados ou que acabem menos motivados ao trabalho. A despeito da opinião dos juristas, é inegável que a redução favorece os pequenos empreendedores, particularmente os microempreendedores individuais.

Também diferem os planos de recuperação judicial ordinário e especial na extensão dos credores abrangidos (art. 71, I da Lei de Recuperação de Empresas e Falência). O plano simplificado abarcará todos os créditos existentes na data do pedido, à exceção dos daqueles decorrentes de repasse de recursos oficiais e os fiscais. Também não estarão sujeitos ao plano especial os créditos discriminados nos §§ 3º e 4º do art. 49 da Lei.

Para o “pequeno empresário” e o empresário rural pessoa física, o legislador concedeu um tratamento favorecido, em observância ao princípio da ordem econômica previsto no art. 170, IX da Constituição Federal. A escolha do plano especial de recuperação judicial é bastante vantajosa, em virtude da celeridade, simplicidade e menor custo. Resta saber se há interesse dos

7 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). Agravo de Instrumento 2302433-98.2022.8.26.0000. Relatora: Jane Franco Martins. Data de Julgamento: 24 de julho de 2023. Data de Publicação: 24 de julho de 2023.

microempreendedores individuais em utilizar um plano facilitado.

5 DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

As microempresas (inclusive o microempreendedor individual) e as empresas de pequeno porte que decidirem utilizar o plano especial de recuperação judicial deverão expressar a intenção logo na petição inicial, observando as normas detalhadas nos arts. 70 a 72 da Lei nº 11.101/2005. É válido ressaltar que aqueles que desejarem requerer a recuperação judicial, seja pelo procedimento comum, seja pelo procedimento especial, necessitam atender aos requisitos do art. 48 da Lei, quais sejam:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Além de atender aos requisitos, o empresário deverá desenvolver a petição inicial de acordo com o art. 51 da Lei, instruída com: a) a situação patrimonial e os motivos da crise econômica; b) as demonstrações contábeis; c) o levantamento de credores e de empregados; d) as certidões e os documentos constitutivos da empresa e de protestos; e) o levantamento dos bens particulares dos sócios e administradores; f) os comprovantes de contas bancárias e outros investimentos; g) a relação de ações judiciais em que trace como parte e outros.

Pela sistemática normativa, para pequenos empreendedores é autorizada a contabilidade simplificada, como expresso no parágrafo 2º do art. 51: “as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica”.

Averiguado estarem todos os documentos em ordem, o juiz deferirá o pedido de recuperação judicial, com a nomeação de um administrador judicial e dispensa do devedor de apresentar certidões negativas para continuar as atividades. O devedor deve apresentar contas demonstrativas mensais enquanto durar a recuperação judicial; o Ministério Público será intimado, assim como as Fazendas Públicas.

O juiz só poderá suspender as execuções dos credores contra o devedor depois da apresentação do plano, não sendo possível a suspensão imediata, pois isso só pode ser feito para as dívidas que constam no plano especial de recuperação judicial. Depois de deferida o pedido de recuperação, o devedor terá mais 60 dias para enviar o plano especial, entendido este prazo como

improrrogável⁸.

Segundo o art. 72 da Lei, quando o plano especial é apresentado, não é preciso uma assembleia de credores para deliberar sobre ele: o juiz aprova o pedido de recuperação judicial, desde que atendidos os requisitos legais. No entanto, mesmo sem assembleia, se credores titulares mais da metade de qualquer categoria de créditos se opuserem, o juiz deverá negar o pedido de recuperação judicial e decretar a falência do devedor. Após isso, a recuperação judicial baseado no plano especial segue o mesmo procedimento daquela baseada em plano ordinário.

Vale salientar que mesmo sendo deferido o plano especial, se as devedoras não cumprirem as obrigações previstas no plano, haverá a execução específica ou a falência, conforme disciplinado no art. 62 da Lei. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) no caso em que o devedor pagou apenas a primeira das 36 parcelas estabelecidas no plano de recuperação⁹.

Em poucas palavras, o empresário que queira utilizar o plano especial, além de reunir os requisitos previamente definido em lei, necessitará também cumprir com o plano aprovado pelos credores, sob pena de falência.

6 PLANO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: MELHOR OPÇÃO PARA O MEI INSOLVENTE?

Segundo o Serasa Experian (2024), observa-se um surpreendente aumento no índice de recuperações judiciais no Brasil: as recuperações judiciais registraram alta de 68,7% em 2023, na comparação com o ano de 2022, totalizando 1.405 pedidos ao longo do ano. Sobre os portes, as microempresas e as empresas de pequeno porte foram as que mais demandaram pela reestruturação,

8 Agravo de Instrumento – Insurgência contra decisão que concedeu a recuperação judicial à agravada – Microempresa - Não apresentação do plano de recuperação no prazo de 60 dias previsto no art. 53 da Lei 11.101/2005 - Hipótese em que é incontroverso o descumprimento da exegese legal. Prazo improrrogável, conforme dispõe a própria lei de regência – Descumprimento do disposto no artigo 71, caput, e inciso III, da Lei 11.101/2005 - Convolação da recuperação em falência – Exegese do artigo 73, II, da Lei 11.101/2005 – Recurso provido (TJSP. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bilac - Vara Única. *Agravo de Instrumento 2250552-92.2016.8.26.0000*; Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Data do Julgamento: 14/08/2017; Data de Registro: 14/08/2017).

9 Agravo de Instrumento – Ação de recuperação judicial – Decisão recorrida que julgou improcedente a recuperação judicial e decretou a falência da empresa autora – Pedido inicial formulado com base no regime especial da Lei nº 11.101/05 – Regulamentação contida no artigo 70 a 72 da mencionada lei – Modalidade aplicável à microempresas ou empresas de pequeno porte – Plano de recuperação judicial apresentado pela própria empresa recuperanda – Necessidade de prévia aquiescência dos credores e de atendimento às demais exigências legais para esta modalidade – Descumprimento do plano pela empresa interessada – Pagamento de somente 1 (uma) parcela das 36 (trinta e seis) assumidas originalmente – Recuperação judicial que existe há mais de 10 (dez) anos – Novo plano de recuperação judicial apresentado no curso dos autos – empresa recuperanda que também o descumpriu – Objeção apresentada por parte dos credores que, sob o regime especial da recuperação judicial, enseja a decretação da falência da empresa recuperanda – artigo 72, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05 – Descumprimento das obrigações assumidas pela empresa que também acarreta a decretação de falência da empresa interessada – artigos 73, inciso IV, e 94, inciso III, alínea “g”, ambos da Lei nº 11.101/05 – Regime especial que impossibilita a designação da assembleia de credores – Falência corretamente decretada – Recurso desprovido (TJPR - 18ª câmara cível – Agravo de Instrumento 0109704-24.2023.8.16.0000 - Santo Antônio da Platina - Rel.: Desembargadora Denise Kruger pereira - data de julgamento e de publicação: 10.06.2024)

com 939 pedidos. Os médios negócios registraram 331 e os grandes 135 pedidos.

O acompanhamento dos índices pelo Serasa Experian não dispõe de dados específicos sobre o microempreendedor individual. Mas, a pesquisa nas páginas de alguns tribunais estaduais revela reduzida controvérsia envolvendo o plano especial de recuperação judicial disponível para microempresas e empresas de pequeno porte, ainda mais quando se trata do MEI. A princípio, poder-se-ia inferir que há pouca utilização do procedimento recuperacional pelo segmento empresarial, refletindo uma certa exclusão ao benefício.

Frisa-se que a recuperação judicial é dispendiosa: implica o pagamento de custas e taxas judiciárias, honorários advocatícios para profissionais especializados na matéria, remuneração do administrador judicial etc. Referidas despesas podem aumentar ainda mais o endividamento do devedor. Diante das condições econômicas do MEI, o plano especial até parece ser a forma mais adequada de superação da crise econômico-financeira, porém aparenta ainda não fazer parte da sua realidade.

Além dos elevados custos, como demonstrado no desenvolver do artigo, a complexidade do procedimento torna inviável o acesso do microempreendedor ao procedimento recuperacional. Como exemplo, citam-se as exigências das condições formais e materiais que precisam acompanhar a peça de entrada do pedido. Adiciona-se a finalidade de empregar o procedimento para repactuar dívidas normalmente de pequenos valores (Vasconcelos, *et al.*, 2021).

Frente a tantos obstáculos, João Paulo Vasconcelos, Sando Marcos Godoy e Lúcia Pimentel Marconi (2021) sustentam que uma solução mais viável para a solução do endividamento do MEI seria por meio de instrumentos disponibilizados pela Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, conhecida como Lei do Superendividamento. Referida Lei alterou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estatuto aplicável ao microempreendedor individual, em virtude da adoção doutrinária e jurisprudencial da teoria finalista mitigada, calcada na definição de vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática ou informacional) do consumidor.

É lógica a compreensão de que a lei 14.181/2021 buscaria atender aos consumidores pessoas naturais não-empresários, porquanto já facultada aos empresários a recuperação de empresa (judicial ou extrajudicial), aos quais dispensados, por exemplo, o plano especial para ME e EPP e a conciliação/mediação (antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial), figuras introduzidas recentemente na reforma implementada pela lei 14.112/2020 (art. 20-A e segs.). Todavia, conquanto adequada à reestruturação financeira e econômica do empresário singular (atuando no superendividamento), o instituto da recuperação de empresa guarda complexidade e custo elevado, incompatibilizando-o como instrumento da superação da crise do empresário individual consumidor pessoa natural, notadamente se microempreendedor individual (Vasconcelos, *et al.*, 2021).

Concluem os autores mencionados no parágrafo anterior:

Diante do exposto, entende-se que as normas da lei do Superendividamento alcançam o empresário-individual-consumidor, destinatário dos processos de repactuação de dívidas e por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas

previstos nos artigos 104-A e 104-B do CDC, meios alternativos ao instituto da recuperação da empresa (lei 11.101/2005) para a superação da crise econômica ou financeira do empreendedor individual, porquanto, em tese, mais acessíveis, eficientes e efetivos, à medida que, de um lado, viabilizam a adimplência e a preservação da empresa e, de outro, garantem o mínimo existencial e a dignidade (Vasconcelos, *et al*, 2021).

Não há como deixar de concordar com os autores. Apesar da recuperação judicial ser franqueada ao microempreendedor individual, mesmo a simplicidade do plano especial, disponibilizado às microempresas e às empresas de pequeno porte, não atende adequadamente aos interesses do segmento. O recurso às disposições referentes ao superendividamento do consumidor reside em uma alternativa mais viável à superação da insolvência do MEI.

CONCLUSÕES

A figura do microempreendedor individual foi instituída como política pública de inclusão social e previdenciária de trabalhadores que se encontravam na informalidade. As estatísticas demonstram um crescimento vertiginoso na quantidade de MEIs, uma vez que consiste em única forma de ocupação para pessoas desempregadas, as quais não conseguiram recolocação no mercado de trabalho. Assim, o tema relaciona-se à sobrevivência de mais de 15 milhões de pequenos empreendedores vulneráveis e o meio de sobrevivência de suas famílias.

O MEI é empresário individual, que exerce a atividade econômica em nome próprio. Em virtude da ilimitação da responsabilidade e da ausência de separação patrimonial entre a pessoa natural e a empresa, o seu endividamento prejudica o acesso ao crédito, aniquila a fonte de renda e culmina na perda dos bens particulares. Diante da vulnerabilidade presumida do segmento, o legislador precisa reservar-lhe um tratamento favorecido e simplificado, nos moldes dos ditames constitucionais.

Em termos de insolvência, como empresário individual, o MEI poderá beneficiar-se da recuperação de empresas, judicial ou extrajudicial (art. 1º da Lei no 11.101/2005). Como modalidade de microempresa, ele poderá optar pela apresentação do plano especial de recuperação judicial, usufruindo de um procedimento mais simplificado de recuperação judicial, nos moldes dos arts. 70 a 72 da LREF.

Registra-se a necessidade de mecanismos aptos à reestruturação dos pequenos empreendimentos em crise, com tratamento jurídico adequado, como sucede com o plano especial de recuperação judicial. Pelo procedimento especial busca-se a superação da crise econômico-financeira do devedor, permitindo-lhe reorganizar as dívidas, com o propósito de manter a atividade empresarial.

Como vantagem do plano especial de recuperação judicial destaca-se a simplificação do procedimento, pois, na ausência de objeções dos credores e atendidas as exigências legais, a recuperação judicial é concedida pelo próprio juiz, sem convocação de assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano (art. 72 da Lei no 11.101/2005). Havendo objeções, o juiz julgará improcedente o pedido de recuperação e decretará a falência do devedor.

Outra facilidade do plano especial é que este abrange apenas a dilação e o parcelamento das dívidas, sem permissão para adoção de outros modos de reestruturação. As dívidas podem ser parceladas em até 36 vezes, com valores iguais e sucessivos, e acréscimo de juros equivalentes à taxa Selic. O pagamento da primeira parcela acontecerá no prazo máximo de 180 dias da distribuição do pedido. Ademais, o documento pode conter o abatimento do valor das dívidas. O não cumprimento das obrigações resulta na falência do devedor.

A remuneração do administrador judicial é menor no plano simplificado: no máximo 2% do valor do passivo sujeito à recuperação judicial (art. 24, §5º da LREF). Apesar das críticas doutrinárias, a previsão favorece o setor, na medida que, no procedimento comum, o percentual relativo ao administrador pode chegar a 5% do passivo concursal. Toma-se por base a realidade financeira do recuperando (particularmente, quando se trata do MEI) e o grau de complexidade dos trabalhos.

O plano simplificado também abarcará todos os créditos existentes na data do pedido, à exceção dos daqueles decorrentes de repasse de recursos oficiais e os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 da LREF.

Nada obstante, inúmeras desvantagens rechaçam o uso do mecanismo recuperacional pelo MEI, como elevados custos, complexidade do procedimento, extenso rol de exigências que devem acompanhar o pedido inicial, repactuação de dívidas de pequeno valor etc. Constatase, pois, que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência não está adequada à realidade do microempreendedor, o qual tem a alternativa de socorrer-se das disposições referentes ao superindivíduo, previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, percebe-se a necessidade de discussão da matéria no âmbito legislativo, com uma possível solução para o microempreendedor insolvente, assim como aconteceu com a recuperação judicial do produtor rural, verificada no ano de 2020.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Os princípios que orientaram Tebet na análise da nova Lei de Falências. *Senado Notícias*, Brasília, 14 de abril de 2004. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2004/04/14/os-principios-que-orientaram-tebet-na-analise-da-nova-lei-de-falencias-360822899>. Acesso: 10 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial n. 1.899.342/SP, Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 2.055.325/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, julgado em 12/9/2023b, DJe de 2/10/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 08 jul. 2024.

CAMPINHO, Sérgio. *Plano de recuperação judicial: formação, aprovação e revisão* (de acordo com a Lei nº 14.112/2020). São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: app.minhabiblioteca.com.br. Acesso em: 5 jul. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 21ª ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597024890. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024890/>. Acesso em: 09 jul. 2024.

JORNAL NACIONAL. Três a cada quatro empresas abertas no Brasil é de microempreendedores, aponta FGV. *G1*, 28 de março de 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/03/28/tres-a-cada-quatro-empresas-abertas-no-brasil-e-de-microempreendedores-aponta-fgv.ghtml>. Acesso em: 07 jul. 2024.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 13. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771707/>. Acesso em: 10 maio 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Nota Técnica n.º 52/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 06 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/legislacao/pdf/nt-senacon-mei-procon.pdf>. Acesso em 07 jul. 2024.

MINISTÉRIO DO EMPREENDEDORISMO, DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Secretaria de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Diretoria Nacional de Registro Empresarial e Integração. *Mapa de Empresas: Boletim do 1º quadrimestre de 2024*. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas/boletins/mapa-de-empresas-boletim-1o-quadrimestre-2024.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2024.

NEGRÃO, Ricardo. *Falência e recuperação de empresas: aspectos objetivos da Lei n. 11.101/2005*. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620537/>. Acesso em: 29 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (18ª câmara cível). Agravo de Instrumento n. 0109704-24.2023.8.16.0000 - Santo Antônio da Platina, Relatora: Desembargadora Denise Kruger Pereira, julgada e publicada em 10.06.2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Vigésima Quarta Câmara Cível). Apelação Cível n. 50006882520238210028, Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac, julgado em 25-10-2023, publicado em 26-10-2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível n. 50017808220218210036, Relator: Fernando Antônio Jardim Porto, julgado em 23-10-2023, publicado em 31-10-2023.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Empresa, 7ª edição. São Paulo/Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530985837. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985837/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 65. E-book. ISBN 9786553622531. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622531/>. Acesso em: 09 maio 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pereira Barreto - 1ª Vara Judicial). *Apelação Cível n. 1002442-60.2023.8.26.0439*, Relator: Miguel Petroni Neto, julgado e registrado em em 04/07/2024. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 9 jul. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). *Agravo de Instrumento n. 2302433-98.2022.8.26.0000*. Relatora: Jane Franco Martins, julgado e publicado em 24/07/2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bilac - Vara Única). *Agravo de Instrumento 2250552-92.2016.8.26.0000*; Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira; julgado e registrado em 14/08/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pereira Barreto - 1ª Vara Judicial). *Apelação Cível n. 1002442-60.2023.8.26.0439*; Relator: Miguel Petroni Neto; julgado e publicado em 04/07/2024. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 9 jul. 2024.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277950/>. Acesso em: 22 maio 2024.

SEBRAE. MEI Rural: como formalizar sua empresa, 03 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/artigoshome/mei-rural-como-formalizar-sua-empresa,2cde9b44da716810VgnVCM1000001b00320aRCRD>. Acesso em: 9 jul. 2024.

SERASA EXPERIAN. Pedidos de recuperação judicial cresceram quase 70% em 2023, revela Serasa Experian, de 05 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/analise-de-dados/pedidos-de-recuperacao-judicial-cresceram-quase-70-em-2023-revela-serasa-experian>. Data de acesso: 10 jul. 2024.

SIQUEIRA, Julio Cesar Teixeira de. **Recuperação judicial de empresas médias e pequenas: Guia prático para o credor a o devedor**; 1. edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2016. E-book. ISBN

9788599519998. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519998/>. Acesso em: 09 jul. 2024.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620722. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620722/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. v.1. 14. edição. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553627383. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627383/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

VASCONCELOS, João Paulo; GODOY, Sandro Marcos; MARCONI, Lúcia Pimentel. O empresário individual como destinatário da lei do Superendividamento? Migalhas, n. 5889, 2 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349433/o-empresario-individual-como-destinatario-da-lei-do-superendividamento>. Acesso em: 10 jul. 2024.

RESPONSABILIDADE CIVIL BANCÁRIA NO ESTELIONATO: INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 479 DO STJ E O FORTUITO INTERNO COMO VULNERABILIDADE NAS CARTEIRAS DIGITAIS

Gabriel Santos RIBEIRO¹
Guilherme Firmino NUNES²

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras nos casos de estelionato, com fulcro na inteligência da súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, abordando os casos fortuitos internos, principalmente quando constatados no ambiente virtual, no *internet banking* e nas carteiras digitais. Para tal, a pesquisa utilizou-se do método hipotético-dedutivo, da pesquisa bibliográfica e da análise de dissertações, livros e artigos em periódicos para abordar o tema, com enfoque na expansão do fenômeno do estelionato e sua relação com a facilitação no procedimento de cadastro bancário junto das instituições, sem deixar de lado a responsabilidade civil destas, suas limitações e previsões legais, calcada no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. A presente produção é dividida em três capítulos, onde o primeiro aborda os fundamentos da responsabilidade civil objetiva das instituições bancárias, com o fito de demonstrar a aplicabilidade desta nos casos fortuitos internos. No segundo capítulo, abordou-se o uso das novas tecnologias bancárias, em especial as carteiras digitais, para a prática de estelionato, disseminação de fraudes e os problemas oriundos da facilitação do processo de abertura de contas. No terceiro e último capítulo, discorre-se sobre a necessidade de ampliação da responsabilidade civil objetiva, presente na legislação consumerista para as atividades bancárias oriundas de contas virtuais e carteiras digitais, a fim de salvaguardar os consumidores e dirimir as fraudes perpetradas em tal cenário. Concluiu-se que a atividade das instituições bancárias, quando facilitadoras de fraudes e possibilitadoras da atuação de golpistas geram às instituições bancárias o dever de reparar os danos sofridos por seus clientes no uso de seus serviços, pouco importando a análise de culpa, pela relação de consumo que se forma, bem como pelo risco inerente à atividade desempenhada por tais empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Carteiras Digitais. Estelionato.

ABSTRACT

This work deals with the objective civil liability of financial institutions in cases of stellionate, based on the intelligence of summary 479 of the Superior Tribunal de Justiça, addressing internal fortuitous cases, especially when found in the virtual environment, internet banking and digital wallets . To this end, the research used the hypothetical-deductive method, bibliographical research and analysis of dissertations, books and articles in periodicals to address the topic, focusing on the expansion of the phenomenon of stellionate and its relationship with the facilitation of the fraud procedure. Bank registration with the institutions, without leaving aside their civil liability, their limitations and legal provisions, based on the Brazilian Consumer Protection Code. This production is divided into three chapters, where the first addresses the foundations of objective civil liability of banking institutions, with the aim of demonstrating its applicability in internal fortuitous cases. In the second chapter, the use of new banking technologies, in particular digital wallets, was discussed to commit stellionate, disseminate fraud and problems arising from facilitating the account opening process. In the third and final chapter, we discuss the need to expand objective civil liability, present in consumer legislation for banking activities arising from virtual accounts and digital wallets, in order to safeguard consumers and resolve fraud perpetrated in such a scenario. It was concluded that

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

the activity of banking institutions, when facilitating fraud and enabling the actions of scammers, generates for banking institutions the duty to repair the damages suffered by their customers in the use of their services, regardless of the analysis of guilt, due to the relationship of consumption that is formed, as well as the risk inherent to the activity carried out by such companies.

KEY-WORDS: Civil liability. Digital wallets. Stellite.

INTRODUÇÃO

Com as crescentes inovações tecnológicas, práticas do cotidiano, como ler notícias, enviar correspondências e armazenar documentos acabaram por migrar para o ambiente digital, seja pela sua praticidade, seja por sua permanência. Nessa direção seguiram as relações comerciais, atividades bancárias e administração financeira, possibilitando que os indivíduos realizassem transações instantâneas, compras à distância e oferecessem garantias de pagamento. Todavia, além dos benefícios gerados pela digitalização do dinheiro e implantação de sistemas informatizados, cabe ressaltar a aparição de fenômenos indesejados, como as fraudes digitais.

O estelionato, delito que apresenta grande capacidade adaptativa, acaba por infiltrar-se no turbilhão de inovações trazidas pela tecnologia, criando diferentes *modus operandi* para ambientes distintos, como no caso das carteiras digitais. Costumeiramente, bastava o induzimento da vítima ao erro, a fim de obter vantagem econômica ilícita, consumando, dessa forma, o tipo penal que há tempos reside no ordenamento jurídico brasileiro. Hodiernamente, o induzimento ao erro é deveras sofisticado, com o uso de sites falsos, técnicas que unem armadilhas tecnológicas e engenharia social, como o *phishing*, bem como a utilização de conteúdo adulterado ou produzido por inteligências artificiais.

Para além da evolução do estelionato, sua ocorrência no âmbito bancário gerou modificações no ordenamento, de onde emergiu a súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça, que busca trazer maior segurança ao consumidor em suas relações bancárias, onde a instituição responde por defeito na prestação do serviço e na proteção dos dados do cliente, no caso de tais informações serem utilizadas para a prática de estelionato, o que facilitaria a aplicação do golpe.

Tal responsabilidade objetiva diz respeito às instituições financeiras, visando proteger o consumidor, exigindo mecanismos de proteção para salvaguardar os clientes, o que se amplia às fornecedoras de ferramentas digitais, que frequentemente são utilizadas para a consumação e exaurimento do estelionato como as carteiras digitais, com fito de resguardar, inclusive, as classes de maior vulnerabilidade no ambiente virtual, como os idosos, não nativos digitais, e a população com acesso limitado às redes.

Isto posto, por meio do método hipotético-dedutivo, busca-se entender qual é o papel civil das instituições financeiras em garantir a segurança do usuário e de terceiros em face dos recorrentes casos de utilização de suas plataformas para a prática de crimes digitais. Baseando-se na fundamentação já existente da responsabilidade objetiva trazida pela súmula 479, pretende-se encontrar meios de proteção mais consistentes também para o uso das carteiras digitais para fins delituosos, sendo frágeis na segurança e por vezes pouco exigentes sobre a identificação dos solicitantes, possibilitando a aplicação de "golpes virtuais" que têm como alvo principalmente pessoas vulnerabilizadas no acesso à tecnologia.

Ademais, busca-se apresentar o paradigma já existente no entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilidade objetiva dos bancos em casos fortuitos internos, que pela natural maior condição econômica e estrutural são mais aptos a oferecer resistência às investidas de terceiros ao patrimônio e interesses de seus clientes, tornando-se, assim, garantidores da segurança e responsáveis pelos danos percebidos mesmo que a eles não venham a ter dado causa. Tal entendimento que culmina na súmula 479 do STJ será analisado, com o objetivo da extração dos principais fundamentos que pavimentam a ordem emanada pelo egrégio tribunal, visando adaptá-los para entender seu cabimento a respeito do objeto principal do presente estudo.

1. OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA BANCÁRIA NOS CASOS FORTUITOS INTERNOS

Para o que se propõe o presente trabalho, necessário se faz entender como é compreendido o instituto da responsabilidade civil em um panorama geral, em uma breve introdução sobre o tema se busca a contextualização da ideia que ao longo dos anos vem evoluindo sobre como deve ser realizada a restituição por danos cometidos, quais são os princípios que a regem e sua inserção no cenário constitucional atual. Em seguida, volta-se a atenção para a especialidade do tratamento da responsabilidade civil nas relações desenvolvidas pelas instituições bancárias, já que é uma das modalidades em que se observa um tratamento específico pelo ordenamento, com regras próprias em razão das peculiaridades que serão abordadas com mais detalhes adiante, com a finalidade de estabelecer qual é a fundamentação para a existência dessas diferenciações em comparação com o que se estuda nas questões gerais do Direito Civil sobre o assunto. Por fim, restará ao capítulo analisar o entendimento jurisprudencial que classifica o fortuito entre interno e externo, em que este é capaz de culminar na exclusão da responsabilidade, enquanto aquele não.

A conceituação clássica do instituto está vinculada com uma obrigação, sempre remetida à ocorrência de danos que advém da culpa do causador, ou seja, surge de uma imputação do dever de reparação, ou de suportar pena. A obrigação se desdobra tanto em fazer quanto em reparar, sendo

que a primeira justifica a segunda, enquanto a segunda sanciona a primeira (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 41). Rosenthal, Farias e Netto, apontam que tal concepção advém da moral kantiana, que passa a significar a ideia de responsabilidade como algo vinculado a autoria de uma ação, juntamente com a valoração negativa do fato imputado, ou seja, a ideia da responsabilidade não é, como defendem alguns que seria o ideal, unir a ação indicando aquele que a deu ensejo, mas além disso, atribuir a reprovabilidade e a ideia de ressarcimento em razão de determinado ato negativo praticado (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 11-12).

Tartuce ensina que a responsabilidade civil possui dois conceitos estruturais tratados pelo Código Civil de 2002, quais sejam, o ato ilícito, conforme disposto no artigo 186³ e o abuso de direito, de acordo com o artigo 187⁴, sendo ambos geradores de obrigações independentemente de relação contratual. Aponta que a legislação faz a exigência de que somado ao ato ilícito violador de direito, deve existir a efetivação do dano para que incida a consequência da reparação, sendo este o pressuposto inclusive reiterado pelo art. 927 do mesmo código⁵ (TARTUCE, 2023). Resumidamente, o que se extrai do texto legal é que os elementos característicos para a configuração da responsabilidade (obrigação de reparação) são: ato ilícito cometido com dolo ou culpa, que cause (nexo causal) dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Os princípios que regem a responsabilidade civil surgem mediante a ressignificação do papel assumido pela constituição a partir da segunda metade do século XX, já que anteriormente a norma fundamental se limitava a organização estatal e restrição de seus poderes, porém, converte-se em norma dotada de imperatividade e superioridade valorativa, e é dela que todo o ordenamento jurídico passa emanar. Dessa forma, os princípios servem para transportar o ser humano para o centro das preocupações do ordenamento, sendo por meio deles que o aplicador é capaz de alcançar o lastro da realidade e as reflete em suas decisões. Os principais princípios trazidos por Rosenthal, Farias e Netto são: 1) Dignidade da pessoa humana: princípio basilar que consiste, em termos gerais, na repugnação de qualquer ato que afaste o ser humano de sua condição de humanidade. Destacam que para Kant a dignidade humana seria um juízo analítico a priori, sendo um fim em si mesma, jamais um meio para outras coisas, e não podendo ser relativizada pelo Estado ou pela sociedade. A concepção moderna do princípio só veio a tomar forma após as tragédias do século XX, como o nazismo, que subverteram a ideia de Kant sobre a dignidade intrínseca do ser humano, não reservando qualquer respeito à natureza que faria do homem um fim em si mesmo, digno pela própria existência. Surge assim o pensamento de Hanna Arendt, que propõe ser a cidadania, ou o

3 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.

4 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.

5 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

“direito a ter direitos” o primeiro passo para a valorização do ser humano, sendo assim a dignidade é insculpida na constituição como fundamental para a própria noção de Estado Democrático de Direito. 2) Solidariedade: Está prevista no texto constitucional no art. 3º, I, sendo reafirmada no inciso III⁶ do mesmo artigo ao delinear a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades como objetivos da república. O princípio, por isso, passa a ser essencial na interpretação de qualquer ato normativo, sendo finalidade primordial de todos os institutos do Direito, não sendo diferente, por óbvio, quanto à responsabilidade civil, que tem como exemplo de sua influência a mudança de foco da sanção do ofensor para a tutela do ofendido, protegendo a vulnerabilidade da parte envolvida, mesmo que não tenha ocorrido violação de conduta (teoria objetiva). O modelo da responsabilidade baseado na solidariedade permite o afastamento do aspecto unicamente econômico, levando em consideração, principalmente, a personalidade a ser protegida. 3) Prevenção: Elemento protagonista na responsabilidade substituindo a reparação, pois parte da ideia que os perigos atinentes à atividade humana não mais se restringem a atuação estatal, mas sim, principalmente, das ações individuais, sendo a responsabilidade instrumento para estabelecer comportamentos preventivos a danos causados por esses agentes privados. Em vez de reagir ao dano causado, busca-se evitá-lo, sendo ela um instrumento de direcionamento das condutas humanas, sendo que ao lado dela, está construída também a ideia de necessidade de regulamentação de determinados setores, tendo em vista a capacidade de afetar milhares de pessoas, se estendendo até mesmo por gerações futuras, tudo em consonância com o princípio da prevenção. 4) Reparação integral: Sua finalidade é repor o ofendido ao estado anterior da ocorrência do dano injusto, retornando a vítima à situação em que estava anteriormente, da qual só saiu em razão da violação causada (ou não prevenida) por quem se encontre como responsável. A reparação deve ser medida conforme a extensão do dano, sendo que, se não puder o ofensor cumprir a prestação na espécie ajustada, deverá substituí-la por valor em moeda corrente (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 42-58)

Como se vê, a responsabilidade civil não é um instrumento utilizado exclusivamente nos tratos bancários ou mesmo apenas em relações comerciais em sentido amplo, pode se originar de qualquer ato ilícito, como um acidente de trânsito, ou um dano causado na prestação de serviço entre particulares, as possibilidades são infindáveis, ocorre que em alguns casos previstos na legislação a aplicação deste instituto toma contornos específicos, como no caso do objeto do presente estudo.

À primeira vista, observa-se a evidente relação de consumo estabelecida entre a instituição

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

bancária e o usuário de seus serviços, não havendo possibilidade de descaracterização da condição de fornecedor de serviços, delimitada pelo art. 3º *caput* e seu §2º do Código de Defesa do Consumidor⁷ e confirmada pela jurisprudência pela súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a aplicação de tal codificação às instituições financeiras.

Para o Direito consumerista, com fulcro no chamado “dever de qualidade”, independe que exista uma relação contratual pré-estabelecida para que se possa falar na responsabilização objetiva do fornecedor de serviços, prevista pelo artigo 14 do referido código⁸, porém, como pontua Bruno Miragem, é importante a distinção entre os casos de responsabilidade civil dos bancos e responsabilidade contratual para que se possa identificar a condição de consumidor (MIRAGEM, 2021, p. 454-455). Nos primeiros casos, sendo extracontratual a responsabilidade extraída, há a caracterização da vítima do dano como consumidor equiparado por força do artigo 17 do CDC⁹, necessária, assim, a mera constatação fática de que com ela aconteceu algum dano cujo nexos causal aponte para uma ação ou omissão do fornecedor; enquanto que na segunda hipótese mencionada, além de verificada a existência de relação contratual entre as partes, é forçoso que se identifique a condição de consumidor do contratado, descrita pelo art. 2º do mesmo código¹⁰, considerando a vulnerabilidade *in concreto* para que sejam aplicadas as disposições da lei específica.

Em qualquer dos casos, no entanto, uma vez verificada a relação de consumo, evoca-se a proteção especial concedida pela Constituição Federal, elevando o Direito do Consumidor como Direito Fundamental, conforme seu art. 5º, inciso XXXII¹¹ e art. 170, inciso V¹². O CDC é norma de ordem pública e tutela o direito fundamental previsto nos artigos constitucionais citados, de modo que, sob a ótica de um Direito privado voltado para o desenvolvimento dos princípios constitucionais e promoção dos direitos fundamentais, busca-se proteger a parte vulnerabilizada da relação consumerista em face dos desafios da sociedade massificada, sendo expressa a vulnerabilidade do consumidor pelo artigo 4º, inciso I¹³ considerada presunção absoluta (GHANI,

7 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

8 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

9 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

10 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

11 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: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

12 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: V - defesa do consumidor.

13 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria

2023, p. 16-18).

Tal conjuntura de fragilidade do consumidor é ainda mais acentuada quando se analisa a nova realidade fática de inserção tecnológica nas relações de consumo, pois com seu avanço observa-se melhorias na distribuição, produção e oferecimento de bens e serviços, criando-se novos hábitos de utilização dos serviços digitais. Contudo, muitas vezes, em razão da sua velocidade evolutiva, pode servir de empecilho na inclusão de determinados grupos e potencializadora de danos que podem ser sofridos, principalmente por esses grupos hipervulneráveis. A responsabilidade civil objetiva dos fornecedores é a maneira com que se trata os casos em que ocorrem as atividades fraudulentas nos meios digitais bancários, buscando-se uma garantia para o dever de segurança. Ela ocorre quando comprovados o dano e o nexo causal, excluindo-se a necessidade de averiguação de culpa por parte do fornecedor na incidência do dano, só se eximindo de qualquer responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior (GHANI, 2023, 18-22).

A responsabilidade civil, baseada no princípio do *neminem laedere*, que determina que não se cause prejuízo ao direito de outrem, serve como instrumento de compensação caso o dano venha a ocorrer, busca-se o retorno ao equilíbrio existente anteriormente, mesmo que apenas de forma parcial. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927 do Código Civil prevê que tal modalidade, que inexige culpa, pode ocorrer em duas situações gerais, a primeira é quando há a previsão legal, a segunda é pela própria natureza da atividade normalmente desenvolvida (GHANI, 2023, 26-29). Dessa forma, quando não pelo reconhecimento da relação de consumo, observa-se o risco da atividade exercida pelo banco como fundamento para seu tratamento diferenciado quanto à responsabilidade pelos danos causados, conforme o art. 927 citado.

Do dever de qualidade supracitado em que o fornecedor deve propiciar ao mercado produtos e serviços condizentes com o que se espera, descreve Miragem que decorrem outros dois deveres, o primeiro é o dever de adequação, que consiste na expectativa de que os serviços correspondam com a expectativa sobre os fins para que eles servem; o segundo é o dever de segurança, ou seja, o conformidade com a expectativa de que o serviço oferecido não seja causador de danos ao consumidor, envolvendo sua proteção tanto psicofísica quanto patrimonial. Entende-se, pelo que preceitua o art. 8º do código Consumerista¹⁴, que os produtos e serviços colocados no mercado, admitem certo grau de risco que lhes é natural, tendo em vista a impossibilidade de

da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

14 Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito

redução a 0% de possibilidade de causação de danos, porém, devem ser barrados aqueles que demonstram grau excessivo ou potencializado de percepção de danos aos destinatários, por falhas na atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor (MIRAGEM, 2021, p. 452-453).

Com isso, do enquadramento da atividade financeira como de risco, ainda mais com o advento das novas ferramentas tecnológicas, se extrai que além da responsabilidade objetiva derivada da relação consumerista, imputa-se aos bancos regime de responsabilização ainda mais cauteloso, que mediante o princípio da prevenção e do dever de segurança, enseja em criação jurisprudencial de causa de exclusão de responsabilidade em circunstâncias específicas, não bastando a constatação de fato exclusivo de terceiro ou de fortuito ou força maior, já que o mencionado dever de segurança exige que determinados riscos sejam eliminados por ações garantidoras, inclusive, de preservação contra atos de terceiros. Nesse sentido é que surge a súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” que aumenta o alcance da incidência da responsabilidade civil do banco por atos de terceiros.

2. A UTILIZAÇÃO DAS CARTEIRAS DIGITAIS PARA A PRÁTICA DO ESTELIONATO

Como já evidenciado, o estelionato é um dos delitos com maior capacidade modificativa, tendo em vista que compõe um tipo penal vago e que pode se dar de diversas maneiras, desde que a ação do agente delinquente consiga induzir ou manter a vítima em erro para que desta se obtenha uma vantagem econômica ilícita, pouco importando os meios para ludibriar o ofendido.

Tendo isso em vista, torna-se lógica e esperada a utilização do ambiente digital para a prática do estelionato, remontando a adequação do delito ao local e época na qual é praticado, o que não seria diferente em um Brasil interconectado por transações bancárias instantâneas, como o Pix, bem como o acesso facilitado às ferramentas bancárias das grandes instituições do país, por meio do *Internet Banking*.

A simplificação de processos e desburocratização de aberturas de cadastros bancários aparentam, na maioria das vezes, trazer apenas vantagens aos consumidores, o que também traz à tona a abertura de tais ferramentas para golpistas que utilizam de tal facilitação para aprofundar seu anonimato e garantir a liquidez do que auferem ilicitamente, como ocorre no Pix:

Entretanto, devido à facilidade em se transferir dinheiro sem a necessidade de dados, como agência, conta corrente ou poupança, se tornou necessária apenas a chave PIX, o que facilitou o crescimento de fraudes. Dito isso, o Golpe do PIX acontece quando o criminoso, com amplo acesso à internet, encaminha páginas e arquivos falsos para roubar dados, bem como a ocorrência da falha do PIX, o WhatsApp clonado e outras formas. (SILVA; CEREWUTA, 2022, p. 72)

Atualmente, há um verdadeiro processo de virtualização das práticas cotidianas, que abarca

inclusive os que são avessos a tais mudanças (GHANI, 2023, p. 19), prejudicando o estabelecimento de mecanismos de proteção eficientes aos consumidores, na medida em que a celeridade das transformações impede um acompanhamento eficaz das instituições para com seus novos clientes, que podem ser potenciais golpistas.

Não fosse pela rápida adaptação da prática delituosa, a migração das atividades bancárias do ambiente físico para o virtual configuraria grande prejuízo aos criminosos, que sem meios de interagir ou intermediar as transações digitais, não poderiam lesar os consumidores para ganhos ilícitos, o que não se mostra verdadeiro justamente pela rápida absorção das ferramentas informatizadas pela criminalidade, em uma espécie de “expansão de negócios”.

Houve mera alteração de veículo ou suporte para os bens da vítima, que anteriormente, depositados em banco ou em posse direta desta, eram repassados aos golpistas da mesma forma. Hodiernamente, o mesmo caminho se mantém, porém a carteira de couro que a vítima portava se tornou uma carteira digital que, submetida a um complexo sistema financeiro integrado e fiscalizado, presume-se mais segura que sua antecessora. Como no exemplo utilizado, a abertura de uma conta bancária para depósito de valores de um cliente exigia uma série de documentos, comprovações e etapas, o que tornava o procedimento cansativo e até ineficiente, porém criava um fator crucial de segurança, sendo a autenticidade de informações, uma vez que a instituição bancária, ao exigir uma gama de documentos, podia compará-los entre si, sanando qualquer incongruência.

Todavia, atualmente, com a simplificação do processo, a exigência documental foi reduzida, bastando, por vezes, a apresentação de um número de CPF, um endereço eletrônico para cadastro e, quando muito, uma verificação biométrica para suprir a assinatura de praxe para a abertura de uma conta bancária ou acesso a uma carteira digital, o que abre portas para a atuação de golpistas:

Contudo, a despeito da ampla gama desvantagens que foram trazidos pelo “internet banking”, não podemos descurar que sempre existirá um risco inerente às transações bancárias efetuadas, possibilitando até mesmo facilitação da ocorrência de fraudes, dada a ausência da necessidade de apresentação de documentos de identificação ou da assinatura do correntista. (REZENDE, 2010, p. 77)

A problemática na difusão das carteiras digitais reside na medida em que os golpistas em posse de dados pessoais de terceiros, conseguem, sem maiores entraves, criar contas em nome dessas pessoas, podendo conseguir vantagens por meio da análise de crédito da vítima, forjar contato da instituição com o ofendido, ou simplesmente ocultar sua identidade por meio de tais contas em nome de “laranjas” que possibilitarão aos estelionatários agir sem o receio de que as autoridades alcancem sua operação.

Ultrapassando o fluxo natural de consumidores que adotam os novos meios de contato com as instituições bancárias, por intermédio do ambiente virtual, o fenômeno ocorrido na pandemia da Covid-19, o isolamento social, acabou por forçar muitos clientes de tais empresas a adotarem como único método possível para acesso de suas informações bancárias o ambiente informatizado, seja pelo app do banco ou carteira digital, seus sites ou portais de atendimento.

As estatísticas corroboram para evidenciar o apresentado, uma vez que houve o aumento de 75% das transações por meio digital¹⁵ entre os anos de 2020 e 2021, bem como o aumento de 80% das tentativas de *phishing* (GHANI, 2023, p. 20), ataques que reúnem fragilidades informáticas e engenharia social para manter a vítima em erro, que podem ocorrer para além dos limites do meio ambiente digital, utilizando-se do contato físico e presencial com a vítima, como os diversos tipos de golpes que utilizam-se de tal *modus operandi*, como o do “falso motoboy”, o golpe da “maquininha chupa-cabra”, etc.

Levando em conta a relação de consumo entre o cliente e a instituição bancária, o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em definir a responsabilidade das empresas no caso de fortuitos internos ou defeitos na prestação dos serviços, que possam a vir ocasionar prejuízo aos clientes, ainda que o fornecedor não tenha agido com culpa, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, de forma ampla, e da súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, de forma específica, uma vez que trata da responsabilidade das instituições referente à obtenção de dados pessoais do cliente para a prática do estelionato.

A primazia do interesse do consumidor, em sentido amplo, torna-se ainda mais latente quando ocorrem relações no ambiente virtual, devido ao caráter de vulnerabilidade que o cliente se encontra quando comparado ao seu banco ou aos seus conhecimentos técnicos sobre o funcionamento da estrutura digital por trás das transações que realiza costumeiramente, caracterizando a hipossuficiência consumerista:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4o, inciso I, dispõe que a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo deve ser atendida como princípio aplicável à Política Nacional das Relações de Consumo. Com o avanço do uso das novas tecnologias, os consumidores do ambiente digital passaram a ter a sua vulnerabilidade nas relações de consumo agravadas pela utilização das novas tecnologias. Isso porque, com a digitalização das relações, há uma ruptura na noção de tempo e espaço, na referência do que é ou não real e na relação com um sujeito corporificado. (GHANI, 2023, p. 21)

Para além da complexidade das relações no meio ambiente digital, surgem conflitos processuais, como os de competência, relativos ao local da prática de condutas delituosas lesivas ao consumidor, como o estelionato, bem como o já suscitado anonimato gerado por tais relações,

15 Dados retirados da Pesquisa FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos).

16 A instituição financeira responde pelo defeito na prestação de serviço consistente no tratamento indevido de dados pessoais bancários, quando tais informações são utilizadas por estelionatário para facilitar a aplicação de golpe em desfavor do consumidor.

mesmo não sendo absoluto, pode atrasar o trabalho das autoridades, bem como dificultar a responsabilização do agente, restando às instituições bancárias, em sua responsabilidade objetiva, arcar com os prejuízos, visto que, “sobrevindo eventual fraude eletrônica a instituição financeira deverá responder forma objetiva pelo ressarcimento de danos e prejuízos causados ao consumidor lesado, uma vez que a fraude perpetrada decorre dos riscos inerentes à sua própria atividade”. (REZENDE, 2010, p. 90)

As carteiras digitais, assim como outros meios utilizados pelos estelionatários para buscar a vantagem ilícita devem ser revestidas de mecanismos que impeçam seu uso e propagação para a prática delituosa, ainda que isso sacrifique parte de sua praticidade, celeridade ou abrangência, prevalecendo o interesse do consumidor sobre os das instituições bancárias.

3. A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA FRAGILIDADE NA CRIAÇÃO DE CARTEIRAS DIGITAIS

Com o advento do *internet banking* e o surgimento das carteiras digitais, veio à tona a discussão sobre a abrangência da responsabilidade objetiva das instituições financeiras, principalmente, como já visto, nos casos fortuitos internos. Cabe lembrar que a responsabilidade civil está atrelada a uma ideia contraprestativa, onde a parte, no caso, as instituições bancárias, respondem pela violação de uma obrigação (FIGUEIREDO, 2015, p. 11).

Ainda que permaneça a previsão no ordenamento jurídico brasileiro da responsabilidade subjetiva, constituindo-se da culpa, o Código Civil prevê, em seu artigo 927, parágrafo único, a possibilidade de responsabilização civil independente de culpa, nos casos previstos em lei, bem como em casos peculiares, onde a natureza da atividade seja perigosa ou apresente riscos a direito alheio.

Nesse sentido seguiu o Código de Defesa do Consumidor, que determina a responsabilidade objetiva do fornecedor, do fabricante e do fornecedor de serviços nos artigos 12¹⁷ e 14¹⁸, devendo estes repararem os danos causados aos consumidores, que podem surgir devido a defeitos no projeto, na fabricação, na prestação de serviços, ou até na omissão ou inadequação nas informações prestadas sobre o produto, indicando o caráter de proteção amplo que as normas pátrias concederam ao consumidor, extensível às relações bancárias entre clientes e instituição.

17 Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

18 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Tal relação de hipossuficiência oriunda do consumo visa proteger o cliente, tendo em vista a disparidade que a instituição bancária tem em relação àquele, seja pelo poder aquisitivo, seja pelos conhecimentos técnicos sobre os serviços prestados. No mesmo sentido, a prestação de serviços pelos bancos na criação e manutenção de carteiras digitais, ainda que não forneçam produtos tangíveis e os defeitos limitem-se à instabilidades em aplicativos, por exemplo, deve-se guiar pela proteção ao consumidor, em especial aos dados fornecidos por este à instituição, que deve zelar pelo seu uso correto, evitando a atuação de golpistas.

A abrangência de regulamentação e aplicação legal da responsabilidade objetiva deve alcançar as inovações tecnológicas, em especial quando ocorrem no âmbito das instituições bancárias, uma vez que lidam com bens de grande valia aos seus clientes, em suma, seu patrimônio:

É ainda importante mencionar, que com o crescente avanço tecnológico, bem como, com a evolução acelerada de ambientes de tecnologia, muito do que se fala em inovação necessitará de apoio ou regulamentação jurídica para que possa preservar seus usuários consumidores. Até mesmo porque, a utilização das plataformas, como veremos a seguir, levará uma grande responsabilidade àqueles que a utilizarem, necessitando que a legislação acompanhe ou respalde consumidores desses espaços tecnológicos. (SCARIOT; CAMASSOLA, 2022, p. 3)

Alinhado a tal anseio social, o Superior Tribunal de Justiça, em importante decisão, acaba por definir a responsabilidade da instituição financeira, mesmo nos casos fortuitos, indicando, novamente, a primazia do interesse do consumidor, enquanto parte hipossuficiente na relação de consumo, com especial dispêndio nas hipóteses de pessoa hipervulnerável:

[...] 3. O propósito recursal consiste em perquirir se existe falha na prestação do serviço bancário quando o correntista é vítima do golpe do motoboy. 4. Ainda que produtos e serviços possam oferecer riscos, estes não podem ser excessivos ou potencializados por falhas na atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor. 5. Se as transações contestadas forem feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros. Precedentes. 6. A jurisprudência deste STJ consigna que o fato de as compras terem sido realizadas no lapso existente entre o furto e a comunicação ao banco não afasta a responsabilidade da instituição financeira. Precedentes. 7. Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto. Precedentes. 8. A vulnerabilidade do sistema bancário, que admite operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos consumidores, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre em falha da prestação de serviço. 9. Para a ocorrência do evento danoso, isto é, o êxito do estelionato, necessária concorrência de causas: (i) por parte do consumidor, ao fornecer o cartão magnético e a senha pessoal ao estelionatário, bem como (ii) por parte do banco, ao violar o seu dever de segurança por não criar mecanismos que obstem transações bancárias com aparência de ilegalidade por destoarem do perfil de compra do consumidor. 10. Na hipótese, contudo, verifica-se que o consumidor é pessoa idosa, razão pela qual a imputação de responsabilidade há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, sempre considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável [...] (STJ, REsp 1995458/SP, 2022).

Isto posto, percebe-se a abrangência desprendida pelo Código de Defesa do Consumidor quando trata da responsabilidade civil objetiva dos prestadores de serviço ou fornecedores quando o risco inerente à atividade desenvolvida acaba por absorver a culpa, gerando maior onerosidade na atividade e em seu custo, uma vez que o fornecedor deve levar tal fator em consideração (TEPEDINO, 2023), o que deve se estender para as instituições financeiras no momento em que permitem a criação facilitada de contas e carteiras digitais, criando brechas para a atuação de golpistas, sendo o aumento da responsabilidade civil de tais fornecedores medida que se impõe para evitar onerosidade e desgaste os consumidores que, vítimas de fraudes no ambiente digital, poderiam recorrer ao amparo das instituições que salvaguardar a operação bancária e seus entornos.

Ainda que, à primeira vista, a responsabilização objetiva, sem considerar a culpa, pareça onerar demasiadamente a instituição, trazendo incertezas para sua operação, tal risco não poderia ser repassado aos consumidores como mera deliberação do serviço contratado, devendo a prestadora levar em conta os riscos no momento de sua atuação no mercado:

Os riscos operacionais referem-se às perdas potenciais resultantes de sistemas inadequados, má administração, controles defeituosos ou falha humana, a qual inclui o risco de execução, correspondente a situações em que as operações não são executadas, resultando, às vezes, em atrasos onerosos ou em penalidades. Em termos mais genéricos, o risco de execução relaciona-se a qualquer problema nas operações de back office, pertinente ao registro de transações e à reconciliação de operações individuais com a posição agregada da instituição. O risco operacional também inclui fraude e risco tecnológico, o qual se refere à necessidade de proteger os sistemas contra acesso não autorizado e violações. Outros exemplos são falhas de sistema, prejuízos oriundos de desastres naturais ou acidentes envolvendo pessoas importantes. Questões ligadas à avaliação de ativos também podem criar sérios problemas operacionais. Chama-se de risco de modelo o perigo (não aparente) de o modelo utilizado na avaliação de posições ser imperfeito [...]. (OLIVEIRA, 2017)

Nesse diapasão, a atividade bancária, na medida em que permite a prática de golpes e a manutenção de fraudes, deve gerar, pelos riscos inerentes a ela, responsabilidade civil objetiva, em especial nos casos fortuitos referentes à abertura de contas e criação de carteiras digitais que, em um procedimento deveras facilitado, torna vulneráveis as informações dos consumidores, o que pode ocasionar no uso indevido destas para, por exemplo, a prática do estelionato e de outras fraudes, ferindo de morte a obrigação firmada pela instituição bancária quanto à proteção dos seus clientes, exigindo-se uma resposta ativa, representada pela responsabilidade objetiva, como já explanado.

CONCLUSÃO

Em suma, se extrai das elucubrações trazidas, que em um cenário de expansão da utilização das tecnologias e sua incorporação cada vez mais profunda nas prestações de serviços de relação de consumo, tanto as otimizações operacionais quanto às vulnerabilidades proporcionadas pelo uso dos meios digitais merecem ser destaque no que se refere ao olhar do direito, de modo a

proteger o consumidores e aqueles que não puderam se ater às novas formas de relação comercial. A responsabilidade civil, instituto consolidado no ordenamento, deve acompanhar as necessidades que diariamente se renovam, e em especial, nas desenvolvidas pelos bancos, tendo em vista que, por sua natureza, realizam atividade considerada de risco, sendo deles exigido o cumprimento do que foi delineado como “dever de segurança”. Com isso, buscou-se esclarecer quais os fundamentos que sustentam o trato especial conferido, e determinou-se que, sob o prisma do princípio da prevenção e do dever de segurança, a responsabilidade objetiva imputada às instituições financeiras justifica-se pelo reconhecimento pela Constituição Federal do Direito Fundamental a defesa do consumidor, cuja vulnerabilidade é presumida de maneira absoluta, e cuja materialização ocorreu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, sendo ainda o dever de proteção mais incisivo em razão da atividade de risco, culminando no entendimento jurisprudencial sobre a diferenciação do fortuito interno e externo, não bastando a mera constatação de ação exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou força maior para a exclusão da responsabilidade, conforme o exarado na súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça.

Atendendo a essas fundamentações, voltou-se o olhar para a prática do estelionato, que com a nova roupagem digital, adapta-se aos novos padrões estabelecidos na prestação do serviço bancário de forma mais rápida do que as próprias ferramentas de segurança e inovações legislativas sobre o assunto. Demonstrou-se que pela praticidade adquirida com a “desburocratização” por meios digitais dos serviços que anteriormente custavam mais tempo e disponibilidade, também foi facilitada a prática delituosa, e, mediante a análise de dados da FEBRABAN, constatou-se a urgência de esforços para a abrangência do dever de segurança também para as carteiras digitais, muito utilizadas como ferramenta para aplicação de golpes e perpetuação do estelionato digital. Buscou-se trazer a tona o sopesamento entre as vantagens inovadoras dos instrumentos tecnológicos e a segurança que se espera no ambiente bancário digital, que inevitavelmente carece de certo nível burocrático para que se garanta a autenticidade na abertura de contas, de modo a extinguir a prática da utilização de “laranjas”, já que se mostra tão facilitada a criação de contas nessas instituições, bastando muitas vezes apenas a indicação de CPF e endereço eletrônico do usuário, sendo certo que a fragilização dos dados, outro problema que surge com o advento tecnológico, possibilita a massificação do cometimento do tipo penal descrito.

Por isso, mediante todo o aparato principiológico, legislativo e jurisprudencial conferido no ordenamento jurídico pátrio, visando a segurança do usuário do sistema financeiro e a proteção do consumidor, cada vez mais vulnerabilizado pela exposição a novas técnicas profissionais das práticas ilícitas, infere-se que é possível e necessária a ampliação do entendimento a respeito da responsabilização civil dos bancos e instituições financeiras nos casos em que se verificar a

utilização de contas em suas carteiras digitais para a prática criminosa, sendo parte do seu dever fundamental de segurança a implementação de meios para se garantir a autenticação dos usuários, existindo a verificação de dados e a identificação clara tanto da identidade do usuário contratante, quanto da intenção inequívoca deste para abertura da conta, abrangendo tal situação no já aplicado entendimento sobre o fortuito interno.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Arthur Gonçalves. **Lavagem de dinheiro e pirâmides financeiras ligado às Criptomoedas esquemas financeiros ligado às Criptomoedas**. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás). Orientador: Gil Cesar Costa de Paula. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/6516>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, 2000, vol. 34, p. 102-110, Abr-Jun/2000. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/5238579/mod_resource/content/0/Semin%C3%A1rio%2012%20-%20Cavaliere%20Filho.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

DA SILVA SILVA, Ana Jasmim Barbosa; CEREWUTA, Pollyanna Marinho Medeiros. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS POR DANOS SOFRIDOS NO GOLPE DO PIX. **Facit Business and Technology Journal**, v. 4, n. 39, 2022. Disponível em: <https://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1942>. Acesso em: 10 jul. 2024.

DE REZENDE, Frederico Antonio Oliveira. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS EM RELAÇÃO ÀS FRAUDES ELETRÔNICAS. **FMU DIREITO-Revista Eletrônica** (ISSN: 2316-1515), v. 24, n. 33, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/78>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FAÇANHA, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira. A responsabilidade civil das operadoras de cartão de crédito quanto aos clientes vítimas de estelionato e furto mediante fraude. **Revista Científica do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB**, v. 1, n. 4, 2016.

FEBRABAN. Pesquisa Febraban de Tecnologia Bancária 2022. Volume 2: Investimentos em tecnologia. MAIO/2022 Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-2022-vol-2.pdf>. Acesso em 10 jul. 2024.

FIGUEIREDO, Francisco Noan de Sousa. **Responsabilidade Civil dos estabelecimentos bancários no pagamento de cheques fraudados**, 2015. 71fl. - Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande – Sousa- Paraíba - Brasil, 2015. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/16286>. Acesso em: 10 jul. 2024

GHANI, Najua Samir Asad. **A Responsabilidade Civil nas Fraudes Eletrônicas** 10/12/2023 132 f. Mestrado Profissional em DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO Instituição de Ensino: INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA, Brasília Biblioteca Depositária. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4902>. Acesso em: 09 jul. 2024.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994228.

OLIVEIRA, Adalberto. **Método para avaliação de risco operacional em bancos**. São Paulo: Editora Blucher, 2017. E-book. ISBN 9788580391527.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553612086.

STJ, 3ª T., **REsp 1995458/SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 9.8.2022, publ. DJe 18.8.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200971883&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 10 jul. 2024.

STJ. **Súmula nº 279 do Superior Tribunal de Justiça**. Corte Especial, em 21.05.2003. DJ 16.06.2003, p. 415. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/author/proofGalleyFile/5802/5921#:~:text=Execu%C3%A7%C3%A3o,-Fazenda%20P%C3%BAblica..os%20embargos%20equivaler%C3%A3o%20a%20contesta%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 10 jul. 2024.

STJ. **Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça**. DJ 01.11.2012, p. 179 e p. 937. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2023: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647910.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda V.; GUEDES, Gisela Sampaio da C. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.4. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647590.

TECENDO NINHOS DIGITAIS: DIREITOS DA PERSONALIDADE E A TRAMA INVISÍVEL DA CASA SE TORNANDO REDE E O CORPO, DADOS

Marcelo Negri SOARES¹
Dirceu Pereira SIQUEIRA²

RESUMO

Este ensaio, utilizando o método hipotético-dedutivo, propõe um estudo aprofundado sobre a interação complexa entre ambiente doméstico, corpos humanos, dispositivos tecnológicos e internet, focando nos conceitos de 'superávit comportamental' e 'desposseção de dados pessoais' de Shoshana Zuboff. Aborda a supressão dos direitos da personalidade e as implicações da coleta e uso de dados na era digital, questionando os fundamentos do capitalismo de vigilância. O 'superávit comportamental' é analisado como uma lógica de acumulação de dados comportamentais, essenciais para a produção de produtos preditivos, comercializados e manipulados conforme interesses corporativos. Este processo orquestra a expropriação da realidade vivida, convertendo-a em comportamento e obscurecendo o direito de controle sobre as informações pessoais. Um exemplo prático ilustra essa conversão de interesses, demonstrando a reivindicação do capitalismo

- 1 Orientador de Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado. Advogado e contabilista. Pesquisador ICETI, Next Seti e FAPESP. Editor da Springer Journal para E-Law, renomada revista europeia (2019). Editor da Revista Brasileira de Direito da Personalidade. Professor Visitante Coventry University (UK), no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade. Avaliador presencial de seminários SIAC/UFRJ (desde 2018). Avaliador Presencial de Pôsteres Conpedi (desde 2010). Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra-Portugal (2022/2023). Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP. Graduação em Direito UEM(1997), em PD Unicesumar (1991 - incompleto). Especialista em Direito pela UNIP (1998), Mackenzie (2006), Escola Federal de Direito (2008), Unicesumar (2019). Contabilista IEEM (1989). Funcionário do Banco do Brasil S.A. por mais de 20 (vinte) anos (última função: advogado pleno). Assessor da PGFN (1997/1998). Membro efetivo IBDC (2001), IBCJ (2003), Presidente no IBREI/SP (2016). Membro do Conselho do CBDI (2019). Parecerista FAPESP (2014). Coordenador da CAPES/BNI - Enade 2015. Extensão universitária em Harvard, Berkeley e MIT, nos Estados Unidos da América. Foi professor de Direito UNINOVE, UNIP, PUC-RIO e Faculdade de Direito (UFRJ). Palestrante em eventos nacionais e internacionais. Atuação como diretor jurídico-empresarial: PROCESSUAL, AMBIENTAL, EMPRESARIAL, CONTRATUAL, BANCÁRIO, TRABALHO, TRIBUTÁRIO E CIVIL. E-mail: negri@negrisoares.page.
- 2 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) em Direito na Universidade Cesumar - UNICESUMAR (desde 2018); Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra, área de concentração em "Democracia e Direitos Humanos", sob orientação do Prof. Doutor Jónatas Eduardo Machado (2014); Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista (2006) Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Graduado em Direito (2002) pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos (CEP) do Centro Universitário UNIFAFIBE; Professor no curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Bebedouro (UNIFAFIBE); Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State - EUA; Membro do Observatório del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe; Pesquisador - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Editor da "Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) - Qualis/Capes A2"; Editor da Revista Jurídica Cesumar (UNICESUMAR) - Qualis/Capes A2"; Autor de importantes livros jurídicos, merecendo destaque: Direitos da personalidade e os direitos sociais: uma relação concreta ou poética? (Editora Boreal, 2016); Direito à saúde: da normatização à efetividade (Editora Boreal, 2016); "Teoria Geral do Direito à Alimentação: cultura, cidadania, cidadania e legitimação" (Editora Boreal, 2015); "Direito à saúde: da normatização à efetividade" (Editora Boreal, 2014); "A Dimensão Cultural do Direito Fundamental à Alimentação" (Editora Boreal, 2013) e "Tutela Coletiva do Direito à Saúde" (Lemos e Cruz, 2011), além de relevantes Capítulos de livros e Artigos Jurídicos; Organizador de relevantes Obras Jurídicas; Membro do Conselho Editorial de Importantes Editoras e Revistas na área do direito. Consultor Jurídico, Parecerista e Advogado. ResearchGate - Research Interest Score 102, Citations 212, h-index 7; Pesquisador Google Scholar citações = 1686, Índice h = 25 e i10 = 57.

de vigilância sobre o corpo humano, desconsiderando-o como bem jurídico sujeito aos direitos da personalidade. Considerações sobre a possível ilicitude dessa prática no contexto jurídico brasileiro alimentam uma discussão crítica sobre seus impactos e desafios. Este artigo não se limita à análise crítica, mas propõe novas questões instigantes, visando estimular diálogos profundos sobre tecnologia, ética e legislação na preservação dos direitos individuais em um cenário de economia de vigilância.

PALAVRAS-CHAVES: direitos da personalidade, supressão de direitos, capitalismo de vigilância.

ABSTRACT

This essay, using the hypothetical-deductive method, proposes an in-depth study on the complex interaction between the domestic environment, human bodies, technological devices, and the internet, focusing on Shoshana Zuboff's concepts of 'behavioral surplus' and 'data dispossession.' It addresses the suppression of personality rights and the implications of data collection and use in the digital age, questioning the foundations of surveillance capitalism. 'Behavioral surplus' is analyzed as a logic of accumulating behavioral data, essential for producing predictive products, which are then commercialized and manipulated according to corporate interests. This process orchestrates the expropriation of lived reality, converting it into behavior and obscuring the right to control personal information. A practical example illustrates this conversion of interests, demonstrating surveillance capitalism's claim over the human body, disregarding it as a legal entity subject to personality rights. Considerations on the possible illegality of this practice in the Brazilian legal context fuel a critical discussion about its impacts and challenges. This article does not limit itself to critical analysis but proposes new thought-provoking questions, aiming to stimulate deep dialogues about technology, ethics, and legislation in preserving individual rights in a surveillance economy.

KEYWORDS: personality rights, suppression of rights, surveillance capitalism.

1. INTRODUÇÃO

No contexto da era digital, a interação entre usuários e plataformas online tornou-se onipresente, sendo aparentemente gratuita. Contudo, essa aparente gratuidade oculta uma complexa dinâmica de coleta e processamento de dados, dando origem ao fenômeno conhecido como Capitalismo de Vigilância, um conceito desenvolvido por Shoshana Zuboff. Este fenômeno está intimamente relacionado ao conceito de Superávit Comportamental, onde a extração de dados ultrapassa o óbvio, capturando subprodutos comportamentais ou "dados colaterais".

A plataforma Google, como precursora nesse domínio, teve uma influência fundamental na evolução desse fenômeno, convertendo dados comportamentais em um recurso comercialmente valioso. Desde os primeiros tempos, quando buscava entender os usuários, até o momento em que as demandas financeiras conduziram a empresa para a publicidade personalizada, a trajetória do Google ilustra claramente o desenvolvimento do Capitalismo de Vigilância.

Nesta oportunidade, o presente ensaio tem como objetivo realizar uma análise crítica do Capitalismo de Vigilância, destacando o conceito de Superávit Comportamental como seu núcleo principal. Através do método hipotético-dedutivo, a pesquisa conduz uma análise doutrinária

fundamentada nas teorias de Shoshana Zuboff, investigando como o Google, ao longo de sua trajetória, utilizou dados comportamentais para alcançar lucros exponenciais. Adicionalmente, o estudo incorpora uma análise do caso julgado envolvendo o Google, abordando suas implicações éticas, jurídicas e sociais.

Verifica-se a temática central dessa pesquisa científica na interseção entre a coleta massiva de dados, a despossessão de dados pessoais e os direitos fundamentais dos usuários. As problemáticas éticas e jurídicas envolvidas na exploração do Superávit Comportamental, destacadas pelo caso do Google, suscitam preocupações significativas sobre a proteção da privacidade, a autonomia do usuário e os limites éticos da livre iniciativa.

Notadamente, essa investigação busca responder a perguntas essenciais: As práticas de coleta de Superávit Comportamental e despossessão de dados são atos ilícitos? Quais são os limites éticos e jurídicos da livre iniciativa em relação à proteção de dados pessoais? Como conciliar o objetivo de preservação da dignidade humana e a eliminação das desigualdades com o crescente desenvolvimento tecnológico?

Com esteio na teoria de Zuboff, com aprofundamento no precedente do Google, realiza-se a análise detalhada dessas questões, pretendendo esclarecer os desafios e implicações associados à economia de vigilância. Este estudo contribui para a compreensão crítica do papel das empresas na coleta de dados e as consequências para os direitos fundamentais em uma era digital em constante evolução.

2. CAMINHOS HACKEADOS: A TRILHA PERDIDA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA REDE

A temática levanta uma reflexão profunda sobre as consequências da economia de vigilância no âmbito dos direitos da personalidade. Shoshana Zuboff, através dos conceitos de "superávit comportamental" e "despossessão de dados pessoais", salienta as práticas intrusivas e manipuladoras do capitalismo de vigilância, particularmente na coleta e utilização de dados pessoais.

A proteção dos dados pessoais, gerada no âmbito do direito à vida privada, consubstanciou o chamado «direito à autodeterminação informacional». A proteção jurídica dos dados pessoais baseia-se no direito ao respeito pela vida privada proclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 12.º) e consagrado com força normativa no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como no artigo 17.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Desde 1966 que o Código Civil Português consagra, como direito especial de personalidade, a reserva à intimidade da vida privada no artigo 80.º (CARVALHO 1973, PINTO

1993). O mesmo aconteceria com a Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 33 – posteriormente inserido no artigo dos direitos pessoais – artigo 26), que dedicou um artigo à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34), limitando quaisquer restrições aos casos e procedimentos previstos prevista na lei e sujeita a ordem judicial (n.º 3), e proibindo a interferência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo penal (n.º 4). Na ‘constituição da informação’ (CANOTILHO/MOREIRA 2007), a Constituição proibiu o uso de tecnologia da informação para tratamento de dados pessoais (artigo 35), matéria que é regida pelo GDPR. A ascensão da revolução digital provocou uma desestabilização nos alicerces da ordem jurídica da era analógica, notadamente afetando direitos fundamentais e da personalidade, como o direito aos aspectos privados da vida cotidiana de cada cidadão (PEREIRA, 2019).

Na UE, a Carta dos Direitos Fundamentais da União (CDFU) também consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, pelo lar e pelas comunicações (artigo 7.º), bem como o direito de todas as pessoas à proteção dos seus dados pessoais, estabelecendo que os dados pessoais devem ser objeto de tratamento leal, para fins determinados e com o consentimento do interessado ou com outro fundamento legítimo previsto na lei, e que todas as Pessoas Indivíduos têm o direito de acesso aos dados recolhidos que lhes digam respeito e obter a respectiva retificação, cabendo ao controlo do cumprimento destas regras uma autoridade independente (artigo 8.º).

Embora tenha surgido no âmbito do direito à privacidade, a proteção de dados pessoais desenvolveu-se e tornou-se um ramo autônomo do direito (PINHEIRO 2015), corporizando o direito fundamental à autodeterminação informacional, de acordo com a designação dada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em sua sentença de 15 de dezembro de 1983, no contexto de um caso relativo a informações pessoais coletadas no censo, no qual o referido Tribunal considerou que, no contexto do processamento moderno de dados, a proteção do indivíduo contra a coleta ilimitada, o armazenamento, a utilização e a divulgação dos seus dados pessoais estão abrangidos pelo direito fundamental de cada pessoa determinar, em princípio, a divulgação e a utilização dos seus dados pessoais, sujeitando-se à autodeterminação informativa apenas às limitações justificadas por razões de reconhecido interesse público.

No Brasil não é diferente, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, bem como do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A coleta indiscriminada de dados pessoais, sem o consentimento adequado dos usuários, representa uma clara violação do direito à privacidade. A exposição constante e a análise intrusiva dos comportamentos individuais no lar, em dispositivos e na internet interferem na esfera privada, desrespeitando a autonomia e a intimidade das pessoas.

Assim, o conceito de "desposseção de dados pessoais" evidencia uma desconexão do controle e conhecimento sobre informações pessoais por parte dos usuários. A negação do acesso e controle sobre os dados, mesmo após sua coleta, contraria o princípio da autodeterminação informativa, ferindo a capacidade das pessoas de decidirem sobre o uso de suas próprias informações. Por sua vez, o "superávit comportamental" revela a acumulação de dados comportamentais para prever e influenciar comportamentos futuros. Essa prática pode resultar em uma manipulação sutil e, por vezes, coercitiva, comprometendo a liberdade de escolha e a autonomia individual.

O controle excessivo e a exploração de dados comportamentais podem impactar a dignidade humana, considerando que a pessoa é tratada como uma fonte de dados a serem explorados comercialmente. A despersonalização inerente à transformação da experiência humana em mercadoria representa uma clara violação dos direitos da personalidade.

A manipulação de comportamentos, conforme exemplificado pelo caso do Snapchat³ ou da Meta (Facebook),⁴ destaca os riscos à saúde mental, especialmente de crianças e adolescentes. A busca incessante por engajamento, alimentada por algoritmos, pode resultar em prejuízos à saúde física e mental.

Em síntese, o tema abordado suscita preocupações significativas sobre a violação dos direitos da personalidade, indo além da esfera da privacidade e tocando em aspectos fundamentais da autonomia, dignidade e liberdade individuais. A reflexão proposta por Shoshana Zuboff instiga uma análise crítica das práticas do capitalismo de vigilância e a necessidade de resguardar os direitos essenciais no contexto digital.

3. HABITANDO PIXELS: ONDE O LAR E O CORPO SE FUNDEM NA REDE

O lar representa para o ser humano ocidental o local de partida, retorno e refúgio. Ambiente de convívio, exercício de alteridade e partilha; *locus* de intimidade, de privacidade de manifestação, comemoração e conflito. Nele, a maioria das pessoas vive a maior parte do tempo de suas vidas, registra suas memórias afetivas e retrata momentos íntimos. É um significativo sonho de consumo ou desejo. O bem mais valioso para muitas famílias brasileiras. O primeiro lugar para a qual a pessoa é levada e, não raro, o último onde é velada. Abrigo e descanso para o corpo e para o espírito.

Em razão daquilo, buscou-se desenvolver uma simbiose entre corpo humano e lar por meio

3 Disponível no link <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/03/redes-sociais-sao-cobradas-por-efeitos-na-saude-mental-de-adolescentes.shtml>, acessado em 28 de dezembro de 2023.

4 Disponível no link https://cultura.uol.com.br/noticias/62204_meta-e-processada-por-estados-americanos-por-afetar-saude-mental-de-criancas.html, acessado em 28 de dezembro de 2023.

do qual vários dispositivos eletrônicos compreendam gestos e comandos dos moradores com o propósito de oferecer maior conformo, segurança e, ainda, realizar serviços domésticos. Tanto que, no ano 2000, no Georgia Tech⁵, esse desejo motivou um time de cientistas e engenheiros de computação a desenvolverem um projeto denominado Lar Consciente (*Aware Home*). Sua pretensão era ser um “laboratório vivo” no meio do qual seus ocupantes fariam uso de computadores vestíveis para serem monitorados por “sensores cômicos de contexto”, que capturariam processos animados e inanimados realizados pelos moradores (Zuboff, 2020, p. 16).

Aqueles pesquisadores trabalhavam com três premissas: (a) compreendiam que sua pesquisa com novos sistemas de dados resultaria no domínio de um conhecimento totalmente inovador; (b) assumiam que os direitos resultantes desse novo conhecimento pertenciam exclusivamente aos moradores da casa; (c) admitiam que o Lar Consciente era uma versão moderna das antigas convenções em que o lar é o santuário privado de seus habitantes. Para tanto, o plano de engenharia elaborado vislumbrava um circuito fechado no qual interagiam duas plataformas: a que armazenava as informações pessoais dos vestíveis dos moradores, e; a que abrigava a informação captada pelos sensores da casa. O objetivo era garantir total controle (de seus dados pessoais e do conhecimento por meio deles produzidos) e privacidade aos moradores: “todos os dados deveriam ser armazenados nos computadores vestíveis ‘a fim de assegurar a privacidade da informação de um indivíduo’” (Zuboff, 2020, 17).

De lá para cá, muitos dispositivos foram idealizados e desenvolvidos com aquela ideia utilitária integrando o corpo humano ao seu lar, e um novo ecossistema econômico foi formatado a partir dela. Esse incipiente mercado foi denominado como “Economia de Vigilância” (Zuboff, 2020). Seus dispositivos são ornamentos presentes na “decoração” da casa inteligente (*Smart Home*), na forma de: assistentes virtuais; aparelhos de *streaming*; câmeras de vídeo; sensores de presença; sensores de gás e fumaça, fechaduras; aspiradores robôs; adaptadores de tomada; interruptores; lâmpadas; aparelhos de áudio de vídeo (Carmen, 2021, s/p). Bem como, cafeteira, refrigerador, ar-condicionado; medidores de geração ou consumo de energia; medidores de temperatura ambiente etc.

Wang, Y., Zhang, R., Zhang, X., Zhang, Y. (2023, p. 2) informam que no ano de 2020 a China realizou remessas globais de mais de 800 milhões de unidades de dispositivos domésticos inteligentes, e que esse número poderá ultrapassar 1,4 bilhões de aparelhos em 2025. Para se ter ideia da dimensão econômica da economia de vigilância, no ano de 2020 o mercado global foi de

5 Instituto de Tecnologia da Geórgia (Estado de Atlanta), uma das principais universidades públicas dos Estados Unidos, com 137 anos de história é um dos maiores e dentre os melhores centros de pesquisa em engenharia e computação daquele país, possui sedes em Atlanta (EUA), França (Georgia Tech-Europe) e China (Georgia Tech-Shenzhen). Disponível em: <https://www.gatech.edu/about>. Acesso em: 13 ago. 2023.

64,58 bilhões de dólares. E, espera-se que para o período entre 2021 e 2028, a projeção de crescimento de 72,30 para 163,24 bilhões de dólares (Fortune Business Insight, 2022).

Esse crescimento maciço de produção de dispositivos ligados à internet e o volume colossal de recursos financeiros envolvidos impõem novos desafios tecnológicos e políticos a governos e empresas: a difusão de poder a um conjunto crescente de intervenientes em todo o mundo que fabricam e operam dispositivos conectados à internet e a infraestrutura subjacente, tanto física quanto virtual. Cenário onde a China aponta com uma crescente influência em dois cenários: a) na produção em larga escala de dispositivos; b) consolidar-se como liderança no desenvolvimento de novas tecnologias. Em resposta ao protagonismo chinês, os Estados Unidos movimentam-se pela “desconexão chinesa” (tornarem-se não dependentes de dispositivos e redes chinesas), ao passo que a Europa compete com aquela na definição do padrão mundial de internet das coisas e impondo um controle crescente sobre a internet no âmbito de sua jurisdição (Lee, 2021). Não se tem para onde fugir (Zuboff, 2020, p. 159).

Porém, como se verá a diante, a arquitetura física da tais dispositivos, as redes de infraestrutura de internet e o desenho de sua tecnologia são apenas uma parte - menor - dos desafios e disputas políticas e econômicas. Constatar-se-á que o corpo humano e o lar estão imersos em um novo contexto de acumulação de riqueza e redistribuição de poder. Porém, para compreender como se chegou a esse contexto é necessário conhecer seus primórdios. Para tanto, o presente artigo se fundamenta na pesquisa de Shoshana Zuboff, exposta na obra “A era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder” (2020).

Assim, a partir das categorias “lar”, “corpo humano”, “dispositivos em rede” e “comportamento” este estudo objetiva compreender alguns conceitos-chaves daquela obra, para tanto buscou atender as seguintes questões: O que é superávit comportamental e sua relação com o Capitalismo de Vigilância? O que é despossessão de dados pessoais? Estas questões são respondidas no primeiro e terceiro subtítulos, intercalando entre eles um segundo subtítulo descrevendo um exemplo para compreensão de suas estruturas conceituais.

Para Shoshana Zuboff, o Capitalismo de Vigilância é uma nova ordem econômica cujo objetivo é reivindicar a experiência humana resultante da interação entre pessoa e internet por meio da extração de “superávit comportamental”, sequestrando os produtos desta relação - parasítica - em forma de “dados comportamentais” (“despossessão de dados”). Onde os dados pessoais são valorizados como matéria-prima para práticas comerciais de dissimulação de extração, previsão e vendas. Seu método se apoia em uma lógica econômica também parasítica, onde a produção de bens e serviços está subordinada a uma arquitetura global de modificação de comportamentos humanos. Ele é uma mutação no capitalismo sem precedentes na história, produzindo uma elevada

concentração de riqueza e poder, tendo como base estrutural a economia de vigilância. Demonstra-se como uma ameaça a humanidade na mesma dimensão que foi o Capitalismo Industrial. É a matriz de um novo poder instrumentário que reivindica poder sobre a sociedade e apresenta extraordinário desafio para a democracia de mercado. Apresenta-se como um movimento que busca impelir uma nova ordem coletiva assentada em certeza total. Uma expropriação de direitos humanos, um golpe marcado pela destituição da soberania das pessoas (Zuboff, 2020, p. 7).

4. RENDIMENTOS DA PRIVACIDADE E O COMÉRCIO DE COMPORTAMENTOS

Quando se fala em uso da internet, ou seja, toda interação entre usuário e máquina, um pressuposto categórico desta relação é a entrada de dados e sua análise por parte de algum algoritmo. Para criar-se uma conta de e-mail, por exemplo, deve-se preencher cadastro com as informações básicas e cumprir determinadas regras de certificação antes de acessar suas funções. Estas, não raro, são gratuitas e dentro de um ecossistema de serviços que visam suprir outras “necessidades vitais” para um internauta, como: arquivamento em nuvem, navegador, tradutor, agenda, hospedagem e visualização de vídeos, notícias e compras, dentre muitos outros.

Todos aqueles serviços pressupõe a entrada de dados do usuário (nome, endereço, informações bancárias etc.) e a interação entre eles, o que é notório. Porém, o que não é tão perceptível para muitas pessoas é a quantidade de “dados colaterais” (Zubof, 2020) que eles produzem. Por exemplo, quando se realiza uma pesquisa com o termo “direitos da personalidade” no Google Acadêmico, além dos resultados de busca na operação são produzidos dados como a ortografia empregada, a pontuação, o tempo em que uma página foi visualizada, padrões de cliques e localização do dispositivo. Esses dados são denominados como “subprodutos comportamentais” (Zuboff, 2020, p. 85).

Nos primeiros anos de desenvolvimento do Google, aqueles dados colaterais que se traduziam em subprodutos comportamentais "eram armazenados a esmo e ignorados do ponto de vista operacional” (Zuboff, 2020, p. 85). No entanto, seus engenheiros perceberam que eles podiam ser construídos como amplo sensor dos comportamentos humanos e utilizados como perceptores de seus pensamentos, sentimentos e interesses. Esta descoberta foi de grande utilidade para criar um sistema de busca que aprendia com o cliente e que, a partir disto, apresentava resultados de busca mais assertivos. Com esta maior assertividade permitiu-se criar outros produtos relevantes como incorporar o corretor ortográfico, a tradução e o reconhecimento de voz. Nesta fase, havia um equilíbrio de poder, o Google precisava de pessoas para com elas aprender, e estas necessitavam de seu buscador para aprender. Este estágio de vigilância dos dados comportamentais foi denominado por Zuboff (2020, p. 86-87) como Ciclo de Reinvestimento do Valor Comportamental, momento no

qual o usuário era o principal beneficiário.

Porém, aquele equilíbrio de poder era financeiramente arriscado e não havia maneira confiável de transformar o dinheiro dos investidores em receitas, uma porque era contraproducente cobrar dos usuários alguma taxa pelo serviço de busca, outra, porque era um precedente perigoso para o Google atribuir preço à informação indexada extraída dos usuários sem oferecer pagamento em troca. Ao mesmo tempo, os fundadores da empresa e a equipe de publicidade enxergava com antipatia a venda de anúncios, restando ao Google depender de acordos de licenciamento exclusivo para serviços de internet e portais, como o Yahoo! e o BIGLOBE, dentre outras receitas modestas (Zuboff, 2020, p. 90).

Como o Google não tinha um produto físico (como o *Ipod* da Apple), não produzia conteúdo (como os serviços de internet e portais), e como a tecnologia de seu modelo de negócio (ferramenta de busca) era muito promissora, ele era sustentado financeiramente pelo capital de risco alavancado pelos seus fundadores junto a investidores de risco⁶; os quais, no futuro, ansiavam em obter retornos milionários em compensação ao capital aplicado. Porém, um evento cataclísmico iria mudar e minar a expectativa de retorno do investimento.

Em abril de 2000, em especial no dia 10, a bolha de euforia com a internet estourou fazendo com que o preço das ações das empresas “ponto.com” despencassem vertiginosamente, frustrando as expectativas dos capitalistas de risco em obterem lucro com os investimentos realizados. Com o Google não foi diferente. Com a deterioração da confiança, mostrar-se apenas hábil para – no futuro - gerar dinheiro já não era suficiente, era necessário mostrar lucro constante e exponencial (Zuboff, 2020, p. 92) imediatamente. Essa emergência erodiu a relação recíproca entre Google e usuário (que foi a característica daquele primeiro ciclo de reinvestimento comportamental), e fez com que seus fundadores abandonassem suas posições públicas contrárias a publicidade. A nova tônica era lucrar mais, para tanto, simplificaram o processo de configuração *AdWords* (ferramenta para a contratação de publicidade) ao ponto que o Google escolheria as palavras-chaves para os seus anunciantes. Isto significava que a empresa usaria seu *cache* de dados comportamentais, seu poder e *expertise* computacional para combinar anúncios com buscas, ou seja, ela ligaria palavras-chaves a indivíduos específicos como estratégia para entregar anúncios relevantes (Zuboff, 2020, p. 93).

Em 2001 e 2002, o serviço de busca do Google foi o primeiro produto remodelado como

6 Outra fonte de financiamento provinha da comunidade americana de inteligência, porém o influxo de investimentos começa a aportar no Google no final de 2003, quando seu sistema de busca já estava aprimorado para a despossessão de dados comportamentais. Disponível em: https://consumerwatchdog.org/wp-content/uploads/2018/11/2018-11_Lost_in_the_cloud.pdf. Acesso em: 8 de nov. 2023.

rota de suprimentos de dados a fim de executar aquela estratégia. Há época, um *plug-in*⁷ da barra de ferramentas do Google era instalado no navegador Internet Explorer da Microsoft e transmitia para aquela empresa todas as URLs das páginas visitadas pelo usuário (rastreamento de navegação). Este mecanismo de rastreamento ainda podia receber o auxílio de pequeninos códigos (cookies) instalados no computador. Outra medida empregada foi a filtragem de busca com o objetivo de entregar ao usuário conteúdo do Google ou de empresas parceiras.

Como aquelas ações evidenciaram-se muito promissoras, e tendo em mente a ideia de criar um mecanismo que surpreendeu o Google com imensa “rota de dados”, a seguinte lógica foi implantada: quanto mais dados, maior a possibilidade compreender o perfil do usuário e com seu processamento produzir certezas de comportamentos futuros para vendê-las como publicidades assertivas e, conseqüentemente, auferir mais lucro. Assim, o Gmail também foi refinado com esse propósito, o que permitiu obter disto uma trilha de aprendizagem para a implantação do *Street View*⁸ e, posteriormente, enfrentar resistências políticas e jurídicas⁹ questionadas em decorrência de sua operacionalização em vários países (Epic, 2023, n/p). Com isto, assegurava-se gigantesca economia de escala, principal alicerce das operações de suprimentos de dados capturados de seus usuários para abastecer os servidores da empresa (Zuboff, 2020, p. 101).

Essa nova abordagem do Google foi comparada por Zuboff como um estado de exceção, porque significava uma supressão de direitos (da personalidade) dos seus usuários, uma vez que bilhões de dados comportamentais colaterais (superávit comportamental) seriam expropriados para dirigir publicidade a usuários específicos. A partir do final do ano 2000, esse foi o caminho de sobrevivência da empresa que, em pouco tempo, produziu lucros constantes e exponenciais (Zuboff, 2020, p. 94), os quais foram reinvestidos em invenções (algoritmos com capacidade de análise preditiva de comportamento) e a instituição das operações de suprimento daquela matéria-prima (Zuboff, 2020, p. 95).

Dali em diante, muitas patentes foram produzidas com o objetivo de capturar superávit comportamental, ficando evidente que a mineração de dados não seria utilizada tão somente para melhorar serviços, mas sim para ler as mentes de quem os utilizam. Em 2003, uma nova patente é registrada com a intenção de gerar informação do usuário para o uso em publicidade direcionada. Por meio dela ocorreria uma mudança central, a publicidade deixava de ser uma arte de adivinhação para tornar-se uma solução científica: “Com o acesso exclusivo do Google aos dados

7 Inserção de uma funcionalidade nova a determinado *software* ou aplicação. Para mais informações, acesse: <https://conceito.de/plugin>. Acesso em: 30 nov. 2023.

8 O *Street View* é uma aplicação do Google que tem como finalidade armazenar bilhões de imagens panorâmicas com o objetivo de oferecer ao usuário uma representação virtual de sua localização por meio do Google Maps. Disponível em: <https://www.google.com/intl/pt-BR/streetview/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

9 Para mais detalhes, acessar o sítio da *Electronic Privacy Information Center*, disponível em: <https://epic.org/documents/investigations-of-google-street-view/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

comportamentais, seria possível então saber o que um indivíduo específico, num tempo e espaço específicos, estavam pensando, sentindo e fazendo” (Zuboff, 2020, p. 97).

Nesta nova fase, conforme o usuário utilizava o buscador do Google, ele automaticamente apresentava - em segundos - uma configuração específica de anúncio relacionada aos termos de busca empregados¹⁰. Isto era possível porque: i) a empresa possuía informação do seu perfil (históricos de dados comportamentais acumulados); ii) era capaz de caçar e reunir dados comportamentais de todo o mundo on-line; iii) possuía capacidade intelectual e técnica, poder computacional e infraestrutura de armazenamento. Assim, a informação de perfil (*User Profile Information*) possuía novos métodos e ferramentas computacionais que integravam e analisavam padrões de busca, requisição de documentos e múltiplos sinais comportamentais on-line de uma pessoa específica ou grupo de pessoas. Mas, com um agravante, podia incluir informação não fornecida direta e voluntariamente pelo usuário. Os processos e procedimentos patenteados pelo Google capacitam a empresa a monitorar, adquirir, ampliar, organizar e apropriar-se de superávit comportamental, incorporando informações que os usuários, deliberadamente, escolhem não divulgar. A resistência dos usuários não representa um impedimento à aquisição de dados. Nenhuma retaliação ética, legal ou social conseguirá deter a empresa de identificar, analisando os dados e se apropriando do que lhe aprouver no comportamento de terceiros para fins comerciais (Zuboff, 2020, 98-99).

Em 2003, o Google conquistara uma posição exclusiva, ele possuía a mais avançada ciência de computação capaz de converter dados em predições. Em micro frações de segundos, seu buscador poderia prever quem iria clicar em qualquer configuração de anúncio formatado como base para a corresponder a algum tipo de comportamento (*Matching*). E continua a doutrina especializada:

“[...] a invenção do Google revelava novas capacidades para inferir e deduzir pensamentos, sentimentos, intenções e interesses de pessoas e grupos com uma arquitetura automatizada que opera como um espelho unidirecional independentemente de consciência, conhecimento e consentimento da pessoa, possibilitando, assim, acesso secreto e privilegiado a dados comportamentais.” (Zuboff, 2020, p. 100).

Conforme suas inovações avançavam no sentido que novos dados compilados traduziam na exatidão das predições de comportamentos, o Google utilizava todas suas inovações com o objetivo de obter mais dados comportamentais do que o necessário para servir aos usuários. Este superávit se tornaria a matéria-prima central para a formação de um novo mercado de publicidade on-line.

10 A patente do Google foi registrada em 2003 com o título *Generating User Information for Use in Targeted Advertising* (Gerando informação do usuário para uso em publicidade direcionada), desenvolvida por Krishna Bharat, Stephen Lawrence e Mehran Sahami. Disponível em: <https://patents.google.com/patent/US9235849B2/en>. Acesso em: 31 out. 2023.

Assim, podemos definir como superávit comportamental uma lógica de acumulação de dados comportamentais, extraídos de todos os escaninhos da rede mundial de computadores, compreendidos estes como matéria prima necessária para ser transformados em produtos de predição de comportamentos futuros (por meio de inteligência de máquina), os quais são vendidos a empresas ávidas em convertê-los ao seu interesse.

O Capitalismo de Vigilância nasce da descoberta do superávit comportamental e do triunfo lucrativo da venda de produtos de predição no mercado de comportamentos futuros (Zuboff, 2020, p. 118). A seguir será apresenta-se um exemplo eloquente para o leitor compreender o que fora dissertado até aqui, e contextualizando como este novo tipo de capitalismo tornou-se parte do cotidiano, ou melhor, de uma economia de vigilância, bem como, entender como opera a lógica de conversão de interesses humanos em interesses de terceiros.

5. DEGUSTANDO DADOS: A RECEITA DA SEDUÇÃO NO CAMINHO DO SMARTPHONE À MESA

Em uma família, os pais elegeram a sexta-feira como o dia do *fast food*¹¹, onde suas crianças podem comer pizzas, lanches etc. Eles fazem uso de um aplicativo por meio do qual pesquisam as muitas opções de produtos e preços praticados por restaurantes e lanchonetes de sua cidade. Para tanto, realizam os seguintes comportamentos: curtir, salvar, compartilhar e comentar conteúdos; abrir abas e links de arquivos. Cria-se uma rotina de acessá-lo entre as 17h as 19h, para efetuar a compra.

No aplicativo existem algoritmos que coletam e analisam os hábitos dos usuários, como horário de acesso, tipo de produtos, localização, número de telefone, histórico de compras, dados estes que alimentam a inteligência de máquina. Com todo esse acervo de informações, ela consegue traçar (Pensar) um perfil detalhado do indivíduo e, com isto, induzi-lo a adquirir produtos de empresas recomendadas¹² pelo aplicativo ou induzir a aquisição de alguma plano de fidelidade.

Porém, o que deve ser compreendido é que a “empresa recomendada” é de fato uma contratante de anúncio junto ao setor comercial do aplicativo, o papel deste é direcionar o público-alvo do anunciante ao seu próprio portfólio de produtos, com a maior probabilidade de converter o anúncio em compra. Logo, o aplicativo não vende produtos, não realiza entregas, ele apenas credencia as empresas e direciona-as a um nicho de compradores em potencial. Quem é o

11 Comida rápida, comida pronta, comida processada com alto teor de sódio e gordura saturada.

12 O modelo de negócio é o mesmo do Google, os clientes dos aplicativos não são as pessoas cadastradas na plataforma, mas as empresas que se credenciam junto a ele para contratar anúncios com alto poder de conversão em compras, visto que, são direcionados a clientes na eminência de alimentar-se. O Aplicativo sabe disto porque vigia seus hábitos, lincando determinada pessoa ao anunciante na hora exata em que a fome e a vontade de comprar está madura para receber o anúncio publicitário do App.

verdadeiro cliente do Aplicativo não é o usuário, mas os restaurantes e lanchonetes contratantes de anúncios.

Assim sendo, e voltando ao exemplo acima, ao longo das sextas-feiras, o titular da conta junto ao aplicativo (o pai ou a mãe, ou ambos) irá receber uma série de notificações em seu dispositivo móvel (ou computadores de mesa ou portáteis) com ofertas exclusivas baseadas em seu histórico de compra. A abordagem pode ocorrer, também, no exato momento em que o usuário acessa o aplicativo, quando é induzido a acessar o portfólio de restaurantes e lanchonetes recomendadas (anunciantes) e realizar compras imediatas, atraído por meio cupons grátis, frete grátis, descontos etc.

Outra arte de sedução é destacar, na tela do dispositivo, fotos e vídeos que aguçam a fome (principalmente daqueles produtos ou estabelecimentos em que o usuário já é cliente). Bem como, induzi-lo a realizar compras futuras (fidelização), por meio do fornecimento de cartões de benefícios, vales-alimentação, cupons com créditos em dinheiro etc.

Compreendido como é que é superávit comportamental e sua importância para a ascensão do Capitalismo de Vigilância, e como a economia de vigilância converte o usuário ao interesse de seus anunciantes, um passo a seguir é compreender o conceito de despossessão de dados pessoais.

6. A DESPOSSESSÃO DE DADOS PESSOAIS

Em uma entrevista de emprego ocorrida em 2001 que contava com a presença dos fundadores do Google, Sergey Brin e Larry Page, o candidato Douglas Edwards indagou-os sobre o que seria o Google. Page respondeu que a empresa estava dentro da categoria “informação pessoal” (Edwards, 2012; Zuboff, 2020, p. 117). De fato, como visto anteriormente, o Google possui robusta capacidade de extrair, analisar e processar imenso banco de dados pessoais – desestruturados - convertendo em informação pessoal (estruturada), ou seja, toda uma vida humana inteira pesquisável.

Aquela sentença reflete a própria história do capitalismo, onde o capitalista é hábil em converter elementos da natureza em ficções de mercadoria (Karl Polanyi, 2001), como aconteceu com a *vida humana*, convertida como “trabalho” sujeito a compra e venda, a *natureza* transformada em “latifúndio” e “propriedade rural”, a *troca* renascida como “dinheiro”. A partir do Capitalismo de Vigilância, essa lista é acrescida com mais uma mercadoria ficcional: a “experiência humana”, a qual é convertida ao mercado renascendo como “comportamento”. (Zuboff, 2020, p. 120-121).

Nesse novo contexto de mercado, o comportamento é convertido em dado para ser processado por inteligência de máquina e fabricar previsões, para em seguida estar disponível a oferta e a procura dos mercados futuros comportamentais. Disto resultada duas consequências sobre

a pessoa humana: i) ela é isolada do conhecimento produzido sobre seu comportamento; ii) a ela é negado a autoridade sobre este conhecimento, por não ter acesso ou controle sobre ele. (Zuboff, 2020, p. 120-121).

Assim sendo, a despossessão de dados pessoais pode ser conceituada como uma contínua coordenação de ação, material e técnica orquestrada pelo Capital de Vigilância em: i) expropriar a realidade vivida pelos seres humanos para convertê-la em “comportamento”, e; ii) reivindicar o domínio sobre esse comportamento por meio da negativa de acesso ao conhecimento e a autoridade ou controle sobre ele (Zuboff, 2020, p. 121-122).

Com aquilo, pode afirmar-se que o Capitalismo de Vigilância reivindica domínio sobre o corpo humano, enquanto bem jurídico dos direitos da personalidade. E com isto, é necessário destacar que o corpo humano possui duas dimensões, uma é a corpórea e, a outra, a não corpórea (Bittar, 2015) e que esta cisão não é sinônimo de divisão de interesses, mas sim, prática meramente pedagógica. Neste sentido, compreende-se que a pessoa é um todo (Perlingieri, 1972, p. 43). Logo, a distinção entre os direitos da personalidade inerentes ao corpo físico e aqueles próprios do corpo psíquico é necessária, tão somente, para melhor identificarmos as possibilidades de proteção integral da pessoa em todos os interesses que lhe são essenciais (Bartolomei, 1987, p. 12-13).

Primeiro, porque o valor dignidade humana é compreendido em nosso ordenamento jurídico como elemento unificador de normas e categorias jurídicas (Borges, 2007, p.7). Segundo, porque compreende-se que a personalidade é uma projeção da natureza humana (Amaral, 2018, p. 215), onde o corpo, tanto em sua dimensão física quanto espiritual, é ponto de contato com o mundo dos fatos. Contatos estes que se materializam em relações de natureza pessoais, negociais e espirituais (Bittar, 2015, p. 167).

Assim sendo, os conceitos de superávit comportamental e despossessão de dados remetem a práticas do Capitalismo de Vigilância que operam contra a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade (art. 11, CC/2002). Ao mesmo tempo, quando o usuário autoriza a transmissão de seus dados pessoais para ter acesso a aplicações e ferramentas digitais, tal meio deve estar em conformidade com a autodeterminação informativa preconizada pela Lei Geral de Proteção de Dados (Art. 2º, inciso II, da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018). Logo, a extração de dados colaterais, sem a ciência ou consentimento do usuário, concretiza-se em um ato ilícito com dever de reparar dano (art. 186 e 927, do Código Civil de 2002). Portanto, a estratégia de obter superávit comportamental pode ser relacionada com um ato ilícito.

Ao passo que a despossessão de dados também o é porque (em que pese a possibilidade legal de transmissão e renúncia de direitos da personalidade, tais como, imagem, voz, dados biométricos etc.) os dados da pessoa individualmente considerada estão sendo unilateralmente

reivindicados como matéria-prima, expropriados e processados com o objetivo de promover a modificação de seus comportamentos.

Dentro do contexto jurídico brasileiro, a prática da modificação de comportamentos humanos como meio idôneo promovido pela livre iniciativa necessita ser ponderada com a preservação da dignidade humana, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 arrola-os como dois fundamentos da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). Porém, em superficial análise, do Enunciado 683, da IX Jornada de Direito Civil, extrai-se que não há uma relação de conformidade entre o princípio da dignidade humana e a despossessão de dados pessoais, porque esta forma de “tratamento de dados” ignora a boa-fé e frustra a legítima expectativa do titular dos dados.

ENUNCIADO 683 – A legítima expectativa do titular quanto ao tratamento de seus dados pessoais se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva e é um dos parâmetros de legalidade e juridicidade do legítimo interesse.

A estratégia de coleta de superávit comportamental e a despossessão de dados do usuário relacionam-se mais como práticas de abuso de direito de livre iniciativa e, conseqüentemente, com o abuso de poder econômico sobre o consumidor, visto que, todas as interações da pessoa com redes sociais e plataformas fazem parte de seu acervo patrimonial, ao ponto de integrarem o espólio de bens na sucessão legítima, conforme enunciado 687 da IX Jornada de Direito Civil.

ENUNCIADO 687 – O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo.

Ademais, estão constituídos como três dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; ii) a erradicação da marginalização e redução de desigualdades, e; iii) a promoção do bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie. Ao passo que, o direito à propriedade, sua função social e a proteção de dados pessoais estão expressamente elencados como direitos fundamentais (Incisos XXII, XXIII e LXXIX do Art. 5º da CF/88). Em razão disto, também há uma relação de desconformidade que indica ilícito de práticas de concentração de poder, enriquecimento sem causa, aumento de desigualdade entre fornecedor e consumidor e a violação de direitos psíquicos da personalidade.

Como exemplo de violação de direitos psíquicos da personalidade, no dia 25 de novembro de 2023, Jeff Horwitz (2023, s/p) publicou uma reportagem no *The Wall Street Journal* denunciando que a Meta, empresa proprietária das redes sociais Facebook, Instagram e WhatsApp, está sendo acusada por 41 estados norte-americanos por ter desenvolvido ferramentas exploradoras de vulnerabilidades de jovens e adolescentes, causando prejuízos a sua saúde física e mental. A empresa tinha ciência que levando em conta características dessa população “predispostos a

impulsos, pressão dos colegas e comportamentos arriscados potencialmente prejudiciais”, ela poderia viciá-la por meio de funcionalidades que operariam como disparadores de dopamina. A reportagem obteve documentos internos da empresa revelando que seus administradores tinham conhecimento dos danos que poderiam ocasionar e, mesmo assim, explorou tais vulnerabilidades.

O fato de que a empresa foi levada à juízo por 41 estados americanos sob a alegação de riscos a saúde física e mental de jovens e adolescentes insere o problema em contexto muito além dos direitos da privacidade: riscos de saúde pública. Em razão disto, as autoridades brasileiras deverão ficar atentas quanto a ocorrências de danos idênticos sobre crianças e adolescentes usuárias daqueles aplicativos da Meta.

À comunidade jurídica cabe investigar: tratamento de dados na forma de superávit comportamental e a desposseção de dados são atos ilícitos? Seriam os direitos fundamentais a proteção de dados um limite ético e jurídico a livre iniciativa? A desposseção de dados seria uma nova forma de marginalização e causa de desigualdade? A intransmissibilidade e irrenunciabilidade, características dos direitos da personalidade, são elementos normativos válidos em face da desposseção de dados comportamentais? Existem mecanismos processuais inibitórios em face da desposseção de dados pessoais e a prática de superávit comportamental? É lícito, em nome da proteção de dados pessoais e da função social da propriedade, quebrar patentes de empresas que ilicitamente utilizam tais tecnologias?

7. EXPLORAÇÃO DIGITAL, OS LIMITES DA LIBERDADE E A DEFESA DA ÉTICA

Em síntese, o estudo revelou que o superávit comportamental desempenha um papel importante na economia de vigilância, destacando o uso de algoritmos pelas plataformas para captar, analisar e explorar os hábitos dos usuários. Nesse contexto, as estratégias de persuasão, como notificações personalizadas, ofertas exclusivas e estímulos visuais, surgem como ferramentas significativas para verificar possíveis violações dos direitos da personalidade. Tais procedimentos têm como objetivo influenciar o comportamento dos usuários, carreando-os para determinadas compras e aumentando a fidelidade à plataforma.

Por sua vez, a desposseção de dados foi conceituada como um processo em que a realidade vivida pelos usuários é expropriada, convertida em "comportamento" e, subsequentemente, controlada pelas empresas de vigilância. Enfatizou-se a dualidade dos direitos da personalidade, corpóreos e não corpóreos, como a prática de desposseção que infringe a intransmissibilidade e irrenunciabilidade desses direitos.

O recurso em mandado de segurança (RMS Nº 69366 – SP), no julgamento monocrático de 29 de novembro de 2022, da lavra do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, no recurso em que se

discute a legalidade da ordem judicial que autorizou a quebra de sigilo de dados telemáticos pela Google, especificamente registros de geolocalização de usuários sem a identificação prévia dos suspeitos, foi mantida a legalidade da quebra de sigilo no procedimento investigatório. Os recorrentes argumentaram que a medida configura um "*fishing expedition*", violando o princípio da proporcionalidade e a proteção constitucional à privacidade. Eles citam precedentes do STF e do STJ que exigem indícios concretos de envolvimento em atividade criminosa para justificar tal quebra de sigilo. Por outro lado, o Ministério Público Federal defende a legalidade da medida, sustentando que a ordem judicial está devidamente fundamentada na necessidade de investigação criminal. O STJ, com esteio em precedentes baseado em decisões anteriores da Terceira Seção (STJ - RMS n. 59.716, Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 10/09/2020; e STJ - RMS n. 66.563, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/06/2021), conclui que a quebra de sigilo estática, como a requerida, é válida quando há indícios de ilicitude e utilidade da prova buscada, não exigindo a identificação prévia dos alvos da busca. (STJ - RMS n. 69.366, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/11/2022.)

A forma estática de acesso a dados refere-se ao processo de coleta de informações ou evidências digitais sem a necessidade de interação direta ou em tempo real com o sistema alvo, que é acessado e copiado sem alterar o original e sem alertar administradores e usuários e sem deixar vestígios no arquivo dos dados monitorados. O acesso pode ser pelo disco rígido, pela memória, pela interceptação de dados em alguma transmissão em rede ou extração de dados dos backups em dispositivos móveis ou em nuvens. (NASCIMENTO FILHO, 2013, p. 28).

Notadamente, a obtenção de dados de forma estática pode ser importante para preservar evidências antes que elas sejam alteradas ou destruídas pelos envolvidos na investigação, especialmente em crimes que envolvem a manipulação de registros eletrônicos. A quebra de sigilo estática pode permitir que as autoridades investigativas colem provas de forma eficiente, sem alertar os suspeitos e, assim, minimizando o risco de destruição de evidências. A exigência de indícios prévios de ilicitude pode garantir que a quebra de sigilo estática não seja realizada de maneira arbitrária ou generalizada, mas sim quando há uma base razoável para a investigação.

Ainda, saliente-se que em certos casos, a identificação prévia dos alvos da busca pode comprometer a eficácia da investigação, uma vez que poderia permitir que eles manipulem ou eliminem provas antes da ação das autoridades; sem contar que a validade da quebra de sigilo estática não impede à observância de princípios como proporcionalidade, necessidade e garantias processuais adequadas, como a supervisão judicial e a limitação no escopo da busca.

Nesse sentir, a evolução do Google foi contextualizada desde sua fundação até a transição para a publicidade personalizada, tornando-se uma peça fundamental no que diz respeito ao

superávit comportamental e, com suas práticas, revela implicações éticas e jurídicas relacionadas à exploração de vulnerabilidades, especialmente entre jovens e adolescentes.

A pesquisa abordou questões cruciais, como a legalidade e/ou ilegalidade das práticas de coleta de dados, os limites éticos da livre iniciativa e a conciliação entre desenvolvimento tecnológico e a preservação da dignidade humana, culminando no questionamento se a despossessão de dados poderia ser considerada uma forma de marginalização, criando desigualdades e desafiando a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

O estudo levantou questões específicas para o contexto jurídico brasileiro, destacando a necessidade de ponderar a livre iniciativa com os direitos fundamentais e a proteção da dignidade humana enquanto direito da personalidade, com esteio no

Enunciado 683 da IX Jornada de Direito Civil, que vibrou pela importância da relação entre a legítima expectativa do titular e o tratamento ético de dados pessoais.

A conclusão da pesquisa revela um cenário multifacetado, em que o superávit comportamental e a despossessão de dados impõem desafios significativos aos direitos fundamentais e da personalidade. As implicações sociais e jurídicas dessas práticas são exemplificadas pelo caso Google, que serve como um alerta e de uma contribuição valiosa para a compreensão crítica desses assuntos, fornecendo insights pertinentes ao contexto atual do direito e da ética digitais.

CONCLUSÃO

Neste estudo, investigamos a trajetória do Google, desde a concepção de um ambiente ciente de contexto até a adaptação desse ideal em resposta às pressões da crise de investimentos de 2000. A emergência do Capitalismo de Vigilância, caracterizada pela coleta massiva, análise e processamento de dados pessoais, expõe um aspecto inerente à inovação tecnológica, onde frequentemente as considerações éticas são subordinadas às exigências do uso moderado e eficaz dos recursos financeiros.

A noção de "despossessão de dados pessoais" emerge como um conceito-chave, denotando a expropriação da realidade vivida pelos seres humanos para a transformação em comportamento, cujo controle é reivindicado pelas entidades de vigilância. Em paralelo, o "superávit comportamental" representa a acumulação voraz de dados comportamentais, essenciais para a produção de produtos de predição do comportamento futuro, comercializados e manipulados pelos capitalistas de vigilância.

O exemplo prático apresentado ilustra como a economia de vigilância utiliza os dados pessoais como ferramenta para moldar comportamentos humanos, reivindicando, assim, domínio sobre o corpo humano em suas dimensões física e psíquica. Essa apropriação levanta questionamentos éticos e legais fundamentais, especialmente quando confrontada com os direitos da personalidade, elementos basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

À luz desse entendimento, a prática delineada neste estudo sugere possível ilicitude, despertando reflexões sobre a necessidade de redefinir os limites éticos e jurídicos da livre iniciativa em um contexto digital. A incompatibilidade entre os princípios da dignidade humana e a despossessão de dados pessoais destaca-se como um desafio urgente que demanda considerações mais profundas e ações regulatórias.

Assim, este estudo não apenas fornece uma análise crítica do cenário atual, mas também sugere direções para futuras pesquisas no campo dos direitos da personalidade, fomentando discussões sobre a importância de proteger a integridade e a autonomia dos indivíduos em um mundo cada vez mais influenciado pela economia de vigilância. Compreender esses desafios é importante para desenvolver um arcabouço jurídico e ético que possa orientar a inovação tecnológica em harmonia com os valores, princípios e normas que orientam a forma de vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 10 ed., revisada e atualizada, 2018, 784 p.
- BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 1987, 116 p.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 8 ed., revisada e atualizada, 2015, 248 p.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2 ed., revisada e atualizada, 2007, 257 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra Editora, v. 1, 2007.
- CARMEN, Gabriela del. Smart Home: 10 tecnologias essenciais para deixar a sua casa mais inteligente. São Paulo: **Forbes Tech**, 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/08/smart-home-10-tecnologias-essenciais-para-deixar-a-sua-casa-mais-inteligente/#foto10>. Acesso em: 14 ago. 2023.
- EDWARD, Douglas. **Estou com sorte: confissões do funcionário n. 59 do Google**. Trad: Maria Angela Amorin Pascoal. São Paulo: Novas Ideias, 2012. 480 p.

ELTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER (EPIC). Foia cases: investigations of Google Street View. Washington/DC: EPIC, 2023. Disponível em: <https://epic.org/documents/investigations-of-google-street-view/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

FORTUNE BUSINESS INSIGHTS. **Home automation market size, share and COVID-19 impact analysis, by component (products and services), by network technology (wired, wireless and powerline-based) and regional forecast, 2021-2028**. United Kingdom: Fortune, 2022. Disponível em: [Tamanho do mercado Automação residencial, participação e análise da indústria \[2028\] \(fortunebusinessinsights.com\)](https://www.fortunebusinessinsights.com) Acesso em: 14 ago. 2023.

HORWITZ, Jeff. **Meta Designed Products to Capitalize on Teen Vulnerabilities, States Allege**. New York: The Wall Street Journal, 25 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.wsj.com/business/media/meta-designed-products-to-capitalize-on-teen-vulnerabilities-states-allege-6791dad5>. Acesso em: 27 nov. 2023.

LEE, John. **The connection of everything China and the Internet of Things**. Berlim: Merics, 24 de junho de 2021. Disponível em: <https://merics.org/en/report/connection-everything-china-and-internet-things>. Acesso em: 18 set. 2023.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil: parte geral**. São Paulo, RT, v. 1, 2003, 352 p.

MEHROTRA, Kartikay. **Tech companies are pushing back against biometric privacy laws: they want your body**. New York: Bloomberg, 19 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-07-20/tech-companies-are-pushing-back-against-biometric-privacy-laws#xj4y7vzkg>. Acesso em: 19 ago. 2023.

NASCIMENTO FILHO, Dimas Cassimiro do. Uma abordagem para análise estática automática de procedimentos armazenados em bancos de dados. Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba. Sistemoteca. 2013. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/12351>. Acesso em 26 de jun. 2024.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito ao respeito pela vida privada digital**. In: **Comentário à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**. Coord. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 1449-147, 2019.

PERLINGERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giurídico**. Napoli: Jovene, 1972.

PINHEIRO, A. Sousa. **Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**, AAFDL, Lisboa, 2015.

PINTO, P. Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, vol. 64, p. 479-586, 1993.

POLONYI, Karl. **The great transformation: the political and economic origins o four time**. Boston: Beacon, 2ª ed., 2001.

WANG, Y. et al. **Privacy risk assessment of smart home system nased on a STPA-FMEA Method**. Sensors (Basel, Switzerland), [s. l.], v. 23, n. 10, 2023. DOI 10.3390/s23104664. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=mdc&AN=37430581&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 set. 2023.

ZUBOFF, Soshana. **A era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 1ª ed., 2020. 796 p.

TRIBUTOS E CIDADANIA: UMA ANÁLISE DO ATUAL CONTRATO SOCIAL NA AUSÊNCIA DE CONSCIENTIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

Tauany Prado Oliveira da SILVA¹
Camila Cristina Alves RIBEIRO²

RESUMO

O presente estudo tem o intuito de analisar o cenário tributário no país, de forma a identificar a existência ou não de um contrato social entre a sociedade e o Estado. De modo que, sua possível quebra, ocasionaria a dificuldade da governabilidade do país em seus preceitos básicos, como saúde, moradia e educação. A presente pesquisa possui a seguinte problemática: a quebra do contrato social afeta a confiabilidade do indivíduo ao pagamento de tributos e como o Estado cumpre o papel de conscientizar a população? A justificativa que permeia a investigação se promove, a partir do momento em que se identifica a ausência de confiabilidade entre o brasileiro, nos pagamentos de seus tributos, juntamente com a efetiva falta de retornos para a população. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, para que se tornasse possível a criação de hipóteses para a resolução da problemática do ciclo vicioso de sonegação tributária no Brasil.

PALAVRAS- CHAVES: Confiabilidade. Contrato Social. Sonegação. Tributário.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the tax scenario in the country, in order to identify whether or not there is a social contract between society and the state. If this were to be broken, it would make it difficult for the country to govern its basic precepts, such as health, housing and education. This research has the following problem: the breach of the social contract affect the individual's reliability in paying taxes and how does the state fulfill its role of raising awareness among the population? The justification for this investigation arises from the fact that Brazilians are unreliable when it comes to paying their taxes, along with the effective lack of returns for the population. The hypothetical- deductive method was used to create hypotheses for solving the problem of the vicious cycle of tax evasion in Brazil.

KEYWORDS: Reliability. Contract Social. Tax evasion. Tax.

INTRODUÇÃO

A presente investigação refere-se ao atual cenário tributário no Brasil, de modo, a analisar a problemática entre a inconsistência no pagamento de tributos pelos indivíduos e a ausência de retornos esperados pela sociedade.

Formulando a presente problemática: a quebra do contrato social afeta a confiabilidade do indivíduo ao pagamento de tributos e como o Estado cumpre o papel de conscientizar a população?

A justificativa se dá a partir do vislumbre do atual cenário tributário no país. A perspectiva social de que tudo que é pago é imposto e é perdido. O alarme que se tem com tal concepção é a existência de um ciclo vicioso que pode afetar a governabilidade do país. Acarretando a extrema

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos.

2 Tecnóloga em Investigação Forense e Perícia Criminal pela Faculdade Estácio de Sá (2022-2024). Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos (2021-2025). Monitora em Projeto Integrador II (2024.1).

necessidade de pesquisar o fato gerador – a ausência de conscientização social – que interrompe o pacto social, para que o mesmo se restabeleça.

A hipótese se mantém no reconhecimento da quebra do pacto social, que gera a ausência de pagamentos de tributos devidos, o qual retornaria para a gestão da própria sociedade. A carência de retorno visível, em prol social, afeta a confiabilidade da população e para que não incorra isto, o Estado tem o dever social de informatizar, conscientizar e educar seus contribuintes.

Pretende-se proporcionar conhecimento para que a sociedade conscientize acerca do sistema tributário e sua função social, de modo a elucidar sua importância para a manutenção da sociedade.

Buscou-se analisar o contrato social e sua continuidade nos dias atuais. De modo que, o homem evoluindo do seu estado de natureza necessitou de um pacto social, unindo forças com o Estado e toda a coletividade para a proteção dos seus interesses básicos.

Pesquisar a porcentagem da tributação sobre o consumo nos principais países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de modo comparativo, com o Brasil, demonstrando a paridade entre a tributação sobre o consumo – impostos – entre países desenvolvidos e o Brasil em desenvolvimento, com a mesma carga tributária, o que gera um inconformismo social dos brasileiros.

Avaliar o ciclo vicioso existente entre a ausência de pagamentos de tributos e o retorno em prol social, gerando na inconfiabilidade da população. Acarretando um ciclo ininterrupto, qual é prejudicial para a própria sociedade.

Estudar a necessidade de uma conscientização social e educação tributária para a interrupção do ciclo vicioso de sonegação de tributos. Identificando a importância do desenvolvimento de programas educacionais, na busca por um melhor exercício da cidadania fiscal por parte da população.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, o qual, pela identificação de um problema, como a questão viciosa na carência de pagamentos de tributos, gerou-se a formulação de algumas hipóteses para a tentativa de conscientização, alterando este ciclo geracional que compõe a sociedade brasileira ao pagamento de tributos. Relevando a importância em conscientizar a sociedade para que não se prejudique a manutenção social, logo, a função social dos tributos.

1. O CONTRATO SOCIAL NA CARGA TRIBUTÁRIA

Primordialmente, o homem se encontrava no estado de natureza, onde era necessário a conservação de desejos individuais para a sua própria sobrevivência, dito isto, existia, a soberania do desejo individual sobre o coletivo. Com o passar da sociedade, o homem sentiu a necessidade de

proteger seus direitos naturais aos quais estavam sendo ameaçados por outros homens que também buscavam os mesmos interesses, logo, surgiu a necessidade de um pacto social, para unir forças e proteger a coletividade, garantindo tais direitos básicos para todos, referindo a soberania do interesse coletivo sobre o individual (Rousseau, Livro 1, Cap. VI).

Partindo da premissa de que, para que o Estado existisse, se fazia necessário a proteção dos direitos naturais dos indivíduos, dentre estes, saúde, educação e moradia. Para que o Estado, partindo da união social, consiga harmonizar e sustentar a vida da sociedade, proporcionalizando as necessidades básicas humanas para sobrevivência.

Portando, visando esta manutenção da vida em sociedade, o Estado encontrou, para arcar com o custo social, a arrecadação tributária, fazendo esta, formando uma obrigação cidadã em contrapartida de um dever estatal, como expõe a parte final do dispositivo infraconstitucional, art. 3º do Código Tributário Nacional, “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (Brasil, 1966). Nessa concepção, há a exposição da finalidade dos tributos, caracterizando o bem social.

Entretanto, a sociedade vem demonstrando atualmente que está por interromper o referido pacto social, no caso, por exemplo, quando o cidadão deixa de contribuir para a arrecadação fiscal, pela ausência de confiabilidade no retorno das economias entregue ao Estado em prestação de serviços social de qualidade. Assim, ocorrendo a quebra de tal contrato social, fragiliza a governabilidade como um todo, cominando ao retorno do estado de natureza (Baquero *et al*, 2005).

Os tributos possuem, além de uma função arrecadatória, para que o Poder Público possa gerenciar a vida em sociedade, há de se pesar de igual modo a função social dos tributos, o motivo pelo qual se paga tantos tributos e qual o efetivo retorno destes em prol da cidadania. A função social dos tributos, em uma de suas formas, é a “redistribuição de riquezas promovendo a justiça social” (Ribeiro; Gesteiro, 2005). De forma que o tributo deixe de ser pago como mera obrigatoriedade, mas como um valor referente da vida em sociedade.

1.1. O tributo sobre o consumo nos países da OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é uma organização composta por 38 países membros, onde reúnem as economias avançadas do mundo, são eles, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Coréia, Costa Rica, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suécia, Suíça e Turquia (Brasil, 2022, *online*). O Brasil, embora não ser membro, é participante ativo nas

comissões.³



No presente momento, se compromete em demonstrar a disparidade da tributação sobre o consumo de tais países, para que se torne visível a extrema carga tributária brasileira sobre o consumo.

É possível o vislumbre de que o Brasil possui uma alíquota sobre o consumo que se parecia com o de países desenvolvidos. Uma comparação sistemática se dá quando é visto que o índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil é de 0,760 no ano de 2022 (G1, 2024, *online*). Em contrapartida, na Suécia, o único país que ultrapassa a alíquota do Brasil, possui um índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,947 em 2021, considerada como “muito alta” pelo IBGE (Countryeconomy, *online*). Outro exemplo, é a Itália, que possui alíquota igualitária ao do Brasil, em 22%, nisto, a Itália possui uma taxa de IDH de 0,895 em 2021 (Countryeconomy, *online*).

O pensamento que se finda nesta situação é de que o Brasil possui uma alíquota referente a países desenvolvidos, sendo, infelizmente, um país em desenvolvimento. Se tornando, um dos possíveis motivos, da revolta social na ocorrência de pagamento de tributos brasileiros.

2. DA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS

A questão das contribuições do cidadão para que o Estado efetive os objetivos sociais mostra-se prejudicada, pois, muitas das vezes há recusa ao dever de contribuir, justificando-se tanto pela ausência de conhecimento do que vem a ser os tributos e qual a sua incidência e importância para a população, bem como pela indignação dos cidadãos frente aos valores tributários os quais lhe são impostos. (Paulsen, 2020).

Com a negativa do cidadão surge como consequência a denominada sonegação, qual seja a omissão da pessoa relacionada aos impostos sobre os quais deveriam pagar e assim não o fez, ou,

³ O gráfico foi produzido, obtendo como base de dados o da obtidos pelo autor Pedro Humberto Bruno de Carvalho Junior, com publicação no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) no ano de 2022. Com o intuito de demonstrar o sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. Tabela 8.

efetuou pagamento menor do que o devido, bem como elucida Tiago Reis: “A sonegação de impostos é uma prática ilegal realizada por pessoas físicas ou jurídicas que buscam evitar ou reduzir o pagamento de tributos devidos ao Estado”. (Reis, 2023, *online*). É evidente que uma parcela significativa da sociedade, influenciada por suas condições socioeconômicas e pela ausência de informação relacionada à conscientização e educação tributária, apresenta uma falta de confiança e familiaridade com a atuação do Estado em relação às contribuições fiscais.

Diante da ausência de conhecimento e confiabilidade, há uma propensão para a não conformidade com as arrecadações, pois de certa forma, visualizam os tributos de forma desagradável e desnecessária, de modo que se sentem injustiçados com a alíquota disposta em determinadas contribuições, resultando na sonegação dos impostos devidos, os quais são indispensáveis para que o Estado alcance seus objetivos sociais. (Baquero *et al*, 2005)

Sendo assim, conclui-se que, o ciclo da sonegação de impostos se origina primariamente das circunstâncias mencionadas anteriormente. À medida que os cidadãos continuam a sonegar os impostos, devido a desconfiança e inconformismo, o governo dispõe de menos recursos para alocar e investir em áreas como segurança, saúde, educação e demais direitos sociais. Consequentemente, os cidadãos percebem uma falta de retorno desses impostos na sociedade, o que gera descontentamento e, por sua vez, estimula mais atos de sonegação. Esse processo permite que haja menor recurso para investimento por parte do governo, e assim sucessivamente, gerando uma deficiência na governabilidade, caracterizando-se um ciclo vicioso.

A busca pela harmonia, justiça e equilíbrio na sociedade brasileira encontra-se comprometida devido ao receio dos cidadãos em relação à capacidade do governo em administrar os recursos arrecadados de maneira eficiente e transparente. Esse temor leva os indivíduos a resistirem ao cumprimento de suas obrigações, contribuindo para um comportamento sonegador que prejudica significativamente a capacidade do Estado em angariar os recursos necessários para atender às demandas e necessidades da população. Essa dinâmica evidencia a importância crucial da conscientização da sociedade sobre a relevância e complexidade da questão tributária. (Farias, Custódio Filho, 2014)

Assim, é imperativo que se promova a conscientização da sociedade acerca da importância e significado da questão tributária, visando erradicar o ciclo vicioso da sonegação e assegurar a efetiva garantia dos direitos sociais. A educação tributária se mostra como um instrumento fundamental nesse processo, capacitando os cidadãos a compreenderem o papel dos impostos na estruturação e funcionamento do Estado, bem como os benefícios proporcionados pela tributação. Ao disseminar o conhecimento sobre esses aspectos, é possível fortalecer a participação cívica e o engajamento da população na construção de uma sociedade mais justa e equitativa, na qual os

direitos sociais sejam plenamente respeitados e efetivados.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO TRIBUTÁRIA

A falta de acesso à informação tributária é um fator de preocupação para o Estado, visto que a partir do momento em que os cidadãos não compreendem as razões pelas quais devem contribuir com o pagamento de seus tributos, passam a ter a sensação de que estão sendo lesados pelo estado, agravado pelo fato de não conseguirem identificar muitas das vezes a reversão dos valores contribuídos em aprimoramento de serviços, obras e atividades estatais destinadas a população. (Grzybovski; Hahn, 2006)

Uma das principais ferramentas de acesso à informação tributária à população, o Impostômetro, criado em 2005, pela Associação Comercial de São Paulo, promove ao contribuinte fiscal a oportunidade de se informar quanto ao valor que está sendo arrecadado em impostos, seja a nível federal, estadual ou municipal em tempo real, através primordialmente de um painel eletrônico instalado a parte externa do prédio da Associação Comercial de São Paulo.

Atualmente pode-se também observar o Impostômetro através do acesso ao site oficial do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), que disponibiliza além da arrecadação, outras ferramentas de interesse público, como por exemplo, a disposição de quantos dias trabalhados são necessários para pagar seus tributos. Um ranking disponibilizado no estudo sobre carga tributária/PIB x IDH (2018), encontra-se países nos quais os impostos ofertam maior bem-estar a sociedade, ocupando atualmente o Brasil, apenas o 30º lugar na lista. (Olenike, et. al, 2018)

Além disso, deve-se pontuar também no âmbito de acesso à informação fiscal aos cidadãos, o exercício do que dispõe a Lei nº 12.527/11 ou Lei de Acesso à Informação. A referida lei, é responsável por regulamentar um direito previsto pelo Art. 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que todo cidadão tem o direito de receber informações de órgãos públicos, sejam elas de interesse particular ou coletivo, devendo serem prestadas em prazo determinado por lei, com exceção das quais o sigilo seja indispensável para a segurança da sociedade e do Estado.

A Lei de Acesso à Informação, dispõe ainda que podem essas informações serem reivindicadas, de quaisquer órgãos públicos, a nível federal, estadual ou municipal, bem como, dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público, Tribunais de Contas e Entidades sem Fins Lucrativos, por qualquer cidadão do povo, sem necessidade de justificativa pela qual necessita dessas informações, bastando apenas que o cidadão se identifique bem como especifique as informações as quais está solicitando. (Brasil, 2011)

O cidadão por sua vez, pode se utilizar de qualquer meio legítimo para realizar a

solicitação das informações, devendo ter acesso a elas o quanto antes, visto que quando não for possível ter acesso às informações de imediato, deve o órgão providenciá-las dentro de um prazo legal, estando sujeito a sanções quando do não cumprimento de sua obrigação.

3.1. Educação Tributária

A educação tributária no Brasil, também associada ao tema de acesso à informação fiscal citado anteriormente, é de extrema importância para a coletividade, observado que, sem o devido conhecimento restam aos cidadãos na visão de Grzybowski e Hahn (2006): “A condição de simples leitor do noticiário sobre elevação da carga tributária, criação de novos tributos, injustiças fiscais, aumento dos gastos públicos, déficit público, desvio de recursos, desequilíbrio das finanças públicas e seus efeitos sobre a inflação”.

Desse modo, de acordo com as referidas autoras, abordando o tema, será possível identificar que ao longo do tempo, os programas educacionais vinculados ao ensino tributário no Brasil, não se sustentavam por muito tempo, e conseqüentemente, também não alcançavam seus objetivos, sendo desenvolvidos desde o ano de 1969 até a atualidade, pelo Programa Nacional de Educação Fiscal (PNEF). Assim sendo, para melhor exemplificar o funcionamento desses programas, será apresentado, dois deles de maneira concisa para que seja possível o desenvolvimento de uma conclusão acerca da funcionalidade e necessidade desses programas.

O primeiro projeto desenvolvido voltado para educação fiscal, desenvolvido no ano de 1969, foi nomeado como “Operação Bandeirante”, na qual os agentes do fisco tinham por objetivo ensinar a população a “não pagar multas”, visando o ensino sobre questões de função socioeconômica dos tributos, e a sua aplicação nas obras de infraestrutura, como por exemplo obras realizadas na área da saúde. (PNEF, 2022).

Pouco tempo depois no ano de 1970, surgia no Brasil portanto a nomeada “Operação Brasil”, destinada ao ensino nas escolas, sendo disponibilizado como material às crianças do ensino fundamental, a obra de Cecília Lopes da Rocha intitulada de “Dona Formiga, Mestre Tatu e o Imposto de Renda”. O objetivo desse projeto era promover o ensino as crianças de elementos básicos para a formação de uma consciência substitutiva do estado de guerra entre o fisco e a sociedade. Essa atividade por sua vez atacava vícios culturais, promovendo a aceitação popular de três ideias, sendo elas, a indispensabilidade dos tributos nas aspirações de desenvolvimento; vantagens da cooperação; poupança ou a descoberta do futuro. Foi finalizado no ano de 1972 após encontrar resistências a sua continuidade, sendo utilizado o argumento de que esta atividade pertencia ao sistema educacional, e o recolhimento de frutos derivados do exercício do programa, somente seriam percebidos em um prazo distante. (PNEF, 2022)

Concluindo, portanto, temos que estes programas têm de modo geral a finalidade de conscientizar o cidadão sobre a função social do tributo, permitindo com que este tenha ciência de que sua contribuição possui influência direta na coletividade, bem como, também faz com que os cidadãos possuindo determinado conhecimento acerca da tributação, tenham a capacidade de entender a gestão pública realizada por seus administradores, podendo influir na obtenção melhores resultados sociais (Grzybovski; Hahn, 2006).

De maneira geral o conhecimento obtido pelo cidadão tende a auxiliar no aumento das contribuições, fomentando o devido exercício da cidadania fiscal e conseqüentemente, fazendo com que a totalidade da população se beneficie.

4. O TRIBUTO NACIONAL COMO MECANISMO DE VULNERABILIDADE

A tributação brasileira, baseada em impostos sobre bens de consumo e serviço contribui significativamente para a desigualdade observada no país, visto que a carga tributária incide de maneira desproporcional sobre a população de baixa renda. Tais tributos possuem efeitos regressivos, resultando em complexidades na distribuição de renda que afetam negativamente a qualidade de vida dos cidadãos, resultando e colocando-os em situação de vulnerabilidade (Ribeiro; Silva, 2023)

A incidência de tributos apresenta-se de forma mais complexa sobre os consumidores de baixa renda, os quais destinam parte significativa e substancial de sua renda à aquisição de bens de consumos essenciais para uma vida digna em sociedade. Não obstante, os indivíduos de alta renda não são impactados com a mesma veemência, haja vista gozarem de uma boa remuneração, assim, fortalece a ideia de que a estrutura tributária atual não só perpetua, mas também aprofunda as desigualdades socioeconômicas existentes, uma vez que os mais pobres acabam pagando proporcionalmente mais impostos do que os ricos. (Silva, 2020)

Sob esse viés, a população menos favorecida enfrenta dificuldades quanto à sua capacidade de pagar os impostos que lhe são devidos, uma vez que a maior parte de seu orçamento é destinado a necessidades básicas, como alimentação, moradia, saúde, transporte, etc, fazendo com que continuem na mesma posição social, pois não progridem, e assim, a tributação acaba por atuar como um mecanismo de vulnerabilidade. (Teixeira, 2016)

A incapacidade de atender às obrigações fiscais de maneira equitativa não apenas compromete o bem-estar imediato dos mais pobres, mas também perpetua um ciclo de exclusão social, onde a tributação acaba por acentuar as disparidades socioeconômicas e reforçar a marginalização dos segmentos mais vulneráveis da sociedade.

Desta forma, a centralização da carga tributária exacerbada contribui para a ampliação das

desigualdades sociais e econômicas. Para mitigar esse cenário, é imprescindível que a tributação seja equitativa e leve em consideração a capacidade de contribuição de cada indivíduo. Garantindo assim, condições dignas de vida para todos os cidadãos, promovendo a justiça fiscal e fomentando um ambiente mais inclusivo e igualitário.

4.1. O caminho da fragilidade da Ordem Tributária

Com o início da racionalidade do homem, este encontrou necessidade de auxílio para assegurar as necessidades básicas, onde Rousseau destaca que se iniciou o contrato social, em consideração com a existência da propriedade privada, ou seja, com a propriedade privada surgiu a desigualdade e esta desigualdade fez com que o homem necessitasse de ajuda do Estado para sobreviver, no sentido de que o mesmo homem no estado de natureza ele não conseguia mais se sustentar, então fez um pacto social para a sua própria sobrevivência.

A maneira com que o Estado encontrou, desde os primórdios para satisfação disto, foi por meio de sua receita derivada, com a imposição de tributos. A arrecadação fiscal, em sua função social promove a manutenção da sociedade, ou seja, pela premissa do contrato social, a arrecadação deveria ser plena e o retorno visível e efetivo para a sociedade, porém, o que analisa e visualiza na sociedade é a quebra deste pacto, a interrupção de um acordo.

Concluindo que é visível que a carga tributária brasileira sobre o consumo é exponencial comparado a países desenvolvidos, sendo um dos motivos que acarreta o brasileiro a não pagar os seus tributos, ou deixar toda a sua renda no pagamento de tributos, sem efetiva devolutiva do Estado, iniciando o ciclo viciosos da sonegação.

Em adjunção a ideia de que o contrato social não mais existe, como já discutido no presente estudo, este se torna necessária observação quando visualizado o cenário vulnerável dos cidadãos brasileiros. Estes, encontram-se permeados pela cognição de que o “imposto é um mal necessário” (Baquero et. al., 2005), porém, mesmo com tal discrepância, a população mais pobre no Brasil não consegue arcar com tal malignidade, mesmo que necessária.

Isto pois, a visão que se encontra no Brasil é de um país com tributos imensuráveis e uma legislação imprevisível. As recentes reformas na ordem tributária nacional, demonstra a necessidade de uma tributação invariável, que o contribuinte tenha certeza de quando e quanto irá pagar de tributos.

O cenário de vulnerabilidade dos cidadãos faz por existir um ciclo viciado, em que permeia pela sua infinidade, sempre caminha ao mesmo resultado a desestruturação da ordem tributária. Não havendo o pagamento dos tributos, a ausência de retorno aos contribuintes, são fatores que impedem a segurança dos contribuintes, sendo pessoas naturais ou jurídicas, encadeadas pelo

sistema tributário nacional.

Marcelo Baquero (et. al., 2005) realizou uma investigação acerca da corrupção no Brasil, onde a maioria entrevistada acredita que a corrupção é uma prática que se recorre no país, elemento este que contribuiu ao cenário de insegurança nas instituições e agentes públicos (Baquero, et. al., 2005).

A percepção da existência de corrupção na aplicação dos recursos públicos sugere que grande parte dos cidadãos não considera que o governo está utilizando de forma adequada o dinheiro que arrecada pelos impostos. Para 87% dos entrevistados, o Estado não utiliza de forma correta os recursos de que dispõe, o que pode fomentar sentimentos de desilusão e revolta, ingredientes inerentes a quadros de crise de legitimidade. A falta de credibilidade no governo é explicitada pela percepção de que o uso dos impostos se dá sem critério social, pois o Estado não apresenta a contrapartida que lhe caberia no contrato social. Este cenário acentua o distanciamento das pessoas em relação à política, o que pode levar a ações de desobediência civil (BAQUERO, 2004b), pois com a ausência do Estado e por não confiar nas instituições que são a base da democracia poliárquica, o cidadão vê-se obrigado a solucionar os seus problemas de forma direta (RENNÓ, 1999). (Baquero et. al., 2005, *online*).

Por fim, o que resulta de tal discussão é que o sistema tributário nacional se interrompeu aos longos dos anos, sendo por intermédio de políticos, ou simplesmente pela ausência da democracia. O mais valia, que se pode verificar no presente cenário, é o aumento da desigualdade socioeconômica, que apesar pela busca incessante de reformas tributárias, ainda e sempre, se encontra apenas no plano das discussões.

4.2. A reforma Tributária como combate à desigualdade

Mesmo após a aprovação da PEC 45/2019 que promulgou a EC 132/2023, a reforma tributária ainda é pauta para discussão. Isto pois, ainda se busca uma ordem tributária saudável, solidária e sustentável, como é defendida pela diretora executiva da Oxfam Brasil⁴. O projeto de Lei Complementar nº 68/2024 visa a instituição de imposto sobre bens e serviços (IBS), a Contribuição Social sobre bens e serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS), onde garantem serem formas plausíveis para a promoção de luta contra a desigualdade socioeconômica nacional.

Dentre as diversas discussões da reforma tributária na contemporaneidade, se localiza a pauta de redução da desigualdade, onde os parlamentares visam garantir tal pretensão, por intermédio, por exemplo, do *cashback* dos impostos pagos. O *cashback*, é uma maneira do dinheiro disposto para pagamentos, retorne para o consumidor.

Na questão da reforma tributária, em uma entrevista realizada pelo G1, existem algumas possibilidades para a operação de tal sistemática. O secretário-especial do Ministério da Fazenda,

4 Viviane Santiago é diretora executiva da Oxfam Brasil. Confederação de 19 organizações que atua em mais de 90 países na busca de soluções para o problema da pobreza, desigualdade e da injustiça, por intermédio de campanhas e programas de desenvolvimento.

Bernad Appy, considerou algumas formas de agregar o cashback na sociedade. Sendo no consumo de água, luz e gás encanado, no deconto imediato no caixa e na disponibilização de um cartão exclusivo para o cashback (G1, *online*).

A disponibilização do cashback será para às famílias com renda per capita de até meio salário-mínimo, inscritas no cadastro único do governo. Portanto, a idealização deste projeto se destina necessariamente ao combate da desigualdade socioeconômica nacional. Ademais, o entrevistado ainda disponibilizou alguns pontos já discutidos:

No caso do gás de cozinha, sejam devolvidos 100% do imposto pago no CBS (novo imposto federal) e 20% no IBS (imposto estadual e municipal), no caso do gás de cozinha. No caso de energia elétrica, água e esgoto, sejam devolvidos 100% para a CBS e 20% para o IBS. No caso de todos os demais produtos em que incidirão esses impostos, sejam devolvidos 20% para a CBS e para o IBS (G1, *online*).

É possível por fim, o vislumbre de que a reforma tributária é pauta para diversas discussões, que infelizmente não há por se cessar imediatamente, todavia, podemos encontrar o “ponta pé” para a evolução tributária no Brasil, sendo tal discussão imensamente importante, visto a alta carga tributária nacional, que onera principalmente a classe mais pobre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo evidencia a relevância crucial de analisar-se e compreender o que vem a ser a tributação na sociedade contemporânea, considerando a presença de um contrato social que estabelece direitos e obrigações a serem cumpridas, devendo haver reciprocidade entre Estado e cidadãos, fato em que conforme a presente pesquisa, concluiu-se que a manutenção de um contrato social sólido e a promoção de uma tributação justa e eficaz são elementos indispensáveis para o funcionamento adequado de uma sociedade democrática.

A tributação não é apenas uma questão econômica, mas sim um pilar fundamental para o funcionamento do Estado e para a garantia dos direitos e serviços essenciais aos cidadãos. Portanto, é imperativo que os indivíduos compreendam a incidência e importância da tributação para a construção de uma sociedade justa e equitativa, estando intrinsecamente ligadas ao direito à informação tributária, sendo essencial que os cidadãos tenham acesso à informações claras, transparentes e acessíveis sobre o sistema tributário e suas incidências.

A educação tributária, conforme analisado anteriormente, emerge como um instrumento indispensável para promover essa compreensão e conscientização entre os membros da sociedade. Por meio da educação tributária, os cidadãos podem adquirir conhecimentos sobre o sistema tributário, entender como os recursos são arrecadados e aplicados pelo Estado e reconhecer o impacto direto dos tributos em suas vidas cotidianas. Além disso, a educação tributária também

capacita os indivíduos a exercerem de forma mais consciente e responsável sua cidadania fiscal, fortalecendo assim a democracia participativa e erradicando a falta de confiança e familiaridade dos cidadãos com a atuação do Estado.

No entanto, a análise da carga tributária no Brasil revela não apenas uma questão econômica, mas fundamentalmente um desafio de justiça social e distributiva. A concentração e regressividade dos impostos têm exacerbado as desigualdades sociais e econômicas, impondo um ônus desproporcional sobre os mais vulneráveis e dificultando seu acesso a condições dignas de vida. Nesse contexto, a necessidade de uma reforma tributária que priorize a equidade e a capacidade contributiva dos indivíduos torna-se evidente.

É imperativo que as discussões e iniciativas em torno dessa reforma avancem, superando os obstáculos políticos e técnicos que historicamente têm limitado seu progresso. Somente assim poderemos aspirar a um sistema tributário que não apenas arrecade recursos de maneira eficiente, mas também promova o desenvolvimento humano integral e a redução das desigualdades, garantindo de fato a todos os cidadãos brasileiros uma vida digna.

Dessa forma, sucederia um sistema equilibrado, justo e igualitário, onde não haveria sonegação e descontentamento dos cidadãos frente aos impostos e demais demandas tributárias que lhe são exigidas, pois ao disseminar conhecimentos e proporcionar a população verdadeiro acesso e conscientização do que vem a ser o sistema tributário brasileiro e suas demandas, efetivaria o pacto social de forma justa, fortalecendo a participação cívica, satisfação social e confiabilidade dos cidadãos frente a atuação do Estado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. **Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem-estar à Sociedade) –Estudo sobre a Carga Tributária/PIB x IDH**. Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/ESTUDO+CARGA+TRIB+UT%C3%81RIA-PIB+X+IDH++IRBES+-+2018.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2024.

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. **ACSP: Impostômetro completa 18 anos**. Disponível em: <https://acsp.com.br/publicacao-imprensa/s/acsp-impostometro-completa-18-anos>. Acesso em: 19 de jun. 2024.

BAQUERO, M. et al.. **Bases de um novo contrato social? Impostos e Orçamento Participativo em Porto Alegre**. Opinião Pública, v. 11, n. 1, p. 94– 127, mar. 2005.

BRASIL. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de

2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 19 de jun. 2024.

BRASIL. **Lei 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. Código Tributário. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 10 de jun. 2024.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **O Sistema Tributário dos Países da OCDE e as Principais recomendações da entidade**: Fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. Nota Técnica DINTE. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 1ª Edição. 2022.

COUNTRYECONOMY.COM. **Itália – índice de Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <https://pt.countryeconomy.com/demografia/idh/italia?year=2021#:~:text=It%C3%A1lia%20%20%C3%8Dndice%20de%20Desenvolvimento%20Humano,Data%20IDH%20Ranking%20IDH%202021%20%2C895>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

COUNTRYECONOMY.COM. **Suécia – Índice de Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <https://pt.countryeconomy.com/demografia/idh/suecia>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

FARIAS, Fátima Maria Gondim Bezerra, FARIAS Valdinar Custódio Filho. **Educação Fiscal e Cidadania**. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2014.

G1. **Brasil cai duas posições no ranking do índice de Desenvolvimento Humano**. País passou para o 89º lugar, em lista de 193 países. Dados foram coletados em 2022. Suíça, Noruega e Islândia aparecem como primeiras colocadas. *Online*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2024/03/13/brasil-cai-duas-posicoes-no-ranking-do-indice-de-desenvolvimento-humano.ghtml>. Acesso em: 09 de jun. 2024.

G1. **Reforma tributária: o que se sabe até agora sobre o cashback para compras das famílias de baixa renda**. *Online*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2024/07/10/reforma-tributaria-o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-o-cashback-para-compras-das-familias-de-baixa-renda.ghtml>. Acesso em: 10 de jul. 2024.

GRZYBOVSKI, Denize; HAHN, Tatiana Gaertner. **Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária**. Revista de Administração Pública, v. 40, n. 5, p. 841-864, out. 2006.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Membros e Estrutura Organizacional da OCDE**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/ocde/membros-e-estrutura-organizacional-da-ocde>. Acesso em: 10 jun. 2024.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Programa Nacional de Educação Fiscal Convite à Cidadania - SEF/MG. Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/cidadaos/educacao_fiscal/programas/pnef.html Acesso em: 19 de jun. 2024.

REIS, Tiago. **Sonegação de Impostos**, online, 2023. Disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/sonogacao/#:~:text=A%20sonoga%C3%A7%C3%A3o%20de%20impostos%20%C3%A9%20uma%20pr%C3%A1tica%20ilegal,e%20pode%20acarretar%20san%C3%A7%C3%B5es%20severas%20para%20o%20sonegador>. Acesso em: 06 jun.2024.

RIBEIRO, Camila Cristina Alves, SILVA, Tauany Prado Oliveira da. A oneração das mulheres negras no Brasil defronte à tributação dos produtos essenciais femininos. In: LIMA, Jairo Néia; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES Fernando de Brito. **XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**, 1. Ed, Jacarezinho/PR, UENP, 2023. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2023/anais-do-xii-simposio-de-analise-critica-do-direito.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2024.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. **A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo**. Revista Argumentum – Argumentum Journal of Law. Vol. 05 – 2005. Marília/SP.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição: Ridendo Castigat Mores. Du Contract Social; ou, Principes du Droit Politique, Par. J. J. Rousseau, Citoten de genevs. Amsterdam. Chex.

Marc Michel Rey. MDCCLXII.

SILVA, Cleuton Fernandes da. **A Tributação indireta como mecanismo de exemplo para a desigualdade social**. 2020. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/97d5098b-99b6-4106-9412-d41acd1b991f>. Acesso em: 10 de jun. 2024.

TEIXEIRA, Thais Alvim. **Desigualdade social e políticas tributárias: considerações para o Brasil**. 2016. Disponível https://bdm.unb.br/bitstream/10483/15449/1/2016_ThaisAlvimTeixeira_tcc.pdf. Acesso em: 10 de jun. 2024.

VITIMIZAÇÃO INTEGRAL E AS ÓRFAS DO FEMINICÍDIO: INSTRUMENTOS PARA REDUÇÃO DAS VULNERABILIDADES DE GÊNERO

Ana Clara Vasques GIMENEZ¹
Silvia de Jesus MARTINS²

RESUMO

O artigo analisa a relação entre violência de gênero e desigualdade, destacando o feminicídio como o ápice da violência doméstica contra mulheres. Embora a legislação avance na proteção das mulheres, há lacunas quanto a proteção de crianças e adolescentes órfãos de feminicídio, que enfrentam o trauma emocional da perda materna, insegurança econômica e exclusão social. Diante desse cenário, propõe-se uma abordagem hipotético-dedutiva para mitigar as vulnerabilidades das meninas órfãs de feminicídio. A análise é dividida em três partes: primeiro, examina-se as questões de gênero e violência que afetam mulheres e meninas; em seguida, explora-se a vitimização específica das filhas de vítimas de feminicídio; por fim, são sugeridas soluções estratégicas que envolvem integração entre diferentes setores da sociedade para garantir direitos e proteção, destacando a urgência de políticas públicas inclusivas e o apoio integral.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio; Violência de gênero; Crianças órfãs; Políticas públicas; Direitos humanos.

ABSTRACT

The article analyzes the relationship between gender-based violence and inequality, highlighting femicide as the pinnacle of domestic violence against women. While legislation advances in protecting women, there are gaps in safeguarding children and adolescents orphaned by femicide, who face emotional trauma from maternal loss, economic insecurity, and social exclusion. Given this scenario, a hypothetical-deductive approach is proposed to mitigate the vulnerabilities of femicide orphan girls. The analysis is divided into three parts: first, it examines gender and violence issues affecting women and girls; next, it explores the specific victimization of daughters of femicide victims; finally, strategic solutions are suggested involving integration across different sectors of society to ensure rights and protection, emphasizing the urgency of inclusive public policies and comprehensive support.

KEYWORDS: Femicide. Gender-Based Violence. Femicide Orphans. Company.

INTRODUÇÃO

A violência é um fator que provoca desigualdade de gênero no Brasil e no mundo, dentre as consequências mais graves, a violência doméstica tem como ápice o feminicídio, forma qualificada do homicídio como proteção para as mulheres, por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, elevando o nível de proteção penal, encampado anteriormente pela Lei nº

1 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. E-mail: anaclaravasquesgimenez@gmail.com.

2 Analista Judiciária. Mediadora pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Docente Universitária pela UNIFATEB de Telêmaco Borba. Especialista em Direito Público e Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. E-mail: silviamartinsprof@gmail.com.

11.340/2006, por políticas públicas e movimentos sociais.

O ordenamento jurídico nacional vêm inovando e acrescentando normativas para proteção dos direitos das mulheres, principalmente às vítimas de violência doméstica, como a sanção da Lei nº 14.899 de 17 de junho de 2024, cuja finalidade é a criação e a implementação de um plano de metas destinado ao enfrentamento integrado da violência doméstica e familiar contra a mulher, trazendo a “Rede Estadual de Enfrentamento da Violência contra a Mulher e a Rede de Atendimento à Mulher em Situação de Violência”, em harmonia com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas – ONU.

Embora seja um avanço na legislação protetiva da mulher, mais uma vez o legislador ignorou a existência urgente de proteger dois grupos ainda vulneráveis no cenário de violência de gênero, cujas consequências devastadoras atingem não apenas as vítimas diretas (mulheres), mas também suas famílias: crianças e adolescentes que perdem suas mães para o feminicídio e, por consequência, enfrentam uma série de desafios adicionais, como o trauma psicológico, a insegurança econômica e a exclusão social.

De acordo com o Ministério das Mulheres (Brasil, 2023) não existe uma estatística oficial de órfãos do feminicídio. Porém, segundo o IBGE (2022), considerando a taxa brasileira de fecundidade, é possível se afirmar que pelo menos 2.529 crianças e adolescentes perderam suas mães em 2022.

A globalização e seu desenvolvimento têm diversos impactos, dentre eles as disputas crescentes por propriedade e a corrida econômica, cujas vítimas também são as mulheres, demonstrando que as órfãs do feminicídio e do homicídio de mulheres se espalham ao redor do mundo. De acordo com estudo elaborado pela ONU Mulheres (2024), em seis meses de conflito na faixa de Gaza, ao menos 10.000 mulheres foram assassinadas, das quais 6.000 eram mães, deixando cerca de 19.000 crianças órfãs, e as “sobreviventes” estão desabrigadas e sem alimentação, isto é, totalmente desamparadas.³

Diante disso o presente artigo questiona: como mitigar as vulnerabilidades de gênero das meninas, vítimas indiretas do feminicídio? O método utilizado será o hipotético-dedutivo. O trabalho será dividido em três sessões. Primeiramente, abordar-se-á as questões de gênero e violência que assolam as mulheres e meninas; posteriormente, serão analisadas a vitimização das filhas do feminicídio; finalmente, serão apresentadas possíveis soluções estratégicas e dinâmicas a partir da integração entre diversos setores da economia para garantir que meninas e mulheres

3 *New York/Cairo* — Today, UN Women launches its latest *Gender Alert on Gaza*. Six months into the war, 10,000 Palestinian women in Gaza have been killed, among them an estimated 6,000 mothers, leaving 19,000 children orphaned. Women who have survived Israeli bombardment and ground operations have been displaced, widowed, and facing starvation. This devastating differentiated impact continues to make the war on Gaza also a war on women.

tenham acesso aos seus direitos e garantias fundamentais.

1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS VÍTIMAS DO FEMINICÍDIO

A cultura do patriarcado reforça historicamente a submissão da mulher ao homem, tornando a sociedade um ambiente propício à propagação da violência, e uma necessidade constante de controle sobre seus corpos, restringindo das mais diversas maneiras a sua liberdade como destacam Duarte, Santin e Costa (2020, p. 81):

Nascida no patriarcado, a cultura do machismo sustenta a ideia de que a mulher é objeto de desejo e propriedade do homem, o que acaba por legitimar e alimentar diversos tipos de violência. Exercida em razão do gênero, essa violência é um reflexo da ideologia patriarcal que define explicitamente os papéis e as relações de poder entre homens e mulheres. Com o passar do tempo e após anos de luta, a mulher vem conquistando seu espaço dentro da sociedade, adquirindo direitos e transformando a discriminação em razão do gênero em algo a ser superado. No entanto, essa conquista pela igualdade de direitos ainda não se deu de modo integral e caminha a passos lentos, existindo um longo trajeto a ser percorrido para um concreto empoderamento feminino, onde a figura da mulher possa ser vista livre de preconceitos e estigmas.

O termo cultura está diretamente associado à evolução social e convívio dos grupos, seu objetivo então seria educar as massas para melhorar e modificar seus costumes, aperfeiçoando-os (Bauman, 2013, p. 12).

A cultura é uma produção. Tem sua matéria-prima, seus recursos, seu “trabalho produtivo”. Depende de um conhecimento da tradição enquanto “o mesmo em mutação” e de um conjunto efetivo de genealogias. Mas o que esse “desvio através de seus passados” faz é nos capacitar, através da cultura, a nos produzir a nós mesmos de novo, como novos tipos de sujeitos. Portanto, não é uma questão do que as tradições fazem de nós, mas daquilo que nós fazemos das nossas tradições. Paradoxalmente, nossas identidades culturais, em qualquer forma acabada, estão à nossa frente. Estamos sempre em processo de formação cultural. A cultura não é uma questão de ontologia, de ser, mas de se tornar (Hall, 2003, p. 43).

Entretando, com a produção em série de um espécie artística que agrada às massas, expressando seus anseios e desejos mais profundos, como verificamos nas músicas e cenas de filmes ou séries que incitam a violência contra a mulher, ou a representam como objetos sexuais ou seres incapazes de comunicação assertiva, ainda como estereótipos femininos de beleza, Nos “tempos líquidos modernos”, segundo Bauman (2013, p.17), "a cultura [...] é modelada para se ajustar à liberdade individual de escolha e à responsabilidade, igualmente individual, por essa escolha; e que sua função é garantir que a escolha seja e continue a ser uma necessidade e um dever inevitável da vida [...]"

Não obstante a cultura seja um bem jurídico e patrimônio com valor garantido pela Constituição Federal de 1988, compartilhando do *status* de direito fundamental, na sociedade brasileira, ainda em evolução nos direitos humanos mais básicos – como direito à vida e dignidade –, aqueles que detém o poder e o interesse em manter o *status quo*, controlam a criação das formas

de cultura para controle das massas e manutenção de ideologias ultrapassadas.

Um dos impactos pode ser analisado a partir do trabalho digno e com proventos igualitários direcionados às mulheres. Na atualidade, ainda se verifica na estrutura patriarcal a obrigação de meninas e mulheres com os cuidados da casa ou para com outros indivíduos, ao invés de buscarem desenvolvimento intelectual e profissional.

Uma das formas de controle mais comuns verificadas na violência de gênero está a dependência econômico-financeira, a qual impede meninas e mulheres de abandonarem lares violentos, visto que mesmo diante de tamanha violação de seus direitos, ainda teriam o mínimo para sobreviverem.

O poder público vagarosamente atenta para transformação desta vulnerabilidade. Em seminário promovido pela Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados no ano de 2022, denominado “Mulher, trabalho e renda: desafios para a autonomia econômica feminina e sua função no combate à violência doméstica”, Ariadne Reis, Procuradora Regional do Trabalho, alertou que 70% dos casos de feminicídio ocorrem contra mulheres no período reprodutivo, ou seja, entre 18 anos e 44 anos.

O número reduzido de creches e escolas para crianças e adolescentes não só restringem o direito à educação de qualidade, como impactam na livre iniciativa, trabalho digno e, conseqüentemente, perduram as situações de violência econômico-financeira, quando também a psicológica, enfrentada por mulheres e mães.

Estas condições se agravam ao tratarmos das órfãs do feminicídio, meninas que perderam suas mães em razão de homicídio qualificado pela simples condição de serem mulheres, e, na mesma situação, ficam desamparadas por seus genitores que deverão cumprir pena. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 53,8% das mulheres sofreram violência com episódio mais grave dentro de suas casas, e os principais autores são os companheiros ou ex-companheiros, 58,1% dos casos, dados que crescem a cada ano.

A violência contra mulher tem resultados abrangentes que assolam diversos indivíduos, como as vítimas secundárias da relação violenta, os filhos e filhas menores de idade que estão sob custódia e cuidados dos genitores em conflito, que compreendem como natural episódios de violência, bem como tem seu desenvolvimento prejudicado.

Em relação às experiências de infância, relatar que a mãe era agredida pelo parceiro foi reiterado como importante fator de risco, mantendo associação significativa mesmo quando controlado por todas as outras variáveis estudadas, em consonância com a literatura. Esta experiência pode diminuir a capacidade das mulheres de se protegerem no futuro, estando associada a pouco apoio familiar na vida adulta, além de reiterar a idéia de que a violência é natural ou ocorrência banal do cotidiano dos relacionamentos amorosos, para o que não se pode esperar ajuda nem transformação (d’Oliveira et al, 2009, p. 308)

As normas culturais e costumes acerca das tarefas destinadas às mulheres estão diretamente relacionadas ao maior impacto e sujeição às vulnerabilidades e violências. As desigualdades sociais, pouco incentivo e amparo do poder público para o desenvolvimento humano de mulheres faz com que permaneçam em situação de vulnerabilidade, nos mais diversos graus, a depender do acesso à melhores condições de vida.

[...] As normas culturais sobre o número ideal de filhos, o trabalho feminino fora do lar, a expectativa de uma divisão mais equitativa das responsabilidades familiares, as condições de exercício dos direitos reprodutivos, que incluem acesso a apoios familiares, institucionais de saúde ou sociais, diferem bastante entre uma metrópole (SP) e regiões rurais que vivem à base do trabalho familiar, incluindo o infantil. [...] Estes achados coincidem com a literatura e indicam o quanto a vigência de normas tradicionais de gênero pode colocar as mulheres em maior risco de VPI quando tratam de afirmar seus direitos reprodutivos e sexuais. As diferenças entre os locais parecem, portanto, estarem mediadas por questões socioculturais, em que se incluem as desigualdades sociais e especialmente as de gênero (d'Oliveira et al, 2009, p. 308/309).

Dessa forma, compreender que a cultura patriarcal em que se insere o público feminino brasileiro, replicando a dualidade de gênero como forma de controle e domínio sobre os corpos das mulheres, mostra-se relevante para traçar caminhos que transformem a estrutura atual e promovam a igualdade material e garantam os direitos fundamentais de mulheres e meninas.

2. A VITIMIZAÇÃO INTEGRAL DAS FILHAS DO FEMINICÍDIO

As vulnerabilidades que atingem o gênero feminino se espalham na ausência de implementação de políticas públicas adequadas que permitam o exercício de seus direitos na mesma proporção de outros, visto a cultura patriarcal que circunda a nação. Nesse aspecto, os dados colhidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Brasil, 2023), apontam que ao menos 10.655 mulheres foram vítimas de feminicídio no Brasil entre os anos de 2015 e 2023, demonstrando um crescimento de 1,4%, no período entre 2022 e 2023, número de vítimas de 1.463, aproximadamente quatro mulheres por dia, a consequência mais grave pela omissão do Estado em proporcionar serviços públicos de segurança e educação às mulheres. Os índices apresentam o aumento significativo desde 2015, ano em que entrou em vigor a Lei 3.104/2015 inserindo a qualificadora do feminicídio no artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

A invisibilidade das órfãs do feminicídio e das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade se verifica desde a época colonial, cuja lacuna legislativa permitia o tratamento repressivo e controlador sobre a infância do período republicano – o Juizado de Menores, o Código Penal de 1940, a Política Nacional do Bem-Estar do menor advindo da Lei 4.413/64 –, todos regramentos que previam apenas punições para os menores, sem qualquer ideia de proteção.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial no artigo 227, atribui-se à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar os direitos fundamentais da

criança e do adolescente, agregando toda a disciplina ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito de “menor” foi excluído e houve uma mudança de paradigma com a intenção de proporcionar à criança e ao adolescente a devida proteção e respeitabilidade principiológica e legal, com vistas à proteção integral da criança e do adolescente. Assim, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Contudo, a generalidade da lei para estes sujeitos de direito resta clara, não abarcando as especificidades e efetivando o tratamento equitativo determinado pela norma. É por meio da análise individualista e focada aos grupos vulneráveis que se observa a morte precoce de mães, vítimas de feminicídio, e como o fato transforma crianças e adolescentes em minorias com grau de vulnerabilidade mais expressivo. O termo “minorias” aqui empregado refere-se não à quantidade (embora não exista ainda essa quantificação), mas ao acesso de direitos e garantias, à dignidade humana no sentido lato da palavra.

A vida digna pode ser considerada sinônimo de liberdade plena, de responsabilidade solidária entre Estado e sociedade para promoção do bem-estar social, entregando à criança o *status* de sujeitos de direitos, com a possibilidade de desenvolvimento humano, tirando-lhes da marginalização social, garantindo proteção integral. É a partir do amparo às genitoras, com a redução dos índices de feminicídio que se trabalhará a exclusão das crianças e adolescentes.

[...] o homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada. É a injusta morte de uma pessoa (vida extrauterina) praticada por outrem (destruição da vida humana por outro homem) (Hungria, 2018, p. 25).

Com o advento da Lei 14.717/2023, em 03 de outubro de 2023, os menores de 18 anos, cuja renda mensal *per capita* seja igual ou inferior a um quarto do salário-mínimo, dependentes das mães vítimas do feminicídio, terão direito a pensão especial. Destaca-se que o requisito para a concessão do benefício é a vulnerabilidade financeira.

O benefício da pensão especial visa preencher a lacuna financeira da perda da mãe, um remédio paliativo que não tira as dores da perda, não apaga possíveis preconceitos e discriminações que possam sofrer, desde o ambiente escolar até outros contextos sociais e familiares, tampouco oferece tratamento ou apoio às feridas psicológicas como o luto, a depressão e ansiedade), logo, não é garantia de proteção integral.

Nas condições de orfandade causados pelo feminicídio, embora seja amenizado pelo fator financeiro, ainda não traz uma solução adequada para o melhor interesse da criança e do adolescente. Como destacado anteriormente, existem outros fatores de proteção que devem ser aliados ao fator econômico, ora proporcionado pela Lei de pensão especial, para garantir que o desenvolvimento pleno seja realizado visando melhores condições de dignidade.

O ideal de justiça que deve permear a atuação do Estado demanda que sejam proporcionados elementos essenciais para estas crianças e adolescentes, tais como moradia, cuidados pessoais, tratamento e acompanhamento psicológico, acesso à educação, ao lazer, tratamento igualitário não discriminatório. Não há, dentro de um Estado democrático, espaço para a construção de uma sociedade que não seja justa, onde indivíduos são privados dos meios necessários para condução a uma vida digna (Moreira, 2020, p. 41).

É possível constatar a condição de minoria das órfãs do feminicídio, a partir da análise de que a Justiça, por meio de seu Poder Judiciário quando dos efeitos condenatórios da sentença, não alcança plenamente os fatores determinantes para uma sociedade justa, tampouco democrática, tendo em vista que reverbera a situação de vulnerabilidade das crianças e adolescentes, sem garantia de cuidados mínimos ou de um estudo socioeconômico que possa abranger os futuros guardiões destes sujeitos, que além do desamparo familiar, ficam à deriva do Estado.

Como vítimas secundárias, os filhos do feminicídio, menores de 18 anos, muitas vezes, carregam o trauma de ter presenciado o crime, quando ainda possam ter conhecimento de que o autor do ilícito foi o próprio pai. Nessa perspectiva, a omissão do Estado é verificada, ainda, na ausência de coleta de dados oficiais sobre o número de crianças e adolescentes órfãos do feminicídio no Brasil, prejudicando, inclusive, a elaboração de políticas públicas voltadas ao atendimento e acolhimento dos menores que tiveram seus lares e suas vidas destruídos.

Com a ocorrência do crime, o menor tem toda a sua rede de apoio familiar e social fragilizada, por isso, inseri-los como sujeitos de direitos, ante sua especificidade é instrumento para combater a “re-vitimização”, que seria, no contexto de crianças e adolescentes órfãos, a experiência de sofrer novamente violência, abusos, exposições a ambientes nocivos, explorações por pessoas mal-intencionadas.

Nestes estudos, a interdisciplinaridade do direito é crucial para compreender os impactos causados para o indivíduo e, em maior escala, para a comunidade. Segundo a Neuropsicóloga Janaina Lobo, o trauma causado pelo feminicídio perpassa o suportável. Pode ser administrado, mas acompanhará o indivíduo para o resto de sua vida. O sujeito poderá ter uma vida próxima do normal, mas nunca normal. Na primeira infância, quando as experiências interferem no desenvolvimento social, emocional e linguístico da criança, esta experiência traumática interfere

diretamente o seu desenvolvimento, expondo a criança a riscos emocionais e comportamentais.

A dor do órfão com a perda da mãe possui uma dimensão ainda maior neste cenário de violência e neste ciclo de consequências. Sarlet entende que “O respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. [...] A dignidade da pessoa humana, além de constituir-se em um direito fundamental, também é um princípio que orienta a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais (2011, p. 3 e p. 32).”

Outrossim, partindo da análise da Lei nº 14.899, de 17 de junho de 2024, verificou-se que seu objetivo principal é o enfrentamento, de maneira integrada, da violência doméstica e familiar contra a mulher, para isso estabelecendo dois importantes apoios: a Rede Estadual de Enfrentamento da Violência contra a Mulher e a Rede de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, as quais visam garantir uma coordenação eficaz entre os diversos órgãos e entidades que atuam na proteção e no suporte às vítimas, proporcionando um atendimento mais eficiente e humanizado. Novamente o legislador ordinário desconsiderou as vítimas colaterais ou secundárias quando do projeto de lei, que nada versa sobre as crianças e adolescentes órfãos do feminicídio.

De acordo com Barros (2008) e Trindade (2007), a vitimização se perfaz na alocação da vítima na centralidade do processo delitivo, classificando-a a partir dos graus de negatividade das consequências geradas, tais como a primária, a secundária e a terciária.

No primeiro caso, os autores esclarecem que a vítima sofre diretamente as consequências da conduta criminosa, ao passo que na secundária há a re-vitimização pelo próprio sistema judiciário criminal, quando é forçada a reviver todo o conjunto traumático dos eventos, gerando dor e constrangimento devido ao baixo preparo das autoridades ou da própria estrutura processual, obrigando-a a rever o agressor.

Por fim, a vitimização terciária ocorre quando a vítima é abandonada e negligenciada pelo corpo social, incluindo familiares, colegas de trabalho, membros da comunidade e até representantes do Estado, sofrendo com a falta de suporte e assistência, quando não, culpabilizada pelo ocorrido. Exemplos de vitimização terciária incluem comentários estigmatizados que responsabilizam a vítima pelo crime, como: "quem mandou usar saia justa" ou "foi violentada porque estava bêbada" (Oliveira, 1999). Essa espécie agrava o sofrimento da vítima e pode levar à sensação de culpa e isolamento social.

Ao pontuar as consequências oriundas do crime, que retira do cenário familiar e social a figura materna, para as crianças e adolescentes com a finalidade de sua proteção, amplia-se o *status* adquirido enquanto filhas da conduta criminosa, que geralmente sofrem os três tipos de vitimização: primeiro sofrem as consequências diretas do crime, são re-vitimizadas pelo sistema de justiça criminal, notadamente por estarem inseridas diretamente na conduta criminosa, cujo agressor

muitas vezes é o próprio pai ou padastro, obrigadas a testemunharem e narrarem os fatos diversas vezes enquanto aguardam exaustivamente o fim do processo. Enfim, são negligenciadas pela sociedade e pelo Estado ao não serem encaminhadas para abrigos adequados ou familiares responsáveis para criação e desenvolvimento dignos.

A violência tem múltiplas definições e não existe um conceito universal que esgote todos os atos percebidos socialmente como violentos. De forma abrangente, conceitua-se violência sendo todo ato que promove danos físicos morais e psicológicos como constrangimentos, privações etc.

Neste cenário de vitimização, a mulher, ao ser vítima de violência doméstica, está amparada pelo ordenamento jurídico, políticas públicas e movimentos não governamentais, ainda que superficialmente, certo de que há um longo caminho a percorrer para atingir a igualdade de gênero e redução das vulnerabilidades.

Entretanto, as meninas e adolescentes, órfãs destas mães, por sua vitimização situam-se em um grau superior de vulnerabilidade. Trata-se de um tipo de vitimização que chamaremos de efeito “globalizante”, que cunharemos no presente artigo como: “*vitimização integral*”.

A partir desta definição, pretende-se demonstrar a quão frágil e desamparada a criança ou adolescente se vê no cenário de violência doméstica ao perder a mãe para o feminicídio e o pai para a polícia penal ou para a clandestinidade. Ambos saem do cenário de forma traumática e, muitas vezes, irreversível. A figura materna para a menina é o cerne da vida intrafamiliar, cuja violência doméstica afeta imediatamente e de forma rápida, evoluindo gradativamente e com celeridade os graus e modalidades de violência.

A partir do termo “*vitimização integral*” se compreende que a violência sofrida pela orfandade do feminicídio se alastra pela vida cotidiana, impactando a saúde física e mental que, muitas vezes, se responsabilizam pelo fato. Como consequência, há o adoecimento físico e mental em razão do contexto em que estão inseridas, perpassa a vida fora do lar, atingindo o desempenho escolar e outros ambientes sociais. A mãe, atingida pela violência doméstica, transfere à filha um ciclo vicioso como padrão comportamental, tornando-se agressivas ou excluindo-se do convívio social.

E ao chegar ao ápice (a morte pelo feminicídio), esta mulher/criança, irá continuar seguindo na condição de vítima indireta. Perderá muitas vezes, além da mãe, toda a sua referência familiar, escolar, a casa onde vive, seus pertences, seus amigos, pois terá que iniciar uma nova vida, em outro lar, normalmente (e se tiverem sorte) dos avós. Por todos estes motivos, a criança e a adolescente, do gênero feminino, se inserem como “*vítima integral*”, visto que são atingidas em todos os aspectos e formas de vitimização dentro do contexto familiar, social e político, o dano é geral e integral.

A priorização do atendimento psicossocial das órfãs do feminicídio é uma medida urgente, bem como a criação de uma rede de apoio para evitar que a guarda e cuidados de crianças, ao perderem os pais, sejam mal administrados por quaisquer parentes, abrigos ou escolas, de modo que a coleta de dados para posterior análise quanti-qualitativa e formulação, por grupo de trabalho especializado, de políticas públicas eficazes mostra-se imprescindível. Nesse sentido:

“programas de ação governamental que resultam de um conjunto de processos juridicamente regulados (processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2006).

É um problema público, advindo da conduta criminosa, que tira do cenário familiar e social a mãe e/ou o pai, e a alternativa possível para amenizar o problema é o atendimento psicossocial prioritário, visto se tratar de objetivo socialmente relevante, politicamente pré-determinado.

Por meio de avaliação psicológica, do histórico da criança e da família em que vive, o apoio de familiares e de cuidadores (se for o caso), suportes na educação com acompanhamento escolar inclusivo e o apoio comunitário, a assistência jurídica para defesa dos direitos das crianças e adolescentes, são ações conjuntas que visam preservar o patrimônio com o auxílio na administração dos recursos percebidos a título de pensão especial, amenizando os efeitos da exclusão social e da perda da mãe, em busca de ofertar a proteção integral a esses indivíduos, lhes proporcionando a dignidade humana democrática e constitucional.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PARA MITIGAÇÃO DAS VULNERABILIDADES DAS ÓRFÃS DO FEMINICÍDIO

O desenvolvimento sustentável é pauta na atualidade para nortear o crescimento de nações, comunidades e empresas, considerando os impactos que todas as ações humanas causam no ambiente em que estão inseridas. Trata-se mais do que respeitar a natureza, mas incluir o desempenho humano como crucial, como centro das metas a serem definidas, tendo em vista que haverá melhora econômica se reduzidas as vulnerabilidades e ampliadas as oportunidades.

É a partir deste cenário que empresas e organizações do terceiro setor depreendem atenção às necessidades de públicos pré-selecionados, com objetivo de auxiliarem em seu desenvolvimento humano, promovendo igualdade, justiça social e pertencimento na sociedade como um todo.

Com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos, e de seus respectivos Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e Culturais, os quais formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, compreende-se a relevância dos direitos de terceira dimensão, tais como a

igualdade de gênero e a sua proteção para os Estados, projetando uma possível redução de conflitos.

Não obstante os esforços superficiais para mitigar referidas desigualdades, é possível ainda verificar no cenário nacional o desequilíbrio social em função das tratativas de gênero, em especial aos direitos das mulheres, atentando-se os pré-conceitos dos papéis a serem desempenhados por mulheres e as respectivas consequências e desdobramentos das suas desobediências (Gimenez, 2024, p. 144).

A lógica binária de gênero deixa pré-definido que o gênero feminino corresponde à mulher e o masculino ao homem, implicando no desequilíbrio da ordem de poder, impondo a mulher posição de subalternidade e inferioridade (Santos; Fiamengue, 2023, p. 9), justificando condutas violentas que culminam no feminicídio e na orfandade de meninas e adolescentes.

“O sujeito” é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não “aparecem”, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política. Em outras palavras, a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder público “produz” inevitavelmente o que alega meramente representar; consequentemente, a política tem de se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de “sujeito perante a lei”, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subsequentemente, a própria hegemonia reguladora da lei (Butler, 2023, p. 19-20).

Compreende-se que o Estado é frágil em seu papel como responsável pela elaboração de políticas públicas que viabilizem o exercício de direitos fundamentais e garantam a segurança de certos indivíduos dado sua característica vulnerabilidade, considerando que além de não ofertar tais programas, quando o faz deixa lacunas insanáveis, justificado pela baixa representatividade feminina e jovem nos Poderes.

Depreende-se no âmbito do Poder Legislativo que o Senado Federal é composto por 81 senadores, dos quais apenas 10 são mulheres (12,3% do total de parlamentares), e a Câmara dos Deputados totaliza 91 deputadas (17,7% do total), embora as mulheres abranjam, aproximadamente, 52% da população, o legislador permanece com olhar prioritariamente masculino e branco (Senado, 2023).

Segundo estudo formulado pela Ministra Esther Dweck, a participação de mulheres nos cargos de alta liderança na Administração Pública Federal é de 34%, um aumento significativo de 17% em comparação ao ano de 2022, consequência ao estímulo ao acesso e permanência no cargo, e ao empoderamento feminino, motivando a nomeação, pelo Presidente da República, de 11 ministras de Estado, além da criação de grupos de trabalho que versem sobre o enfrentamento às desigualdades de gênero (Brasília, 2023).

A mesma reflexão deve ser estendida aos cargos de liderança e representatividade em empresas, sejam elas de pequeno, médio ou grande porte, nos quais mulheres compreendendo suas necessidades próprias elaborariam planos de ação para mitigar e reduzir as vulnerabilidades existentes.

A atuação das empresas nas comunidades em que estão inseridas demanda a garantia do mínimo existencial adequadamente, para devolver à sociedade esperanças e prosperidade. Requião (1980, 49) afirma ser necessário uma mudança de paradigmas sobre a “máquina de fazer lucros”, assumindo deveres com a coletividade, conciliando os interesses subjetivos de lucratividade, promovendo responsabilidade social, ou seja, a verdadeira sustentabilidade do negócio a longo prazo.

Outrossim, observa-se que o consumidor atualmente adquire bens e serviços de forma mais consciente sobre seus impactos, assim o mercado e a legislação comercial se adequam às suas necessidades de inclusão, como pondera Forgioni: “Nunca é demais lembrar que o art. 219 da Constituição do Brasil impõe que o incentivo ao mercado deve se dar ‘de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País’, orientando as políticas públicas (2012, p.184)”.

Dessa forma, faltando o Estado no seu papel, as empresas poderão tomar a frente na garantia dos direitos sociais, resultado da cooperação com o poder público que atenda aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 5.1, 5.c e 8, a fim de reduzir as vulnerabilidades sociais e a desigualdade de gênero (Movimento Mulher 360, 2023).

A inclusão e a diversidade passam a ser considerada pelas empresas, a partir da interpretação da ordem econômica e sua função social descritos no artigo 170 da Constituição Federal, como promotoras de inovação e melhor estratégia de negócios, e o reflexo da vida real é fundamento até para criação de novos produtos e serviços. (Movimento Mulher 360, 2024).

Com essa atuação direcionada à inclusão de gênero que as empresas desenvolvem projetos sociais que solucionem os problemas da comunidade em que estejam inseridas, como a promoção de bolsas de estudos à meninas e adolescentes vítimas do feminicídio, por exemplo, permitindo o acesso à educação de qualidade e reduzindo os impactos causados pela vitimização integral, dado a omissão do Poder Público com seus cuidados.

CONCLUSÃO

A organização político-social que envolve a nação brasileira, espelho do seu modelo de colonização, não apenas afloram as desigualdades de gênero como servem de palco e cedem espaço para práticas violentas como o feminicídio, culminando na orfandade de meninas e adolescentes.

Verificou-se a omissão do Estado brasileiro e, conseqüentemente de todos os Entes Federativos, na elaboração de Políticas Públicas eficazes em sanar o termo que cunhamos de “vitimização integral” das vítimas secundárias do feminicídio, considerando que referidas crianças e adolescentes além de perderem suas mães pelo crime, também perdem os pais para o crime, sofrendo o abandono familiar, econômico e social.

Com relação ao exposto, concluiu-se que a participação ativa de empresas é alternativa para redução das vulnerabilidades, a partir do desenvolvimento de projetos de impacto que promovam a igualdade de gênero e inclusão, sugerindo-se a oferta de bolsas de estudos para as órfãs do feminicídio.

Por fim, compreende-se a relevância da cooperação entre setor público e privado para promoção de justiça social e dignidade da pessoa humana, efetivando os princípios incluídos na Carta Magna, bem como dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Lei n.º 14.717, de 23 de agosto de 2023. **Dispõe sobre o reconhecimento de direitos de crianças e adolescentes órfãos de feminicídio**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14717.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Lei n.º 14.899, de 5 de julho de 2024. **Institui pensão especial para órfãos do feminicídio**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14899.htm. Acesso em: 02 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Apesar de maior presença de mulheres na disputa ao Senado, bancada feminina diminui**. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/10/03/apesar-de-maior-presenca-na-disputa-ao-senado-bancada-feminina-reduz-tamanho#:~:text=Das%20atuais%20dez%20titulares%2C%20seis,%25%20do%20total%20de%20parlamentares>. Acesso em: 24 de agosto de 2023.

BRASÍLIA. **Mulheres ocupam 34% de cargos de alta liderança no setor público**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/google/amp/mercados/brasil-e-politica/noticia/2023/05/20/mulheres-ocupam-34-pontos-percentuais-de-cargos-de-alta-liderana-no-setor-pblico.ghtml>. Acesso

em: 15 jul. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 25ª ed. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023.

DUARTE, Debora G.; SANTIN, Valter Foletto; COSTA, ILTON GARCIA DA. Epidemia da Violência Doméstica: Análise sobre o Problema da Violência Contra Mulher e seu Aumento em Tempos de Isolamento Social. In: Denise Almeida De Andrade; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares. (Org.). **Gênero, Sexualidades e Direito II**. 1ed. Florianópolis SC: Conpedi, 2020, v. 1, p. 78-94. Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/qb6bi552/z9j1A94Yde8jBU5p.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2024.

Empower Women. Disponível em: <https://www.empowerwomen.org/en/who-we-are/about-us>. Acesso em: 16 jul. 2024.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Relatório sobre violência doméstica**. 2024. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/77f6dcce-06b7-49c1-b227-fd625d979c85>. Acesso em 02 jul. 2024.

HUNGRIA, Nelson; JUNIOR, Miguel Reale; SOUZA, Luciano Anderson. **Comentários ao Código penal: V. arts 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2018.

Instituto Maria da Penha. **Violência Doméstica: Ciclo da Violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 2 jul. 2024.

LIMA, Aline Patricia Campos Tolentino de. **Criança tem que brincar mesmo! Depois cresce, vira adulto e não brinca mais: estudo do desenvolvimento da imaginação na idade pré-escolar**. Ribeirão Preto, 2023. p. 23.

LONDRINA. **Nada é como a mãe: A vida de crianças e adolescentes órfãos do feminicídio**. Laboratório de Estudos de Gênero, Família e Sexualidade, Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <https://sites.uel.br/lesfem/nada-e-como-a-mae-a-vida-de-criancas-e-adolescentes-orfaos-do-femicidio/>. Acesso em: 2 jul. 2024.

Ministério Das Mulheres. **Presidente Lula sanciona lei que institui pensão especial para órfãos do feminicídio**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2023/outubro/presidente-lula-sanciona-lei-que-institui-pensao-especial-para-orfaos-do-femicidio-1>. Acesso em: 02 jul. 2024.

Movimento Mulher 360. **Conheça as empresas líderes em diversidade no Brasil, segundo a pesquisa Ethos/Época de inclusão 2024**. Disponível em: <https://movimentomulher360.com.br/noticias/pesquisa-ethos-epoca-de-inclusao-2024/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as**

mulheres e meninas. 2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em 15 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo 8. Promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho digno para todos.** 2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em 15 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Global amplia programa de promoção de equidade em empresas.** 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/127338-pacto-global-amplia-programa-de-promo%C3%A7%C3%A3o-da-equidade-em-empresas>. Acesso em 16 jul. 2024.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **A ética na administração da sociedade anônima.** Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres. São Paulo. Saraiva, 1980. v. 2.

SALIBA, Jéssica et al. **Saúde mental na pandemia: reflexões e desafios. Perspectivas em Psicologia,** v. 24, n. 2, p. 234-246, 2021. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/perspectivasempsicologia/article/view/52210/27863>. Acesso em: 2 jul. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

UNITED NATIONS WOMEN. **Six months into the war on Gaza over 10.000 women have been killed.** 2024. Disponível em: https://www.unwomen.org/en/news-stories/press-release/2024/04/six-months-into-the-war-on-gaza-over-10000-women-have-been-killed?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjws560BhCuARIsAHMqE0GYNxYaX_RO5hs14z_d1zw3ZQ1n72cU_TvrOz4sQVmRnmpNbul2-aoaAjsqEALw_wcB. Acesso em: 02 jul. 2024.

CAPÍTULO V
DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADES

A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO FEMININO NO ALCANCE DE AUTONOMIA FINANCEIRA DA MULHER E NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Daphini de Almeida ALVES¹

RESUMO

Historicamente, a sociedade naturalizou o pensamento de que o masculino seria superior ao feminino. Estigmatizadas, as mulheres somente podiam ser esposas, cuidadoras, reprodutoras e responsáveis pelo ambiente domiciliar. Atualmente, o regime patriarcal, caracterizado pela dominação e possessividade do masculino contra o feminino, ainda se manifesta de forma acentuada nas instituições públicas e privadas, especialmente no ambiente doméstico, onde muitos relacionamentos afetivos são discriminatórios e violentos. Distintos fatores contribuem para que as mulheres não consigam pôr fim a um relacionamento abusivo, entre eles encontra-se a dependência econômica com relação a seu marido, tendo em vista que, em muitos casos, necessitam dele para acessar bens e serviços. A partir desta exposição, o trabalho objetiva verificar a relação entre o labor feminino e a conquista de autonomia e independência da mulher como forma de redução da violência doméstica. A pesquisa justifica-se devido à necessidade de levantar dados bibliográficos aprofundados acerca da violência mencionada, a fim de contribuir com o debate sobre o tema e com a compreensão de fatores sociais, psicológicos e culturais que auxiliam na perpetuação do fenômeno. O método utilizado na elaboração deste estudo envolveu pesquisa teórica. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, a partir da leitura e análise de livros, artigos científicos, dissertações, monografias, teses e legislações específicas. Adotou-se abordagem exploratória, com o objetivo de gerar maiores informações e familiaridade com os temas estudados, para torná-los mais explícitos.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; violência doméstica; relacionamento abusivo; trabalho; dependência econômica.

ABSTRACT

Historically, society naturalized the thought that the masculine was superior to the feminine. Stigmatized, women were relegated to roles as wives, caregivers, reproducers, and responsible for the household environment. Currently, the patriarchal regime, characterized by the domination and possessiveness of the male against the female, still manifests itself strongly in public and private institutions, especially in the domestic environment, where many affective relationships are discriminatory and violent. Different factors contribute to women not being able to put an end to an abusive relationship, including economic dependence on their husband, considering that, in many cases, they need him to access goods and services. Based on this exposition, the work aims to verify the relationship between women's labor and the achievement of autonomy and independence as a means to reduce domestic violence. The research is justified due to the need to collect in-depth bibliographical data about the aforementioned violence, in order to contribute to the debate on the topic and the understanding of social, psychological and cultural factors that help in the perpetuation of the phenomenon. The method used in preparing this study involves theoretical

1 Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na linha de pesquisa Direitos e Vulnerabilidades (2024-2025). Integrante do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP. Pós-graduanda em Processo Penal pelo Gran Centro Universitário. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO (2023). Atualmente é Bolsista de Pós-Graduação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora no âmbito do Direito e Processo Penal, Gênero e Feminismos. Advogada. E-mail: daphini27@hotmail.com

research. Bibliographic and documentary research was carried out, based on the reading and analysis of books, scientific articles, dissertations, monographs, theses and specific legislation. An exploratory approach was adopted, with the aim of generating greater information and familiarity with the topics studied, to make them more explicit.

KEYWORDS: Gender; domestic violence; abusive relationship; work; economic dependence.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a sociedade, regida por uma estrutura patriarcal, naturalizou o pensamento de que o masculino seria superior ao feminino. Diante da distinção entre homens e mulheres e da hierarquia entre os sexos, estas foram inferiorizadas e restringidas, sendo que não podiam realizar manifestações ou reivindicar seus direitos. Nesse passo, estigmatizadas, somente podiam exercer o papel de esposas, cuidadoras, reprodutoras e responsáveis pelo ambiente domiciliar.

Atualmente, esse regime, caracterizado pela dominação e possessividade do masculino contra o feminino, ainda se manifesta de forma acentuada nas instituições públicas e privadas, especialmente no ambiente doméstico, onde os relacionamentos afetivos são marcados pela dominação, discriminação e violência contra a mulher.

A violência supracitada deve ser compreendida como um problema de saúde pública e uma violação dos direitos humanos. No Brasil, em 07 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), a qual criou mecanismos para combater a agressão doméstica e familiar. O artigo 7º da legislação citada estabelece que a violência contra a mulher pode se exteriorizar das seguintes formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Aponta-se que distintos fatores contribuem para que as mulheres não consigam pôr fim a um relacionamento abusivo e violento. Deste modo, esta pesquisa atribui destaque à dependência econômica da mulher com relação a seu marido/convivente, tendo em vista que, em muitos casos, necessitam do companheiro para obter acesso à bens e serviços.

No que tange ao trabalho feminino, este pode ser doméstico/reprodutivo (não remunerado) ou produtivo (remunerado). O labor doméstico é considerado externo ao capital e uma assistência pessoal. Ele pode ser exteriorizado nos seguintes exemplos: limpeza da casa, preparação de refeições, cuidado com crianças, idosos ou outros membros da família doentes e planejamento doméstico.

Embora algumas autoras feministas considerem que o trabalho reprodutivo seja o pilar do desenvolvimento do sistema capitalista, a falta de remuneração e de reconhecimento dessas tarefas faz com que elas possuam caráter opressor. As divisões hierárquicas e sexuais do trabalho geram o pensamento de que o labor do homem é mais valioso.

Com o decorrer do tempo e a partir das lutas dos movimentos feministas, as mulheres obtiveram acesso às atividades produtivas, mas continuam obrigadas ao labor doméstico. Além disso, mesmo com a ampliação da participação do gênero feminino no ambiente educacional e trabalhista, por causa de uma conjuntura econômica adversa, influenciada pelo neoliberalismo, pelo elevado nível de desemprego e por trabalhos precários, é possível verificar que elas possuem dificuldade na sua inserção no mercado de trabalho.

Deste modo, entende-se que os fatores supracitados colaboram para que a mulher dependa economicamente de seu marido ou companheiro e não consigam alcançar autonomia financeira. A independência proporcionaria segurança no rompimento de relacionamentos agressivos e marcados pela prática da violência doméstica e familiar.

A partir desta exposição, esta pesquisa levanta a seguinte problemática: Qual é a importância do trabalho feminino, produtivo e reprodutivo, nas relações sociais e para o combate ao ciclo de violência doméstica?

Diante dessa indagação, o trabalho objetiva verificar a relação entre o labor feminino e a conquista de autonomia e independência da mulher como forma de redução da violência doméstica. A pesquisa possui o objetivo específico de explicar como a dominação masculina nas relações sociais e a divisão de trabalho produtivo e reprodutivo entre os sexos transformou a vida das mulheres em uma prisão psicológica e econômica; estudar os movimentos emancipatórios feministas e suas críticas ao sistema capitalista; e analisar como a autonomia financeira feminina pode servir de mecanismo para evitar a ocorrência da violência de gênero.

A pesquisa justifica-se devido à necessidade de levantar dados bibliográficos aprofundados acerca da violência doméstica, a fim de contribuir com o debate sobre o tema e com a compreensão de fatores sociais, psicológicos e culturais que auxiliam na perpetuação do fenômeno. Ademais, o estudo da violência de gênero é relevante, pois possibilita o desenvolvimento de estratégias e de políticas públicas eficazes voltadas à proteção de vítimas e à responsabilização de agressores.

O método utilizado na elaboração deste estudo envolveu pesquisa teórica, com o objetivo de compreender qual é a importância do trabalho produtivo e reprodutivo desenvolvido por mulheres e a sua relação na obtenção de autonomia, para romper com relacionamentos violentos. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, a partir da leitura e análise de livros, artigos científicos, dissertações, monografias, teses e legislações específicas que possuíam, principalmente,

como assunto a discriminação e a violência contra mulher, assim como as características do regime patriarcal e do trabalho desempenhado por pessoas do sexo masculino e feminino.

Efetuiu-se revisão bibliográfica, com abordagem exploratória, com o objetivo de gerar maiores informações e familiaridade com os temas estudados, para torná-los mais explícitos.

2. A DOMINAÇÃO MASCULINA, O REGIME PATRIARCAL E SUAS INFLUÊNCIAS NA DIVISÃO DO TRABALHO ENTRE HOMENS E MULHERES

Historicamente, o homem sempre utilizou sua força física para dominar as relações sociais, assim como controlavam as mulheres no ambiente privado e no público. Diante do desequilíbrio dessas relações e em razão do poder exercido pelo gênero masculino no campo político, sexual, econômico, jurídico e social, o sexo feminino foi privado do acesso à educação, ao trabalho e à autonomia sobre o seu corpo.

Entende-se, ainda, que desde a Antiguidade, a sociedade considerava o sexo masculino dominante. Nesse passo, naturalizava-se o pensamento de que ele seria superior, enquanto as mulheres eram consideradas inferiores. No mesmo sentido, aponta-se o seguinte:

Desde a Antiguidade, o sexo masculino era visto como dominante, sendo que se naturalizava a ideia de “superioridade masculina” e “inferioridade feminina”. A sociedade brasileira, fundada nos moldes patriarcais, acreditava que a mulher possuía um papel de menor valor, de forma que não podia expressar-se ou reivindicar direitos. Com base nisso, pensamentos machistas e preconceituosos eram fortalecidos e, como consequência, mulheres eram estigmatizadas e inferiorizadas (Alves; Silva, 2024, p. 433).

Deste modo, ao longo da história, além de não possuírem liberdade para se manifestarem ou para reivindicar direitos, em razão do preconceito, da estigmatização e do machismo, cabia às mulheres o papel de esposa, cuidadora, reprodutora e responsável pelo lar. Elas também eram ensinadas a serem submissas a seus maridos (Fritz; Grandi, 2023).

Cumprir destacar que em razão das diferenças biológicas entre os sexos, alguns povos acreditavam que as mulheres seriam inferiores aos homens e frágeis. Essa visão binária e classificatória a respeito dos sexos está ligada à diversas formas de violência que são cometidas em desfavor das mulheres cotidianamente pelo mundo (Dias, 2021).

A sociedade, organizada por uma estrutura patriarcal, estabelece uma hierarquia entre homens e mulheres. Essa estrutura estabelece um papel de inferioridade ao gênero feminino, com o intuito de garantir que o masculino continue controlando os corpos. Trata-se de um modelo androcêntrico de organização social, que usa a violência de modo contínuo para se manter (Rodrigues, 2016).

Ou seja, a violência e a misoginia estão relacionadas ao androcentrismo e ao patriarcado, porque ao colocar o homem no centro de tudo, criou-se a base da dominação masculina e da

desigualdade de gênero. As relações patriarcais podem ser perpetuadas mediante diversos sistemas sociais, como no trabalho, na família, na religião ou através do Estado (Costa, 2024).

O patriarcado também pode ser entendido como uma estrutura concentrada na figura do pai, o qual domina as relações, ocupa a posição central da família e detém em suas mãos o poder de tomar as decisões ligadas ao ambiente familiar (Dias, 2021). Por outro lado, ele também pode ser entendido como uma forma de organização social que valoriza o sexo masculino em detrimento do feminino. Nesse passo, ela legitima o controle dos corpos e da autonomia das mulheres.

Tradicionalmente, o homem sempre pertenceu ao espaço público, sendo considerado o provedor da família, ao passo que a mulher foi confinada no ambiente privado, a fim de que cuidasse do lar. Essa relação de dominação e possessividade da figura masculina em desfavor da feminina também está ligada a origem da palavra “família”, a qual foi consolidada como instituição na Roma Antiga. No modelo de família romana, o homem ocupava a posição central, sendo que a mulher era observada como mera coadjuvante (Alves; Silva, 2024).

Sendo assim, entende-se que “[...] este modelo fundou a sociedade atual, tendo em vista que os relacionamentos são definidos pela dominação, exclusão e violência contra a mulher” (Alves; Silva, 2024, p. 437). O patriarcado acentua a desigualdade de gênero e insere a mulher em uma posição de vulnerabilidade e de submissão.

No que tange a violência, a Organização Mundial de Saúde a define da seguinte forma:

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG *et al.*, 2002, p. 5).

Já a violência de gênero pode ser entendida como a dominação do homem e a submissão da mulher, que se originam de uma ideologia patriarcal e abrange diversas formas de discriminação que são praticadas contra o gênero feminino (Costa, 2024).

Segundo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, promulgada neste país por meio do Decreto n.º 1.973/1996, essa forma de violência pode ser conceituada como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Brasil, 1996, s.p.).

Quanto as nuances e ao conceito de patriarcado, Heleieth Iara Bongiovani Saffioti (2015) leciona que esse regime se funda por meio de uma economia doméstica, bem como se estabelece de forma que os homens assegurem, para eles próprios ou para seus dependentes, meios à produção diária e à reprodução da vida.

Além disso,

Neste regime, as mulheres são objetos da satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, de força de trabalho e de novas reprodutoras. Diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também como grupo, envolve prestação de serviços sexuais a seus dominadores. Esta soma/mescla de dominação e exploração é aqui entendida como opressão [...] (Saffioti, 2015, p. 112).

Análises realizadas pelo feminismo reforçam que as assimetrias e desigualdades de gênero são criadas por estereótipos estabelecidos pelo patriarcado. Os movimentos feministas de diversos países, ao longo do tempo, travaram lutas em busca de igualdade de gênero. Ou seja, buscavam a redistribuição de poder entre o masculino e o feminino e, como consequência, o desenvolvimento social por meio do respeito às mulheres.

A resistência desses grupos proporciona o desenvolvimento de sociedades democráticas, as quais, regidas pelos direitos humanos, oferecem dignidade, liberdade individual, educação, cultura e equidade social.

A partir das ações adotadas por esses movimentos, mesmo que de forma lenta, ocorreram avanços no tratamento empregado às mulheres. A princípio, estas foram inseridas na política e, posteriormente, no mercado de trabalho. Aliado a isso, em 1945, por meio da Carta das Nações Unidas, foi reconhecida a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Em 1951, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovou a remuneração igualitária entre os sexos (Fritz; Grandi, 2023).

Destaca-se, também, que em 1960, com a influência de ideias marxistas e da psicanálise, ocorreu a perpetuação da vertente liberal do feminismo, oportunidade em que houve a revolução de costumes e foi promovida a luta por uma sociedade tecnocrática contra o patriarcado (Fritz; Grandi, 2023).

No Brasil, após manifestações de movimentos sociais daquele período, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, através do artigo 226, proteção do Estado nas relações familiares. Na década de 1980, um grupo formado por mulheres se reuniu com o objetivo de buscar inclusão e de combater a discriminação e a violência (Lorga, 2018).

Embora tenha ocorrido avanços no tocante aos direitos das mulheres neste país, no campo profissional ou com relação a sua representação no parlamento, a base material do patriarcado não foi destruída. Por exemplo, na Roma Antiga, o chefe da família, ora patriarca, detinha o direito de vida e morte sobre a mulher. Atualmente, apesar do homicídio e do feminicídio serem tipificados no Código Penal, os autores destes delitos ainda gozam de impunidade. Outro exemplo se refere ao menor acesso das mulheres à educação ou a um trabalho de prestígio, com um salário satisfatório (Saffioti, 2015).

Sendo assim,

[...] o patriarcado sempre conferiu uma posição de inferioridade e submissão às mulheres, o que as afeta em diversos aspectos de suas vidas, como no campo profissional, econômico, acadêmico ou jurídico. Além disso, verifica-se que a violência e a desigualdade de gênero são notórias em todas as sociedades do mundo, orientais ou ocidentais, mesmo que a cultura ou a religião dos grupos humanos sejam diferentes. Assim, o patriarcalismo trata-se de aspecto comum entre os agrupamentos (Alves; Silva, 2024, p. 441).

A dominação-exploração se trata de um único fenômeno que possui duas faces. Ou seja, a base econômica do patriarcado não está ligada apenas a discriminação salarial de trabalhadoras, ou a sua segregação ocupacional, ou a marginalização de importantes papéis econômicos. Ela também abrange o controle da sexualidade e da capacidade reprodutiva das mulheres.

Segundo Heleieth Iara Bongiovani Saffioti (2015), tendo em vista que a natureza do patriarcado continua a mesma, não é suficiente aumentar o campo de atuação das mulheres ou fazer com que elas ocupem posições econômicas, políticas e religiosas. A autora afirma que esse regime não apresenta somente uma hierarquia entre as categorias de sexo, mas possui contradições de interesses. Em outras palavras, a preservação do *status quo* abrange o interesse do masculino, ao mesmo tempo que transformações relacionadas à igualdade social entre homens e mulheres são aspirações femininas.

Sendo assim, os interesses das duas categorias não são apenas conflitantes, mas contraditórios. Essa contraposição não possui solução nesse regime, mas necessita de superação e de transformações radicais, com o objetivo de preservar diferenças e eliminar desigualdades.

Algumas pensadoras feministas, que possuem princípios marxistas, como Angela Yvonne Davis, Selma James e Silvia Federici, criticam o capitalismo e os conflitos de classe. Aponta-se, ainda, que a relação entre o marxismo e o feminismo, ora movimentos emancipatórios, é complexa. O primeiro não reconhece o trabalho, pois diante da reprodução social e da industrialização, Karl Marx tinha o ponto de vista do homem trabalhador e assalariado, sendo que negligenciava o trabalho feminino e tornava a exploração dessa mão de obra invisível (Fritz; Grandi, 2023).

Cumprir apontar que o feminismo pode atuar com o marxismo no que tange a compreensão de conceitos relacionados à classe, ao trabalho, ao capitalismo e à realidade social contemporânea, haja vista que esse sistema econômico se beneficia da opressão de gênero.

Conforme Silvia Federici (2021), em uma análise materialista do tema, o trabalho doméstico não remunerado é determinante na composição do valor da força de trabalho. Ademais, o produto de uma reforma social e política ligado à classe trabalhadora, ora chamado “salário patriarcal”, fez com que as mulheres fossem empurradas para o trabalho reprodutivo e escondeu áreas de exploração. Ou seja, esse salário estabeleceu aos homens o comando do trabalho e do corpo das mulheres e com isso, a casa foi transformada em uma fábrica da classe trabalhadora.

O trabalho doméstico possui como instrumentos a família, a ideologia e o amor, sendo que

enfraquece a classe trabalhadora e fragiliza as mulheres no campo social, uma vez que a família e a esfera privada não são observadas como elementos externos ao capital. Deste modo, a luta feminista estaria no centro da luta anticapitalista.

Além disso, repensar o marxismo e o feminismo significa colocar a luta de classes no centro das divisões que foram forjadas pelo capitalismo no proletariado do mundo, bem como pelas discriminações sexual e racial, ora temas que são abordados na obra de Karl Marx. Ou seja, não há uma obra deste autor que analisa a função de diferentes regimes laborais e hierarquias estabelecidas pelo desenvolvimento capitalista, ao longo dos tempos, com base nessas questões mencionadas (Federici, 2021).

[...] Ainda assim, um fator que permitiu ao capitalismo se reproduzir até nossos dias foi precisamente sua capacidade de mobilizar setores do proletariado como instrumentos de políticas racistas, machistas e favoráveis aos avanços da colonização. Aliás, ao lado da discriminação racial, a habilidade dos homens de recuperar a força perdida no local de trabalho à custa das mulheres provavelmente evitou revoluções (Federici, 2021, s.p.).

Deste modo, verifica-se que o desenvolvimento capitalista possui como elementos estruturais o racismo, o etarismo e o machismo. O último fenômeno citado trata-se do tema central desta pesquisa. Além disso, no que diz respeito às mulheres, entende-se que seu trabalho aparenta ser apenas uma assistência pessoal, a qual seria alheia ao capital.

Segundo Silvia Federici (2021), citada por Karen Beltrame Becker Fritz e Antonela Silveira de Grandi (2023), as mulheres são o pilar do desenvolvimento do capitalismo nas atividades de reprodução e relacionadas ao cuidado de pessoas. A falta de remuneração e de reconhecimento de tais tarefas confere caráter opressor a elas. Ao passo que o trabalho produtivo, abordado por Karl Marx em sua obra, é atribuído aos homens como um modo natural de divisão sexual das atividades.

Nesse sentido, o ponto central desse tema se liga a distinção do trabalho remunerado e não remunerado. O trabalho das mulheres no ambiente familiar, sem remuneração, consiste na criação dos filhos e na realização de atividades domésticas. O referido labor efetuado por elas permite que os homens sejam livres para se engajarem no trabalho remunerado (Biroli, 2018).

É relevante destacar que somente o trabalho delas é gratuito e realizado a partir do casamento, sendo caracterizado como não produtivo. Isso ocorre porque os produtos que decorrem do trabalho da mulher no ambiente familiar apenas possuem valor a partir do momento que atendem às necessidades de outras pessoas que não sejam o seu marido (Biroli, 2018).

Além disso, hoje, existem categorias de análise para compreender a divisão assimétrica do trabalho entre os sexos: “a divisão sexual do trabalho e as relações sociais do sexo; o gênero e as relações de gênero; as diferenças de sexo; a discriminação e as desigualdades” (Hirata, 2009, p. 80).

A divisão sexual do trabalho possui como campo de referência o trabalho. Por outro lado, as relações sociais do sexo estão ligadas a todos os campos do social. Ademais, duas problemáticas existem nesse campo de estudo na França. Ou seja, de um lado, existe a ideia de complementariedade entre os sexos e de integração social, o qual diz que a divisão de papéis é fundada na natureza masculina e feminina (Hirata, 2009).

Essa "conciliação" pode tomar: 1) a forma de um modelo tradicional (mulheres no seio da família, homens no trabalho); 2) a forma de um modelo da conciliação (na realidade, apenas as mulheres conciliam a vida profissional com a vida familiar); 3) a forma de um modelo da delegação (mulheres delegam a outras mulheres suas tarefas domésticas, o que amortiza a contradição e a tensão na vida do casal; a delegação substituiria assim a "dupla jornada de trabalho" (Hirata, 2009, p. 81-82).

Essa abordagem de complementariedade é coerente com a visão de divisão do trabalho entre homens e mulheres, do trabalho profissional e do doméstico. É uma divisão entre tipos de empregos que permite a reprodução dos papéis sexuais. Aliado a isso, essa ideia é chamada de "Parceria" na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, organizada pela ONU, em Pequim, em setembro de 1995 (Hirata, 2009).

Já na teoria da divisão do trabalho enquanto conflito, a opressão está presente. Conforme Danièle Kergoat, mencionada por Helena Hirata (2009), a divisão social e técnica do trabalho estabelecem uma hierarquia ligada às relações sexuais de poder. Além do trabalho masculino ser considerado mais valioso ao ser comparado com o feminino, também existe uma separação, na qual o trabalho masculino e o feminino são diferentes.

Essa teoria sociológica da divisão sexual do trabalho renova os paradigmas da sociologia do trabalho (Hirata, Kergoat, 2005) na medida em que eles ampliam o conceito de trabalho. O trabalho é pensado como sendo profissional e doméstico, o status de trabalho sendo plenamente conferido ao trabalho doméstico; o trabalho é considerado remunerado e não remunerado, formal ou informal, este último sendo dominante nos países ditos em vias de desenvolvimento e em franco crescimento nos países capitalistas desenvolvidos (Hirata, 2009, p. 83).

Após diversos anos de lutas feministas, que serão analisados no tópico a seguir, as mulheres conseguiram conquistar o direito de exercer atividades produtivas. Todavia, elas não estão desobrigadas do labor reprodutivo e doméstico, razão pela qual considera-se que elas exercem dupla jornada de trabalho.

3 OS MOVIMENTOS FEMINISTAS E OS DIREITOS DAS MULHERES NO TRABALHO PRODUTIVO E REPRODUTIVO

Os primeiros movimentos feministas foram identificados no Ocidente e buscavam responder às conquistas da Revolução Francesa no que tange à emancipação masculina. Sendo assim, as mulheres daquele período se organizavam para buscar educação, o direito ao voto, a igualdade no casamento e o direito de dispor de suas propriedades estando casadas (Magalhães;

Nogueira; Ribeiro, 2021).

O feminismo surge naquela época com o objetivo de criticar a submissão das mulheres na esfera doméstica e o afastamento delas da esfera pública. Sendo assim, entende-se que

Um pensamento, para se caracterizar como feminista, não se limita à afirmação literária da igualdade de talentos ou de valor entre mulheres e homens nem à reivindicação política da extensão dos direitos individuais a toda a espécie humana. O feminismo se definiu pela construção de uma crítica que vincula a submissão da mulher na esfera doméstica à sua exclusão da esfera pública. Assim, no mundo ocidental, o feminismo como movimento político e intelectual surge na virada do século XVIII para o século XIX e pode ser considerado um filho indesejado da Revolução Francesa (Biroli; Miguel, 2014, p. 13).

Ademais, as ondas feministas iniciais eram compostas por mulheres europeias, brancas e burguesas, que eram afetadas negativamente pela estrutura patriarcal, tendo em vista que não podiam estudar, participar de decisões das esferas pública e privada e tampouco experimentar um modo de vida distinto dos contornos domésticos (Biroli; Miguel, 2014). Contudo, foi o privilégio destas classes que lhes conferiu visibilidade na luta por direitos básicos.

Por exemplo, no Brasil e na literatura brasileira, Nísia Floresta Brasileira Augusta foi a primeira mulher com ideias feministas que teve visibilidade em suas publicações. Nascida em 1810, Nísia era de família nordestina e burguesa. Ela publicou livros que englobavam o pensamento crítico e revolucionário no que tange à condição da mulher e às regras sociais (Magalhães; Nogueira; Ribeiro, 2021).

Naquele período, referente à luta das mulheres por seus direitos, em jornais nacionais e internacionais, os seguintes temas eram considerados recorrentes: ativismo feminista, trabalho fora do ambiente familiar, violência e comportamento (Sarmiento, 2017).

Todavia, mesmo com a transmissão de ideias feministas através de jornais, ainda que em causas comuns, as lideranças femininas eram desconsideradas. Por exemplo, Maria Rita Soares de Andrade, nascida em 1904, primeira Juíza Federal do Brasil, era militante na luta das mulheres e influente na política. Contudo, isso não foi difundido de forma ampla neste país (Magalhães; Nogueira; Ribeiro, 2021).

Acrescenta-se, ainda, que os marcos internacionais da primeira onda do feminismo estenderam-se até a década de 60, sendo que abordavam questões cívicas e jurídicas. Por outro lado, a segunda onda do feminismo aconteceu entre os anos 60 e 80. O movimento desse período problematizava questões relacionadas ao corpo, à sexualidade e às violências sofridas pelas mulheres no contexto familiar (Nogueira, 2001).

Cumprir destacar que as agendas feministas tratavam de novas questões. Elas combatiam a demarcação rígida dos papéis de gênero, que era responsável por sobrecarregar as mulheres com dupla jornada de trabalho, bem como aquelas que adotavam cuidados exclusivos com os filhos.

Além disso, criou-se políticas sobre o corpo e reivindicações a favor dos direitos de reprodução, a fim de que as mulheres adquirissem garantias ligadas a sua sexualidade.

No Brasil, além de combater a dominação masculina e a violência contra a mulher, a segunda onda sofreu intervenções da Ditadura. O regime mencionado atuava no sentido de silenciar grupos feministas, especialmente aqueles que se organizavam em seu desfavor e contra as repressões políticas daquela época. Deste modo, diferente da Europa e dos Estados Unidos, o Brasil possuía um movimento feminista específico, cujo intuito era resistir a Ditadura. Ele era formado por mulheres da elite e por populares conectadas à esquerda política (Magalhães; Nogueira; Ribeiro, 2021). Assim sendo, verifica-se que os movimentos feministas não atuavam de forma universal.

Além disso, entre os anos de 1964 a 1980, várias mulheres trabalharam na elaboração de uma nova Constituição (Biroli, 2018). Ou seja, elas mobilizaram-se em torno da inserção de demandas feministas no âmbito do Estado. Por essa razão, em 1985, originou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, cujo objetivo era debater e criar propostas acerca dos direitos das mulheres para elaboração da nova constituição.

A partir disso e com a participação de pessoas de diversas regiões do país, foi construída a Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes. No ano de 1987, esse documento foi apresentado na assembleia de inauguração da nova constituinte (Magalhães; Nogueira; Ribeiro, 2021).

A terceira onda do feminismo iniciou-se nos anos 80, sendo que possuía caráter pós-modernista e pós-estruturalista. Nesse passo, sua luta era ligada à resistência à categorização e ao essencialismo. O movimento desse período discutia de forma ampla o conceito de gênero, afastava a visão binária e pensava em novas formas de identidade (Nogueira, 2001).

Atualmente, o feminismo vive sua quarta onda. Em outras palavras, as redes sociais modificaram a forma que o ativismo se organiza, sendo que este tornou-se mais eficiente e rápido, pois os movimentos feministas não precisam ocupar espaços físicos para realizar a reivindicação de direitos. Através, por exemplo, de *blogs* feministas, as mulheres podem escrever sobre suas histórias, seu ponto de vista ou acerca de temas de seu interesse. Aliado a isso, protestos que ocorriam nos ambientes públicos, atualmente, podem acontecer através de campanhas *online*.

Sendo assim, as inovações tecnológicas, além de propiciarem uma comunicação mais fácil entre os indivíduos, também criou uma rede de apoio e possibilitou a manifestação de grupos minoritários. As redes sociais, por exemplo, causaram interferências na esfera política, Com a expansão dos padrões de comunicação, este tornou-se mais autônomo e democrático, bem como potencializou mobilizações individuais e coletivas (Magalhães; Nogueira; Ribeiro, 2021).

No entanto, a comunicação massiva e midiática não pode fornecer a ilusão de participação horizontal e integral das mulheres, pois muitas não possuem acesso às redes sociais e aos meios

digitais e, como consequência, são excluídas.

Detalha-se que no início da década de 70, com o objetivo de obter reconhecimento e a valorização do trabalho reprodutivo, iniciou-se a campanha internacional denominada *International Wages for Housework Campaign*², que visava o recebimento de salário doméstico e tinha caráter contestatório. Ela também investigava as razões da ocorrência da opressão feminina no capitalismo.

Feministas como Selma James e Mariarosa Dalla Costa estavam à frente da campanha. Elas apontavam que a reivindicação por salários domésticos se tratava de uma estratégia política para construir a greve das mulheres. Aliado a isso, o panfleto das manifestações continha a seguinte frase de Silvia Federici: “Eles dizem que é amor, nós dizemos que é trabalho não remunerado”, ora crítica ao trabalho doméstico como vocação (Fritz; Grandi, 2023).

As manifestações dessas mulheres visavam ocasionar a revolução. A relevância do movimento não estava, especificamente, na obtenção de salário, mas tratava-se de uma estratégia de enfraquecimento do papel imposto à mulher na divisão capitalista do trabalho. Ou seja, o intuito era alterar a função designada ao gênero feminino no interior da classe trabalhadora e conferir notoriedade ao trabalho reprodutivo.

Sendo assim, nota-se que é necessário conferir visibilidade e importância ao trabalho doméstico feminino, a fim de que este não seja tratado somente como um modo de satisfação do patriarca no ambiente familiar e para que não seja utilizado como um modo de dominar o gênero em uma estrutura que o homem explora o trabalho da mulher.

O debate daquele período (década de 70) continua presente nos dias atuais. Apesar das tendências dos países latino-americanos demonstrarem que nas últimas décadas do século XX, alterou-se de forma significativa o perfil de acesso de mulheres brasileiras à educação e ao trabalho, pois a partir de 1970 e no início do século seguinte, o percentual de mulheres economicamente ativas ampliou-se de 18,5% para aproximadamente 55%, tendo atingido o teto de 59% no ano de 2005 (Biroli, 2018), seu poder social ainda é inferior ao dos homens, haja vista que recebem salários menores e possuem dificuldade em obter cargos de destaque.

No que tange a escolarização e a profissionalização das mulheres, entende-se o seguinte:

A posição delas se modificou, também, no acesso à escolarização. Hoje têm, em média, mais tempo de educação formal do que os homens, passando a ser maioria entre as pessoas matriculadas no ensino superior. Apesar disso, a diferença entre o rendimento médio das mulheres e o dos homens permanece em torno de 25%, e a profissionalização não garantiu acesso igualitário às diferentes ocupações (Biroli, 2018, p. 21).

Cumprido apontar que o acesso às ocupações não é igualitário, porque a divisão sexual do trabalho e as formas de construção do feminino, fazem com que as mulheres possuam chances menores de participar da expressão e do debate político ou de ocupar posições na política

2 Campanha Internacional pelo Salário do Trabalho Doméstico (tradução livre).

institucional. Ademais, entende-se que a cidadania delas é afetada pela divisão sexual do trabalho, a qual cria desafios e obstáculos às ocupações e aos recursos, bem como à participação na política autônoma (Biroli, 2018).

Além disso, acerca da diferença salarial com base no gênero, verifica-se, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do ano de 2021, que no ano de 2019, o rendimento das mulheres representava, em média, 77,7% do rendimento dos homens (Guedes, 2021). Aponta-se que mesmo em cargos de igual patamar, o gênero masculino ainda recebe remuneração superior à das mulheres.

A desigualdade salarial decorre dos seguintes fatores: a heterogeneidade dos trabalhadores com relação aos atributos produtivos e a discriminação salarial. Além de lutarem por espaço no ambiente de trabalho, atualmente, as mulheres também buscam igualdade de tratamento no recebimento de seus salários e de carga horária (Fritz; Grandi, 2023).

Deste modo, apesar das mulheres conquistarem melhores posições na política e no setor privado, enquanto mantidas as hierarquias de classe e racial, perpetua-se a dominação do sexo masculino em suas vidas (Saffioti, 2015).

Além disso, foi após as mudanças políticas geradas pela primeira onda do feminismo que os seguintes direitos foram estabelecidos às mulheres: direito ao voto, à propriedade, ao acesso à educação e ao divórcio. A partir disso, criou-se um contexto favorável para que elas pudessem participar do trabalho remunerado, o qual ampliou sua independência (Biroli, 2018).

No entanto, embora as mulheres tenham conquistado direitos, como trabalhar fora do ambiente familiar e em atividades produtivas, nos dias atuais, elas ainda enfrentam outras problemáticas. Em outras palavras, elas devem buscar igualdade de tratamento, pois, ao serem comparadas com os homens, são inferiorizadas e desvalorizadas.

Ao aumentar a independência do gênero feminino, o trabalho produtivo afasta a influência do patriarcado, pois possibilita que as mulheres alcancem a autonomia e não tenham que se sujeitar às ordens ou à violência praticada por seus companheiros, conforme será demonstrado a seguir.

4. A RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA ECONÔMICA FEMININA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Com o objetivo de promover os direitos das mulheres, no ano de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW).

O instrumento internacional colaborou na luta por igualdade de gênero e no combate à discriminação praticada pelo Estado, indivíduos, empresas ou organizações. Aliado a isso, em 1999,

adotou-se o Protocolo Opcional à convenção. Deste modo, nos países que ratificaram o protocolo, as mulheres, cujos direitos foram violados e que tenham esgotado as vias recursais nacionais, podem denunciar a violência ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, uma vez que este possui a responsabilidade de garantir a aplicação da Convenção (ONU, 1979).

Ademais, no Brasil, em 20 de março de 1984, o Decreto n.º 89.460, promulgou a CEDAW. Na ocasião, por meio de seu artigo 1º, formulou reservas ao artigo 15, parágrafo 4º e artigo 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h). Elas apenas foram retiradas em 20 de dezembro de 1994. Aliado a isso, em 13 de setembro de 2002, por meio do Decreto n.º 4.377, o Brasil revogou o Decreto de 1984 e decretou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2º.

O artigo 1º da convenção mencionada definiu a discriminação contra a mulher como toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo, que tenha o intuito de prejudicar ou anular o reconhecimento, a fruição ou o exercício de direitos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural ou civil, da mulher (ONU, 1979).

No ano de 1994, a Organização dos Estados Americanos (OEA) criou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). O documento mencionado aponta que a prática de violência de gênero caracteriza violação da dignidade humana. Ele também conceitua a agressão mencionada como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na privada (Lorga, 2018).

Verifica-se que as convenções supramencionadas desempenham um papel relevante no combate à violência e à discriminação contra o gênero feminino. Elas estabelecem normas internacionais e incentivam que os países adotem estes padrões em suas legislações nacionais. Ou seja, elas criam a base para o reconhecimento e a produção dos direitos das mulheres no mundo.

Aliado a isso, as mulheres e a sociedade precisam ser conscientizadas quanto à prática da agressão doméstica e sobre a dificuldade de romper os ciclos de violência. Os fenômenos citados são naturalizados no cotidiano delas e como consequência, estas não reconhecem ou negam a ocorrência dos abusos (Fritz; Grandi, 2023). Ademais, também devem ser disseminadas informações sobre os direitos das mulheres, a fim de que sejam levantados esforços para alterar aspectos culturais que reiteram a prática desse tipo de violência.

O papel desempenhado pelo gênero feminino na família e perante a sociedade, desde a infância até a vida adulta, faz com que estas tenham a obrigação de seguir as ordens de seus genitores ou de seus maridos. Diante disso, tornam-se dependentes e submissas a eles. Por esse

motivo, é necessário que elas saibam a importância de reivindicar seus direitos.

Embora o feminismo tenha conquistado muitas garantias às mulheres ao longo dos anos, verifica-se que sociedade continua sendo regida pelo machismo. Geralmente, o feminino é observado como um objeto, o qual deve seguir padrões morais, para satisfazer o pai e após o casamento, o marido. Por essa razão, muitas possuem dificuldade de encerrar relacionamentos abusivos e violentos.

Nota-se que a violência doméstica e familiar é uma problemática ligada à saúde pública e, conforme artigo 6º da Lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), também infringe os direitos humanos (Brasil, 2006). O artigo 5º da legislação mencionada, define a violência doméstica e familiar 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 (Brasil, 2006, s.p.).

Com o objetivo de reduzir a incidência do fenômeno, diversas áreas concentraram-se em determinar as causas e as consequências da violência doméstica. Aliado a isso, verifica-se que algumas delas estão relacionadas às características domiciliares e socioeconômicas da mulher e de seu companheiro. Outros fatores que podem ser citados são: a pobreza, o alcoolismo, a renda da mulher e de seu companheiro, a insuficiência de mecanismos de proteção a ela, a idade, a escolaridade e o desemprego (Soares; Teixeira, 2022).

Conforme o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero de 2021 do Conselho Nacional de Justiça (2021), a violência de gênero e doméstica podem ocorrer em razão de desigualdades estruturais de gênero e de fatores materiais, como a dependência financeira.

Sendo assim, verifica-se que a dependência econômica colabora com a ocorrência de agressões e de abusos no ambiente familiar e em desfavor do gênero feminino, ao passo que gera medo e incertezas nas vítimas. Ou seja, a renda é utilizada por muitos homens como principal ferramenta de controle no domicílio. Sem participação no mercado de trabalho (trabalho produtivo) e sem o acréscimo de seus proventos, as mulheres não possuem poder de barganha e tampouco de romper o ciclo de violência, o que colabora para a manutenção dela (Soares; Teixeira, 2022).

Aliado a isso, a pesquisa elaborada por Laís de Sousa Abreu Soares e Evandro Camargos Teixeira (2022, p. 281), que pretendia determinar o efeito da dependência econômica da mulher em relação ao cônjuge na probabilidade de ocorrência de violência doméstica conjugal, demonstrou o

seguinte resultado:

Os resultados indicaram uma relação negativa entre a dependência econômica da mulher em relação ao marido e à violência doméstica – ou seja, quanto maior a dependência financeira da mulher, menor é a probabilidade de que ela esteja em situação de violência doméstica.

Segundo os autores supracitados, há duas explicações para isso, a primeira está vinculada à possibilidade de o homem utilizar a violência como forma de retirar recursos da mulher, ou seja, quanto maior seria o poder econômico dela ao ser comparada com o homem, mais elevado é o grau da violência (Soares; Teixeira, 2022).

Por outro lado, outra explicação relacionada aos efeitos da dependência econômica feminina e a ocorrência de violência doméstica e familiar, é a seguinte: quanto maior é a subordinação financeira da mulher em relação ao marido, amplia-se a probabilidade de que ela se mantenha no relacionamento abusivo, sem denunciar comportamentos agressivos do parceiro, pois com a insuficiência de recursos, não conseguiria arcar com suas necessidades básicas fora do casamento (Soares; Teixeira, 2022).

Sendo assim, em muitos casos, a mulher possui resistência em colocar fim ao relacionamento, pois é através dele que tem acesso à bens e serviços. Além disso, a problemática da dependência econômica feminina brasileira também está condicionada à uma conjectura socioeconômica adversa, a qual é influenciada pelo neoliberalismo e pela desestruturação do trabalho e, como consequência, pelos altos índices de desemprego e trabalho precário (Abreu, 2015).

A desvalorização do trabalho da mulher trata-se de uma problemática histórica. Tradicionalmente, os papéis e posições foram designados aos homens e as mulheres no trabalho e na sociedade. Isso proporcionou privilégios aos primeiros em detrimento do gênero feminino, o qual foi desvalorizado e inferiorizado na esfera produtiva. Ou seja,

Assim, temos como um dos fatores impeditivos da emancipação feminina no que se refere ao seu desenvolvimento econômico, o trabalho de cuidado (não remunerado). Este que é fundamental para a sociedade e para economia, versa sobre o trabalho de cuidar de pessoas vulneráveis (idosos, crianças, pessoas portadoras de deficiência – seja física ou mental), bem como inclui-se neste rol o trabalho com a manutenção do lar, com os afazeres domésticos. Hodiernamente enraizado por meio da cultura patriarcal, que seria dever das mulheres esse tipo de função desempenhada. Todavia, as mulheres dedicam cerca de 21,4 horas semanais às tarefas de cuidado; já os homens, apenas 11 horas (Jordão; Santos, 2023, p. 51).

Por exemplo, no final do século XVIII e início do século XIX, período de consolidação do capitalismo, mulheres foram inseridas nas indústrias, a fim de que exercessem atividades. Contudo, nesses ambientes, enfrentavam condições de subalternidade, sendo submetidas a longas jornadas de trabalho e a serviços degradantes. Elas desempenhavam o trabalho doméstico, agrícola e fabril

(Abreu, 2015).

Por dedicarem diversas horas de sua rotina ao trabalho de cuidado, as mulheres se sobrecarregam, razão pela qual não possuem tempo suficiente para se concentrarem na sua própria educação e em sua inserção no mercado de trabalho. Esses fatores dificultam a emancipação financeira e fazem com que estas pessoas sejam dependentes dos recursos econômicos de seus conviventes ou maridos (Jordão; Santos, 2023).

Sendo assim, como exposto anteriormente, muitas continuam em relacionamentos abusivos e violentos, para prover seu próprio sustento. Essa situação intensifica-se quando a mulher possui filhos menores, uma vez que todos são dependentes de recursos financeiros do sujeito masculino provedor do lar.

De fato, sem independência econômica, as mulheres vítimas de violência doméstica permanecem no relacionamento, por perceberem que continuar com o agressor é a solução mais viável naquele momento. Invisibilizadas pela sociedade, encarceradas em um relacionamento onde as mesmas não veem saída, sujeitas aos diversos tipos de violência, controladas e submissas, para as mulheres vítimas de violência doméstica conseguirem romper com o ciclo da violência, necessitam de estabilidade financeira e poder econômico, a fim de que lhes seja restaurada a sua emancipação como mulher (Jordão; Santos, 2023, p. 54).

Embora a violência contra a mulher esteja ligada às classes sociais, à renda e à cultura, na maioria dos casos, o homem também utiliza o seu patrimônio para reprimir sua companheira (Abreu, 2015). Nesse passo, culturalmente, muitas mulheres já aprendem a lidar com a impotência, porque são ensinadas que o homem possui força e o exercício do poder.

Portanto, "[...] os indivíduos ainda se organizam pela autoridade do homem, assim como muitas aceitam e naturalizam a sua discriminação decorrente da histórica dominação masculina. E, para mantê-la, o homem utiliza-se da violência ostensiva ou subliminar" (Alves; Silva, 2024, p. 440). Quando o indivíduo adota a atitude agressiva, ele o faz para retornar ao status de detentor de poder.

Aliado a isso, nas hipóteses que o gênero masculino é o único provedor da família, a mulher sente-se desestimulada para denunciar a violência sofrida, especialmente quando o casal possui filhos menores, pois tona-se mais árduo trabalhar para garantir o sustento do lar.

Nesse passo, cumpre destacar que entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda de 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), assinado por 193 países, encontra-se a busca pela igualdade de gênero e o empoderamento feminino, por meio do cumprimento das seguintes metas:

5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte [...];

5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme

os contextos nacionais;

5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública [...];

5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais (ONU, 2015, s.p.).

Assim sendo, é necessário valorizar o gênero feminino e o trabalho doméstico não remunerado, bem como devem ser elaboradas políticas públicas que protejam socialmente as mulheres e promovam a responsabilidade compartilhada no ambiente familiar. Por exemplo, políticas educacionais e sociais podem assegurar que as vítimas de violência doméstica alcancem emancipação financeira e, como consequência, consigam romper o ciclo da violência.

No que tange ao combate à violência doméstica e à desigualdade de gênero, é importante adotar políticas públicas que realizem campanhas educativas e que propaguem a existência da Lei Maria da Penha, especialmente o conteúdo de seus dispositivos, bem como outros instrumentos preventivos e repressivos que lutem contra a agressão feminina (Jordão; Santos, 2023).

Devem ser estabelecidas políticas que visem à erradicação da pobreza, à orientação para o trabalho, o incentivo ao empreendedorismo, à qualificação profissional e à inserção da mulher no mercado de trabalho, com o intuito de contribuir com sua liberdade e autonomia (Abreu, 2015).

Ademais, discursos machistas, no sentido de que as mulheres se mantêm em relacionamentos violentos porque gostam, devem ser combatidos. Diversos fatores, como os abordados por essa pesquisa, demonstram que o gênero feminino se sujeita aos atos agressivos devido à fatores econômicos ou psicológicos, sendo que, em grande parte dos casos, são dependentes financeiramente ou psicologicamente de seus parceiros.

No mesmo sentido, aponta-se que:

A vítima de violência doméstica sofre muitas vezes sem conseguir se desvincular do relacionamento violento por diversos motivos: laços de afeto existentes entre ela e o agressor, medo do agressor, dependência econômica, existência de filhos menores, ausência de apoio familiar para oferecer queixa, desinformação e ineficiência no atendimento prestado nas delegacias de polícia [...] (Abreu, 2015, p. 31).

O empoderamento feminino deve ser realçado, a fim de que a mulher possua controle sobre sua educação, sua formação profissional e suas próprias aspirações. É relevante que ela participe integralmente e de forma igualitária em todos os campos sociais e decisórios, bem como na vida pública e particular.

Para combater a violência doméstica, é importante que a mulher não dependa do agressor, uma vez que isso facilita que o homem exerça poder no ambiente familiar. Sendo assim, uma alternativa para gerar rupturas a opressão feminina trata-se do exercício do trabalho remunerado,

que deve ser oportunizado ao gênero feminino com igualdade de tratamento e de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve o intuito de definir a relação do trabalho feminino, produtivo e reprodutivo, no combate à violência doméstica. Com base nisso, visou-se verificar como o referido labor é relevante na conquista de autonomia e independência da mulher e de qual forma a dominação masculina nas relações sociais e na divisão do trabalho prejudicou o gênero feminino, a partir do seu aprisionamento psicológico e econômico.

Com fundamento em pesquisas para alcançar os objetivos supramencionados, extraiu-se que a violência doméstica é uma violação dos direitos humanos e uma questão de saúde pública. Apesar dos movimentos feministas terem alcançado relevantes direitos para as mulheres ao longo dos tempos, a coletividade ainda segue regida pelo sistema patriarcal e pelo machismo. Aliado a isso, muitas possuem dificuldade em romper com a violência praticada em seu desfavor dentro do ambiente familiar.

Os fatores relacionados à agressão incluem questões domiciliares e socioeconômicas, como a pobreza, o alcoolismo, a insuficiência de mecanismos de proteção à mulher, a idade, a escolaridade e o desemprego. Sendo assim, a desigualdade e a violência podem ser baseadas no gênero e em questões materiais, como a dependência financeira da mulher com relação ao homem.

Essa dependência acarreta incertezas nas vítimas, uma vez que a renda do homem é utilizada com o objetivo de garantir o controle e o poder dentro do lar. Deste modo, sem a integração de mulheres no campo trabalhista e produtivo, estas não possuem proventos para garantir o poder de barganha e tampouco conseguem romper o ciclo de violência.

Ademais, é possível extrair que quanto maior a dependência financeira da mulher, maior é a subordinação dela ao marido, assim como amplia-se a possibilidade de que esse relacionamento seja abusivo, pois com a insuficiência de recursos, a vítima fica propensa a tolerar comportamentos violentos e se mantém na relação, a fim de não perder o provedor de suas próprias necessidades básicas e serviços. Aponta-se que essa situação se agrava quando o casal possui filhos menores.

Diante desse contexto, é indubitável a relevância do labor produtivo e remunerado realizado pela mulher, a fim de que esta conquiste independência. Contudo, em razão de questões ligadas à desestruturação e a precariedade do trabalho e aos elevados níveis de desemprego, dificulta-se a visualização e a inserção do gênero feminino no mercado de trabalho. Essa problemática é histórica e baseia-se nos papéis designados aos sexos no campo trabalhista e na sociedade. As representações mencionadas conferem privilégios ao homem em prejuízo das mulheres, as quais são desvalorizadas na esfera produtiva e doméstica.

O trabalho doméstico ocasiona a sobrecarga da mulher, bem como faz com que ela não possua tempo para se aplicar na busca por educação e ao trabalho produtivo (remunerado). Isso dificulta o empoderamento e a emancipação financeira feminina.

A dependência econômica é um fator de risco, sendo que obsta o combate à violência. Deste modo, cumpre ressaltar o valor do trabalho produtivo e doméstico da mulher, a fim de enaltecer a importância delas na sociedade e para eliminar as desigualdades e as discriminações baseadas no gênero.

Portanto, com o objetivo de oportunizar condições igualitárias entre homens e mulheres e a emancipação destas últimas, o Estado deve criar medidas que possibilitem a fruição de direitos econômicos. Aliado a isso, devem ser adotadas políticas públicas e campanhas educativas que abordem a violência doméstica e a Lei Maria da Penha. Também devem ser criadas políticas que visem à erradicação da pobreza, o incentivo ao empreendedorismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, a fim de proporcionar liberdade e autonomia ao gênero feminino.

REFERÊNCIAS

ABREU, Mariany Santos. **As facetas da dependência econômica como obstáculo para mulheres que sofrem violência doméstica e familiar**. 2015. 58 f. Monografia (Graduação em Serviço Social) – Universidade de Brasília. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/17358>. Acesso em: 29 mar. 2024.

ALVES, Daphini de Almeida; SILVA, João Felipe. A aplicabilidade do tipo penal que criminalizou a violência psicológica contra a mulher no Brasil. *In: João Victor Nardo Andreassa; Danielle Augusto Governo; Thiago Mafra Tancredo (Organizadores). Diálogos de Ciências Jurídicas do Curso de Direito do UNIFIO*. 1 ed. Ourinhos: UNIFIO, 2024, v. 1, p. 433-501.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: Os limites da democracia no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. Feminismo e Política: uma introdução. *In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. (Org.). Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17-30. Disponível em: https://moodle.ibiruba.ifrs.edu.br/pluginfile.php/25050/mod_resource/content/1/BIROLI_%20MIGUEL.%20Feminismo-e-Politica-Uma-Introducao-Boitempo-Editorial-2015.pdf. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 1.973, de 1º 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 29 jun. 2024.

_____. **Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm#:~:text=DECRETA%3A,inteiramente%20como%20nela%20se%20cont%C3%A9m. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/d89460.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Lei nº 11.340 de 7 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, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 09 jun. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.** Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2024.

COSTA, Amanda Moura. Violência contra a mulher no âmbito do direito humano internacional: o julgamento dos casos Volodina e Maria da Penha. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual.** S.l. 2024. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8820>. Acesso em: 20 jun. 2024.

DIAS, Ana Luiza. **O isolamento social e o aumento da violência contra a mulher no cenário brasileiro em 2020.** 2021. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1994>. Acesso em: 28 jun. 2024.

FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário: notas sobre Marx, gênero e feminismo.** v. 1, São Paulo: Boitempo, 2021.

FRITZ, Karen Beltrame Becker; GRANDI, Antonela Silveira. O trabalho feminino e a independência financeira no combate à violência doméstica. **VI Encontro Virtual do CONPEDI.** Florianópolis, p. 187-203. 2023. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wggq8v/67e9p9j6/bA08k8pYAZ52t1cr.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2024.

GUEDES, Mylena. Mulheres ganham 77,7% do salário dos homens no Brasil, diz IBGE. **Cable News Network Brasil (CNN Brasil).** 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/mulheres-ganham-77-7-dos-salarios-dos-homens-no-brasil-diz-ibge/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

HIRATA, Helena. Mundialização, divisão sexual do trabalho e movimentos feministas transnacionais. **Cadernos de Crítica Feminista.** n. 2. 2009. Disponível em: https://soscorpo.org/?page_id=2665. Acesso em: 29 mai. 2024.

JORDÃO, Marcos Aurélio Mota; SANTOS, Maria Beatriz. Dependência econômica como fator de vulnerabilidade à violência doméstica contra a mulher. **Revista inovatio juris/inovatio juris journal**, v. 2, n. 2, p. 43-60, 2023. Disponível em: <https://inovatiojuris.com.br/index.php/home/article/view/23>. Acesso em: 15 jun. 2024.

KRUG, Etienne G. et al., **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Geneva, Organização Mundial de Saúde, 2002

LORGA, Fernanda Mariani. **A violência que fala mais alto: uma análise do crime de violência psicológica no âmbito doméstico e conjugal, à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro**. 2018. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85822/1/---DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRADO%20Fernanda%20Mariani%20Lorga.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2024.

MAGALHÃES, Sara Isabel; NOGUEIRA, Conceição; RIBEIRO, Diana. As ondas feministas: continuidades e descontinuidades no movimento feminista brasileiro. **Revista de Ciências Humanas e Sociais**. s.l. 2021. p. 57-76. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/136148>. Acesso em: 25 jun. 2024.

NOGUEIRA, Conceição. Feminismo e discurso do gênero na psicologia social. **Revista Psicologia & Sociedade**, v. 13, n. 1, p.107-128, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)**. 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 5º Igualdade de Gênero**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>. Acesso em: 15 abr. 2024.

RODRIGUES, Annelise Siqueira Costa. **FEMINICÍDIO NO BRASIL: uma reflexão sobre o Direito Penal como instrumento de combate à violência de gênero**. 2016, 83 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4840>. Acesso em: 03 jun. 2024.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SARMENTO, Rayza. **Das sufragistas às ativistas 2.0: feminismo, mídia e política no Brasil (1921 a 2016)**. 2017. 220 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AQKHD4>. Acesso em: 27 jun. 2024.

SOARES, Laís de Sousa Abreu; TEIXEIRA, Evandro Camargos. Dependência econômica e violência doméstica conjugal no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. n. 61. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/ppp61art9>. Acesso em: 05 jun. 2024.

A LAICIDADE E A INCLUSÃO LGBTQIAPN+: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE DE IGUALDADE E RESPEITO FRENTE AO FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO

Romualdo Flavio DROPA¹

RESUMO

Este estudo investiga como a laicidade impacta os direitos da comunidade LGBTQIAPN+, adotando uma abordagem analítico-descritiva. O objetivo é compreender como a separação entre Estado e religião pode fortalecer os princípios de igualdade e diversidade, que são essenciais para a proteção dos direitos individuais. A metodologia inclui uma revisão abrangente de literatura, documentos legais, decisões judiciais e teorias acadêmicas relevantes. A pesquisa contextualiza a laicidade no Brasil, analisando desde a influência histórica da Igreja Católica na política brasileira até a promulgação da Constituição de 1891, que formalizou a separação entre Igreja e Estado. A análise destaca a importância da laicidade não apenas como um mecanismo de neutralidade estatal, mas como um elemento crucial para promover uma sociedade inclusiva e justa. Entre os principais resultados, observa-se que a laicidade ajuda a evitar que crenças religiosas influenciem as políticas públicas, garantindo a proteção igualitária de todos os cidadãos. O estudo também explora os desafios contemporâneos de manter um estado laico em uma sociedade diversificada, especialmente em face do fundamentalismo religioso. Conclui-se que um secularismo proativo é necessário para acolher a diversidade e assegurar os direitos fundamentais de todos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, promovendo assim um ambiente de respeito e igualdade. Este artigo ressalta a importância da laicidade como um pilar essencial para a construção de uma sociedade democrática, diversa e inclusiva, onde a dignidade e os direitos de todos são priorizados.

PALAVRAS-CHAVE: laicidade, estado secular, direitos humanos, comunidade LGBTQIAPN+

ABSTRACT

This study investigates how secularism impacts the rights of the LGBTQIAPN+ community, adopting an analytical-descriptive approach. The objective is to understand how the separation between state and religion can strengthen the principles of equality and diversity, which are essential for the protection of individual rights. The methodology includes a comprehensive review of literature, legal documents, judicial decisions, and relevant academic theories. The research contextualizes secularism in Brazil, analyzing the historical influence of the Catholic Church on Brazilian politics up to the promulgation of the 1891 Constitution, which formalized the separation between church and state. The analysis highlights the importance of secularism not only as a mechanism of state neutrality but also as a crucial element for promoting an inclusive and just society. Among the main results, it is observed that secularism helps prevent religious beliefs from influencing public policies, ensuring the equal protection of all citizens. The study also explores the contemporary challenges of maintaining a secular state in a diverse society, especially in the face of religious fundamentalism. It concludes that proactive secularism is necessary to embrace diversity and ensure the fundamental rights of all, regardless of sexual orientation or gender identity, thereby

1 Doutorando em Ciências Jurídicas pela UENP - Universidade do Estado do Paraná. Doutor em Letras pela Universidade Federal do Tocantins, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (2005), Especialista em Patrimônio Histórico e Cultural pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1991). Pesquisador em Direitos Humanos e Direitos das Minorias. Experiência nas disciplinas de Filosofia Geral e Jurídica, Antropologia Jurídica e Criminologia. Coordenador de Grupos de Estudo na área de Direito Constitucional dentro da linha de pesquisa "Dignidade da Pessoa Humana". Professor pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Civil. Professor de Ética e Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Filosofia Geral e Jurídica, Antropologia Jurídica, Sociologia Jurídica, Ciência Política e Teoria Geral do Estado.

promoting an environment of respect and equality. This article underscores the importance of secularism as an essential pillar for building a democratic, diverse, and inclusive society where the dignity and rights of all are prioritized.

KEYWORDS: secularism, secular state, human rights, LGBTQIAPN+ community

INTRODUÇÃO

A secularização e os direitos fundamentais na sociedade moderna desempenham papéis cruciais, influenciando as interações entre o Estado, os cidadãos e as entidades religiosas. No cenário diversificado do Brasil, rico em crenças, valores e identidades variadas, é essencial compreender e aplicar esses princípios. Este artigo se propõe a desvendar a complexa conexão entre a secularização e os direitos fundamentais, investigando como eles se entrelaçam para promover a construção de uma comunidade equitativa, inclusiva e respeitosa.

Nossa abordagem neste estudo é qualitativa, focando em uma análise analítico-descritiva que inclui uma revisão abrangente de literatura pertinente, documentos legais, decisões judiciais e teorias acadêmicas significativas. Com essa metodologia, pretendemos mergulhar na evolução da laicidade, seu impacto nos direitos fundamentais e a relação desses com a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ no cenário sociopolítico do Brasil.

No primeiro capítulo, contextualizamos a laicidade no Brasil, delineando um trajeto histórico que vai desde os primeiros momentos da colonização até sua consolidação na Constituição de 1891. Compreender a progressão desse princípio é vital para analisar sua manifestação nas esferas política, social e jurídica do país. Essa base histórica permite-nos explorar como a secularização é moldada e implementada nas interações entre o Estado e as diversas manifestações religiosas na sociedade brasileira.

Os direitos fundamentais expandem nossa visão para os pilares que sustentam uma sociedade democrática e justa. Ao analisarmos as proteções garantidas pela Constituição de 1988, ganhamos perspectiva sobre a amplitude dos direitos individuais e coletivos que devem ser mantidos em um ambiente secular. A interpretação e aplicação desses direitos em uma sociedade de múltiplas crenças apresentam desafios complexos, frequentemente marcados por conflitos entre convicções religiosas e valores democráticos.

No segundo capítulo, abordamos os desafios decorrentes do choque entre esses direitos e crenças religiosas profundamente enraizadas. Analisamos como a sociedade e o sistema jurídico tratam essa interação delicada, buscando um equilíbrio entre garantias individuais e convicções religiosas.

Já no terceiro capítulo, voltamos nossa atenção para a comunidade LGBTQIAPN+, investigando seus progressos em termos de direitos fundamentais. Estudamos o movimento ascendente por igualdade e não discriminação, com foco especial nas conquistas realizadas e nas áreas que ainda requerem avanços significativos. Dentro deste panorama, detalhamos decisões judiciais transformadoras, explorando como essas vitórias têm fortalecido o reconhecimento dos direitos dessa diversidade.

Finalmente, no quarto tópico, focamos nos desafios contemporâneos e futuros relacionados à manutenção da secularização em um ambiente em constante transformação. Damos atenção especial a casos recentes que demonstram a interação entre a laicidade e os direitos fundamentais no Brasil, analisando brevemente a jurisprudência para extrair insights sobre como as decisões judiciais têm moldado essa relação.

Este estudo, portanto, busca oferecer uma análise retrospectiva das interações complexas entre a secularização, os direitos fundamentais e a proteção dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+, proporcionando uma visão abrangente de como essas ligações afetam o cenário legal e social no Brasil.

Em resumo, o artigo visa trazer luz à interação dinâmica entre a laicidade e os direitos fundamentais na contemporaneidade brasileira, com o objetivo de aprofundar a compreensão da secularização como um pilar fundamental para uma sociedade diversa e democrática, onde a igualdade, a liberdade e a dignidade de todos são priorizadas.

1. LAICIDADE E VULNERABILIDADE: PROTEGENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM CENÁRIO DE DESIGUALDADE

A vulnerabilidade social, em um contexto de mudanças climáticas e políticas neoliberais, intensificou-se de maneira alarmante nas últimas décadas. A interseção entre direitos humanos, laicidade e as lutas da comunidade LGBTQIAPN+ destaca a necessidade de um Estado Democrático de Direito que proteja todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A proteção desses direitos é crucial para garantir uma sociedade equitativa e inclusiva, onde a diversidade seja respeitada e celebrada.

A democracia, fundamentada na igualdade e no respeito aos direitos humanos, enfrenta desafios constantes em sociedades marcadas pela desigualdade e pela marginalização de grupos vulneráveis. A laicidade do Estado desempenha um papel essencial nesse cenário, assegurando que nenhuma crença religiosa prevaleça sobre os direitos civis e humanos de qualquer indivíduo. Como aponta Souza (2010), a neutralidade religiosa é um mecanismo fundamental para garantir que todos os cidadãos tenham seus direitos protegidos de maneira igualitária.

A comunidade LGBTQIAPN+ exemplifica um grupo que, historicamente, enfrentou discriminação e exclusão social. A luta por reconhecimento e igualdade de direitos dessa comunidade revela as fragilidades de sistemas que não consideram plenamente a diversidade. A adoção de políticas públicas inclusivas é essencial para reverter esse cenário, promovendo a justiça social e garantindo que todos os indivíduos possam viver com dignidade e respeito.

O impacto das políticas neoliberais sobre os direitos sociais e a inclusão tem sido profundo. A redução de investimentos em áreas como saúde, educação e assistência social exacerbou as desigualdades existentes e ampliou as vulnerabilidades de grupos marginalizados. A análise crítica desse contexto, considerando os efeitos das mudanças climáticas, é fundamental para entender como essas políticas afetam diretamente a capacidade de sobrevivência e bem-estar das populações mais vulneráveis.

Em relação aos direitos LGBTQIAPN+, a defesa da laicidade é especialmente relevante. O Estado deve garantir que decisões políticas e jurídicas sejam tomadas com base em princípios de igualdade e justiça, e não influenciadas por doutrinas religiosas que possam perpetuar a discriminação. A decisão do STF na ADO 26, que criminalizou a homofobia e a transfobia, é um exemplo de como a laicidade pode ser um pilar na proteção dos direitos dessa comunidade (STF, ADO 26, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019).

A interação entre vulnerabilidade social e mudanças climáticas também é um fator crucial a ser considerado. As populações mais afetadas pelas mudanças climáticas são frequentemente as mesmas que enfrentam maior exclusão e discriminação social. Portanto, a promoção de políticas que mitiguem os efeitos das mudanças climáticas e que protejam os direitos dessas populações é essencial para garantir uma sociedade mais justa e resiliente.

Por fim, a interseção entre democracia, laicidade e direitos LGBTQIAPN+ deve ser constantemente examinada e protegida para assegurar que todos os cidadãos possam usufruir de seus direitos plenamente. A implementação de políticas públicas que promovam a inclusão e a igualdade, respeitando a diversidade e combatendo qualquer forma de discriminação, é um passo fundamental para fortalecer o Estado Democrático de Direito e proteger os direitos humanos de todos os indivíduos, sem distinção.

2. A LAICIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A laicidade, profundamente inserida no sistema legal brasileiro, surge como um pilar central na divisão entre o Estado e as esferas religiosas. Essa divisão é essencial para garantir que o governo mantenha uma postura de neutralidade em relação a temas religiosos, protegendo assim a liberdade de culto e evitando qualquer preferência estatal por uma crença específica. O

desenvolvimento histórico da laicidade no Brasil é marcado por uma progressiva separação entre o domínio civil e o religioso, refletindo uma transição de um Estado confessional para um Estado secular, fortalecendo a autonomia pessoal nas convicções religiosas.

A Constituição de 1891 é reconhecida como um ponto de inflexão na trajetória da laicidade no Brasil, estabelecendo de forma clara a separação entre Igreja e Estado e criando bases sólidas para garantir a liberdade de culto e a imparcialidade governamental. Este avanço histórico foi reafirmado pela Constituição de 1988, que endossou o compromisso do Brasil com a laicidade ao proibir a instituição de uma religião oficial e ao assegurar a livre expressão de crenças e práticas religiosas. Essa evolução na legislação reflete o compromisso do país com um ambiente público neutro, onde todas as formas de expressão religiosa, ou sua ausência, podem coexistir em harmonia.

No contexto contemporâneo do século XXI, a laicidade enfrenta novos desafios em um ambiente culturalmente diverso e expansivo, onde a pluralidade religiosa e os grupos sem religião ganham espaço. Este cenário exige uma interpretação e aplicação contínua da laicidade que respeite a igualdade e promova a convivência pacífica entre diferentes crenças. A jurisprudência brasileira, especialmente as decisões do Supremo Tribunal Federal, tem sido fundamental na aplicação da laicidade, equilibrando a liberdade de religião com outros direitos fundamentais e garantindo que o princípio da laicidade permaneça como um fundamento crucial para a proteção dos direitos individuais e a manutenção da ordem democrática.

2.1. Conceito de laicidade e sua evolução histórica

A laicidade, um alicerce essencial na estrutura das relações entre o Estado e as entidades religiosas, é um componente crucial dentro do contexto jurídico brasileiro. Derivada da necessidade de independência entre as esferas civil e religiosa, estabelece uma clara separação que garante a laicidade perante as questões de fé. A trajetória histórica desse conceito é marcada por eventos decisivos na narrativa nacional, caracterizada pela transição de um Estado confessional para um Estado secular, ampliando assim a autonomia individual no que diz respeito a crenças e liberdades religiosas.

Examinando as origens da laicidade no Brasil, percebemos sua intrínseca relação com o período colonial. A dominação da Igreja Católica na era colonial criou um cenário onde os domínios religioso e político estavam entrelaçados. Segundo Sérgio Buarque de Holanda, durante esse período, o catolicismo estava profundamente integrado na estrutura social e nas dinâmicas de poder (HOLANDA, 1936). Essa fusão entre o poder eclesiástico e o civil precipitou a necessidade de estabelecer fronteiras claras entre religião e Estado.

A narrativa da laicidade no Brasil também se enraíza na promulgação da Constituição Imperial de 1824, que declarou o catolicismo como a religião oficial do país. No entanto, o desenvolvimento substancial da laicidade se manifesta significativamente na Constituição de 1891. Fábio Konder Comparato destaca que a separação entre Igreja e Estado se solidificou como um pilar da nova república, resultando na consolidação da liberdade religiosa e na laicidade em assuntos confessionais (COMPARATO, 2007). A Constituição de 1988 reforça ainda mais a laicidade, proibindo o estabelecimento de uma religião oficial e assegurando a liberdade de crença.

No século XXI, a persistência da laicidade enfrenta novos desafios em um contexto cada vez mais multicultural. A crescente diversidade religiosa e a emergência de grupos não religiosos são temas tratados por Leonardo Boff em "A Águia e a Galinha". Ele argumenta que a laicidade deve ser vista como um território neutro, que acolhe todas as manifestações, sejam elas religiosas ou não. Longe de ser um obstáculo à religiosidade, a laicidade serve como uma salvaguarda essencial para a coexistência pacífica entre diferentes credos (BOFF, 1981).

Ao longo do tempo, o Brasil experimentou transformações significativas, culminando na promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu firmemente a laicidade. Essa lei fundamental não só reconheceu a liberdade religiosa como também estabeleceu o Estado laico, assegurando assim o direito de cada cidadão expressar livremente suas convicções e crenças, em sintonia com os princípios democráticos e direitos fundamentais.

Para entender melhor essa transformação, é fundamental mencionar personalidades como Paulo Bonavides, destacado constitucionalista, que ressalta a laicidade como um dos alicerces da estrutura constitucional brasileira, garantindo a liberdade de escolha religiosa ou a opção pela ausência de religião (BONAVIDES, 2019). A análise realizada por Afonso Arinos de Mello Franco sobre os aspectos históricos ilustra de forma profunda as repercussões da Constituição de 1824 no cenário da laicidade (ARINOS, 1979 apud BONAVIDES, 2019).

Dentro desse contexto histórico, a laicidade visa não apenas resguardar a liberdade religiosa, mas também proteger os direitos humanos e promover a coexistência pacífica de diversas práticas de fé no espaço público. Robert Alexy enfatiza que é crucial compreender a laicidade como um "princípio de equidistância", onde o Estado não privilegia nem discrimina qualquer crença, mantendo a igualdade e neutralidade nas interações com entidades religiosas (ALEXY, 2006).

A evolução do conceito de laicidade também está diretamente relacionada ao esforço de criar um ambiente inclusivo para todas as correntes religiosas e filosóficas. Flávia Piovesan destaca que a laicidade se concretiza plenamente quando reconhece a diversidade cultural, religiosa e filosófica, promovendo o respeito mútuo e a convivência harmoniosa dentro de um contexto democrático (PIOVESAN, 2018, p. 72). Esse panorama reforça a importância da laicidade como

base da plena cidadania em uma sociedade diversificada.

Além disso, ao longo de sua trajetória histórica, a laicidade não apenas se firmou como princípio constitucional, mas também enfrentou desafios e tensões no âmbito jurídico. A interação entre a liberdade religiosa e outros direitos fundamentais é uma área de análise crítica. Os conflitos que surgem quando crenças religiosas entram em choque com princípios de igualdade e não discriminação requerem atenção especial.

A jurisprudência desempenha um papel crucial na definição dos limites e alcances da laicidade. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal frequentemente examina questões delicadas que envolvem a interação entre direitos fundamentais e a liberdade religiosa. O voto do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que discutiu a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, enfatiza a necessidade de manter a laicidade e a autonomia individual, separando claramente a esfera religiosa da esfera pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018).

Importante destacar que a laicidade não é um princípio isolado, mas faz parte de um conjunto de valores essenciais. A análise de Robert Cover enfatiza que a laicidade se entrelaça com o princípio da igualdade perante a lei, criando uma estrutura que protege a dignidade humana e promove a justiça (COVER, 1986, p. 1673). Dessa forma, a laicidade não só protege a liberdade religiosa, mas também fortalece a proteção dos direitos individuais e coletivos em uma sociedade plural.

Compreender a laicidade como uma ferramenta de harmonização e respeito mútuo é crucial para manter uma sociedade inclusiva e democrática. A conduta do Estado, guiada pelo respeito às crenças individuais e à diversidade, reafirma o compromisso com o estado de direito democrático. Como destaca Jürgen Habermas, "a laicidade deve ser vista como uma atitude de respeito e abertura, que permite aos cidadãos discutir questões públicas e buscar soluções justas baseadas em argumentos acessíveis a todos, independentemente das suas convicções religiosas" (HABERMAS, 2007, p. 67).

Em um mundo cada vez mais plural e diversificado, a laicidade desempenha um papel essencial na promoção da convivência pacífica e na proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. A separação entre Estado e religião não só assegura a liberdade de crença, como também impede que uma visão religiosa específica domine o espaço público. Esse equilíbrio é fundamental para preservar a integridade das instituições estatais e garantir que todas as vozes sejam ouvidas.

Além disso, a laicidade é vital na proteção de minorias e na prevenção de discriminação. A neutralidade do Estado em questões religiosas é fundamental para assegurar que todos os cidadãos sejam tratados igualmente, independentemente de sua filiação religiosa. A interseção entre laicidade

e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ ilustra a importância dessa garantia, uma vez que a igualdade e a não-discriminação são essenciais para assegurar que todos tenham a mesma oportunidade de participar plenamente da vida pública.

No entanto, é crucial reconhecer que a manutenção da laicidade não é um processo automático. É um esforço contínuo que exige vigilância constante e engajamento ativo por parte das instituições e da sociedade civil. A influência de grupos religiosos nas decisões políticas e legislativas pode representar um desafio à laicidade e à garantia dos direitos fundamentais. Portanto, é necessário um compromisso coletivo para preservar e fortalecer a laicidade como um pilar fundamental do Estado de direito.

O avanço tecnológico e as mudanças sociais trazem novos dilemas e questionamentos que também requerem uma análise cuidadosa à luz da laicidade. A proteção da liberdade de expressão, por exemplo, em um ambiente digital onde opiniões religiosas podem colidir, exige uma abordagem sensível que considere tanto a liberdade individual quanto a manutenção de um espaço público neutro e inclusivo.

A secularização prova ser um alicerce essencial na estrutura do Estado brasileiro, fornecendo um terreno fértil para a promoção dos direitos fundamentais e a garantia da pluralidade de crenças. Seu papel vai além da mera separação entre religião e Estado, abraçando a visão de uma sociedade onde todas as convicções podem coexistir de forma respeitosa e harmoniosa. A evolução histórica, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Carta Magna de 1988, demonstra uma trajetória constante em direção a um espaço público que valoriza a autonomia do indivíduo em suas crenças, enquanto protege os princípios democráticos e os direitos humanos.

Nesse cenário, a intersecção entre a laicidade e a proteção dos direitos da população LGBTQIAPN+ exemplifica a importância da laicidade como um mecanismo de garantia da igualdade e da não-discriminação. À medida que a sociedade avança na compreensão da diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, a laicidade emerge como um farol que guia o caminho para uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todos podem desfrutar dos mesmos direitos e oportunidades.

Contudo, é crucial permanecer vigilante e atento aos desafios que podem surgir em relação à laicidade no contexto contemporâneo. Como observa Judith Butler, "a laicidade exige não apenas a neutralidade do Estado, mas também a proteção dos direitos dos indivíduos em relação à sua orientação sexual e identidade de gênero" (BUTLER, 2018). Portanto, o diálogo constante entre o Estado, as instituições religiosas e a sociedade civil é fundamental para garantir que a laicidade continue robusta e eficaz na proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

À medida que olhamos para o futuro, é imperativo manter o compromisso com a laicidade

como um princípio inabalável que sustenta a ordem democrática e assegura a liberdade e a dignidade de cada indivíduo. A preservação da laicidade é um esforço coletivo, uma responsabilidade compartilhada por todos os membros da sociedade, para que as gerações futuras possam herdar uma nação onde a diversidade de crenças floresça em um ambiente de respeito mútuo e convivência harmoniosa.

Em suma, a laicidade se configura como um alicerce essencial para a construção de uma sociedade mais equitativa, onde a pluralidade de pensamentos, crenças e identidades é não só respeitada, mas também promovida. Este princípio, ao longo da história brasileira, tem mostrado sua capacidade de adaptar-se e enfrentar novos desafios, sempre com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e assegurar a convivência pacífica entre todos os cidadãos. Para que essa convivência se mantenha, é necessário um compromisso contínuo e firme com os valores democráticos e os direitos humanos, garantindo que a laicidade permaneça como um farol que ilumina o caminho para uma sociedade mais justa, inclusiva e harmoniosa.

2.2. A laicidade na Constituição Brasileira de 1988

A elevação da separação entre religião e Estado como princípio essencial na relação entre o Governo e as instituições religiosas alcança seu auge com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988. Este texto, consolidado após intensas discussões e motivado pelo desejo de renovação democrática após anos de regime autoritário, estabeleceu uma estrutura jurídica que reflete os ideais de uma sociedade diversificada e democrática, tendo a laicidade como um de seus fundamentos principais.

O artigo 19, inciso I, da Constituição é explícito ao proibir que cultos religiosos ou igrejas sejam instituídos como entidades governamentais. Essa medida demonstra a intenção clara dos legisladores de remover qualquer influência religiosa direta do espaço público, assegurando que o Estado permaneça independente e imparcial em assuntos de fé. Nesse contexto, o ministro Sepúlveda Pertence ressaltou que "a laicidade é o dique que impede o Estado de se alinhar com uma visão religiosa única, marginalizando todas as outras" (STF, ADPF 130, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, 2009).

Ademais, a Constituição garante a liberdade de crença e a livre manifestação religiosa a todos os cidadãos, estabelecendo que nenhuma fé seja favorecida ou discriminada. O princípio da igualdade perante a lei (artigo 5º, caput) se entrelaça com a laicidade para evitar que leis ou políticas públicas sejam moldadas por qualquer perspectiva religiosa específica. Dessa forma, a laicidade não só protege as religiões minoritárias, mas também promove uma coexistência pacífica e a proteção igualitária dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de suas crenças

pessoais.

A estrutura do Governo, delineada na Constituição, também reflete este princípio de laicidade. A divisão dos poderes, a independência do Judiciário e a autonomia dos corpos legislativo e executivo são cruciais para garantir que a influência religiosa não interfira nas decisões políticas e jurídicas. O respeito pela diversidade de convicções religiosas é um pilar para a preservação da ordem constitucional e foi enfatizado pelo ministro Ayres Britto em seu voto na ADPF 130 (STF, ADPF 130, voto do Ministro Ayres Britto, 2009).

Portanto, a laicidade está profundamente integrada à estrutura normativa da Constituição de 1988, permeando todas as suas disposições e proporcionando uma base sólida para a convivência democrática e a proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade que valoriza a diversidade.

A secularidade, conforme estabelecida na Constituição de 1988, não é apenas um princípio isolado; ela se entrelaça profundamente com outros valores fundamentais presentes na Carta Magna. A busca pelo bem-estar social (artigo 3º, inciso I), a eliminação da discriminação e a promoção do bem de todos (artigo 3º, inciso IV) são objetivos que complementam a secularidade, destacando a necessidade de uma sociedade que respeite as diferenças e assegure igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, independentemente de suas crenças.

Além disso, a secularidade é essencial no contexto educacional delineado na Constituição. O pluralismo de ideias e abordagens pedagógicas garantido pelo artigo 206, inciso II, reflete o compromisso do Estado em evitar a imposição de visões religiosas nas instituições de ensino. A liberdade de ensinar e aprender, prevista no artigo 206, inciso III, também está diretamente relacionada à proteção da secularidade, garantindo que o ambiente educacional permaneça neutro e inclusivo, e respeitador da diversidade de crenças na sociedade.

A importância da secularidade se estende também ao fortalecimento da democracia participativa. A iniciativa popular na legislação (artigo 61, parágrafo 2º) e a participação social na formulação de políticas públicas (artigo 204) exigem que o Estado aja com laicidade, assegurando que as decisões coletivas não sejam influenciadas por agendas religiosas específicas.

No cenário internacional, a secularidade reforça a imagem do Brasil como um Estado comprometido com os direitos humanos e a diversidade cultural. A adesão a tratados internacionais que defendem a liberdade religiosa e a não-discriminação, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, destaca o empenho do país em se alinhar a uma ordem mundial que valoriza a dignidade humana e a coexistência pacífica (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, 1969).

Ou seja, a secularidade na Constituição de 1988 vai além da simples separação entre igreja e Estado. Ela permeia todo o arcabouço legal, refletindo a preocupação dos constituintes em criar

uma sociedade inclusiva, democrática e respeitosa das diversas crenças. A secularidade, portanto, não é apenas um conceito, mas um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e uma base para a construção de um país que valoriza tanto a diversidade quanto a igualdade.

Indubitavelmente, a laicidade inscrita na Carta Magna de 1988 do Brasil se manifesta como um sustentáculo primordial na arquitetura de um Estado democrático de direito que enaltece a diversidade, fomenta a equidade e resguarda os direitos basilares de todos os cidadãos. Sua influência reverbera em múltiplos matizes da sociedade e da legislação, assegurando que o espaço público se configure como um ambiente imparcial e acolhedor, onde todas as vozes possam ecoar sem favorecimento ou preconceito. A laicidade, nesse contexto, transcende a esfera meramente jurídica, metamorfoseando-se em um princípio que robustece o tecido social e político, delineando a interação entre o Estado, os cidadãos e as entidades religiosas. Ao abraçar a laicidade, o Brasil não apenas se alinha aos preceitos democráticos de alcance global, mas também consolida sua identidade como uma nação que reverencia e celebra a multiplicidade cultural e religiosa. Como salientou o Ministro Gilmar Mendes, “a laicidade constitui atributo distintivo das sociedades democráticas e pluralistas” (STF, ADI 4.439, voto do Ministro Gilmar Mendes, 2018).

A busca por uma convivência harmoniosa e a salvaguarda da liberdade de crença e expressão emergem como pilares essenciais para o desenvolvimento de uma sociedade que preconiza os direitos humanos e a dignidade intrínseca a cada indivíduo. Entretanto, urge manter vigilância constante diante dos desafios que podem aflorar.

A preservação da laicidade demanda um esforço ininterrupto para debelar quaisquer tentativas de instrumentalização religiosa do aparato estatal e para promover políticas públicas que reverenciem a laicidade. Tal compromisso deve envolver todos os estratos da sociedade, desde as instituições governamentais até as organizações civis e os próprios cidadãos. À medida que nos deparamos com novos dilemas sociais, a laicidade persiste como uma bússola que norteia o caminho rumo a uma coexistência justa e equitativa. Sua presença constante nos recorda que, em um mundo multifacetado, a imparcialidade estatal figura como elemento crucial para fomentar o bem-estar coletivo e salvaguardar os valores democráticos.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 marcou um momento crucial na trajetória constitucional do país, estabelecendo os direitos basilares como pilares do Estado democrático de direito. Essa Carta Magna, para além de assegurar uma ampla gama de liberdades tanto individuais quanto coletivas, consolidou os fundamentos legais para a proteção e promoção de uma sociedade mais justa, inclusiva e equitativa. Os direitos consagrados na Constituição abrangem

desde a garantia à vida, liberdade, igualdade e segurança até os direitos sociais essenciais, como educação, saúde e bem-estar, refletindo o compromisso do Brasil com a dignidade humana e o respeito à diversidade.

Além disso, os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 estão intrinsecamente ligados à liberdade religiosa, garantindo que todos os cidadãos possam professar sua fé ou optar por não seguir nenhuma religião. Esse elemento é crucial para compreender a essência laica do Estado brasileiro, comprometido em manter uma postura neutra em questões religiosas e assegurando que nenhuma crença seja favorecida ou discriminada. Essa previsão constitucional destaca a importância de um espaço público onde diferentes perspectivas, sejam elas religiosas ou seculares, convivam harmoniosamente, enriquecendo o tecido social pluralista do Brasil.

Ademais, a integração dos direitos fundamentais na Constituição desempenha um papel crucial na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, orientando leis, políticas públicas e práticas governamentais. Esses direitos atuam como um mecanismo de controle e equilíbrio, garantindo que todas as ações do Estado sejam realizadas respeitando as liberdades individuais e coletivas e fomentando a justiça social. Esse quadro constitucional reafirma que os direitos fundamentais não são meramente prerrogativas legais, mas elementos integrantes da identidade democrática do Brasil, essenciais para a sustentação e evolução de uma sociedade que prioriza, acima de tudo, a dignidade humana.

3.1. Conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas

A Constituição de 1988 do Brasil se destaca como um marco na consolidação dos direitos fundamentais, refletindo o compromisso do Estado com a dignidade humana e as liberdades individuais. No entanto, a prática desses direitos pode gerar complexidades, especialmente quando diferentes direitos entram em conflito, frequentemente em relação a crenças religiosas. A coexistência entre direitos fundamentais e convicções religiosas requer uma análise cuidadosa e equilibrada, visando assegurar respeito à diversidade sem comprometer a proteção de nenhum dos valores em jogo.

A laicidade, neste contexto, serve como um princípio orientador para resolver essas disputas, garantindo que o Estado não favoreça nenhuma crença específica. Isso promove um ambiente onde as convicções individuais podem ser exercidas livremente, desde que não violem os direitos dos outros. Robert Alexy enfatiza que equilibrar direitos em conflito é uma tarefa complexa que requer uma análise detalhada dos princípios envolvidos, buscando soluções que respeitem a autonomia e a igualdade de todos os cidadãos (ALEXY, 2006).

Um exemplo claro dessa tensão ocorre na discussão sobre a interrupção da gravidez. O confronto entre a liberdade de crença e a autonomia reprodutiva das mulheres apresenta dilemas éticos e jurídicos significativos. No julgamento da ADPF 442, que tratou da descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o desafio de harmonizar o direito à vida, a liberdade religiosa e a igualdade de gênero. O Ministro Celso de Mello destacou a importância de preservar a neutralidade do Estado ao abordar essas questões, mantendo uma separação clara entre a esfera religiosa e a tomada de decisão pública (STF, ADPF 442, voto do Ministro Celso de Mello, 2018).

Assim, a interpretação jurídica desempenha um papel crucial na resolução desses conflitos. A interpretação da Constituição deve ser orientada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, buscando garantir que a liberdade religiosa seja compatível com os demais valores constitucionais. Konrad Hesse descreve a Constituição como um "mandato de otimização", que exige um esforço contínuo para equilibrar princípios concorrentes (HESSE, 2009, p. 24).

Portanto, a laicidade não busca suprimir as crenças religiosas, mas estabelecer um ambiente onde todas as visões de mundo possam coexistir pacificamente e em igualdade. Ao lidar com os conflitos entre direitos fundamentais e crenças religiosas, a laicidade oferece uma orientação para decisões que respeitam a autonomia, a diversidade e a dignidade de todos os cidadãos.

4. A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+ E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção e o reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAPN+ surgiram como questões essenciais nas dinâmicas sociais atuais, refletindo avanços significativos na igualdade e na luta contra a discriminação. A Constituição de 1988 no Brasil, ao enfatizar os direitos fundamentais, estabeleceu um marco legal robusto para defender e promover os direitos de todos os cidadãos, sem distinção de orientação sexual ou identidade de gênero. Este compromisso constitucional com a universalidade dos direitos humanos se estabelece como um pilar crucial para assegurar que a comunidade LGBTQIAPN+ seja protegida de qualquer forma de preconceito e marginalização, garantindo assim o pleno exercício de sua cidadania e dignidade.

Nos anos recentes, o Brasil testemunhou avanços legislativos e em políticas públicas voltadas a reforçar os direitos desta população. Decisões judiciais marcantes, como a classificação da homofobia e transfobia como crimes equiparados ao racismo, revelam uma conscientização crescente e o reconhecimento da necessidade de proteger esses indivíduos de violências e discriminações. Tais mudanças são reflexo de uma evolução no entendimento social e jurídico, sinalizando um caminho em direção a uma sociedade mais inclusiva que respeita a diversidade e promove a igualdade perante a lei.

Contudo, apesar desses avanços, a comunidade LGBTQIAPN+ no Brasil ainda enfrenta desafios substanciais. Discriminação, violência, exclusão social e uma representatividade inadequada permanecem como barreiras que necessitam de atenção contínua. A realização plena dos direitos fundamentais desses cidadãos requer não só a aplicação efetiva das leis vigentes, mas também a promoção de uma cultura que valorize e aceite a diversidade. Isso demanda um esforço conjunto do Estado, da sociedade civil e de todos os setores sociais para criar um ambiente onde os direitos de cada indivíduo sejam respeitados e assegurados, reforçando assim os princípios democráticos de igualdade e liberdade para todos.

4.1. Reconhecimento e conquistas dos direitos da população LGBTQIAPN+

A defesa e o reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ tornaram-se fundamentais nas pautas de igualdade e combate ao preconceito em sociedades democráticas e plurais. A Constituição de 1988 do Brasil, refletindo a dedicação do país aos direitos humanos, criou alicerces robustos para a inclusão dessa comunidade, assegurando sua dignidade.

O artigo 5º da Constituição, que estabelece o princípio da igualdade perante a lei, é a base da busca por direitos equânimes para a comunidade LGBTQIAPN+. Judith Butler ressalta que a igualdade é um direito intrínseco que não deve ser limitado por questões de orientação sexual, identidade ou expressão de gênero (BUTLER, 2006). Esse princípio tem norteado decisões judiciais e políticas públicas visando diminuir a discriminação e fomentar a inclusão.

Contudo, a trajetória para o reconhecimento e a garantia dos direitos LGBTQIAPN+ tem sido marcada por obstáculos e oposições. A ADPF 527, por exemplo, destacou a necessidade de proteção legal contra o preconceito por orientação sexual e identidade de gênero. Nesse caso, a ministra Cármen Lúcia sublinhou que o preconceito compromete a dignidade humana e “desumaniza as pessoas” (STF, ADPF 527, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019). Essas adversidades convocam a sociedade e o Estado a agir, para concretizar plenamente os direitos fundamentais.

Reconhecer a importância da laicidade é vital para construir uma sociedade justa e equitativa, compreendendo que garantir os direitos LGBTQIAPN+ não implica suprimir crenças religiosas, mas sim proteger a dignidade e a liberdade de todos. A laicidade, ao promover uma base neutra, facilita a promoção da igualdade e a não-discriminação, reafirmando que os direitos humanos são universais e não devem ser restringidos por convicções religiosas.

Os direitos da comunidade LGBTQIAPN+ também são respaldados por normativas internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 declara a igualdade e a não discriminação como direitos de todos, sem distinção de orientação sexual ou

identidade de gênero (ONU, 1948). Esse panorama internacional reforça a interpretação e a defesa dos direitos LGBTQIAPN+ no Brasil.

Avanços legislativos importantes e decisões judiciais, como a ADO 26 e a ADPF 465, que abordaram a criminalização da homofobia e da transfobia, refletem um movimento em direção ao equilíbrio entre a liberdade religiosa e os direitos LGBTQIAPN+, com a laicidade atuando como princípio norteador. O Ministro Celso de Mello, ao votar na ADO 26, enfatizou a necessidade de combater a intolerância em todas as suas manifestações, protegendo a dignidade de grupos estigmatizados (STF, ADO 26, voto do Ministro Celso de Mello, 2019).

A reflexão sobre esses temas é ampliada por Michael Sandel em “Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa”, onde ele aborda os desafios éticos que surgem quando valores religiosos entram em conflito com princípios democráticos de igualdade e não discriminação. Ele argumenta que o diálogo público, pautado pela razão e pelo respeito mútuo, é essencial para resolver esses conflitos de maneira justa (SANDEL, 2012).

Ao assegurar os direitos da comunidade LGBTQIAPN+ como fundamentais para a igualdade e justiça social, a laicidade desempenha um papel chave, criando um ambiente onde todos os direitos fundamentais são protegidos e respeitados, independentemente das crenças pessoais.

5. DESAFIOS ATUAIS E FUTUROS NA MANUTENÇÃO DA LAICIDADE

A sustentação da laicidade em relação a questões religiosas, um pilar vital para a operacionalidade de uma nação regida por princípios democráticos, encontra-se diante de desafios notáveis no panorama contemporâneo, um cenário distintivo pela sua diversificação constante e transformações aceleradas. A laicidade é imprescindível para a distinção entre as funções governamentais e as múltiplas expressões de fé, sendo fundamental para promover a justiça entre todas as crenças, cultivando um ambiente cívico desprovido de viés discriminatório onde a pluralidade cultural e espiritual possa florescer sem restrições. Entretanto, a intensificação das divergências em debates sobre temas morais e espirituais, particularmente aqueles que se cruzam com os direitos civis, coloca em xeque a habilidade governamental de preservar a equidistância e salvaguardar os direitos de toda a população.

No contexto atual, a laicidade é pressionada por agremiações religiosas que buscam influenciar o discurso legislativo e político, a inserção de visões religiosas em diretrizes públicas e os embates entre o direito à liberdade de crença e os direitos inalienáveis, como os concernentes à comunidade LGBTQIAPN+. A laicidade não se restringe somente ao direito de exercer a fé, mas engloba também a prerrogativa de abster-se de qualquer prática religiosa e a defesa contra a imposição de dogmas em esferas cruciais como a educação e a saúde. A competência do governo

em harmonizar o respeito pela liberdade de crença com a defesa de minorias e grupos em situação de vulnerabilidade atua como um indicador da robustez democrática.

Prospectando o futuro, somos confrontados com o desafio de adaptar a laicidade às novas realidades sociais, assegurando que continue a ser o alicerce para a igualdade, liberdade e convivência pacífica em uma sociedade cada vez mais diversificada. Tal empreitada requer uma observação diligente e um fortalecimento dos compromissos com os valores democráticos, garantindo que a laicidade permaneça como um instrumento essencial para mediar as relações entre distintos segmentos sociais e para a proteção de direitos fundamentais. A conscientização sobre a relevância e o significado da laicidade, a manutenção de um diálogo constante entre as diversas facções da sociedade e a preservação de um sistema judiciário independente e íntegro são indispensáveis para superar esses desafios e assegurar que a laicidade continue a fomentar uma coexistência equitativa e harmoniosa.

5.1 Casos recentes envolvendo laicidade e direitos fundamentais no Brasil

A atenção à separação entre igreja e Estado, em meio a um cenário de contínuas mudanças sociais e políticas, encontra obstáculos significativos, como demonstrado por vários casos recentes que questionam os limites da liberdade de culto e a proteção dos direitos inalienáveis. Um caso emblemático é o debate sobre a implementação do ensino religioso confessional em instituições educacionais estatais. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, debateu a legalidade dessa forma de ensino. A ministra Carmen Lúcia, em sua decisão, destacou que o caráter secular do governo brasileiro impede que o ensino religioso em escolas estatais seja ministrado sob a perspectiva de uma única doutrina, assegurando, portanto, a pluralidade e a neutralidade do Estado (STF, ADI 4439, voto da Ministra Carmen Lúcia, 2017).

Outra questão polêmica é o acesso a serviços de saúde reprodutiva, em especial o direito ao aborto legal e seguro. O debate sobre a legalização do aborto não se restringe somente a aspectos de saúde pública e direitos pessoais, mas também enfrenta resistências por parte de grupos religiosos. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, reconheceu o direito ao aborto nos primeiros três meses de gestação, levando em conta a autonomia feminina e reiterando a separação entre Estado e religião (STF, ADPF 442, 2018).

Além disso, o papel das organizações religiosas em serviços sociais e de saúde tem sido alvo de extensos debates. A deliberação sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que busca a criminalização da homofobia e transfobia, evidenciou a resistência de

setores religiosos à ampliação dos direitos da comunidade LGBTQIAPN+. Nesse âmbito, a ministra Cármen Lúcia ressaltou que, embora a secularização não proíba o envolvimento de entidades religiosas no domínio público, ela garante que tais visões não influenciem na equidade de direitos para todos (STF, ADO 26, voto da Ministra Cármen Lúcia, 2019).

Esses eventos ilustram os complexos desafios encontrados na junção entre secularização e direitos fundamentais no Brasil. À medida que a sociedade progride e se torna mais heterogênea, a necessidade de estabelecer um equilíbrio adequado entre a liberdade de crença e a paridade de direitos se torna mais premente, com a secularização emergindo como um suporte vital para a preservação da democracia.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439 - Ensino Religioso nas Escolas Públicas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439 representa um marco no diálogo sobre o princípio de separação entre Estado e igreja e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil, ao colocar em xeque a legalidade da instrução religiosa em estabelecimentos de ensino governamentais. Nesse debate, as reflexões de juristas como Canotilho (2003) e Sarlet (2012) oferecem uma base teórica de grande relevância. A Ministra Carmen Lúcia, em sua deliberação, enfatizou a importância do princípio de laicidade em evitar a difusão de crenças específicas nas escolas, em conformidade com a legislação vigente no país.

A deliberação do Supremo Tribunal Federal (STF) ressaltou a importância de preservar a laicidade na educação, ecoando os pensamentos de Habermas (2007) acerca do espaço público como um ambiente de inclusão e lógica, onde diferentes perspectivas coexistem de forma pacífica. Na formulação de seu voto na ADI 4439, a Ministra Carmen Lúcia adotou os argumentos de Dworkin (2003), salientando que o objetivo da laicidade não é abafar as crenças espirituais, mas garantir a paridade entre todos os habitantes, sem distinção de suas convicções.

A jurisprudência da ADI 4439 reitera o papel da laicidade como um alicerce da democracia, assegurando a liberdade de culto, como destacado por Maus (2007), que enfatiza a necessidade de evitar a manipulação do Estado por qualquer grupo religioso. A postura do STF, em harmonia com os conceitos de autores consagrados, defende que a laicidade protege não só a pluralidade de crenças, mas também a liberdade de consciência de cada pessoa, alinhando-se ao pensamento de Rawls (2002).

Assim, a ADI 4439 se torna emblemática ao demonstrar o papel da laicidade na tutela dos direitos fundamentais, evidenciando como as decisões judiciais podem se fundamentar em teorias sólidas para definir normas legais que promovam um convívio equânime e sereno das variadas doutrinas religiosas no âmbito educacional estatal.

5.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 - Direito ao Aborto

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 se destaca como um divisor de águas na reflexão sobre a separação entre Estado e crenças religiosas e a tutela dos direitos de escolha reprodutiva no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido palco de intensos debates sobre essa matéria, evidenciando a necessidade de ponderar a liberdade de culto e a soberania das mulheres sobre seus corpos. A análise jurídica de especialistas como Barroso (2018) e Sarlet (2012) contribui para a compreensão da intrincada relação entre esses direitos.

A ministra Rosa Weber, em sua manifestação recente, defendeu a não criminalização da interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre, ecoando a premissa de que a autodeterminação feminina é um direito inalienável, uma noção que Dworkin (2003) também explorou. Tal posicionamento sinaliza um progresso no reconhecimento da imparcialidade estatal como eixo norteador das diretrizes de saúde reprodutiva. Barroso (2018) enfatiza que a imparcialidade estatal deve assegurar a liberdade individual sem a influência de dogmas religiosos no domínio público.

Embora o STF ainda não tenha proferido um veredito conclusivo sobre a ADPF 442, as considerações de Macedo (2019) indicam que a arguição é um passo significativo rumo à consolidação de um contexto laico, onde a pluralidade de convicções é respeitada e não constitui um obstáculo à isonomia de direitos. A apreciação da autonomia feminina pelo STF está em consonância com os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo, conforme Silva (2009) ressalta, apontando para a importância de uma interpretação da Constituição que acompanhe a evolução da sociedade.

Em resumo, a ADPF 442 ressalta o papel crucial da laicidade na salvaguarda dos direitos reprodutivos. As análises de pensadores como Barroso (2018), Sarlet (2012), Dworkin (2003), Macedo (2019) e Silva (2009) enriquecem a discussão sobre a interação entre laicidade e autonomia pessoal, destacando a importância das deliberações do STF na promoção de uma sociedade mais justa e equânime.

5.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 - Criminalização da Homofobia e Transfobia

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 tornou-se um ponto de inflexão na análise sobre a separação do Estado e as práticas religiosas e a salvaguarda dos direitos à escolha reprodutiva no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido o palco de intensas discussões sobre essa temática, evidenciando a tensão entre a liberdade de crença e a

soberania feminina sobre questões reprodutivas. A erudição de juristas como Barroso (2018) e Sarlet (2012) tem sido fundamental para dissecar a complexa interação entre esses direitos.

A ministra Rosa Weber, em sua recente exposição, argumentou a favor da legalização da interrupção da gestação até o término do primeiro trimestre, refletindo sobre a autodeterminação feminina como um direito primordial, uma ideia que Dworkin (2003) também abordou em suas obras. Essa iniciativa representa um passo adiante no reconhecimento da imparcialidade estatal como um vetor central nas políticas de saúde reprodutiva. Barroso (2018) sublinha que a imparcialidade estatal deve preservar a liberdade individual sem a intromissão de dogmas religiosos no âmbito público.

Embora o STF ainda não tenha emitido um julgamento definitivo sobre a ADPF 442, as reflexões de Macedo (2019) apontam que a arguição é um avanço significativo para o estabelecimento de uma sociedade laica, onde a multiplicidade de crenças é acatada e não constitui um empecilho à isonomia de direitos. A valorização da autonomia feminina pelo STF está em sintonia com os preceitos do constitucionalismo atual, como enfatizado por Silva (2009), que destaca a importância de uma hermenêutica constitucional que acompanhe a dinâmica social.

Em suma, a ADPF 442 sublinha a relevância da laicidade na proteção dos direitos reprodutivos. As contribuições de acadêmicos como Barroso (2018), Sarlet (2012), Dworkin (2003), Macedo (2019) e Silva (2009) aprofundam a compreensão da relação entre laicidade e autonomia pessoal, realçando a importância das deliberações do STF na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

CONCLUSÃO

Neste exame detalhado, porém sucinto, da relação entre a neutralidade do Estado em questões religiosas e a proteção dos direitos fundamentais no Brasil, com foco especial na comunidade LGBTQIAPN+, alcançamos uma compreensão mais nítida e aprofundada da complexidade e relevância deste assunto. Começamos explorando as origens da separação entre igreja e Estado no país, observando como essa distinção influenciou o desenvolvimento político e social ao longo da história. Esse passado histórico estabeleceu as bases para a afirmação e proteção dos direitos fundamentais na atualidade.

Mergulhamos na natureza da laicidade em relação à religião, examinando como ela se firmou na Constituição de 1988 e como tem sido interpretada pelo judiciário, moldando a maneira como o Estado e as instituições religiosas interagem sob a égide da lei. Ficou claro que a laicidade é fundamental para assegurar um ambiente equitativo e aberto para todas as crenças.

No contexto dos direitos fundamentais, analisamos o alcance e a abrangência das proteções

constitucionais. Reconhecemos que a implementação desses direitos em um ambiente neutro requer cuidado para prevenir conflitos e garantir que a liberdade de crença não encubra infrações aos direitos de outrem. Os casos em que direitos fundamentais e convicções religiosas se chocam destacam a sensibilidade necessária nesse equilíbrio.

Discutimos a complexa dinâmica entre religião e Estado, considerando como as entidades religiosas se relacionam com as autoridades governamentais. Preservar a laicidade nas instituições públicas é vital para manter a igualdade perante a lei e prevenir a exclusão de grupos com base em preceitos religiosos. Assim, a liberdade religiosa e a igualdade coexistem, evitando favorecimento ou prejuízo a qualquer grupo.

Voltamos nossa atenção para a comunidade LGBTQIAPN+, reconhecendo os progressos em direitos e aceitação, mas também os desafios persistentes, muitos oriundos de tensões entre crenças religiosas e os direitos dessa comunidade. A laicidade surge como um escudo contra a discriminação e um fundamento para promover igualdade e respeito.

Por último, refletimos sobre casos recentes que testam a solidez da laicidade no Brasil, mostrando como a jurisprudência e as políticas enfrentam desafios modernos. A importância de uma abordagem ponderada que respeite a diversidade de crenças e ao mesmo tempo assegure a integridade dos direitos fundamentais se faz evidente.

Este estudo nos proporcionou uma visão sobre a interação da laicidade com os direitos fundamentais no Brasil, evidenciando que a laicidade não é um obstáculo à liberdade religiosa, mas um pilar crucial que promove a convivência harmoniosa e a proteção dos direitos individuais em uma sociedade diversificada. À medida que prosseguimos na jornada democrática, a laicidade continua a ser um guia, assegurando que os princípios de igualdade, justiça e respeito se mantenham prevalentes em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo, v. 1, n. 235, 2018, p. 165-198.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos.** UnB, 2000.

BOFF, Leonardo. **A Águia e a Galinha.** Editora Vozes, 1981.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional.

Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 de março de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de novembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815**. Recorrente: Jonas Machado e outros. Recorrido: Secretária Municipal de Educação de Canela. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos do Estado Laico**. Editora Companhia das Letras, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Maíra. **Saúde Trans: um direito humano**. São Paulo: Editora Perse, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade (Vol. 2)**. Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Sobre a Crítica da Razão Funcionalista**. Editora UNESP, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Editora José Olympio, 1936.

MACCORMICK, Neil. **Law as Institutional Normative Order**. Oxford University Press, 2007.

MACEDO, Samuel. **Laicidade e ensino religioso: a religião no espaço público democrático**. Autêntica Editora, 2019.

MACHADO, Carlos da Silva. **A Proteção dos Direitos Fundamentais nas Instituições de Ensino Superior: Estudo sobre a relação entre religião e direitos LGBTQI+**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em:

http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)**. Assinada em San José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SANDEL, Michel. **Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 8, n. 1, p. 1-42, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constituição Dirigente e a Eficácia das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Jorge Jacinto de. **A Liberdade Religiosa como Instrumento de Proteção da Diversidade**: Uma análise da interseção entre liberdade religiosa e direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 87, 2010, p. 269-295.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual LGBTI+**. São Paulo: Editora Letramento, 2020.

A PROTEÇÃO BIOJURÍDICA DOS DADOS GENÉTICOS DE TESTES DE ANCESTRALIDADE NO BRASIL

Herbert Correa BARROS¹
Bruno Ponich RUZON²

RESUMO

Este artigo trata da crescente popularidade e promoção dos chamados testes de ancestralidade, os quais foram impulsionados pela recente difusão da tecnologia genômica. O texto destaca os desafios legais e éticos da utilização dos dados genéticos armazenados em biobancos em relação ao consentimento emitido pelos usuários nos termos de adesão. A sensibilidade dos dados genéticos, a necessidade de proteção da privacidade e a confidencialidade do usuário são analisadas nos âmbitos do vazamento ilegal e do compartilhamento voluntário de tais dados para pesquisas. O trabalho também aborda, partir do caso da empresa 23andMe, casos de violação de privacidade de dados genéticos, ocorridos tanto pelo vazamento de informações por falhas de segurança, como pelo compartilhamento voluntário de informações devido a acordos comerciais. Diante desse quadro, aborda-se a necessidade de implementação de práticas de segurança e de termos de adesão que promovam o consentimento inequívoco do usuário a fim de que a autonomia da vontade não seja corrompida. Adota-se uma metodologia hipotético-dedutiva por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, pesquisas e artigos científicos. Por fim, o trabalho aponta que, devido às particularidades desses exames e da regulamentação nacional, é fundamental que as empresas implementem práticas de transparência para que o usuário do serviço tenha completa compreensão dos termos de uso, que envolvem a eventual possibilidade de compartilhamento das informações para outros biobancos, nacionais ou internacionais, ainda que os dados sejam utilizados para pesquisas e estejam protegidos pelo anonimato.

PALAVRAS-CHAVE: teste de ancestralidade; biodireito; dados genéticos; proteção jurídica; compartilhamento de dados genéticos.

ABSTRACT

This article addresses the growing popularity and promotion of so-called ancestry tests, which have been driven by the recent diffusion of genomic technology. The text highlights the legal and ethical challenges of using genetic data stored in biobanks in relation to the consent issued by users in the terms of adherence. The sensitivity of genetic data, the need to protect privacy and user confidentiality are analyzed in the context of illegal leakage and voluntary sharing of such data for research. The work also addresses, based on the case of the company 23andMe, cases of violation of genetic data privacy, occurring both through information leakage due to security breaches and through voluntary sharing of information due to commercial agreements. Given this situation, the need to implement security practices and terms of adherence that promote the user's unequivocal consent is addressed so that the autonomy of will is not corrupted. A hypothetical-deductive methodology is adopted through bibliographical research in books, periodicals, research and scientific articles. Finally, the work points out that, due to the particularities of these exams and national regulations, it is essential that companies implement transparency practices so that the

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor da Universidade Paranaense – UNIPAR, campus de Cascavel/PR. Advogado e Procurador Municipal. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9223-3760>. E-mail: herbertcorreabarros@gmail.com.

2 Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado da Felizardo e Ruzon Advogados Associados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0676-9039>. Email: brunoruzon@gmail.com

service user has a complete understanding of the terms of use, which involve the possible possibility of sharing information to other biobanks, national or international, even if the data is used for research and is protected by anonymity.

Keywords: ancestry test; biolaw; genetic data; legal protection; sharing genetic data.

1. INTRODUÇÃO

O comportamento do ser humano pela busca de suas origens não é um fenômeno recente, sendo identificado e relatado constantemente no decorrer da história, normalmente motivado pela simples curiosidade pessoal sobre sua identidade familiar ou por aspectos patrimoniais e sociais.

Com o advento da tecnologia genômica, o que antes se limitava à disciplina da genealogia também passou a ser perseguido por meio de testes de ancestralidade, que, por meio da análise do DNA, prometem revelar relações familiares distantes que compartilham os mesmos traços genéticos.

Os exames de ancestralidade analisam áreas específicas no genoma humano, comparando-as com bancos genéticos já existentes, sendo possível identificar padrões de migração global, bem como afinidades genéticas com determinados povos e suas regiões de povoamento.

A utilização de testes de ancestralidade tem ganhado inúmeros adeptos nos últimos anos, já que também prometem identificar predisposições genéticas do indivíduo para o desenvolvimento de doenças, o que supostamente oportunizaria a adoção de rotinas e comportamentos preventivos.

Observa-se que tal tecnologia tem se tornado cada vez mais acessível, sendo oferecida por inúmeras empresas em redes sociais e plataformas digitais, por preços módicos, o que causa inquietação sobre o uso indevido de dados genéticos e a possibilidade de discriminação com base na ascendência.

Aparentemente a utilização de tais testes mostra-se inofensiva, inclusive desperta a curiosidade e a motivação dos usuários, mas a análise mais profunda do tema e a história recente da humanidade levantam questionamentos acerca da sensibilidade de tais informações, bem como a preocupação pela privacidade dos dados que estão sujeitos à vulnerabilidade técnica de um banco de dados comum.

Diante desse quadro, este trabalho visa demonstrar que a disponibilização voluntária de dados genéticos deverá ser precedida de um ato inequívoco de manifestação de vontade, em que o usuário esteja ciente da completude dos efeitos jurídicos da adesão a um termo de uso ou contrato. A metodologia adotada é a hipotético-dedutiva, com a pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e artigos científicos.

2. DADOS GENÉTICOS COMO DADOS SENSÍVEIS E SUA PROTEÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, é importante destacar que exames de ancestralidade não possuem uma regulamentação por lei específica no Brasil, contudo isso não traz impedimentos para a aplicação de um conjunto de normas administrativas e internacionais, que, por sua vez, possibilitam o uso de tais procedimentos em harmonia com o texto constitucional e com padrões éticos.

O texto constitucional, apesar de não tratar especificamente sobre os testes de ancestralidade, indica no art. 5º, IX, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988, on-line).

Além disso, a CF/88 também trata da valorização da livre iniciativa, bem como garante, em capítulo próprio, a valorização e o incentivo da ciência, tecnologia e inovação, tanto por ações diretas do Estado, como pelo incentivo da iniciativa privada.

Portanto, o texto constitucional coloca o Estado brasileiro como um fomentador direto e indireto da liberdade científica, a fim de garantir a melhoria das condições de vida dos indivíduos, preservando a sua dignidade e a vida (BARBOZA; LEAL; ALMEIDA, 2024)

No âmbito internacional, a preocupação com a proteção ética do ser humano em pesquisas foi catalisada por assombrosos eventos históricos que levaram ao desenvolvimento do Código de Nuremberg em 1947 e, posteriormente, de outras declarações, tal como listadas por Barboza, Leal e Almeida (2024, n. p.) a seguir:

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; da Declaração de Helsinque, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997; da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2003; e da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2004, da Resolução 129/96 referente às Boas Práticas Clínicas do Grupo Mercado Comum (MERCOSUL), às pesquisas de farmacologia clínica.

O Código de Nuremberg marca, sem dúvida, uma resposta da sociedade às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento de diretrizes éticas para proteger a dignidade e os direitos de participantes de experimentos médicos e pesquisas com seres humanos. Sua preocupação central foi estabelecer princípios basilares para a pesquisa médica, influenciando diretamente a configuração de normas éticas nacionais e internacionais, a exemplo do princípio do consentimento voluntário, da liberdade e tantos outros que continuam a ser replicados (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1947).

Adotada em outubro de 2005 pela Conferência Geral da UNESCO, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos representa um avanço na promoção da harmonia entre os avanços científicos e os valores fundamentais dos direitos humanos, especialmente a dignidade

humana. Tal declaração tem o desafio de estabelecer princípios éticos universais que visem orientar as políticas públicas de saúde, as práticas clínicas, bem como pesquisas científicas e a adoção de testes em seres humanos.

Entre seus princípios, estão: dignidade humana e direitos humanos, efeitos benéficos e efeitos nocivos, autonomia e responsabilidade individual, consentimento, respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal, vida privada e confidencialidade, igualdade, justiça e equidade, não discriminação e não estigmatização, respeito pela diversidade cultural e do pluralismo, solidariedade e cooperação, responsabilidade social e saúde, partilha dos benefícios, proteção das gerações futuras, proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade (UNESCO, 2006).

A partir de tais princípios, é possível extrair a preocupação da declaração no sentido de proteger, essencialmente, o consentimento livre e informado, a privacidade e a confidencialidade dos dados médicos a fim de evitar qualquer forma de discriminação e violação de direitos humanos.

No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada pela UNESCO em 2003, buscou estabelecer princípios orientadores para os procedimentos de coleta, uso e compartilhamento de dados genéticos por instituições públicas e privadas. Trata-se de uma iniciativa que reflete o esforço de profissionais e representantes de diversos países diante das profundas alterações trazidas pela revolução genética, a fim de estabelecer princípios éticos e jurídicos que possam nortear a manutenção desses bancos genéticos.

Tal iniciativa não descarta a importância dos dados genéticos na esfera privada, mas reforça a necessidade de que tais informações sejam utilizadas para o desenvolvimento da ciência, para a criação e o aperfeiçoamento de tratamentos, todavia sem perder o respeito aos indivíduos e a sua dignidade. Nesse sentido, seus artigos 3º e 7º tratam da identidade da pessoa, que não pode ser reduzida às suas características genéticas, de modo que estas não sejam utilizadas com finalidade discriminatória, a fim de estigmatizar indivíduos, famílias, grupos ou povos (UNESCO, 2004).

A declaração também reforça, em seu artigo 8º, a necessidade de um consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem que esta anuência seja prejudicada ou influenciada por tentativas de persuasão, ganho pecuniário ou vantagem pessoal (UNESCO, 2004).

Outra previsão que merece destaque está situada no artigo 14º, que prevê a obrigação de os Estados desenvolverem esforços para proteger a vida privada dos indivíduos, bem como a confidencialidade dos dados genéticos humanos, incluindo famílias e grupos identificáveis (UNESCO, 2004).

O mesmo dispositivo ainda prevê que os dados genéticos humanos não poderão ser fornecidos a terceiros, empregadores, seguradoras, estabelecimentos de ensino ou família, devendo

tais amostras e dados serem tratados como confidenciais, a menos que haja prévio e expreso consentimento (UNESCO, 2004).

A declaração também estabelece que os dados genéticos não poderão ter alteração de finalidade incompatível com o consentimento originalmente previsto e anuído, a não ser que também ocorra o consentimento livre, prévio e expreso do usuário (UNESCO, 2004).

Ainda, seu artigo 18º indica que a circulação e a cooperação internacional de dados genéticos humanos estarão sujeitas a uma regulação interna que assegure o acesso equitativo e uma proteção adequada (UNESCO, 2004).

Por fim, outra previsão que merece ser destacada na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos consta no artigo 22º, que exige

obter o consentimento para qualquer cruzamento dos dados genéticos humanos, dos dados proteômicos humanos ou das amostras biológicas conservados para fins de diagnóstico e cuidados de saúde e também para fins de investigação médica e outra investigação científica, salvo se o direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, dispuser em sentido diferente (UNESCO, 2004, p. 15)

Além das previsões constitucionais e internacionais indicadas, é possível observar regulamentações administrativas, com previsões de cláusulas abertas, sujeitas a interpretação do caso a ser analisado, no âmbito do Conselho Nacional de Saúde (CNS), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e de Conselhos Profissionais, a exemplo do Conselho Federal de Medicina (BARBOZA; LEAL; ALMEIDA, 2024, n. p.).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução n.º 466/2012, que definiu diretrizes e normas regulamentadoras para pesquisas envolvendo seres humanos, adotando como princípios basilares a “autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2012, p. 1). Além disso, estabeleceu que projetos de genética humana que envolvam o envio ou o armazenamento de material genético no país ou no exterior estão sujeitas a uma análise pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2012, p. 9).

O armazenamento de dados genéticos de forma privada não possui um valor intrínseco, a não ser para o próprio usuário, mas pode adquirir um propósito e valor ao passo que se cogita seu compartilhamento e utilização em pesquisas farmacológicas. Dessa forma, mostra-se necessário reconhecer a sensibilidade dos dados genéticos coletados, já que eles podem revelar atributos íntimos do usuário, como a descoberta de suas origens étnicas e vulnerabilidades da sua saúde.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 115/2022, foi acrescido ao texto do art. 22 a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais devido aos novos contornos recebidos pelo tema e ao respectivo interesse público. (BRASIL, 2022).

Apesar de ter sido aprovada anteriormente, em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, também conhecida pela sigla LGPD, já compreendia em seu artigo 5º, II, os dados genéticos como um dado pessoal sensível, passível de proteção e tratamento (BRASIL, 2018).

Assim, de acordo com Rodrigo Lopes Santos e Adriano da Costa Cruz (2022, n. p.):

Objetivando a proteção dos dados pessoais, as Empresas, para adequarem-se à LGPD, necessitam empregar medidas de segurança, técnicas e administrativas, adequadas ao tratamento de dados e recomendadas pela legislação em referência, a fim de impedir acessos por pessoas não autorizadas e situações de destruição, perda, alteração, comunicação ou, ainda, a ocorrência de incidentes de segurança da informação e/ou de privacidade.

Portanto, a LGPD representa um marco legal importante para a proteção de dados genéticos no Brasil, a fim de que os bancos adotem uma postura proativa de proteção e privacidade, com o investimento em segurança e tecnologia compatíveis com seus níveis de risco, além de manter o controle das informações a cargo dos usuários, sob regras inequívocas de consentimento.

O artigo 5º, IV, da LGPD define banco de dados como um “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”, e o art. 4º, §4º, diz que “em nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público”.

Por outro lado, a LGPD coloca como dever a necessidade do consentimento explícito e inequívoco do usuário, prevendo, ao mesmo tempo, a possibilidade de anonimização dos dados, a fim de impedir a identificação da pessoa ou do grupo a que pertença (DALLARI; MONACO, 2021).

Em sintonia com a LGPD, recentemente foi publicada a Resolução n.º 738/2024, que visa normatizar o uso de banco de dados privados e públicos que possuam a finalidade de pesquisa científica envolvendo seres humanos. Essa nova normatização possui clara preocupação com o tratamento de dados considerados sensíveis, entre eles os dados genéticos, definindo obrigações ao controlador responsável pelo biobanco, o qual deverá assegurar a anonimização ou pseudonimização dos dados pessoais e garantir a privacidade e inviolabilidade da intimidade, bem como o uso seguro e adequado dos dados e informações, nos termos da legislação vigente (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2024).

Ainda, a Resolução n.º 738/2024 prevê nos artigos 15º e 16º que os dados são de titularidade dos participantes, de modo que estes possam acessar a qualquer tempo as informações armazenadas, além de solicitar retificações, atualizações e a retirada parcial ou total (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2024).

Por fim, chama a atenção que a resolução também estabelece a possibilidade de o participante requerer uma indenização quando ocorrer “danos decorrentes do uso indevido ou da quebra de segurança ou confidencialidade dos seus dados armazenados (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2024, p. 6).

Conclui-se, portanto, que ainda que não haja legislação específica, o tema está sujeito a uma extensa proteção jurídica que confere amplos poderes ao usuário do serviço, que deverá, por sua vez, anuir expressamente com qualquer alteração da destinação originalmente prevista de seus dados genéticos. Todavia é forçoso reconhecer que, em razão das características do serviço, especialmente sua alta complexidade, o consumidor médio estará sujeito a consentir com cláusulas dos termos de uso que não são compreendidas em sua totalidade, bem como pode estar sujeito a eventuais abusos no compartilhamento de informações.

3. A VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E A PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE

À medida que o número de adeptos desta nova tecnologia aumenta, também ganha relevância a necessidade de discussão acerca dos efeitos do consentimento dado pelos usuários às empresas de análise genética. O que se observa é que a maioria das grandes fornecedoras atua remotamente, oferecendo os serviços por redes sociais e sites, de forma que a coleta do material genético ocorre pelo próprio usuário, que, após receber os itens de coleta, é responsável por recolher o material genético da saliva e encaminhar para a sede física da empresa pela via postal.

Assim, observa-se que o consentimento do usuário é fornecido remotamente, mediante a assinatura de termo de uso e adesão a política de privacidade na modalidade digital, os quais, apesar de sua validade jurídica, normalmente não são compreendidos em sua totalidade pelo signatário. O problema surge quando o consentimento fornecido não se limita a autorizar apenas a coleta, o processamento e a análise do material genético, ou seja, quando também prevê a possibilidade de utilização das informações em pesquisas científicas, compartilhamento com terceiros, incluindo outros bancos de dados genéticos.

De tal forma, surgem sérias preocupações sobre a possibilidade compartilhamento indevido de dados genéticos, ou seja, a disseminação do conteúdo pela invasão criminosa dos biobancos ou pelo compartilhamento voluntário mediante acordos comerciais.

Em ambas as situações, a inquietação encontra-se no nível de consentimento livre e esclarecido do usuário que forneceu seus dados genéticos, especialmente quando a contratação de tais serviços tem se dado de forma eletrônica, por intermédio de plataformas eletrônicas que submetem o usuário ao aceite de um termo de uso. Segundo Be'atrice Godard, Jorg Schmidtke,

Jean-Jacques Cassiman e Ségolène Aymé (2003, p.12, tradução nossa), o:

consentimento, confidencialidade e codificação são os princípios-chave para as declarações encontradas na maioria dos bancos de DNA. Com a experiência dos biobancos, com o advento da criação de linhas celulares, com a necessidade de equipes de investigação colaborativas internacionais para partilhar DNA, e com uma maior sensibilidade ao consentimento do paciente para utilizações secundárias, o consentimento para o sistema de biobancos foi-se tornando mais específico e personalizado³.

Atentando-se a tais riscos, a Resolução n.º 738/2024 do Conselho Nacional de Saúde (2024, *on-line*) estabeleceu no artigo 27 requisitos para o registro do consentimento do usuário:

Art. 27 Nas pesquisas que propõem a constituição de banco de dados, o Registro ou o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido deverá conter:

I - Justificativa e objetivos da pesquisa, riscos e benefícios do armazenamento de dados, incluindo a informação acerca da utilização do uso futuro dos dados, quando for o caso.

II - Descrição dos procedimentos adotados para garantir o sigilo e a confidencialidade das informações, assegurando preservar a intimidade, a honra e a imagem dos participantes

III - Descrição das estratégias para controle de acesso aos dados e as informações.

IV - Informação sobre o uso futuro dos dados e informações para pesquisa, de forma específica e destacada, quando houver essa intenção, apresentando alternativas que indiquem a necessidade ou não de novo consentimento.

V - Justificativa para o compartilhamento de dados e informações do banco, de forma específica e destacada, quando houver essa intenção, apresentando alternativas que indiquem a autorização ou não do participante.

Nota-se que a Resolução n.º 738/2024 propõe que o usuário esteja completamente ciente dos riscos do armazenamento de seus dados, das estratégias de segurança dos dados, bem como da possibilidade de utilização de tais informações, desde que devidamente justificada, específica e destacada no texto.

Em sintonia com tal normal, foi aprovada a Lei n.º 14.874/2024, a qual dispõe sobre a pesquisa com seres humanos e dispõe sobre o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa com Seres Humanos. O artigo 2º, LIII, se destaca a estabelecer os requisitos do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, vejamos:

LIII - Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE): documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa, ou do seu responsável legal, de forma escrita, com todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o completo esclarecimento sobre a pesquisa da qual se propõe participar (BRASIL, 2024, *on-line*).

Portanto, o que se propõe é uma garantia de transparência das políticas e termos de uso do serviço em que sejam estabelecidas opções claras e inequívocas aos usuários, a fim de que a autonomia do indivíduo seja fidedignamente respeitada.

4. O CASO DA EMPRESA 23ANDME

3 No original: “Consent, confidentiality, and coding are the key principles for DNA banking found in most statements. With experience in banking, with the advent of the creation of cell lines, with the need for international collaborative research teams to share DNA, and with a heightened sensitivity to patient consent to secondary uses, consent to banking was becoming more specific and personalized”.

A discussão acerca dos limites do consentimento livre e esclarecido nos testes de ancestralidade não é recente. Um caso que teve grande repercussão foi da empresa 23andMe, que, fundada no ano de 2006 com a finalidade de examinar diretamente o consumidor, passou a oferecer informações de ancestralidade e identificar marcadores genéticos associados a doenças e predisposições específicas, as quais poderiam melhorar a saúde e prevenir doenças. (STOEKLÉ *et al.*, 2016).

Em dezembro de 2023, a empresa admitiu publicamente o vazamento de informações e dados genéticos de aproximadamente seis milhões de usuários após sofrer um ataque hacker no início de outubro do mesmo ano; contudo, a informação somente veio à tona após o grupo de hackers tentar vender as informações em fóruns da internet (FORATO, 2023).

É inegável a preocupação com a violação de privacidade de dados genéticos, especialmente quando estas podem ser evitadas ou mitigadas por meio da adoção de técnicas robustas de segurança digital, contudo a questão ganha novos contornos quando o compartilhamento de informações se dá de forma voluntária pela empresa, devido a acordos ou negociações comerciais.

Nesse sentido, a título de exemplo, a empresa 23andMe anunciou uma parceria com a indústria farmacêutica GlaxSmithKline (GSK) para o acesso ao banco genético de seus clientes, mediante o investimento de trezentos milhões de dólares, o que causou grande polêmica nos Estados Unidos, pois os usuários não sabiam da possibilidade de compartilhamento, ainda que estivesse previsto nos termos de uso do serviço (GARATTONI, 2018).

Segundo a empresa 23andMe, os clientes teriam a prerrogativa de optar pela exclusão das informações a qualquer momento, enquanto a empresa investidora GlaxSmithKline (GSK) afirmou que tais informações seriam utilizadas para o desenvolvimento de novos medicamentos, especialmente para a pesquisa do gene relacionado à doença de Parkinson (GARATTONI, 2018).

De todo modo, ainda que o usuário do serviço não veja empecilhos na possibilidade do compartilhamento de dados para pesquisa, é importante que haja um consentimento livre e esclarecido, de modo que não restem dúvidas acerca da extensão dos efeitos da anuência do termo de adesão, para que seja respeitada a autonomia do indivíduo e a confidencialidade.

Nesse sentido Rosa *et al.* (2021, n. p.) afirmam que:

É evidente que a responsabilidade ultrapassa limites geográficos, além do fato de os dados não poderem ser utilizados para fins negociáveis, para comércio e lucro, principalmente no caso de dados médicos e genéticos, garantindo, assim, o exercício dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal (Brasil, 1988).

A existência de casos como os apontados devem despertar preocupação, pois se mostra necessário que o termo de consentimento contemple, em cláusulas claras e destacadas, uma

justificativa clara sobre os objetivos da pesquisa, sobre a possibilidade do compartilhamento ou a utilização dos dados em pesquisas futuras.

Nesse ponto, mostra-se necessário recordar que o consentimento e o sigilo devem abarcar as diferentes fases do serviço proposto – recolhimento inicial, manutenção do armazenamento físico e digital, eventual compartilhamento físico e digital em território nacional e, por fim, o compartilhamento físico e digital internacional.

Ora, o usuário precisa estar ciente de todos os procedimentos que serão adotados para garantir o sigilo das informações genéticas, inclusive a possibilidade de anonimização dos dados quando ocorrer um eventual compartilhamento.

Por outro lado é importante considerar que, havendo a existência de cláusula genérica de consentimento sem indicação precisa da destinação do material genético, seria inadequado o compartilhamento de amostras identificáveis (DESCHÊNES *et al.*, 2004).

Além disso, diante das peculiaridades dos serviços que são ofertados por empresas como a 23andMe, as quais são contratadas por plataformas digitais, é importante considerar a existência de usuários que não possuem capacidade civil plena para anuir com os termos de contratação. Assim, o procedimento de adesão deve estar parametrizado digitalmente de forma a prevenir tal possibilidade.

Portanto, compreende-se que o consentimento inequívoco, a confidencialidade e a segurança das informações são questões basilares para a continuidade dos serviços de biobancos, pois é de responsabilidade de tais empresas a adoção de práticas inequívocas de transparência. Assim, tais evoluções tecnológicas devem ser igualmente pautadas em práticas comerciais éticas, a fim de que seja priorizada a autonomia individual dos usuários dos respectivos serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise dos dados e casos apresentados, observa-se que o desenvolvimento da tecnologia e o crescente entusiasmo das pessoas em descobrir sua origem genética, popularizou e tornou acessível a realização de exames de ancestralidade. Contudo, tal comportamento também despertou preocupações éticas e biojurídicas essenciais para a proteção da autonomia individual, da vida privada e da confidencialidade.

Assim, concluiu-se que a disponibilização voluntária de dados genéticos pelo usuário deve ser antecedida por um consentimento claro e informado que se atente a eventuais vulnerabilidades de compreensão do indivíduo, pois é essencial que o usuário esteja ciente da totalidade dos efeitos jurídicos da sua adesão às cláusulas.

Percebe-se também que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a Resolução

n.º 738/2024 do Conselho Nacional de Saúde representam diretrizes importantes na proteção dos dados genéticos de usuários em biobancos, pois estabelecem a natureza sensível das informações coletadas e indicam normas de segurança e privacidade aos dados dos usuários.

O trabalho também destaca o estudo de caso da empresa 23andMe, no qual restou incontroversa a necessidade da adoção de padrões de vigilância e de tecnologia que impeçam o vazamento de informações sensíveis.

Além disso, constatou-se que vias tangenciais de compartilhamento de dados, tal como ocorrido entre as empresas 23andMe e GlaxoSmithKline, necessitam de prévio e inequívoco consentimento dos usuários, pois representam uma via imprevisível ao usuário do serviço originalmente contratado.

Portanto, tendo em vista o cenário dinâmico de evolução tecnológica, é necessário que a proteção da confidencialidade e do consentimento livre esclarecido estejam sempre alinhados a uma conduta comercial ética, a fim de que a pesquisa e o desenvolvimento não representem uma ameaça à privacidade e à dignidade do ser humano.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H.; LEAL, L. T.; ALMEIDA, V. **Biodireito**: tutela jurídica nas dimensões da vida. Indaiatuba: Foco, 2020. *E-book*.

BRASIL. **Lei 14.874/24 de 28 de maio de 2024**. Dispõe sobre a pesquisa com seres humanos e institui o Sistema Nacional de Ética em Pesquisa com Seres Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2024/lei/114874.htm Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 8 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil). **Resolução Nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Brasília: CNS, 2012. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>.

Acesso em: 4 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil). **Resolução nº 738, de 01 de fevereiro de 2024.** Dispõe sobre uso de bancos de dados com finalidade de pesquisa científica envolvendo seres humanos. Brasília, CNS, 2024. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/resolucoes-cns/3316-resolucao-n-738-de-01-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 5 abr. 2024.

DESCHÊNES, M; CARDUNAL; G.; KNOPPERS, B. M., GLASS, K. C. Pesquisa genética humana, banco de DNA e consentimento: uma questão de “forma”? **Clin Genet**, n. 59, p. 221-239, 2001.

FORATO, F. 23andMe confirma vazamento de dados e DNA de 6 milhões de pessoas. **Terra**, 12 dez. 2023. Disponível em: <https://www.terra.com.br/byte/ciencia/23andme-confirma-vazamento-de-dados-e-dna-de-6-milhoes-de-pessoas.f790099544d735cb1e8a54287325e60eiofe583g.html>. Acesso em: 8 abr. 2024.

GARATTONI, B. 23andMe vai entregar DNA dos seus usuários para gigante farmacêutica. **Super Interessante**, 2 ago. 2018. Comportamento. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/23andme-vai-entregar-dna-dos-usuarios-para-gigante-farmaceutica>. Acesso em: 7 abr. 2024.

GODARD, B.; SCHMIDTKE, J.; CASSIMAN, J. J.; AYMÉ, S. Armazenamento de dados e banco de DNA para pesquisa biomédica: consentimento informado, confidencialidade, questões de qualidade, propriedade, retorno de benefícios. Uma perspectiva profissional. **European Journal of Human Genetics**, n. 11, s. 88-122, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/sj.ejhg.5201114>. Acesso em: 4 abr. 2024.

ROSA, H. H.; SILVA, M. A.; BÔAS, E. F. V.; AVOGLIA, H. R. C. Bancos de Dados de Saúde e Pesquisa: Prós e Contras da LGPD. In: DALLARI, A. B.; MONACO, G. F. C. (org.). **LGPD na saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SANTOS, R. L.; CRUZ, A. C. Regulação econômica, defesa do consumidor e utilização de dados pessoais de saúde. In: AITH, F.; DALLARI, A. B. (coord). **LGPD na saúde digital**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

STOEKLÉ, H. C.; MAMZER-BRUNEEL, M. F.; VOGT, G.; HERVÉ, C. 23andMe: um novo modelo bilateral de mercado de banco de dados. **BMC Ethical Medics**, n. 17, art. 19, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12910-016-0101-9>. Acesso em: 7 abr. 2024.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. (1947). Código de Nuremberg Control Council Law, n. 10, v. 2, p. 181-182, 1949 (versão em português). In: BRASIL. **Informe Epidemiológico do SUS Ano IV**, 1995. Disponível em: <https://www.ghc.com.br/files/CODIGO%20DE%20NEURENBERG.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Tradução: Comissão Nacional da UNESCO (Portugal). Paris: UNESCO, 2004. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 2 abr. 2024.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Lisboa: Comissão Nacional da UNESCO (Portugal), 2006. Disponível em:

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 2 abr. 2024.

NÚCLEO MARIA DA PENHA COMO UMA AÇÃO NECESSÁRIA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTES/PR

Fernando de Brito ALVES¹
Sandra Santos Rosa SCHERCH²
Jhenifer Estácio Soares SANTOS³

RESUMO

O presente artigo aborda a condição da violência doméstica e familiar da mulher no contexto da Lei 11.340/2006 e a importância dos serviços de assistência jurídica oferecidos com o início das atividades do NUMAPE - Bandeirantes-PR. Foi adotado o caminho de estabelecer um referencial teórico apoiado na Lei 11.340/2006 em correlação com as primeiras impressões da realização dos serviços do NUMAPE- Bandeirantes-PR. Por isso, foi utilizada a metodologia hipotético-dedutiva e a pesquisa do tipo bibliográfica. O resultado que se chega considera que mesmo com o avanço na esfera normativa e institucional, o que oportuniza às mulheres um novo recomeço ante a resignação do cenário de violência em que viveu, ainda há muito o que se construir na sociedade para que se possa alcançar um nível coerente de combate à violência doméstica e familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha - Violência doméstica e familiar – Vitimização – Núcleo Maria da Penha.

ABSTRACT

This article addresses the condition of domestic and family violence against women in the context of Law 11.340/2006 and the importance of legal assistance services offered with the beginning of NUMAPE – Bandeirantes- PR activities. The path of establishing a theoretical framework based on Law 11.340/2006, was adopted in correlation with the first impressions of the NUMAPE- Bandeirantes –PR services. Therefore, the hypothetical-deductive methodology and bibliographical research were used. The result reached considers that even with the advances in the normative and institutional sphere, which gives women a new beginning in the face of the resignations of the scenario of violence in which they lived, there is still a lot to be built in society so that a coherent level of combating domestic and family violence.

KEYWORDS: Maria da Penha Law; Domestic and family violence; Victimization. Nucleus Maria da Penha.

INTRODUÇÃO

Neste artigo será tratado sobre a Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha e a inovação que este diploma legal traz no âmbito social das mulheres. Importa desde já destacar, que a referida lei oportuniza às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar um procedimento de desvinculação dos agressores e a obtenção de emancipação, conseqüentemente

1 Orientador: Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. E-mail:fernandobrito@uenp.edu.br.

2 Autora: Advogada Bolsista do Núcleo Maria da Penha (NUMAPE/UENP), graduada em Direito pela Universidade norte do Paraná (UNOPAR).

3 Coautora: Graduanda de Direito pela Anhanguera Unopar, estagiária bolsista do Núcleo Maria da Penha (NUMAPE/UENP).

saindo de um ciclo de violência.

Por óbvio que apenas a norma trazida para o ordenamento jurídico em 2006 e quase completando 20 anos, não é suficiente para uma proteção efetiva das mulheres e expõe o resultado de uma intensa batalha que é experimentada no cotidiano feminino e não se reduz ao contexto da pobreza e da falta de acesso à informação. A violência doméstica e contra a mulher é uma pecha cultural e social que se normaliza na sociedade brasileira e enfrenta a resistência de círculos de poder construídos para serem ocupados expressivamente pelas elites e pelos sujeitos masculinos. Assim, além do aspecto normativo, devem ser erigidos mecanismos jurídicos e políticas públicas para dar efetividade ao conteúdo da Lei 11.340/2006 e promover a proteção da mulher de maneira concreta.

Nesse contexto, o presente artigo visa tratar sobre a implementação do projeto Núcleo Maria da Penha no município de Bandeirantes/PR.

A construção das leis em geral e a sua aplicação, colaboram para que a sociedade brasileira continue sendo pautada nos padrões e na cultura conjugal patriarcal e no que se pode denominar machismo estrutural. Tais artefatos sempre colocam a mulher em um papel que não é justo do ponto de vista da isonomia, pois na tentativa de busca de emancipação da mulher, as instituições e o Estado não são eficazes, e, tradicionalmente, a sociedade a coloca no papel de culpada e não como vítima.

A implementação do Núcleo Maria da Penha no município de Bandeirantes é uma conquista para as vítimas de violência doméstica, pois poderão contar com o amparo necessário que hodiernamente é falho em políticas públicas estatais e no reconhecimento social da necessidade não só de defesa dos direitos das mulheres, mas também de criar mecanismos de combate à violência doméstica e de gênero. Nesse sentido, o NUMAPE se posiciona como um ator jurídico e social na busca de traçar novos rumos na função social na vida dessas mulheres.

Nesta pesquisa, o problema consiste em investigar o motivo pelo qual a vítima feminina acaba, na maioria das vezes, se tornando culpada e o agressor é assim considerado pelos olhos da sociedade como inocente, pois sempre se reveste da qualidade de provedor, arrimo da família e a violência praticada é apenas um fato isolado e normalizado.

Essa normalização da violência contra a mulher desencadeia também uma espécie de óbice na efetividade das políticas públicas e nas ações voltadas à proteção das mulheres.

Atualmente, a assistência jurídica gratuita instaurada no Núcleo Maria da Penha de Bandeirantes-PR, se coloca como assistência em todo o processo criminal e também nas ações de família pertinentes a toda relação conjugal e notadamente a desvinculação dessas mulheres de seus agressores, figurando em hipótese a ser aqui trabalhada.

O trabalho, toma aqui um rumo de desconstruir a identidade da mulher como culpada da violência doméstica e familiar, imagem que ainda nos dias atuais reflete, uma sociedade com ranços de família tradicional instituída nos valores patrimoniais, religiosos e patriarcais. Bem como, uma leitura interdisciplinar de cidadania, dignidade, liberdade e uma leitura da Lei Maria da Penha.

A pesquisa se vale da metodologia hipotético-dedutiva, para trazer dos aspectos gerais dos direitos de proteção deferidos à mulher, os aspectos específicos que são aplicáveis ao contexto do NUMAPE. Nessa linha, foi adotado o tipo de pesquisa baseado na revisão bibliográfica do referencial teórico e também na coleta de dados gerais e locais sobre a violência contra a mulher.

O artigo foi elaborado com o desenvolvimento em três partes, abordando a proteção normativa da mulher, a posição da mulher como vítima e o papel do NUMAPE com sua instalação na cidade de Bandeirantes-PR. Tais elementos são utilizados para alcançar a conclusão possível, dentro do recorte proposto na pesquisa apresentada.

1. A PROTEÇÃO NORMATIVA DA MULHER CONTRA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Do ponto de vista normativo, a Constituição Federal de 1988 rompeu valores de uma sociedade pautada na centralidade masculina para os papéis de poder e trouxe consigo normas que soam mais igualitárias. Importa observar que os direitos das mulheres estão posicionados em um quadro multidimensional, já que não se restringem apenas ao parâmetro de igualdade, deve-se ter em consideração que “os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação” (SARLET, 2015, p. 45).

Essa ideia de Ingo Sarlet é fundamental para compreender que as mutações históricas e sociais deferem aos direitos das mulheres um status que passa pelo campo dos direitos individuais, pelos direitos econômicos e sociais e pelos direitos fraternais e de solidariedade, sendo verdadeiros signatários dos princípios da acumulação e da complementaridade dos direitos fundamentais. Por isso, não basta igualdade formal, é preciso entender os processos de acesso da mulher aos poderes sociais, econômicos e familiares, bem como é necessário o reconhecimento de sua vulnerabilidade tanto no panorama normativo geral, quanto nos aspectos histórico-culturais que compõem os arranjos sociais brasileiros.

Ao positivar conteúdos de proteção à família, a Constituição abriu espaço para criação de mecanismos para amparar os direitos das mulheres e rompeu formalmente com muitos aspectos sociais. Isso impõe aos indivíduos e às instituições o dever de cumprir a norma constitucional e criar meios para que o conteúdo positivado na Lei Maior.

Feita esta excursão, no campo da proteção da mulher em relações domésticas, a partir da

noção de equiparação e reconhecendo a desigualdade de gênero, denota-se que “reforçando o princípio da igualdade, já assegurado no *caput* do art. 5º e em seu inciso I, o constituinte determinou a igualdade dos sexos na representação da sociedade conjugal. Homens e mulheres têm direitos e deveres iguais na sociedade conjugal” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2016, p. 621).

Desse modo, ainda que seja uma norma geral, em seu art. 5º, ficam estampados o direito e a garantia de que todos são iguais perante a lei; essa disposição se conjuga com o art. 226, §8º que protege a família de maneira especial pelo Estado e também que assegura a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. Assim, tem-se a base constitucional explícita para a criação e a manutenção de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações domésticas e familiares.

No plano infraconstitucional e também por meio de diversos tratados incorporados pelo Brasil, o combate violência contra a mulher se implementa como regras de discriminação positiva, que são medidas especiais e de caráter temporário que buscam acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher (RAMOS, 2022, p. 735).

Destaca-se, nesse âmbito, a criação da Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que é uma importante conquista na luta feminina contra a violência contra a mulher em razão do gênero, em seu primeiro artigo traz o ânimo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, conforme se expõe da sua súmula:

Cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha observa a Constituição Federal e as normativas de direito internacional, positivando regras de conteúdo misto já que abrange direito material e de direito processual. Destaca-se que antes da Lei 11.340/2006 não havia um instrumento jurídico específico de proteção à mulher diante de atos de violência doméstica e familiar:

A violência contra mulher era, até o advento da Lei “Maria da Penha”, tratada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9099/95. Com a nova lei passa a ser concebida como uma violação a direitos humanos, na medida em que a lei reconhece que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (artigo 6º), sendo expressamente vedada a aplicação da Lei 9099/95. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2014, p.113)

A importância dessa lei é ímpar na sociedade brasileira, pois estabelece uma proteção especial as mulheres no contexto da violência doméstica e familiar, trazendo não apenas aspectos normativos, mas também procedimentais para a efetivação de mecanismos de combate à violência

doméstica.

Cabe observar que o art. 7º da Lei 11.340/2006, elenca as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher e em cada um de seus incisos há uma forma de violência apresentada. Pela redação do referido dispositivo, percebe-se que se trata de um rol exemplificativo de hipóteses de violência, sendo utilizada a expressão “entre outras” como a ponte interpretativa dessa afirmação. Assim, independentemente do enquadramento da violência em um dos incisos, pode ser assim considerada para efeitos de efetiva proteção da mulher.

A violência física, segundo a Lei 11.340/2006 é entendida com qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Desse modo, abarca tanto as lesões corporais, como também ameaças e ações ou omissões que possam atentar contra a vida da mulher, considerado um contexto de convivência doméstica e familiar. A agressão física é tratada como a violência que pode ou não deixar marcas no corpo, embora na maioria dos casos esse tipo de violência, só transparece quando algo pior acontece, quando realmente a violência deixar marcas da violência na mulher. No entanto deixando marcas ou não, a violência física pode ser através de tapas, empurrões, apertões, puxões de cabelo, socos, chutes.

A resignação feminina é de larga escala tradicional, e quando se pensa em violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, só se pensa em agressões físicas – até porque deixa mais vestígios de sua ocorrência. Porém o que não é verdade, pois a violência pode ser de vários outros tipos.

Nessa toada, a Lei Maria da Penha, traz a definição de outras formas violências que na maioria das vezes são tratadas no âmbito doméstico e familiar como situações tradicionalmente normais e naturais, elenca-se: a violência psicológica; a violência sexual; a violência patrimonial; e a violência moral.

A forma de violência psicológica, é aquela que afeta as emoções da vítima, prejudicando a autoestima e também o controle da vida prejudicando o direito de fazer as próprias escolhas e vontades. Nesse sentido, vem posicionada no art. 7º, II da Lei Maria da Penha:

Art. 7º (...)

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos 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.

Ao seu turno, a violência sexual, ainda como um tabu para a sociedade, pois no contexto doméstico e familiar, tradicionalmente fica com a mulher a árdua tarefa de cuidar do lar, dos filhos e logo também a exigência de ser mulher em todos os sentidos, diante desse pensamento a violência

sexual se traduz na insistência em relações contra a vontade da mulher, também impedir o uso de métodos contraceptivos. Como aponta o art. 7º, III da Lei 11.340/2006:

Art. 7º (...)

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

Outra forma violência, se revela no inciso IV, do art. 7º da Lei 11.340/2006, como sendo a violência patrimonial, está diretamente aos bens e itens da mulher, como roupas, documentos. Consiste em destruir, esconder, reter, e até mesmo os recursos destinados a satisfazer as necessidades da mulher.

Não menos importante, o inciso V, traz a forma da violência da moral, que é entendida como ofender a imagem e honra da mulher, por meio de qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Como xingar, humilhar, maltratar entre outras formas.

Desde modo a criação da Lei Maria da Penha não é somente uma lei qualquer, mas é o resultado da criação de uma rede de amparo para que as mulheres tenham onde buscar ajuda e proteção. E de igual modo, é pelo referido dispositivo normativo que se criam mecanismos para que as mulheres tenham acesso à prevenção e medidas para que não caiam no ciclo de violência, promovendo ações de busca pela erradicação de mortes por violência de gênero contra a mulher dentro dos lares, lugar este que deveria ser de paz e proteção.

2. A VITIMIZAÇÃO DA MULHER NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Antes de tratar da vitimização dentro de uma perspectiva da criminologia é necessário entender a situação da violência contra a mulher dentro da sociedade. A história da mulher é marcada por violências que são praticadas nas esferas públicas e privadas, violência essa que vai desde a falta de reconhecimento enquanto um sujeito de direitos até a omissão institucional em implementar meios de proteção da mulher em situação de vulnerabilidade.

Basta lembrar que a mulher somente adquiriu direito a voto em 1932 (Decreto nº 21.076/1932), no Código Civil de 1916 a mulher perdia as capacidades civis com o casamento, direito básico que somente foi parcialmente recuperado com a Lei 4.121/1962 (Estatuto Civil da Mulher Casada) e com a Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio).

Como abordado no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 foi a disposição normativa que mais inovou no ordenamento jurídico brasileiro a fim de conferir direitos à mulher e a Lei 11.340/2006 buscou impor mais efetividade à proteção da mulher. Porém, decorre observar

que não há um movimento linear de direitos e garantias à mulher, pois há obstáculos de ordem social, cultural e política que se colocam na linha evolutiva do processo civilizatório da sociedade brasileira:

O Brasil ao mesmo tempo que encerra, reinaugura os ciclos de opressão da mulher, negando não só sua existência em espaços fora do tradicional domiciliar, como também diminuindo seus direitos, em orientação ao discurso conservador que perpetua a injustiça. As lutas para alcançar os direitos e liberdades pelos movimentos feministas encontram resistência por parte dos grupos hegemônicos de poder, em seu bojo ainda estão longe de alcançar seus objetivos, são votos vencidos pelo conservadorismo, que insiste em naturalizar a desigualdade e neutralizar os discursos pela mudança do status quo das mulheres. (SCHERCH; SCHERCH, 2018, p. 317)

A Lei Maria da Penha não é resultado de um reconhecimento da sociedade brasileira de que a mulher, de fato, precisa de uma proteção especial, mas sim é decorrência de uma situação de omissão das pessoas e das instituições no acesso à justiça e no combate à violência doméstica. Isso porque, é resultado prático da condenação do Estado brasileiro, em 2001, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos avaliou o caso Maria da Penha Fernandes vs. Brasil, de onde se destaca do relatório que:

A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as consequências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. (CIDH, 2001)

Diante dessa situação de teratologia social e jurisdicional, o Brasil buscou a criação de uma legislação para proteger a mulher e trazer instrumentos para efetivar o combate à violência doméstica e familiar:

Em 07 de agosto de 2006, foi adotada a Lei 11.340 (também denominada Lei “Maria da Penha”), que, de forma inédita, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência. Diversamente de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2014, p. 112)

Diante de uma situação de perpetuação histórica da violência contra a mulher, se observa que a Lei 11.340/2006 é um resultado expressivo da conquista de direitos e de proteção conferidos à mulher. No entanto, ainda é uma ação tímida se considerado todo o vulto cultural, social e político que encobre as possibilidades de efetivação da emancipação da mulher brasileira:

Mesmo com o intuito conscientizador da lei, em relação à libertação e não violência contra a mulher, muitos homens encaram a normativa como uma proibição de seu exercício de controle e punição do que “lhe é de direito”, como se o gênero feminino ocupasse o lugar de um objeto e não de um indivíduo, ser humano. Infelizmente, nota-se que essa compreensão representa a construção social masculinista, refletida também na própria ciência jurídica. O direito, como ciência social, representa resultado do comportamento humano, razão pela qual faz-se necessária uma ressignificação dessa área do conhecimento,

atualmente e historicamente de cunho patriarcal. (SANTIAGO; TAUIL; ALVES, 2020, p. 100-101)

Ao encontro do trecho acima, o objeto de estudo da mulher como vítima da violência doméstica e familiar não pode deixar de lado esta pré-compreensão para tecer os aspectos criminológicos. Cabe destacar que no âmbito da criminologia, enquanto uma ciência multifária, que trata de aspectos físicos, psicológicos, sociais e biológicos que envolvem o infrator e a evolução dos delitos, também, pode ser objeto de estudo a vitimização. Conforme as classificações de vitimização são:

a) Vitimização Primária: “é a utilizada para referir a vítima personalizada ou individual que pode ser diretamente atacada e ferida em transgressão frontal, que é a ameaçada ou tem uma propriedade furtada ou danificada”; b) Vitimização secundária: “refere-se geralmente a estabelecimentos comerciais. A vítima é impessoal, comercial e coletiva, mas não é tão difusa a ponto de incluir a comunidade como um todo”; c) Vitimização terciária: “exclui tanto o tipo primário como o secundário, e diz respeito a uma vitimização muito difusa que se estende à comunidade em geral e inclui crimes contra a ordem pública a harmonia social ou a administração do governo”; d) Vitimização mútua: “exclui todas as anteriores e refere-se aos casos em que os participantes estão engajados em atos mutuamente consensuais, como por exemplo, o adultério ou o chamamento rapto consensual”. (MORAES NETO, 2019, p. 77)

Assim a vitimização primária é aquela que decorre direta e imediatamente da prática delitiva e vitimização secundária é o produto da equação que envolve as vítimas primárias e o Estado em face do exercício do controle formal (MORAES NETO, 2019, p. 77). Por sua vez, a vitimização terciária que é a que mais interessa no presente artigo, pois em seu bojo o fardo da mulher que como se não fosse o bastante suportar o crime que lhe foi cometido, ainda deve lidar com a comunidade que a rodeia, com julgamentos, não mais aceita como era antes, ocorrendo o afastamento social decorrente dessa falta de apoio da comunidade para com a vítima:

A vitimização terciária é aquela que recai na vítima por parte da comunidade, do meio social, da igreja etc., de certa maneira difusa, crivando-a de preconceitos, rejeições sociais e exclusões derivadas da estigmatização trazida pelo tipo de crime que sofreu. (MORAES NETO, 2019, p. 78)

Assim, a construção da vitimização terciária fornece um importante aporte para que se possa levar à inevitável conclusão de que a vergonha e o medo são grandes indicadores da não denúncia, mascarando as estatísticas reais da violência doméstica e familiar contra a mulher. Nem sempre há amparo necessário pela família, bem como é notório o preconceito da sociedade em relação a esses casos. Nesse sentido:

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. (NAHAS; MADRID, 2023. P. 581)

A vitimização da mulher, precisa ser melhor compreendida pela sociedade, pois se trata de

um tema sensível e que envolve muita coragem por parte das agredidas. Para se ter a noção do tamanho do problema social, de acordo com o Atlas da violência 2024, seguem os índices da taxa de violência contra mulheres:

O IPEA atlas da violência, aborda a evolução da taxa de homicídios de mulheres, segundo o local de ocorrência. Enquanto a taxa de homicídios femininos fora das residências passou de 3,5 em 2012 para 2,3 em 2022, taxa de homicídios ocorridos dentro da residência ficou estável em 1,2. Ou seja, no período considerado no período considerado, os homicídios de mulheres fora das residências diminuíram 34,2% na década, ao passo que os casos nas residências permaneceram constantes. (CERQUEIRA; BUENO, 2024, p.41)

Pode-se observar que as taxas motivadas por razões de gênero permaneceram estáveis, demonstrando a falha das políticas públicas e mecanismos de proteção para proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Sob esta ótica a violência dentro das residências, que se traduz na violência doméstica e familiar, se mostra constante pois demonstra o fardo das mulheres em verem seus direitos serem violados diariamente. Mais do que isso, tradicionalmente, as vítimas femininas sequer são consideradas no objeto da violência, pois na maioria das vezes a mulher está no espaço privado. Assim, tudo o que ocorre não é tratado como violência pelo viés tradicional de constituição de família, mas é um mero exercício de poder do patriarcado.

Nesse sentido, o reconhecimento da mulher como vítima é em certa medida encoberto e os casos que conseguem escapar da bolha machista são aqueles mais graves e de maior apelo social.

Embora seja mais fácil para o homem (como ser posicionado a receber os maiores ganhos e benefícios oriundos desse poder masculino-opressor), o machismo não oprime apenas a mulher, mas toda e qualquer pessoa inserida na sociedade. Ao homem também é exigido um comportamento dominante, racional, no qual este não pode demonstrar emoções ou participar da criação de seus filhos com o mesmo afincio que a mulher. Apesar de o gênero feminino ser, sem sombra de dúvidas, o maior e principal prejudicado em uma sociedade patriarcal, o gênero masculino também “colhe” os males dessa forma de poder. (SANTIAGO; TAUIL; ALVES, 2020, p. 102)

No tocante ao avanço dos direitos das mulheres, esse fardo carregado dentro dos lares, é na verdade a expressão formas de violências, que vão desde a estruturação do poder machista e patriarcal até a prática que atos de violência mais concretos e que em seu mais alto grau podem levar à morte dessas mulheres dentro da própria casa.

3. INSTALAÇÃO DO NUMAPE /BANDEIRANTES - PR

A Lei 11.340/2006, visa a criação de políticas públicas que em sua essência busca coibir a violência doméstica e familiar. E, conforme o art. 8º caput e inciso VI da referida legislação, é possível destacar:

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

(...)

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

Consoante o art. 9º, §2º, III da Lei 11.340/2006, a mulher vítima de violência doméstica tem garantido o acesso à assistência judiciária não apenas para as demandas criminais, mas também para aquelas de conteúdo civil:

Art. 9º (...)

§2ª O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

(...)

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

No mesmo sentido, os arts. 11, V, 18, II e 27, garantem às mulheres vítimas de violência doméstica, a assistência por advogado em todos os processos criminais e cíveis. Acontece que, de acordo com a pesquisa de Graia Correia, Binati e Kazmierczak (2023, p. 243) realizada com base em dados do IPEA e da ANADE, somente 18 das 161 comarcas do Estado do Paraná recebem algum tipo de atendimento de defensoria pública e o Estado possui apenas 1 defensor público para cada 84.816 cidadãos carentes, porém o recomendável seria de 1 para cada 10 a 15 mil habitantes de baixa renda.

Este é apenas mais um dos desafios na efetivação dos mecanismos da Lei Maria da Penha e o projeto de extensão do Núcleo Maria da Penha vem ao encontro desse déficit no acesso ao judiciário para alcançar as mulheres que precisam de apoio jurídico e em outras áreas.

A partir de uma leitura mais geral, da função social desempenhada pelo projeto, o primordial é entender que se centra na busca pelo fim da desigualdade, que é passada de geração em geração pautada na violência embasada no gênero, esta condição de ser mulher. A implementação do Núcleo Maria da Penha é uma ação coletiva e especial que busca propiciar acesso à justiça para a mulher, diante de sua vulnerabilidade:

A impossibilidade de a mulher poder acessar o judiciário para demandar seus direitos civis, implica na manutenção da sociedade conjugal, que pode causar grave dano emocional, como também a privar de receber seus direitos e de seus filhos, impondo uma situação degradante, que afronta a dignidade da pessoa humana dessa mulher. A garantia do direito ao acesso à Justiça é fundamental para que a mulher possa reestruturar sua vida, livre de violência, em condições dignas e igualitárias. Desta forma, tendo em vista a extensa demanda, e a dificuldade de implementação de núcleos especializados da defensoria pública no Estado do Paraná e ante a necessidade de elaboração de tal política, foi criado o Núcleo Maria da Penha (NUMAPE), no ano de 2013. O NUMAPE é um projeto de extensão, subsidiado pela Superintendência Geral de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Paraná (SETI/PR). O projeto atualmente está presente em 10 cidades do estado, ligado às Universidades Estaduais: UEM, UEL, UENP, UEPG, Unioste, Unicentro e Unespar. (GRAIA CORREIA; BINATI; KAZMIERCZAK, 2023, p. 253-254)

O Núcleo Maria da Penha, também é fruto da observância do art. 35, caput e inciso I da Lei 11.340/2006, que trata do serviço de assistência judiciária pela implantação dos centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Como meio para facilitar o acesso de assistência jurídica, a instalação do Núcleo Maria da Penha, vem ao encontro de esforços, já iniciados no Município de Bandeirantes/PR, como por exemplo a Lei que dispõe sobre o enfrentamento a violência doméstica e familiar contra mulheres Lei Municipal nº 4.284/ 2023. Uma ação necessária que se encaminha para disseminar as informações sobre a violência doméstica e familiar que muitas vezes não são colocadas em pauta.

Outrossim, se percebe que há uma maior atenção das instituições públicas ao combate à violência contra a mulher, pois o próprio Tribunal de Contas do Estado do Paraná realizará a fiscalização das políticas públicas e ações de proteção aos direitos da mulher desenvolvidas pelos 399 municípios paranaenses. A iniciativa é parte do Plano de Fiscalização 2024-2025 e compreende que “a atuação de equipes multidisciplinares faz parte do Programa AuditaTC, iniciativa que estimula profissionais de todas as áreas do Tribunal de Contas a participarem diretamente da fiscalização, função primordial de um órgão de controle externo” (TCE-PR, 2024).

A instalação do Núcleo Maria da Penha, se fez necessária em Bandeirantes ante a inúmeros casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Destaca-se, que ocorreram até casos de feminicídio na cidade. Estes mais graves, são casos que chocam a população e são executados de maneira cruel, ceifando a vida de mulheres, mas existem outros casos menos graves que ainda assim não deixam qualquer chance de sobrevivência para a mulher prosseguir a sua vida de forma livre de seu agressor.

Em consequência dessa situação de violência, somente no primeiro semestre de 2024 foram registrados dois casos de feminicídios em Bandeirantes, que em razão da violência de gênero, tiraram a vida de mulheres, sem que pudessem ter ao menos chance de buscar ajuda. Num dos casos o crime, ocorreu na véspera do domingo de Páscoa e chocou a cidade, com os corpos de duas mulheres encontrados sem vida na residência das vítimas por familiares⁴ e no outro caso a vítima foi encontrada caída em meio à via, e junto dela várias pessoas, em sua maioria familiares, a qual apresentava ferimento por arma branca no lado esquerdo da região do abdômen⁵.

Nas duas situações acima, percebe-se que o caso de violência somente chega a ser público ou ao conhecimento das autoridades após situações extremas, evidenciando que a mulher busca suportar a condição de vítima ao máximo.

4 Rádio Cabiúna Bandeirantes – Paraná. **Captura de suspeito de duplo feminicídio que chocou bandeirantes justiça em busca de respostas.** Disponível em: <https://www.radiocabiuna.com.br/capturado-suspeito-de-duplo-feminicidio-que-chocou-bandeirantes-justica-em-busca-de-respostas/>. Acesso em 26 de jun. 2024.

5 Rádio Cabiúna Bandeirantes- Paraná. **Feminicídio em Bandeirantes.** Disponível em: <https://www.radiocabiuna.com.br/feminicidio-em-bandeirantes/>. Acesso em 26 de jun. 2024.

O projeto de extensão que implementa o NUMAPE atua de modo a suprir a falha na assistência jurídica e acompanhamento nos processos para uma assistência eficaz. Sua função não é apenas o acompanhamento processual, mas abrange a orientação e a facilitação do acesso à informação para as mulheres. Ainda que o NUMAPE seja um mecanismo de combate e mitigação da violência doméstica e familiar que atinge as mulheres, há de se considerar que sua atuação não pode ser isolada, sendo necessária a construção de uma rede de proteção.

Desse modo, diante do número alarmante de mulheres em situação de violência doméstica e feminicídio, além da dificuldade do acesso à serviços básicos da justiça, ainda por essas mulheres estarem em situação de violência patrimonial, psicológica e física, se faz necessária a criação de determinados órgãos com o intuito de suprir as desigualdades existentes no sistema e pôr a termo a herança da degradação feminina. (OLIVEIRA; CANEZIN; MIGNONI; MONTEIRO; FREITAS, 2023, p. 23)

O projeto de extensão tem por objetivo o desempenho no atendimento jurídico gratuito, atendendo mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, como física, verbal, psicológica, moral e patrimonial, e que gostariam de se desvincular de seus agressores. Fica evidente sua função emancipatória para mulher vítima.

A assistência vai desde a procura da vítima pelo NUMAPE e a manifestação do interesse em querer se desvincular do agressor, geralmente, a vítima já tem em mãos o Boletim de Ocorrência, com medidas protetivas deliberada pelo Juízo Criminal e o trabalho do núcleo é de auxiliar em todo o processo criminal. Sua atuação também se dá em ações de toda parte judicial que as mulheres vítimas de agressão necessitam, desde apoio em ações civis, como regularização de visitas e guarda dos filhos, alimentos e partilha de bens, até as decorrentes da separação, reconhecimento e dissolução da união estável e divórcio. A atuação do NUMAPE, portanto, se volta à representação dos interesses jurídicos das mulheres com vistas a proporcionar que possam seguir em frente com suas vidas:

Este poderá proporcionar o ingresso da ação cível que visa desvincular a vítima de seu agressor através do divórcio ou da dissolução da união estável, além disso regulariza as questões em relação aos filhos, como guarda, regime de convivência e alimentos, além de também realizar a partilha de bens desse casal. Não só, como também, o Núcleo Maria da Penha promove o acompanhamento psicológico dessa mulher, o que é de extrema importância para seu recomeço de vida após todo o cenário violento em que viveu. (OLIVEIRA; CANEZIN; MIGNONI; MONTEIRO; FREITAS. 2023. p. 24)

A importância da atividade do projeto, se dá pelo alcance das informações pelas vítimas, pois a partir da decisão de não quererem mais passar todo cenário de violência e decidirem um novo recomeço, com o auxílio do NUMAPE o acesso a esses tipos de ações cíveis no âmbito das varas de famílias é facilitado.

CONCLUSÃO

Atualmente não se pode afirmar que inexistem meios jurídicos de proteção à mulher em razão da violência doméstica e familiar. Tanto a Constituição Federal como os Tratados e Convenções Internacionais reconhecem a situação de vulnerabilidade da mulher na sociedade.

No entanto, a questão não pode ser enfrentada apenas no plano do Direito, pois aspectos históricos e culturais que nutrem a sociedade brasileira acabam por endossar a prática da violência doméstica e familiar e se colocam como um obstáculo à consecução de práticas efetivas no combate desse tipo de conduta.

No Brasil, além de sofrer as consequências dos atos de violência doméstica e familiar, as mulheres ainda se sujeitam aos estigmas sociais do preconceito e da sujeição a uma estrutura projetada para que os homens ocupem os espaços de poder e de acesso aos bens de consumo. Diante disso, funda-se uma barreira à efetivação dos direitos femininos de maneira ampla.

Observa-se na prática, que a violência doméstica e familiar que é experimentada pelas mulheres brasileiras não se atém apenas aos dados que instruem o Atlas da violência, já que existe uma cifra oculta de casos que não chegam a serem registrados por conta do medo, do preconceito e pela pressão que a mulher sofre no seu cotidiano.

O apoio que o NUMAPE oferece para as mulheres não se restringe apenas ao aspecto jurídico, mas deve ser cada vez mais multiprofissional para abranger o quanto possível a proteção e a reparação dos danos sociais sofridos pelas mulheres.

No caso de Bandeirantes/PR o NUMAPE ainda está em fase inicial de sua atuação, todavia, cotidianamente são realizados atendimentos de casos de violência, bem como é realizada a atuação processual em, pelo menos, duas medidas de proteção por semana, o que para um município com pouco mais de 30 mil habitantes é bastante representativo. Percebe-se na prática que a vitimização terciária é um entrave que precisa ser trabalhado na comunidade local, o que se dá por meio da conscientização e pela divulgação do combate à violência doméstica e familiar.

Por meio de políticas públicas fortes e do incentivo da emancipação feminina, as vozes abafadas das vítimas da violência podem ser ouvidas pela sociedade e os agressores podem chegar ao judiciário. Não se trata de uma retribuição ao agressor, mas sim de uma maneira de promover a necessária mudança na cultura de violência que no Século XXI insiste em se perpetuar nas estruturas patriarcais que impedem a mulher de realizar todo o seu potencial na sociedade brasileira.

AGRADECIMENTOS

A produção deste trabalho de pesquisa contou com o apoio do projeto de Extensão, vinculado à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Ao Programa Paraná Mais Ciência da SETI (Secretaria de Tecnologia e Ensino Superior), e a contribuição da Unidade Executiva do

Fundo Paraná. É de suma importância o agradecimento a estas instituições, as quais são responsáveis pela implementação do projeto e sua aplicabilidade social.

O reconhecimento e gratidão se estendem ao Orientador do Projeto Fernando de Brito Alves, por todo o auxílio durante o processo e para com toda a equipe do NUMAPE/ Bandeirantes, que sempre buscou amparar e auxiliar sem medir esforços para tanto.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha – Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 3 de junho de 2024.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024**. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031>. Acesso em 19 de jun de 2024.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos - OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16/04/01. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 30 jun. 2024.

GRAIA CORREIA, Carla; BINATI, Ligia; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Acesso à justiça por mulheres em situação de violência doméstica e familiar: a extensão universitária como política pública no Estado do Paraná. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 237–262, 2023. DOI: 10.25245/rdsp.v11i2.1387. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1387>. Acesso em: 30 jun. 2024.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. NETO, Ricardo Ferracini. **Criminologia**. Salvador: editora JusPodivm, 2019.

NAHAS, Maria Brolezzi; MADRID, Fernanda de Matos Lima. **Violência contra a mulher e os desafios atuais**. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2023. (Anais do XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito). Disponível em: <<https://siacid.com.br/repositorio/2023/anais-do-xii-simposio-de-analise-critica-do-direito.pdf>>. Acesso em: 17 de jun de 2024.

OLIVEIRA, Adelita Caroline Martins de; CANEZIN, Claudete Carvalho; MIGNONI, Daniela Poli; MONTEIRO, Izabela Maria dos Santos; FREITAS, Maria Vitória Baggio de. **A importância de serviços de acolhimento e prestação jurisdicional como NUMAPE E NUAVIDEM e o direito ao acesso à justiça**. 1. ed. Londrina, PR, UEL, 2023. (Anais do I Encontro Científico Simpósio de Enfrentamento no Combate ao Feminicídio: Atuação do NUMAPE e do NUAVIDEM em Londrina). Disponível em: https://www.uel.br/nucleos/numape/pages/arquivos/Anais%202020/ANAIS_-

SimpAsup3sio de enfrentamento no combate ao feminicAshydio compressed.pdf. Acesso em 26 de jun de 2024.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. 2014. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

Rádio Cabiúna Bandeirantes – Paraná. **Captura de suspeito de duplo feminicídio que chocou bandeirantes justiça em busca de respostas**. Disponível em: <https://www.radiocabiuna.com.br/capturado-suspeito-de-duplo-feminicidio-que-chocou-bandeirantes-justica-em-busca-de-respostas/>. Acesso em 26 de jun. 2024.

Rádio Cabiúna Bandeirantes- Paraná. **Feminicídio em Bandeirantes**. Disponível em: <https://www.radiocabiuna.com.br/feminicidio-em-bandeirantes/>. Acesso em 26 de jun. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SANTIAGO, Bruna Rabelo; TAUILL, Vitória Sumaya Yoshizawa.; ALVES, Fernando de Brito. NUMAPE/UENP como instrumento de administração do sistema de justiça: a advocacy feminista que deu certo. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 91, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3535>. Acesso em: 30 jun. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHERCH, Vinicius Alves; SCHERCH, Sandra Santos Rosa. Temas feministas x conservadorismo latente: o lugar do pensamento jurídico crítico e da teoria do Reconhecimento. POZZOLI, Lafayette; SILVA, Diego Nassif da; STIPP, Luna. (orgs) **História e Teorias Críticas do Direito**. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito).

TCE-PR Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **TCE-PR inicia fiscalização sobre ações dos municípios em defesa dos direitos da mulher**. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-inicia-fiscalizacao-sobre-acoes-dos-municipios-em-defesa-dos-diretos-da-mulher/11477/N>. Acesso em: 28 jun. 2024.

CAPÍTULO VI
POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CONSTRUÇÃO RACISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL E A RELEVÂNCIA SIMBÓLICA DO JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carla Graia CORREIA¹
Matheus Arcoleze MARELLI²

RESUMO

Da histórica presença da escravidão em solo brasileiro, a criminalização da maconha não deixou de ser presente seguindo o racismo enraizado. A conclusão de que se a cannabis se trata de uma péssima herança introduzida pelos negros tão somente demonstra que a diversidade nunca esteve em pauta pelos detentores da lei. Passados anos, o julgamento do RE 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal traz luz aos diversos anos de descaso pela sociedade. Para tanto, muito há que se analisar e compreender, visando o desenvolvimento de um verdadeiro projeto de Brasil, em que, através da metodologia dedutiva, se configurem reais garantias de inserção social e participação plural na difusão de políticas públicas de benefícios para a saúde, educação, emprego e segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; *Cannabis*; Criminalização; Racismo.

ABSTRACT

From the historical presence of slavery on Brazilian soil, the criminalization of marijuana continued to be present following deep-rooted racism. The conclusion that cannabis is a bad legacy introduced by black people only demonstrates that diversity was never on the agenda for those in charge of the law. Years later, the judgment of RE 635.659 by the Federal Supreme Court sheds light on the several years of neglect by society. To this end, there is much to be analyzed and understood, aiming at the development of a true project for Brazil, in which, through deductive methodology, real guarantees of social inclusion and plural participation in the dissemination of public policies for health benefits are configured, education, employment and public security.

-
- 1 Doutoranda e mestra em Ciência Jurídica, bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES - (2022-2023), pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade CERS e bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. (2021). Licenciada em Ciências Sociais e bacharela em Antropologia pela Universidade Estadual de Campinas - Unicamp (2006-2011). Foi participante convidada pela Università Di Brescia - Itália no Summer School 2022 em parceria com a Universidad Carlos III di Madrid. Integrou o grupo de pesquisa Intervenção do Estado na vida da pessoa, coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi e o grupo de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, sob coordenação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho e Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak. Atualmente, é membra dos grupos de pesquisa: Ideologia do Estado e estratégias repressivas, coordenado pela Dra. Bruna Azevedo de Castro e Direitos: Estado e Bioética, liderado pela Professora Dra. Carla Bertoncini e Professor Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes. Desenvolveu pesquisas científicas sobre Encarceramento Feminino e o impacto de Políticas Criminais; Mídia e Misoginia em intersecção com a atuação dos operadores do Direito, sob orientação do Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, ambas em caráter de Iniciação Científica como bolsista financiada pelo CNPq e pela Fundação Araucária - PR. Realizou estágio de nível superior no Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP - Unicamp), auxiliando na Avaliação Continuada do Programa de Formação Interdisciplinar Superior-PROFIS/UNICAMP. Tem experiência na área de Ciências Sociais, com ênfase em Políticas Públicas, População e Direitos fundamentais; Direito, com ênfase em Direitos fundamentais das mulheres e estudos de gênero; Direito Penal com ênfase em Políticas Criminais de Drogas, Estado Punitivo e Criminologia.
 - 2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Rotinas Trabalhistas: Direitos e Deveres Vol. IV, sob coordenação do Professor Doutor Antonio José Saviani da Silva; integra também o Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais, sob coordenação do Professor Doutor Fernando de Brito Alves. 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 Antonio José Saviani da Silva.

KEYWORDS: Brazil; Cannabis; Criminalization; Racism.

1. INTRODUÇÃO

A trajetória da criminalização da maconha no Brasil está profundamente entrelaçada com um contexto mais amplo de racismo e opressão social. Desde sua introdução até sua repressão, a história da *Cannabis* revela não apenas políticas de controle de substâncias, mas também profundas desigualdades raciais e sociais que moldaram a formação e evolução do país.

Analisar esse processo exige uma revisão cuidadosa de como certas substâncias passaram de produtos legalmente acessíveis e comercializados a drogas proibidas, cujos usuários foram criminalizados social e penalmente. No caso específico da maconha, esse movimento revela um histórico de estigmatização, onde os aspectos econômicos e terapêuticos foram ofuscados por discursos racistas e políticas de controle social.

Busca-se explorar as raízes históricas da criminalização da maconha no Brasil, destacando os marcos legais e os discursos que associaram a planta à violência e à degeneração moral, principalmente entre as populações negras e periféricas. A criminalização da maconha deve ser compreendida como parte de um sistema mais amplo de controle social e racial.

Desde as primeiras regulamentações no século XIX até as políticas republicanas e o rigor moralizante da ditadura de Getúlio Vargas, a trajetória da maconha está repleta de significados que transcendem o simples controle de uma substância. Esses significados são evidentes na aplicação seletiva das leis sobre drogas, que punem desproporcionalmente as populações já marginalizadas.

Ao entender essa construção histórica, pode-se compreender melhor as raízes do racismo na política de drogas brasileira e refletir sobre como essas práticas persistem no presente. Este estudo não apenas ilumina o passado, mas também aponta para a necessidade urgente de uma revisão crítica e justa das políticas de drogas no país.

Através do método dedutivo, a presente pesquisa, de marco referencial na criminologia crítica, busca-se investigar as raízes racistas da lei de drogas, e, em especial, da criminalização da maconha no Brasil, visando, através da hipótese da construção sociocultural brasileira, em que, transpassando os anos, até o simbolismo do julgamento do RE 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, possíveis mudanças possam ser implementadas.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E RACISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL

2.1. Raízes Históricas da Criminalização

Esclarece-nos Carneiro (2018, p. 35), ainda nas primeiras páginas da sua obra, que os estudos sobre drogas representam um campo de conhecimento cuja historiografia é relativamente recente, já que suas fronteiras, sobrepostas e fluidas, foram amplificadas concomitante à descoberta de novos fármacos ao longo das últimas décadas do século XX. Tal processo, proporcionou que a reflexão sobre a interação entre a humanidade e as substâncias psicotrópicas fosse expandida.

Nesse sentido, prossegue o autor analisando que até meados do século XIX todas as drogas eram produtos acessíveis aos adultos, seguindo as normas legais de distribuição comercial e contando, inclusive, com mecanismos fiscais para arrecadação de tributos pelo Estado. (Carneiro, 2018, p. 42)

Importa-nos, então, desde um ponto de vista histórico, compreender adequadamente como determinadas substâncias se distanciaram da perspectiva cultural, legal e dos estudos científicos para se converterem em drogas que, a despeito das relevâncias econômicas e terapêuticas que pudessem ter, foram proibidas e o seu uso, social e penalmente criminalizado.

No que tange à *Cannabis*, popularmente conhecida como maconha, embora fosse uma planta cujos usos terapêuticos e como matéria-prima³ eram bastante diversificados e reconhecidos por todo o mundo desde tempos remotos, se tornou proibida, sendo que suas aplicações industriais e alimentícias, foram igualmente reprimidas a nível global a partir da segunda metade do século XX – “entrando em declínio no novo século com a legalização conquistada por plebiscitos em um número crescente de estados norte-americanos e países como o Uruguai.” (Carneiro, 2018, p. 42)

No Brasil, a introdução da maconha se confunde com a própria história do país, já que desde a chegada das primeiras caravelas portuguesas em 1500, Carlini (2006) afirma que tanto as velas quanto o cordame dessas frágeis embarcações eram feitos de fibra de cânhamo⁴, outro nome pelo qual a maconha é conhecida.

Nesse sentido, há diversos registros, inclusive oficiais, da variabilidade de suas aplicações, como por exemplo, a fundação pela Coroa portuguesa da Real Feitoria do Linho Cânhamo⁵ no Rio Grande do Sul com a intenção de comercializar os derivados da maconha. Nessa época, a planta era amplamente empregada na fabricação de cordas para as navegações em alto-mar, como já mencionado, além de ter outras utilidades medicinais e gastronômicas, incluindo a extração de óleos de suas sementes. (Menz, 2005, pp. 142-144)

Muito embora haja relatos históricos atribuindo a introdução da maconha no Brasil pelas

3 Barros e Peres (2012) afirmam que devido o amplo uso da planta no período da Renascença na Europa para diversas finalidades, especialmente papel para impressão, os artistas também passaram a utilizar telas confeccionadas com as fibras do cânhamo. Tanto é que a palavra ‘canvas’, presente em diversos idiomas para designar ‘tela’ é uma adaptação holandesa de ‘cannabis’ (no latim), de onde surgiu a expressão inglesa utilizada no universo da pintura ‘oil on canvas’ (óleo sobre tela).

4 Diversos autores/autoras, reconhecem que a palavra ‘maconha’ seria um anagrama da palavra ‘cânhamo’.

5 A Real Feitoria do Linho Cânhamo, iniciou suas atividades em 1783 e ficou em funcionamento até 1824.

mãos dos escravos que passaram a trazer suas sementes amarradas em bonecas de pano, a partir de 1549, o mais provável é que a própria Coroa Portuguesa o tenha feito devido o seu interesse comercial na planta, já que à época da colonização do Brasil, Portugal procurava diversificar o cultivo de cânhamo na sua maior colônia, a fim de competir em pé de igualdade com o bem-sucedido cultivo da planta na França, Espanha e Rússia. (Menz, 2005, pp. 140-141)

Com o tempo, o uso recreativo da planta se disseminou entre negros escravizados e indígenas brasileiros, que passaram a cultivá-la. Esse uso, restrito às camadas socioeconômicas desfavorecidas, não atraía a atenção da classe dominante branca. Uma exceção notável seria a alegação de que a rainha Carlota Joaquina consumia chá de maconha enquanto vivia no Brasil. (Carlini, 2006)

Em que pese essa aparente desimportância dada à erva, data de 1830 o estabelecimento do Código de Posturas da cidade do Rio de Janeiro que criminalizou o uso e a venda de maconha, pejorativamente chamada de “pito de pango” à época, em uma clara referência às classes sociais que a consumiam e adotando punições também baseadas nesse critério.

Assim, na Seção Primeira Saúde Pública, Título 2º, §7º, sobre a venda de gêneros e remédios e sobre boticário, prescreve: “É proibida a venda e o uso do ‘Pito do Pango’, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia” (Brasil, 1830).

Esse dispositivo é emblemático para uma análise crítica quanto à criminalização da maconha no Brasil por duas razões principais. A primeira delas é porque ele é referenciado como o primeiro dispositivo que proibiu a venda e o uso da maconha no Ocidente. A segunda é devido ao seu evidente elemento racista, numa tentativa de reprimir as expressões culturais dos negros e escravos. Ele condenava o vendedor – quase sempre homem branco – à pena de multa, enquanto o escravo, negro, e os demais usuários – que eram quase sempre outros escravos ou alforriados - à pena de prisão por 3 dias (Saad, 2019, p. 17).

Sem sombra de dúvidas, porém, o uso medicinal da maconha foi o que teve maior aceitação social em terras brasileiras, tanto na medicina popular, quanto como parte de diversos compêndios médicos e produtos farmacêuticos. Prova dessa relevância medicinal, é que até a primeira década do século XX era bastante comum a recomendação médica dos *Cigarros Índio*, feitos à base de *cannabis* para tratar, principalmente, asma, bronquite e insônia (Saad, 2019, pp. 87-88).

Entretanto, ao mesmo tempo em que os usos medicinais da maconha eram reforçados pelos estudos de renomados médicos, as discussões sobre as origens da planta e sua associação à violência, criminalidade e degeneração moral atribuída aos negros escravizados, ganharia destaque

e defensores ferrenhos, como o médico, político e professor José Dória que, em 1915 escreve um texto paradigmático sobre maconha no Brasil: “*Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício*”.

Nessa obra, Dória disseminou a ideia de que os negros escravizados teriam introduzido a maconha no país, como uma vingança ou castigo pelas violências sofridas durante os sequestros de suas terras natais cometidos pelos europeus e a posterior escravização na nova colônia. Sobre como se dava esse processo, assim se refere Dória,

Dentre êsses males que acompanharam a raça subjugada, e como um castigo pela usurpação do que mais precioso tem o homem – a sua liberdade – nos ficou o vício pernicioso e degenerativo de fumar as sumidades floridas da planta aqui denominada fumo d’Angola, maconha e diamba, e ainda, por corrupção, liamba, ou riamba [...] A raça prêta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, se em determinadas circunstâncias prestou grandes serviços aos brancos, seus irmãos mais adiantados em civilização, [...] inoculou também o mal nos que a afastaram da terra querida, lhe roubaram a liberdade preciosa, e lhe sugaram a seiva reconstitutiva. (Dória, 1958, p. 01: 13)

Como se depreende do excerto, há uma visão profundamente racista, promovendo a desumanização dos negros escravizados ao associar sua cultura e práticas a vícios degenerativos. A expressão “raça subjugada” e a comparação dos negros aos brancos “mais adiantados em civilização” perpetuam a ideia de superioridade racial dos brancos. Sobre a maconha, o texto sugere que seu uso foi um “castigo” pela escravidão, desviando a culpa da opressão brutal imposta pelos colonizadores para as próprias vítimas, acusando-os de disseminar um “vício pernicioso”.

Além disso, ao descrever os negros como “selvagens e ignorantes”, o texto reforça estereótipos desumanizantes, ignorando deliberadamente a complexidade e a riqueza das culturas africanas. A alegação de que os negros “inocularam o mal” nos brancos pode ser compreendida como uma tentativa de justificar a escravidão e a opressão, responsabilizando as vítimas pelos males sociais, enquanto minimiza a violência e a exploração perpetradas pelos colonizadores.

Evidentemente, Dória não foi o único, mas foi o mais influente difusor da crença irracional de que o uso da maconha no Brasil seria hábito pernicioso praticado pelos negros escravizados como retaliação pela escravidão. Assim, suas ideias servem para exemplificar a permeabilidade dos discursos racistas e pseudocientíficos que culminaram na criminalização da maconha e dos usuários, cujos reflexos se fazem latentes ainda hoje em nossa sociedade.

Já sob a República, ocorrida em 1889, apenas um ano após a abolição da escravatura, e até mesmo antes disso, era evidente a preocupação dos políticos e intelectuais sobre o que deveria ser feito com os negros libertos que ocupariam as cidades após a abolição. Alguns defendiam que eles deveriam ser extraditados para o continente africano, como o Dr. Frederico Leopoldo Cezar Burlamaque. Outros, como José Eloy Pessoa da Silva, refletiam a degeneração moral e os prejuízos econômicos da sociedade brasileira com a manutenção das relações com os negros, escravizados ou

não (Azevedo, 1987)

Certo é que essas preocupações avançaram nas décadas seguintes e assim, tivemos a edição do Decreto 20.930/1932 - primeira lei federal criminalizando a maconha e outras drogas – mas não somente. No período, houve incremento na repressão ao samba, frevo, maxixe, capoeira e outras expressões artísticas e esportivas que não estivessem associadas ao que as elites dominantes e o governo federal consideravam aptas a compor a identidade nacional. (Velloso, 1987, pp. 30-31)

A ditadura de Getúlio Vargas⁶ tratou de aprofundar alguns ideários republicanos de construção de um Estado-nação forte assentado no slogan positivista “ordem e progresso” e, para isso, uma ampla política moralizante e de controle dos grupos sociais que ameaçavam os planos desenvolvimentistas de Getúlio foram empreendidas.

Nesta esteira, a maconha foi reafirmada como um vício de origem africana que ameaçava a saúde pública, a disciplina para o trabalho, a pureza racial e a moralidade, por isso deveria ser duramente combatida. Ademais, associada aos estados do norte e nordeste e às práticas afro-indígenas como candomblé, catimbó e umbanda, tornou-se um marcador de estigmatização e marginalização, especialmente vinculadas à população negra e pobre. Diferente dos usos medicinais sedativos anteriores, agora a maconha foi ligada à violência e imoralidade, justificando sua reprovação social e consequente, proibição. (Carneiro, 2019)

Adentrando ao século XXI, no que tange aos processos criminalizantes da maconha (e outras drogas) o cenário pouco se alterou. Ao contrário, no último século, as legislações sobre drogas no Brasil têm conservado e aprofundado elementos de seletividade penal e estigmatização social que seguem punindo desproporcionalmente as populações negras e periféricas, já historicamente marginalizadas nos grandes centros urbanos.

Nesse sentido, citamos a atual Lei 11.343/2006 que foi implementada com a promessa de promover uma nova abordagem com relação ao usuário de drogas, focada em saúde pública e reforço no combate ao tráfico, aumentando a pena para este tipo de crime, mas na realidade tem ampliado o encarceramento em massa da população negra, jovem e periférica⁷, justamente pela

6 O contexto da Era Vargas é marcado por um cenário internacional de diversas reflexões sobre drogas, pois nesse período ocorreram três reuniões em Genebra-Suíça sobre a temática: em 1925, 1931 e 1936. Evidentemente, tais reuniões tiveram impacto na atuação de Getúlio, o qual se inspirava em líderes autoritários e ditadores que pregavam a necessidade de se colocar em práticas ideários eugenistas para se construir uma sociedade com fortes valores morais e disciplinada. Em 1936, Getúlio criou a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE) estabelecendo pena de prisão para condenados por uso, porte ou plantio de maconha para consumo pessoal.

7 Segundo dados do Ipea divulgados em outubro de 2023, dos réus processados por tráfico, 68% eram negros, enquanto 31% eram brancos. Para efeito de comparação, as populações negra e branca, respectivamente, representam 57% e 42% do total de brasileiros. Os dados estatísticos mostram que os negros são mais abordados pela polícia durante as rondas ostensivas. Contudo, quando essa abordagem é resultando de investigações prévias, há uma redução da taxa de inquéritos resultantes (de 46,2% do total para 36,9%). Ao contrário, os brancos tendem a gerar mais inquéritos em decorrência de abordagens relacionados a investigações prévias (de 21,2% no total para 23,9%).

omissão legislativa em apresentar critérios objetivos quanto à essas duas categorias jurídicas, dando aso à arbitrariedade policial e seletividade penal.

3. O JULGAMENTO DO RE 635.659 PELO STF E SUA RELEVÂNCIA SIMBÓLICA

3.1 RE 635.659: entre a repercussão geral e a relevância simbólica

Em junho de 2024, após quase longos 14 anos, tivemos a conclusão do Recurso Extraordinário 635.659, o qual aguardava decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal desde 2015. Os embates travados no bojo desse recurso, mobilizaram os meios de comunicação, a sociedade civil e os setores políticos, ao ponto de podermos afirmar que poucas pessoas hoje desconhecem o tema, mesmo que não tenham tido acesso aos autos do caso ou às posições discordantes em debate.

Em linhas gerais, o RE teve início em 2015 quando a Defensoria Pública de São Paulo questionou uma decisão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema, que manteve a condenação de um homem a dois meses de prestação de serviços comunitários pelo crime de porte de 3g de maconha sob a alegação de que era para consumo pessoal.

Na ocasião, a Defensoria argumentou que o ato não prejudicaria a saúde pública, afetando no máximo apenas a saúde pessoal do usuário, em última análise. Questionou, ainda a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas nº 11.343/2006, que classifica o porte de entorpecentes para consumo próprio como crime, sustentado que esse dispositivo contraria o princípio da intimidade e da vida privada, uma vez que a ação não causa danos a bens jurídicos de terceiros.

O recurso em tela ganhou o status de Repercussão Geral sob n. 506 em 2011 através de seu relator, o ministro Gilmar Mendes e disso decorrem alguns pontos relevantes para nossa análise.

A figura da repercussão geral foi inserida no nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004, a qual ao introduzir a repercussão geral, conferiu ao recurso extraordinário um componente de natureza objetiva. Além disso, fez com que o resultado do julgamento orientasse todas as decisões judiciais futuras em processos que envolvam a mesma questão constitucional, produzindo um claro efeito pan-processual (Ferraz, 2011, p.77). O artigo 102, §3º da CF/88 dispõe que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O art. 1.035, §1º a §3º do CPC, ainda estabelece que:

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Neste sentido, deduz-se que os objetivos precípuos de se estabelecer repercussão geral para um recurso extraordinário, dois pontos principais: o primeiro seria o de reduzir a quantidade de recursos encaminhados ao STF, permitindo a uniformização da interpretação constitucional sem que o Supremo precise decidir vários casos semelhantes que versem sobre a mesma questão constitucional. E o segundo seria o de promover a padronização dos processos no âmbito do STF e dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário. (Ferraz, 2011, p. 78)

Assim, compreende-se que a repercussão geral é um instituto do processo no qual é facultado ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que tragam à apreciação questões relevantes desde um ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, ou seja, as partes que compõem o processo do caso concreto. (Ferraz, 2011, p. 78-79)

Por esta razão, é de extrema relevância que o RE 635.659 tenha sido, pela primeira vez, desde a edição da Lei 11.343/2006, elevado ao status de repercussão geral, porque isso estabelece um marco jurisprudencial que influencia a interpretação e aplicação da lei em todo o país. Com esse status, a decisão do STF sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal se torna vinculante, garantindo uniformidade e coerência nas decisões judiciais, reduzindo a quantidade de recursos ao STF e proporcionando clareza jurídica. Além disso, a decisão pode influenciar políticas públicas, promovendo uma abordagem centrada na saúde pública e na redução de danos, em vez da criminalização dos grupos sociais vulneráveis.

Desde a elevação ao status de repercussão geral e decorridos anos de discussões com inúmeras interrupções ao longo do processo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu oito teses sobre o recurso, nas quais descriminalizou o porte de maconha para consumo pessoal. Por maioria de votos, o colegiado determinou que será presumido usuário quem adquirir, guardar, depositar ou transportar até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas fêmeas (Brasil, 2024).

Ao avaliar o RE 63.5659, a maioria da Corte decidiu que o porte de maconha não constitui crime, devendo ser tratado como infração administrativa sem consequências penais. Isso inclui a impossibilidade de se lançar o registro na ficha de antecedentes criminais do usuário. As sanções aplicáveis serão advertência sobre os efeitos da maconha e comparecimento a programas ou cursos

educativos (incisos I e III do artigo 28 da Lei de Drogas), e serão aplicadas em um procedimento não penal (Brasil, 2024).

Importante considerar que durante a deliberação, os ministros destacaram que a quantidade de 40 gramas ou seis plantas fêmeas é relativa, tanto para mais quanto para menos. A autoridade policial está autorizada a apreender a droga e conduzir a pessoa à delegacia, mesmo por quantidades inferiores ao limite determinado, desde que haja outros elementos indicativos de possível tráfico, tais como embalagens, variedade de substâncias, balanças e registros de contatos comerciais ou telefônicos que possam indicar uma suposta cartela de clientes (Brasil, 2024).

Por outro lado, o delegado de polícia deve justificar detalhadamente as razões para afastar a presunção de porte para uso pessoal no ato da prisão em flagrante, não podendo recorrer a critérios arbitrários, sob pena de responsabilização. O juiz responsável pelo caso também poderá, em situações de apreensão de quantidades superiores a 40 gramas, durante as audiências de custódia, não enquadrar a ação como crime (atipicidade), apontado nos autos provas suficientes da condição de usuário da pessoa. (Brasil, 2024).

Em que pese, as inúmeras críticas e desinformações que circularam nos meios de comunicação, no julgamento do RE, o STF não discutiu a abordagem legislativa do tráfico, pois essa conduta é criminalizada conforme texto constitucional (art. 5º, XLIII). A comercialização, distribuição ou manutenção em depósito de substâncias ilícitas configura um crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia, sujeitos às penas do art. 33 da Lei 11.343/06, as quais podem chegar a 15 anos de encarceramento. Portanto, não houve nenhum movimento em direção à liberação de drogas, muito menos qualquer avanço indevido sobre as competências do Congresso Nacional.

Entretanto, o julgamento do RE 635.659 não atendeu todas as expectativas e, apesar da repercussão geral do recurso e o resultado favorável, muitos setores e movimentos sociais envolvidos nas lutas antiproibicionistas, bem como estudiosos do assunto, argumentaram que os avanços foram tímidos e que a suprema Corte perdeu oportunidade de fixar, dentre outros, um standard probatório apto a respeitar o ônus da prova e a presunção de inocência quando, por exemplo, manteve os critérios para caracterização de tráfico ou uso sustentados apenas nos depoimentos dos agentes policiais. Se não, vejamos.

De acordo com Marcelo Semer, os critérios que caracterizam o tráfico são “elementos cumulativos, mas todos eles dependentes da mesma matriz, ou seja, o depoimento dos policiais. Muitas vezes, como vimos, essas provas ancoradas são usadas, de forma tautológica, para dar sustentação à credibilidade do depoimento do próprio policial. (...) A construção acaba sendo circular: a prova de que o policial fala a verdade é o próprio policial relatando determinado fato”. Prossegue o autor afirmando que “os policiais são o conjunto probatório e estão consonantes com

ele, sempre, mesmo quando em contradição. A credibilidade policial é, portanto, uma premissa, não uma consequência da instrução” (Semer, 2019, pp 199-200).

Para além do standard probatório assentado na palavra do agente policial, citamos o recuo do ministro relator do RE 635.659, Gilmar Mendes que, no início se mostrou mais progressista, estendendo a aplicabilidade do julgamento ali decorrente para todas as drogas e não apenas a maconha do caso concreto, o qual pode ser apontado como uma perda de oportunidade na urgente expansão do debate sobre novas abordagens para usuários, à semelhança do que vêm sendo praticado em diversos países, incluindo o vizinho Uruguai.

Em que pese os pontos de inflexão e estagnação na política de drogas desencadeados pelo julgamento do RE 635.659, as discussões e argumentações apresentadas nas teses que o colegiado definiu, bem como as recomendações e estudos debatidos durante as sessões, podem não promover mudanças estruturais significativas no sistema carcerário no Brasil e nem descriminalização das drogas, mas certamente produzem efeitos com base na relevância simbólica que temática tão sensível abrange.

A relevância simbólica está intrinsecamente ligada ao conceito de poder simbólico de Pierre Bourdieu. Para o autor, o poder simbólico é “esse poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (Bourdieu, 2006, p. 8). Assim, a relevância simbólica se manifesta nas relações sociais, moldando nossos comportamentos e escolhas. Em outras palavras, a relevância simbólica refere-se à capacidade de certos símbolos, discursos ou normas terem um impacto profundo na maneira como percebemos e nos relacionamos com o mundo ao nosso redor.

Desta forma, embora o julgamento do RE 635.659 não tenha sido capaz de superar o paradigma proibicionista e criminalizante em relação às drogas – que ainda esbarra em discursos moralistas e religiosos – o julgamento trouxe para o debate público pontos críticos nunca enfrentados publicamente pela corte suprema, tais como a relação da política de drogas com o encarceramento em massa, o racismo estrutural, o genocídio da população negra e periférica e a seletividade do sistema penal.

O julgamento trouxe uma mudança significativa na interpretação da legislação de drogas no país. A decisão reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, direcionando o foco para a saúde pública e os direitos individuais e simbolizando uma nova abordagem aos usuários, afastando-se da repressão e aproximando-se de políticas mais humanizadas e eficazes.

Espera-se que a decisão do STF impacte diretamente nas vidas de muitos brasileiros que já foram criminalizados por posse de pequenas quantidades de drogas e, agora, podem ter seus direitos

respeitados. Isso reflete uma transformação na relação entre o Estado e os cidadãos, destacando a importância dos direitos fundamentais.

O julgamento também sinaliza que o sistema jurídico está disposto a rever políticas punitivas e adotar abordagens alinhadas com os direitos humanos. Essa mudança de postura é relevante simbolicamente, pois indica uma evolução na compreensão do papel do direito na sociedade e, ao mesmo tempo, aponta para a urgência de implementarmos um sistema de justiça criminal mais preocupado com a efetivação da justiça social.

4. PERSPECTIVAS FUTURAS E DESAFIOS PARA A DESCONSTRUÇÃO DO RACISMO NA POLÍTICA DE DROGAS

Ponto importante a ser analisado, a desconstrução do racismo na política de drogas é o ápice da construção hermenêutica objetivada. Ideologizado nos anos 1930, o Código Penal possui estrutura em que grupos menos favorecidos sequer são enumerados como titulares de cidadania.

Esta abordagem reflete que a composição da Lei nº 11.343/2006, a Lei de Drogas, é essencialmente racista, seja na sua contextualização, seja na sua aplicação. Segundo Nota do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a densa maioria dos processos por tráfico de drogas constam no Polo Passivo homens jovens e de baixa escolaridade, sendo sua metade composta por jovens negros (IPEA, 2023).

Para tanto, sob os efeitos do julgamento do RE 635.659 pelo STF, em que se considerou 40g de maconha como droga de consumo própria, retirando seu tipo penal, resultando, assim, na sua descriminalização, muito ainda há que se concluir acerca da abordagem, método, investigação e conclusão dos fatos em questão.

4.1 Caminhos para a mudança

Diversos são os alcances pretendidos com a descriminalização da maconha, porém muito há que se manter cautela diversa. Conforme preceitua o professor Adilson José Moreira (2016, p. 1568):

Certamente, a implementação e aplicação de normas e políticas antidiscriminatórias são um caminho importante para a solução de algumas das questões apontadas. Porém, os líderes dos movimentos sociais e os formuladores de políticas públicas sempre enfrentam o mesmo impasse: o avanço dos direitos não promove necessariamente uma melhoria da qualidade de vida de todos os membros dos grupos minoritários.

Pretende-se, deste modo, elaborar gama inclusiva em tópicos construtivos, visando, primordialmente, na melhoria da qualidade de vida dos negros, ou seja, na valorização do decaimento do racismo estrutural.

Nesta proeminência, busca-se a Análise das Leis Atuais, decorrendo na elaboração de

Propostas Legislativas, elencando-se diversas Políticas Públicas de supra importância, com base em Exemplos Internacionais de sucesso ou não.

Em primeiro plano, a análise das leis atuais se torna mecanismo primordial da conduta. É vital que se conclua o processo de constatação de cada lei que importe no contexto da Lei de Drogas, incluindo, majoritariamente, a própria Lei nº 11.343/2006.

Em decorrência, o Código de Processo Penal, de sistema misto, frisa que, segundo Aury Lopes Jr (2019, p. 37), “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”. Deste modo, importa-se que se deve constituir o delito. E este vai à abordagem policial.

Realizada a profunda análise, inicia-se outra fase: a da elaboração de propostas legislativas. Nesta fase se concretizam as diversas revisões realizadas anteriormente, visando, majoritariamente, sanear a discriminação racial, politizando-se a garantia de verdadeira justiça social.

Não se pode elaborar leis sem participação popular, assim como não se pode fazer uma cirurgia sem exames básicos e detalhados. Todos os campos da sociedade direta e indiretamente afetados devem ser ouvidos, primordialmente, garantindo que as figuras minoritárias não sejam prejudicadas em quaisquer fases da aplicação e execução das leis.

Aqui, a abordagem deve ser pautada com a aplicação de políticas públicas reais, em que se trate a questão das drogas, não como um problema criminal, mas sim social. Nota-se a criação de uma série de dogmas em relação, principalmente, a *Cannabis*, em que diversos setores da sociedade se tornam contrários até mesmo ao seu uso de forma medicinal, amplamente necessário para o tratamento de diversas doenças, como Parkinson e Alzheimer.

Uma mudança na Lei de Drogas, em que houvesse enrijecimento no aporte final, faria com que a punibilidade fosse drasticamente afastada. Neste ponto, recorda-se do art. 5º, XL, em que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ou seja, diversas prisões seriam relaxadas ou até mesmo extintas, freando o fenômeno do encarceramento em massa (BOTTINI, P. C.; TORON, A. Z., 2022).

Para tanto, considerar que a segurança pública é a principal prejudicada com a “guerra às drogas” torna-se inverídico. Nesta gama, a saúde, a educação e o emprego se tornam diversamente prejudicados, visto que há forte relação em cadeia com o enfrentamento nocivo e prejudicial aos seres humanos envolvidos direta e indiretamente.

Considerado um “case de sucesso”, o Uruguai teve sua legalização em 2013, quando desafiou as abordagens tradicionais repressivas e punitivistas de combate às drogas. Sua implantação buscou declarar as ações de proteger, promover e melhorar a saúde pública populacional através de uma política de redução de danos do uso da *cannabis* como interesse

público, realizando-se a devida informação, educação e prevenção sobre suas consequências e seu tratamento (URUGUAY, 2014).

Sua ação torna-se notória e clara quanto à real transformação no caso da maconha como um espelho ao enfrentamento desigual às minorias da América Latina. Mas claro, a participação popular, em especial do povo mais afetado, foi e é fundamental no auxílio do enfrentamento cadenciado desta política pública, fato este reconhecido internacionalmente.

Este fenômeno pôde ser reconhecido com o movimento “*Black Lives Matter*”, em que se tornou notória a denúncia contra a disparidade de tratamento, conduta e julgamento para com o povo negro. Alinhado com a “*Drug Policy Alliance*”, há a proposição de diversas condutas que se tornem justas as políticas de drogas, fortemente baseadas na evidência em si e não no controle social e racial (BARTON, C.; ROBINSON, I, 2017).

A educação e conscientização estão elencadas como fortes avenças na estruturação de políticas públicas eficazes no combate ao racismo estrutural. Para além, a participação do terceiro setor, como as ONGs, são fundamentais para que se atinja um ambiente colaborativo, inclusivo e promotor de justiça real e eficaz.

CONCLUSÃO

A construção histórica e racista da criminalização da maconha no Brasil revela um padrão de repressão que, ao longo dos séculos, tem sido utilizado como ferramenta de controle social e marginalização de grupos vulneráveis, especialmente as populações negras e periféricas. A trajetória da *cannabis*, desde suas aplicações industriais e medicinais até sua estigmatização e criminalização, reflete não apenas uma mudança nas políticas públicas, mas também um processo contínuo de racismo e estigmatização social.

As raízes históricas da criminalização mostram que, inicialmente, a maconha era amplamente utilizada e aceita, tanto no Brasil quanto em outras partes do mundo. No entanto, à medida que o uso recreativo se disseminou entre negros escravizados e indígenas, a elite branca dominante começou a associar a planta à marginalidade e à degeneração moral, culminando na implementação de leis que visavam reprimir essas comunidades.

O Código de Posturas de 1830 no Rio de Janeiro exemplifica essa tendência, ao estabelecer penalidades desproporcionais para os negros e escravizados em comparação aos vendedores brancos. Essa discriminação legal serviu como precursor para futuras legislações, perpetuando um ciclo de criminalização seletiva e racista.

A era republicana e, posteriormente, a ditadura de Getúlio Vargas, intensificaram a criminalização da maconha, associando-a a práticas culturais afro-indígenas e utilizando-a como

justificativa para a repressão social e racial. A política de drogas no Brasil, ao longo do século XX e início do século XXI, continuou a refletir esses preconceitos, culminando na Lei 11.343/2006, que, apesar de prometer uma abordagem mais centrada na saúde pública, acabou ampliando o encarceramento em massa de populações marginalizadas.

O recente julgamento do RE 635.659 pelo STF, embora simbólico, representa um passo significativo na desconstrução dessas narrativas racistas e criminalizadoras. Ao descriminalizar o porte de pequenas quantidades de maconha para uso pessoal, a Corte sinaliza uma mudança na interpretação da legislação de drogas, focando na saúde pública e nos direitos individuais. No entanto, a decisão também expõe as limitações e a necessidade de um debate mais amplo e profundo sobre a política de drogas no Brasil, incluindo a revisão dos critérios de criminalização e o combate ao racismo estrutural.

A desconstrução desse legado criminal exige não apenas mudanças legislativas, mas também uma transformação cultural e social, que reconheça e enfrente os impactos históricos e contemporâneos do racismo nas políticas de drogas. A decisão do STF é um passo importante, mas ainda há um longo caminho a percorrer para alcançar uma justiça social plena e equitativa.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Renato. **Número de réus negros em crimes por tráfico de drogas no Brasil é duas vezes superior ao de brancos**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2023. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/14107-numero-de-reus-negros-em-crimes-por-trafico-de-drogas-no-brasil-e-duas-vezes-superior-ao-de-brancos>>. Acesso em: 06 jul. 2024.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco; o negro no imaginário das elites no século XIX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARROS, André. PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/issue/view/285>>. Acesso em: 02 jul. 2024

BARTON, Camille; ROBINSON, Imani. **Drug Policy and the Fight for Black Lives**. Disponível em: <https://www.vice.com/en/article/ne33yw/drug-policy-and-the-fight-for-black-lives>. Acesso em: 29 jun. 2024.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TORON, Alberto Zacharias. **O encarceramento em massa, um estado de coisas abominável**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/direito-defesa-encarceramento-massa/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,

DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 506. **Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 06 jul. 2024

CARLINI, E. A. **A história da maconha no Brasil**. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 55, n. 4, p. 314–317, 2006

CARNEIRO, Henrique S. **Proibição da maconha: racismo e violência no Brasil**. *Cahiers des Amériques Latines*, Paris, n. 92, pp. 135-152, 2019.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: a história do proibicionismo**. São Paulo: Autonomia Literparia, 2018.

DÓRIA, J. R. C. **Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício**. In: BRASIL. Comissão Nacional de Fiscalização De Entorpecentes. *Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Serviço Nacional de Educação Sanitária, 1958. p. 1-14.

FERRAZ, Taís Schilling. **Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade**. in *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MENZ, Maximiliano M. **Os escravos da Feitoria do Linho Cânhamo: trabalho, conflito e negociação**, *Afro-Ásia*, n. 32 (2005). Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/21090/13681>. Acesso em: 29 jun. 2024

MOREIRA, Adilson José. Direitos Fundamentais como Estratégias Anti-Hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões. *Revista Quaestio Iuris*, [S.L.], v. 9, n. 3, p. 1559-1604, 3 ago. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2016.20235>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/20235/17957%20p.%201568>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SAAD, Luísa. **Fumo de negro: a criminalização da maconha no pós-abolição**. Bahia: CETAD/EDUFBA, 2019.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**, São Paulo, Tirant lo Blanche, 2019.

URUGUAY. Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Ley nº 18.987, de 06 de mayo de 2014. **Reglamentación de la Marihuana**. Montevideo: Ministerio de Salud Pública, 2014. Acesso em: 12 jun. 2024.

VELLOSO, Monica Pimenta. **Os intelectuais e a política cultural do Estado Novo**. In: *O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo*. 2º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

WILKINS, Chris; RYCHERT, Marta; QUEIROLO, Rosario; LENTON, Simon R.; KILMER, Beau;

FISCHER, Benedikt; DECORTE, Tom; HANSEN, Paul; OMBLER, Franz. Assessing options for cannabis law reform: a multi-criteria decision analysis (mcda) with stakeholders in new zealand. **International Journal Of Drug Policy**, [S.L.], v. 105, p. 103712, jul. 2022. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.drugpo.2022.103712>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0955395922001311>. Acesso em: 29 jun. 2024.

A CULTURA DE PAZ SOB O VIÉS DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA ESCUTA ESPECIALIZADA E NO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Derick Moura JORGE¹
Rafaella Martins de OLIVEIRA²

RESUMO

Partindo do pressuposto de que os conflitos sociais devem ser encarados pelos diversos atores sociais, destaca-se, neste estudo, a correlação dos estudos sobre a paz e a atuação do delegado de polícia em prol dos direitos de vulneráveis sociais. Desta forma, por meio do método dedutivo, subsidiado por pesquisa bibliográfica, objetivou-se analisar se o delegado de polícia pode atuar como agente concretizador da Cultura de Paz, sobretudo na proteção de direitos das crianças e adolescentes, por meio dos instrumentos da escuta especializada e do depoimento especial, tal qual previsto na Lei nº 13.431/17. Como resultados atingidos, verificou-se que o delegado de polícia é tido, socialmente, como o primeiro profissional a ter acesso aos diversos conflitos sociais, sobretudo os que envolvem a criança e o adolescente, e, por essa razão, é possível a afirmação de que este profissional pode ser considerado como importante agente promotor da paz.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura de paz; delegado de polícia; criança e adolescente; escuta especializada e depoimento especial.

ABSTRACT

Based on the assumption that social conflicts must be faced by different social actors, this study highlights the correlation between studies on peace and the role of the police chief in favor of the rights of socially vulnerable people. In this way, through the deductive method, supported by bibliographical research, the objective was to analyze whether the police chief can act as an agent that implements the Culture of Peace, especially in protecting the rights of children and adolescents, through the instruments of specialized listening and special testimony, as provided for in Law no. 13,431/17. As results achieved, it was found that the police chief is considered, socially, as the first professional to have access to various social conflicts, especially those involving children and adolescents, and, for this reason, it is possible to affirm that this professional can be considered an important peace-promoting agent.

KEYWORDS: Culture of peace; police chief; child and teenager; specialized listening and special testimony.

INTRODUÇÃO

- 1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Formado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Especialista (pós-graduado) em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior, Direito Penal e Criminologia, Gestão do Sistema Prisional e Gestão Estratégica em Segurança Pública. Diretor Jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná (SIDEPOL/PR). Tutor de cursos junto ao Ministério da Justiça pelo programa Segurança Pública e Cidadania (PRONASCI). Professor Orientador na Residência Técnica em Gestão da Segurança Pública da Universidade Estadual do Paraná. Delegado de Polícia do Estado do Paraná.
- 2 Mestre e Doutoranda no Programa em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-Graduada em Licitações e Contratos no viés da Lei n. 14.133/2021, pelo Instituto Polis Civitas. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Ponta Grossa. Advogada. Procuradora no Município de Piraí do Sul, Paraná. Atuou como professora Colaboradora no Departamento de Direito Processual da Universidade Estadual de Ponta Grossa nos anos de 2018-2024. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Novas formas de se encararem as demandas sociais, mormente os conflitos, devem ser cotidianamente buscadas pelos mais diversos atores sociais, de forma a se alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e menos violenta. Neste contexto, a Cultura de Paz surge como um caminho viável para a compreensão da vida em sociedade e para o enfrentamento de tais demandas. Contudo, o problema emerge, dentre outros aspectos, a partir do momento em que se tenta inserir a Cultura de Paz na rotina de trabalho de profissionais culturalmente relacionados à ideia de repressão, tais quais os delegados de polícia.

Assim, o presente estudo busca analisar se a Cultura de Paz pode ser utilizada como parâmetro para atuação do delegado de polícia e, em caso afirmativo, se os instrumentos da escuta especializada e do depoimento especial, previstos na Lei nº 13.431/17, podem ser compreendidos como formas concretas de implementação da paz a partir do agir de tal profissional.

Para tanto, partindo-se do método dedutivo, com lastro na pesquisa bibliográfica, são analisadas as funções constitucionalmente atribuídas ao delegado de polícia pós gênese da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cotejando-as com a ideia de “segurança cidadã”. Posteriormente, indica-se o que se compreende como Cultura de Paz, indicando de que forma esta novel análise relaciona-se com a atuação concreta da autoridade policial, de modo a se verificar em qual patamar do processo de criação, manutenção e preservação da paz este ator social pode ser inserido, conforme estudo da pirâmide de Lederach. Após, cotejam-se as informações obtidas com o sistema nacional de proteção a crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crimes, com o intuito de verificar se os institutos da escuta especializada e depoimento especial, enquanto ferramentas de preservação dos direitos humanos desta categoria, podem ser compreendidos como instrumentos concretos para implementação da paz que possuem como ponto de partida a atuação do delegado de polícia.

Ao final, são tecidas as considerações finais acerca do estudo, arrolando as conclusões obtidas, os problemas encontrados e as perspectivas de expansão do estudo, apontando-se a inserção da Cultura de Paz no campo de atuação do delegado de polícia se apresenta como uma alternativa viável ou como uma utopia.

1. AS ATUAIS FUNÇÕES DO DELEGADO DE POLÍCIA A PARTIR DA IDEIA DE SEGURANÇA CIDADÃ

A história da Polícia Civil no Brasil inicia em 1808 com a chegada da família real, sendo criada a Intendência Geral de Polícia. Este órgão era chefiado por um desembargador, ocupante do cargo de Intendente Geral de Polícia, que possuía *status* de ministro de Estado. Contudo, considerando a extensão do território brasileiro, que impossibilitava que o Intendente

desempenhasse as suas funções de modo direto em todas as localidades, foi possibilitado a este delegar parte das suas funções, nascendo a figura do “delegado” (Figueirêdo, 2018). Naquele período o delegado desempenhava funções múltiplas, de índole administrativa, investigativa e judicial, permanecendo esta formatação até a gênese da Constituição de 1824, a qual criou a figura do juiz de paz, que passou a deter funções investigativas e judiciais, sendo esta estrutura mantida pelo Código de Processo Criminal de 1832 (Perazzoni, 2011).

Posteriormente, por meio da Lei nº 261/1841, este cenário foi alterado, sendo estabelecidas quais funções seriam atinentes aos delegados, cujo cargo deveria ser ocupado por juízes ou cidadãos tidos como respeitáveis (Figueirêdo, 2018). Após, veio à baila a Lei nº 2.033/1871, complementada pelo Decreto nº 4.824/1871, os quais estabeleceram a distinção entre as atividades investigativas e judiciais, sendo determinado que o julgamento de infrações penais não é atribuição dos delegados de polícia (Perazzoni, 2011). Este modelo foi mantido pelas legislações subsequentes, sendo albergado pelo Código de Processo Penal de 1941. Obviamente, tal diploma legal encontra-se lastreado, na sua essência, por ideais de índole ditatorial, motivo pelo qual na atualidade deve ser lido e interpretado à luz dos preceitos constitucionais vigentes (Barroso, 2016).

Assim, o delegado se apresenta como o principal responsável pelas investigações criminais, a exceção de casos específicos, tais quais aqueles atinentes a infrações penais de cunho federal ou militar (Perazzoni, 2011). No país, além da previsão constitucional no sentido de que caberá aos delegados, enquanto dirigentes das polícias civis, as atividades de polícia de investigação e de polícia judiciária, em 2013 veio à lume a Lei nº 12.830, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. De acordo com tal norma, o delegado, também denominado de autoridade policial, é responsável pela apuração de infrações penais, sendo as suas atividades compreendidas como “de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”. Complementarmente, indica-se que o delegado possui poderes requisitórios próprios, bem como que o desempenho das funções somente será permitida a bacharéis de Direito. Além disto há que se reconhecer que as peculiaridades inerentes ao cargo, - relativas ao desempenho simultâneo de funções de ordem intelectual e operacional - exigem formação complementar, realizada por meio dos cursos de formação técnico-profissional.

Com o seu agir, apresentado pela exteriorização de um poder constitucional traduzido na ideia de Estado-investigação, o delegado limita e afasta temporariamente os direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente aqueles relativos à liberdade, inviolabilidade domiciliar e privacidade. Apesar de existir controle das atividades policiais, tem-se que este, muitas das vezes, ocorre *a posteriori*, sendo a decisão inicial, tomada no calor dos fatos, adotada pelo delegado de polícia, a exemplo da lavratura de autos de prisão em flagrante delito. Tendo como norte o

entendimento de que o Brasil se apresenta como um Estado Democrático de Direito, cuja busca dos profissionais da segurança pública, em especial daqueles que detêm o poder de limitar direitos fundamentais dos indivíduos, deve ser a tutela da dignidade humana, em toda a sua extensão, a atuação do delegado não deve ser compreendida como uma ferramenta à serviço da acusação, mas como um instrumento de busca pela verdade, que pode ou não resultar na reunião de elementos que levarão à propositura de uma ação penal, bem como numa eventual condenação. O delegado de polícia não deve somente buscar elementos para a acusação, mas tentar descobrir o que realmente ocorreu no mundo real, possibilitando a imputação de responsabilidades a quem estas se fizerem necessárias, mas também afastando imputações falsas, estereotipadas e infundadas (Jorge, 2023).

Diante deste quadro constata-se que a figura do delegado se alterou significativamente ao longo da história brasileira, especialmente após a gênese da Constituição de 1988, tendo este profissional assumido papel de relevo no sistema de justiça criminal, eis que na grande maioria dos casos as partes procuram esta figura para resolução de seus conflitos, sendo a delegacia de polícia a primeira porta de acesso à justiça, seja em virtude da facilidade de acesso do órgão, seja pelo costume popular. O agir da autoridade policial não deve se pautar exclusivamente na repressão de eventos criminosos, mas também no campo da prevenção. Esta orientação é geral, dividida, inclusive, com a sociedade como um todo, apesar das especificidades funcionais destacadas nos parágrafos e incisos do artigo 144 da Constituição de 1988. De acordo com Garcez (2021, p. 887-888),

O delegado de polícia não é um aplicador frio e irracional da lei, devendo em homenagem aos princípios fundadores do sistema, desenvolver efetivo controle de constitucionalidade e convencionalidade nos casos concretos apresentados, abstendo-se de realizar atos desproporcionais e desarrazoados, desde que, motivadamente, exponha as suas razões de decidir. [...] A intervenção do Estado na vida social ou privada, notadamente em matéria criminal, só se justifica enquanto garantia da razão, por extrema necessidade. Fora desses contornos, configura excesso que deve ser ponderado, sempre de forma fundamentada, por todos os órgãos encarregados de conferir aplicabilidade ao Direito e efetividade à Justiça, sendo o delegado de polícia, a toda evidência, o primeiro encarregado de desempenhar essa atividade.

O delegado, neste atendimento inicial dos casos, ao apreciar *in concreto* as situações que são levadas ao seu conhecimento, além de assegurar a preservação dos direitos fundamentais dos envolvidos, deve perceber e buscar reduzir as vulnerabilidades eventualmente existentes.

Logo este profissional deve agir como um agente da cidadania, ao passo que a sua atuação deve pautar-se na mais ampla tutela dos direitos humanos aliada à preservação da ordem democrática. Deste modo, tendo como norte os ditames trazidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é necessário que a postura dos delegados de polícia seja embasada na ideia de segurança cidadã, compreendida como a tutela do bem-estar das pessoas e preservação dos direitos humanos.

Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009, p. 108), a segurança cidadã pode ser compreendida como a

[...] situação na qual as pessoas podem viver livres das ameaças geradas pela violência e pela criminalidade, uma vez que o Estado possui as capacidades necessárias para garantir e proteger os direitos humanos diretamente comprometidos em relação às mesmas. Na prática, a segurança cidadã, a partir de um enfoque de direitos humanos, é uma condição na qual as pessoas vivem livres da violência praticada por atores estatais ou não-estatais.

Deste modo verifica-se que a

A configuração da Segurança Cidadã está, portanto, inteiramente associada à garantia dos Direitos Humanos, ultrapassando a vinculação exclusiva da segurança pública e respectivas instituições policiais, e comprometendo Estado e sociedade com sua efetivação. Significa dizer que, no Brasil, União, estado e municípios devem assumir políticas econômicas e sociais interligadas e voltadas para a promoção de uma convivência social justa, segura e sustentável (Albergaria; Leonelli, 2016, p. 26).

Tradicionalmente, inclusive sob o ponto de vista normativo, a expressão “segurança pública” é aquela comumente utilizada para definir a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos pelo Estado, com possibilidade de responsabilização daquele que eventualmente infringir os direitos de outrem. Contudo, esta expressão comporta em si uma clara imprecisão semântica, advinda das ações arbitrárias advindas dos tempos de ditadura, que não se coaduna com o atual estágio democrático. Isto porque a atuação policial deve servir como uma fonte de segurança para a cidadania e não como um exercício de força em prol do Estado, ou seja, a tutela central deve ser o ser humano e não os interesses estatais ou a preservação de valores tidos como dominantes.

O que se constata é que há uma incorreta correlação entre as atuações das polícias e das Forças Armadas, mormente do Exército, eis que a este último incumbe a defesa do Estado contra ameaças à soberania, traduzindo a ideia de luta contra um inimigo estatal, ao passo que as polícias devem ter como norte a manutenção dos direitos fundamentais dos seus próprios cidadãos, não existindo um inimigo a ser combatido, mas um cidadão com desajustes sociais que ocasionam transtornos à coletividade, que deve reparar os danos que causar e, se possível, ser ressocializado.

Assim, verifica-se que o papel social atribuído às polícias difere totalmente daquele indicado às Forças Armadas, inclusive sob o prisma constitucional no que tange às funções destinadas a cada instituição. Neste norte tem-se que o uso da força não se apresenta como uma grande preocupação para as Forças Armadas, ao passo que as polícias devem sempre evitar o uso da força, utilizando-a somente em casos de necessidade justificada e, ainda, de forma limitada (Jacondino; Tombini, 2019, p. 314).

Neste sentido, Maria de Nazaré Tavares Zenaide (2022, p. 125) assevera que:

Na ordem democrática o uso da força por parte dos agentes públicos deve estar fundamentado no respeito as liberdades formais, se não, o Estado pode se assemelhar a partes em conflito, podendo até, a ser confundido como a burguesia em armas contra o povo.

Deste modo, essa visão incongruente de pseudo similaridade entre as instituições traz uma forma incorreta de se analisar qual seria o foco da atuação das polícias no país, eis que a preocupação não deve ser com o público ou estatal e, tampouco, com a consolidação de uma doutrina de segurança nacional, mas sim com a cidadania e os seres humanos.

Para Lucas da Silva Santos (2021, p. 97),

[...] o arquétipo bélico para segurança pública é um dispositivo, uma estruturação política através da qual o sistema capitalista domina o sobejo existente e fictícios dos contingentes humanos, a segurança pública ao invés de cessar com as desigualdades inerentes aos espaços urbanos, acaba reforçando-as através de uma gerência violenta sobre a população residente nas regiões periféricas.

Complementarmente, Maurício Paraboni Detoni (2014, p. 53) indica que após a gênese da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

[...] a função policial deixa de ser o “braço forte” do Estado, que está assentado na segurança nacional (paradigma vigente durante a ditadura militar) e passa a ser o “braço forte no Estado Democrático de Direito”, entretanto, essa mudança vem carregada de fatores controversos. [...] estabelecer um novo paradigma, vencendo as amarras impostas desde o descobrimento do país e em especial o período ditatorial, uma vez que a polícia sofreu ao longo de sua existência forte influência do Exército Brasileiro, em especial no ensino.

Ademais, é imprescindível que se reconheça que na atualidade está ocorrendo um processo de jurisdicionalização das demandas sociais, ao passo que a crise das autoridades tradicionais (família, escola, igreja, dentre outros) tem feito com que todos os conflitos sejam direcionados ao sistema de justiça. Assim, todo o indivíduo que possui alguma espécie de conflito, ao invés de buscar solucioná-lo de forma dialogada ou por meio das demais estruturas de controle social, opta por encaminhar o caso ao sistema de justiça, esperando que o Estado lhe forneça uma resposta e, conseqüentemente, distribua justiça.

Ao analisar este fenômeno, diversos autores, a exemplo de Antoine Garapon, demonstram que é cada vez maior a busca da sociedade pelo Poder Judiciário, ao passo que os magistrados deixam de agir somente em questões de índole jurídica e passam a abarcar no seu campo de atribuições outras funções de cunho social que visam, dentre outros fins, materializar os ideais de pacificação social. Para o autor,

Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso [...] Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo de animador de uma política pública, como, por exemplo, a da prevenção da delinquência (Garapon, 2001, p. 24).

Rojo e Eidelwein (2014), contudo, ao interpretarem o fenômeno em apreço, compreendem que este não se restringe ao agir do Poder Judiciário, espalhando-se por outros órgãos e instituições,

inclusive de índole administrativa, a exemplo da Polícia Civil. Assim, contata-se que os indivíduos, invariavelmente, procuram as autoridades, em especial os delegados de polícia, com o intuito de obterem respostas para os seus conflitos de índole social, que muitas vezes ultrapassam a visão meramente punitivista. Almeja-se que a autoridade policial, enquanto representação imediata e acessível do Estado, aconselhe as partes, solucione problemas relativos à drogadição, resolva conflitos possessórios, intervenha na relação doméstica etc.

Com efeito, tem-se que:

[...] aquela imagem antiga do delegado de polícia (sujeito truculento, mecanizado e sem convicção jurídica) é coisa do passado e lá deve permanecer. Assim, moldado a partir dos ideais da Constituição, surge o delegado de polícia do século XXI. Esse novo ator do sistema de persecução criminal possui um perfil que é fruto dos valores que sustentam a democracia substancial e o Estado de Direito. Atua ciente do seu direito-dever de aplicar a lei observando todas as suas diretrizes e de conduzir as investigações criminais de acordo com as suas convicções, zelando tanto pela elucidação do fato criminoso como pelo respeito aos direitos do investigado, constituindo-se, a toda evidência, em um garantidor de direitos (Garcez, 2021, p. 893).

Mas não é apenas isso, as pessoas procuram respostas na unidade policial, que transcendem ao campo meramente investigativo, alcançando outros temas que vão muito além da mera imputação de sanções aos infratores. Logo, para Raúl Enrique Rojo (2003, p. 24),

O movimento que pensamos haver identificado [...] se traduz em uma propensão crescente a encomendar a solução de alguns de seus conflitos a uma instância simbólica que, como tal, deveria proporcionar referências coletivas. E para isso, podem recorrer a um tribunal judicial, mas também a uma instância administrativa ou privada. O que os cidadãos procuram é que se diga o que é justo. Dizer é a primeira – e as vezes a única – tarefa do terceiro procurado. Lembremos que, tão longe como vamos na memória de nosso direito, a justiça é associada a um dizer público, como indica a etimologia da palavra “jurisdição”: dizer o direito, pronunciar o que é justo.

Creemos que, mais que de “judicialização”, teríamos que falar de “jurisdicionalização” dos conflitos sociais, para descrevermos o processo que se manifesta a partir da emergência de atores sociais que, reconhecendo-se como sujeitos de direito, tomam a decisão de submeter a definição de suas demandas ao procedimento dos tribunais, ou de um terceiro (proveniente do âmbito administrativo ou ainda da esfera privada) que aja seguindo forma adjudicatórias. Ademais da demanda de legitimação, o outro traço que define esta estratégia é a procura de repercussão pública para certas questões que, em caso omissio, poderiam ser ignoradas ou preteridas.

Em complemento, Maria Teresa Nobre e César Barreira (2008, p. 144-145), indicam que:

[...] a preponderância da evidência mundial parece apoiar, no entanto, a conclusão de que assuntos não-criminais dominam o ‘trabalho de polícia’ como afirma Bayley (2001, p. 143), pelo fato de que o interesse público envolve a participação da Polícia em torno de sua intermediação nas relações interpessoais, envolvendo ajuda, apoio, proteção e orientação. [...] O fato de desempenhar atividades e executar ações que extrapolam as suas atribuições formais não descaracteriza, em princípio, a natureza do trabalho policial. Este entendimento permite evitar contrapor as ações realizadas pela Polícia, entre o que é classificado como “trabalho policial” e como “trabalho extrapolicial”. A possibilidade de superar essa dicotomia, portanto, não é decorrente da natureza dessas atividades policiais, mas dos contextos sociais e culturais, dos valores que pautam as sociabilidades e dos percursos históricos das sociedades. Países como o Brasil, com uma longa história de culto à repressão e à punição, tendem a valorizar as atribuições formais da Polícia como garantia de ordem e segurança, descaracterizando as demais atividades como fora do âmbito de seu exercício. Portanto, para mudar as atitudes dos policiais, é necessário que seja colocada,

publicamente, a necessidade de mudar as representações sociais do que é a Polícia.

Neste panorama constata-se que a autoridade policial, por força da sua rotina, se vê obrigada a não apenas conhecer e aplicar o direito, mas tudo aquilo que envolve os conflitos e as relações intersubjetivas, possuindo claro papel social. Embora esta atuação complementar dos delegados não tenha a sua relevância reconhecida de forma uníssona pela doutrina, vê-se que esta é uma realidade verificada factualmente por aqueles que conhecem a rotina das autoridades policiais. Ao ser procurado, o delegado de polícia não pode simplesmente fechar os seus olhos para o conflito apresentado. A sua atuação deve buscar o esclarecimento dos fatos, bem como o envio das situações para as áreas e instituições que poderão fornecer o melhor suporte para estas, tudo com vistas à preservação dos direitos fundamentais de todos envolvidos, sejam autores, vítimas, testemunhas ou terceiros. Não basta informar que a unidade policial não é o lugar mais adequado para a resolução de determinadas lides, mas orientar as partes acerca do melhor caminho a ser adotado, bem como providenciar os encaminhamentos que se fizerem necessários. Isto, além de ser uma das faces da atuação preventiva que se busca sob o prisma constitucional, é um dever moral enquanto ser humano de aplacar, ainda que apenas por meio da cordialidade e do tempo de escuta, as dores daqueles que buscam auxílio.

Contudo esta não é uma tarefa fácil, haja vista as representações sociais criadas acerca deste profissional, tanto pela sociedade como um todo quanto pela própria instituição de forma interna. Este modo de encarar as atribuições do delegado de polícia deve passar por um claro amadurecimento que se inicia com a formação desses agentes, para que haja a compreensão *interna corporis* do real papel social desempenhado por este ator social, pautado na ideia de segurança cidadã, espraiando-se por todos os demais segmentos sociais, de forma a se reconhecer o impacto que o agir deste agente gera nos direitos humanos e como a sua postura pode influenciar na pacificação social como um todo, sendo a Cultura de Paz uma alternativa para esta nova concepção.

2. O PAPEL DO DELEGADO DE POLÍCIA ENQUANTO AGENTE PROMOTOR DA CULTURA DE PAZ

Antes que se discorra de forma detida acerca do papel do delegado de política enquanto agente promotor da paz, necessário se faz compreender o que significa falar sobre a paz.

Nesse sentido, quando se trata do termo paz, nota-se que se está diante de um conceito absolutamente subjetivo, que passou a ser tratado como um dos pilares básicos de discursos filosóficos, educativos, sociológicos e políticos desde a metade do século XX. Em decorrência disso, existe uma enorme variedade e diversidade de conceituações acerca de referido termo, uma vez que inexiste uma ideia universal ou precisa sobre o seu significado, posto que corresponde a um

termo variável entre as diversas civilizações e culturas (Jares, 2002).

Para Jares (2002) a paz pode ser compreendida em diferentes perspectivas, o que o faz de maneira crítica. Diante disso, para o referido autor, a paz, em uma concepção tradicional, traduz-se como a ausência de conflito, limitando-se às funções referentes às ações do Estado. Já na tradição popular, a paz está correlacionada a um estado de harmonia e tranquilidade interior, enquanto que, para o senso comum, especialmente no sistema educação, a paz se encontra correlacionada à ideia de guerra e violência.

Desta feita, o autor destaca que o conceito de paz mais aceito é o tradicional, em relação ao qual considera ser um conceito “pobre, classista e interessado politicamente e até mesmo perverso, em certo sentido, visto que mantém o *status quo* vigente”, concluindo, com Galtung, que o que existe hoje é uma “pobreza do conceito de paz dominante”, que precisa ser reformulado (Jares, 2022, p. 123).

Considerando criticamente tais questões, o autor entende que é preciso debater um conceito positivo de paz. Dessa forma, para Jares (2002), ao se tratar da paz, está-se diante de um fenômeno bastante amplo e complexo, razão pela qual se faz necessária uma compreensão multidimensional. Nesse aspecto, uma compreensão ampla da paz exige por consequência, uma compreensão ampla da violência. Esta, por sua vez, corresponde à uma antítese de paz e de não-guerra. Dessa forma, a paz não se situa apenas em relação à guerra armada, uma vez que existem muitas formas de guerra, sejam elas “cultural, econômica, política, social, etc” (Jares, 2002, p. 126).

Para que o conflito exista, não há a necessidade de que a oposição seja entendida como real, basta meramente que seja assim percebido. A violência, por sua vez, corresponde a um fenômeno que causa danos a uma pessoa ou grupo de pessoas. Conforme Galtung (1990, *apud* Mouly, 2022), a violência pode ser de três formas, quais sejam: a violência direta, a violência estrutural e a violência cultural.

Enquanto a violência direta se caracteriza em razão de um indivíduo infligir sofrimento físico ou psicológico a outro indivíduo ou grupo, de forma direta (caracterizando-se por homicídios, golpe etc.), a violência estrutural é indireta. Assim, essa forma de violência se faz nítida nas diversas estruturas de desigualdade de uma sociedade, negando importantes direitos a certos grupos sociais, causando, por consequência, desigualdade social, injustiças, repressão, violação de direitos e pode ser identificada tanto em estruturas formais, como o Estado, quanto em estruturas informais, como o acesso em diferentes postos de trabalho (Mouly, 2022).

A violência cultural, por sua vez, encontra-se caracterizada pelos diversos discursos e símbolos que legitimam a violência direta e estrutural. Nesse sentido, inclui os aspectos culturais que privilegiam o uso de métodos violentos para abordar os conflitos ou normalizam o uso da

violência direta (Mouly, 2022).

Mouly (2022) destaca que, embora sejam visualizadas essas três formas de violência, para Galtung, os três tipos de violência são interdependentes e se reforçam entre si. Nesse sentido, as raízes dos conflitos, frequentemente, encontram-se atreladas à violência estrutural e cultural, fomentando, por consequência, outros tipos de violência. Portanto, Galtung sustenta que a única forma possível de se alcançar uma paz duradoura seria reduzir, de forma simultânea, os três tipos de violência.

Nesse sentido, a construção da paz, a sua manutenção e seu estabelecimento, correspondem, conforme Galtung, a três processos que se complementam e que permitem que se aborde, de forma conjunta, os três componentes do conflito, quais sejam: a identificação do comportamento das partes em disputa, as suas atitudes e as contradições subjacentes ao conflito (Mouly, 2022).

Embora existam diversos modelos apropriados para se pensar na construção da paz, no presente estudo será realizado o enfoque com base na pirâmide de John Paul Lederach. O autor “identifico tres maneras de construir la paz según el nivel de liderazgo que impulse el proceso. La primera es de arriba hacia abajo; es decir que la Construcción de paz va de los dirigentes nacionales hasta las bases, siguiendo estructuras jerárquicas de poder” (Mouly, 2022, p. 170-171).

A partir deste modelo, será possível que se analise a participação dos diversos atores sociais que compõem o conflito, de forma a ser observado cada um em relação ao respectivo nível de sociedade que ocupa para a construção da paz (Mouly, 2022).

Nessa perspectiva, o modelo piramidal de Lederach leva em conta três níveis diversos de liderança, que vai desde o nível com menor capacidade de influência até o nível mais alto, referente ao nível que detém a maior capacidade de influência.

Nesse sentido, no nível mais elevado da pirâmide, encontram-se os líderes que detêm maiores poderes em uma situação de conflito. O segundo nível, chamado de nível intermediário (ou líderes intermediários), corresponde, por sua vez, àqueles grupos que têm menos poder de decisão em relação ao nível superior, mas se caracterizam por receberem um maior respeito da população, bem como por terem diversos seguidores na localidade em que se encontram ou em seu segmento social. Estes líderes “conocen bien el conflicto y están conectados com los dirigentes de arriba y abajo, por lo que están em uma posición idónea para fomentar um diálogo entre las partes em conflicto y movilizar a ciertos grupos de lá población en pro de la paz” (Mouly, 2022, p. 170).

No nível mais abaixo da pirâmide, por sua vez, encontram-se os líderes comunitários, que representam o grupo mais afetado pelas situações de violência. Correspondem aos líderes que detém menor capacidade de influência, porém têm maiores conhecimentos acerca da situação de conflito

instaurado (Mouly, 2022).

Tem-se, portanto, que a maneira mais efetiva de se construir a paz é a que emana dos líderes intermediários, uma vez que atuam como catalizadores do processo de construção de paz.

Do estudo delineado neste ensaio, partindo dos pressupostos estudados na seção anterior, verifica-se que o delegado de polícia se configura como um importante líder intermediário tanto na sociedade como um todo, quanto em relação à própria instituição a que pertence.

Dessa forma, verifica-se que ao se enquadrar no nível de líder intermediário, o delegado de polícia tem nítido papel catalisar na condução dos conflitos que emergem em uma sociedade, pois, como já dito, que é a porta de entrada para a solução de muitos problemas sociais.

Ademais, conforme a estrutura piramidal estabelecida por Lederach, o delegado de polícia detém maior acesso aos recursos necessários para o atendimento das situações que lhe são postas, bem como são os profissionais que detêm uma visão mais holística para a construção da paz, justamente porque se encontram vinculados a outros níveis de liderança, permitindo que sua atuação se espraie para outras dimensões na resolução dos conflitos. Dessa forma, o delegado de polícia está correlacionado de forma vertical e horizontal a diversos níveis da sociedade e deve ter sua conduta pautada na promoção da paz, o que deve ser pensado desde sua formação inicial dentro da carreira.

Tereza Almeida Cravo (2016), ao analisar os estudos para a paz, apresenta uma série de desafios atuais para a sua implementação e desenvolvimento, dentre os quais aqueles relativos à cooptação, aos *problem-solvers* e à diversidade. Tais desafios mostram-se presentes quando da análise acerca da possibilidade de inserção da Cultura de Paz nas matrizes curriculares relativas às formações iniciais e contínuas, bem como na rotina de trabalho dos delegados de polícia.

Com relação à cooptação, tem-se que muitos Estados e organismos internacionais apropriaram-se dos ideais relativos aos estudos para paz com o intuito de legitimarem atuações que visam, na sua essência, a dominação dos grupos periféricos e marginalizados, criando-se políticas públicas interventivas que mantêm as relações hegemônicas de poder. Assim, sob a alegação de se estar buscando a paz, são criadas políticas públicas que replicam os instrumentos de dominação do outro e resultam na expansão da violência (Cravo, 2016). Pensar na atuação do delegado de polícia a partir dos ditames da Cultura de Paz, deve ser uma atividade de constância, que não permita a perpetuação de formas violentas de agir. Não basta a inserção dos estudos para paz na formação destes profissionais sem que se tenha a criação de ferramentas concretas que permitam o estabelecimento de um ambiente social não violento. Não se pode permitir a perpetuação de práticas violentas travestidas da busca por uma pseudo pacificação.

No que tange aos *problem-solver*, verifica-se que este termo refere-se à expansão acadêmica dos estudos para paz que foi acompanhada da institucionalização política destes. Assim,

tem-se que embora haja um aumento do interesse para com os estudos para paz, o que se constata é que estas análises, na sua maioria, centram-se num exacerbado positivismo, que ignora outras nuances de caráter epistemológico e ontológico (Cravo, 2016). Logo, deve-se cuidar para que, sob o pretexto de se permitir a inserção da Cultura de Paz nas rotinas dos delegados de polícia de forma regulamentar, visando a segurança jurídica, não se engesse o ideal e remova o seu poder de crítica para com a realidade imposta.

Ao se pensar em diversidade, tem-se que os estudos para paz devem afastar-se da sua matriz originária, que reflete ideais ocidentais e masculinos. É necessário que a disciplina seja consolidada a partir do diálogo decolonial, que abranja as mais diversas perspectivas no que tange ao gênero, origem, idade, classe social, dentre outros marcadores. Isto porque os estudos para paz não devem ter como norte o pacifismo, mas sim a quebra dos parâmetros violentos e opressores impostos, garantindo-se uma ordem democrática e igualitária pautada na não-violência (CRAVO, 2016). Assim, ao se pensar nesta ideia a partir do agir dos delegados de polícia é imprescindível que não se caia no equívoco de se desenvolverem balizas de atuação que reproduzam a lógica dominante vigente, mas que partam de análises múltiplas do conflito, que considerem os marcadores sociais envolvidos neste, bem como permitam a troca de experiências com países que vivenciam realidades similares à do Brasil, a exemplo daqueles que compõem a América Latina.

Neste norte, no que tange à atuação do delegado de polícia pós redemocratização do Brasil, analogicamente, pode-se fazer uso das palavras de Carlos Roberto Guimarães Rodrigues (2020, p. 45), o qual aduz que:

[...] formas de controle da atuação policial têm sido implementadas nas mais diversas sociedades, sendo que os esforços basicamente têm se concentrado na criação de mecanismos institucionais de responsabilização da atividade policial. Somente o conhecimento de que poderá ser responsabilizado pelo proceder irregular não parece também suficiente, o policial tem que se conscientizar da necessidade de uma postura proativa, tratando os cidadãos da maneira exata como gostaria de ser tratado.

Logo, é imprescindível a inserção dos estudos para paz e seus desdobramentos tanto na formação inicial quanto na continuada dos delegados de polícia, permitindo-se que haja o real conhecimento acerca das atribuições constitucionais destes profissionais, sob o prisma dos direitos humanos, bem como o aprimoramento fático do seu agir.

Deste modo, verifica-se a inserção da Cultura de Paz nas rotinas dos delegados de polícia deve partir da constatação de que esta não pode ser compreendida como um objetivo finalístico de atuação, mas como um meio contínuo e dinâmico de enfrentar o sistema imposto e os conflitos cotidianamente trazidos ao conhecimento deste profissional. Para que este agir seja possível não é suficiente a mera inserção dos estudos para paz nas formações destes profissionais, em que pese a relevância desta abordagem, devendo serem desenvolvidos mecanismos concretos pautados nos

ideais de atendimento às demandas sociais de forma não violenta. A complementariedade do acadêmico com o prático é o melhor caminho a ser trilhado para se pensar numa atuação policial menos violenta, que efetivamente prime pela tutela dos direitos humanos e consolide a cidadania em toda sua extensão e profundidade.

Dentre as diversas possibilidades de implementação fática deste postulado à rotina dos delegados de polícia, para o presente estudo, optou-se pela análise pontual da escuta especializada e do depoimento especial, por se revestirem de aspectos diretamente relacionados à proteção dos direitos humanos de um grupo extremamente vulnerabilizado, quais sejam as crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de crimes.

3. A ESCUTA ESPECIALIZADA E O DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DA CULTURA DE PAZ A PARTIR DA ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA

A evolução do pensamento social acerca da disciplina inerente aos direitos humanos trouxe à luz temas que outrora eram tidos como secundários, a exemplo da proteção a grupos vulnerabilizados, tais como as mulheres, as crianças, os idosos etc.

O ordenamento jurídico nacional passou a ter como prioritária a tutela dos indivíduos que ao longo da história, por questões inerentes à sua individualidade, consolidadas em aspectos culturais, regionais e estereotipados, foram renegados à invisibilidade. Assim, foram criados mecanismos e normas que visam conferir voz àqueles indivíduos historicamente silenciados, bem como possibilitar o seu pleno desenvolvimento pessoal a partir do reconhecimento da dignidade que lhes é inata.

Neste cenário criaram-se diversos microssistemas de proteção aos grupos vulnerabilizados que, pautados nas especificidades dos integrantes de cada categoria, assim como nas suas necessidades individuais e coletivas, apresentaram ferramentas específicas de guarda para cada qual (Porto; Diehl, 2015).

Os microssistemas, também conhecidos como legislações microssistemáticas, possuem como supedâneo a compreensão de que determinadas relações sociais são materialmente disfuncionais, eis que as diferenças estabelecidas entre os indivíduos colocam determinados grupos em posição de desvantagem. Assim, criam-se sistemas de cunho principiológico, estruturante e concretizante que visam equilibrar as relações sociais utilizando como parâmetro as diferenças inerentes aos seres que, por algum motivo, possuem similaridades entre si (Lima, 2001). Dentre estes microssistemas sobressai-se aquele relativo às crianças e adolescentes.

Com efeito tem-se que os marcos legais relativos à tutela deste grupo são a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), combinados com a Convenção sobre os Direitos da Criança, esta última inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 99.710/90.

Estes diplomas legais, dentre outros aspectos de extrema relevância, trouxeram ao sistema jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral, com atendimento prioritário adequado à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, de modo que as crianças e adolescentes passaram a ser compreendidos como sujeitos de direitos que carecem de amplo respeito à dignidade que lhes é inata. Neste norte, Luiz Edson Fachin (2012, p. 111) aduz que os sujeitos de direitos são as pessoas às quais “o sistema jurídico faculta o ingresso no plano do Direito, para inserir-se numa determinada titularidade. São todas as pessoas que têm esse estatuto e podem efetivamente se erigir na condição de titular de uma determinada posição jurídica”.

Assim, verifica-se que às crianças e aos adolescentes devem ser conferidas todas as prerrogativas inerentes aos seres humanos, com ênfase na sua dignidade, mormente quando constatado que o ordenamento jurídico brasileiro, em sua íntegra, deve ser analisado e interpretado à luz dos preceitos constitucionais. Acerca deste ponto, Luiz Edson Fachin (2012) sustenta que a capacidade civil das pessoas se refere ao sistema de exercício de direitos, mas não à titularidade destes. Assim, não se pode qualificar uma pessoa como mero elemento da relação jurídica, devendo se reconhecer os direitos subjetivos que lhe são inatos. Logo, infere-se que apesar de não exercerem de modo pessoal os atos da vida civil, as crianças e adolescentes são os próprios titulares destes direitos, mormente daqueles caracterizados como fundamentais sob a ótica constitucional. O enquadramento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos vai além de uma mera indicação legal, eis que exige a adoção de medidas concretas voltadas à promoção da sua dignidade de modo que lhes sejam possibilitados meios adequados para o seu pleno desenvolvimento pessoal (Falcão, 2020).

Neste contexto, verifica-se que a tutela dos direitos das crianças e adolescentes não se concentra em um único texto legal, mas num conjunto de normas e princípios que se complementam de forma a garantir a mais ampla proteção possível ao grupo, sendo que a Resolução nº 113/2006, oriunda do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), estabelece em seu artigo 5º que os sistemas de garantias de direitos das crianças e adolescentes devem se orientar sob o ponto de vista estratégico pela defesa, promoção e controle de efetivação dos direitos humanos.

Assim, para se atender a tais preceitos, dentre as normas que compõem este amplo acervo normativo, para o presente estudo, sobressai-se a Lei nº 13.431/2017, que cria o sistema de garantia

de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, o qual contempla em seu contexto os institutos “escuta especializada” e o “depoimento especial” enquanto mecanismos de proteção dos direitos humanos deste grupo.

Estes institutos possuem como supedâneo a compreensão de que o atendimento de crianças e adolescentes deve se dar sempre com vistas à sua proteção integral e prioritária, incumbindo este dever de forma primária e solidária ao poder público, intervindo-se de forma mínima nos seus direitos e assegurando os seus interesses enquanto superiores, com vistas exclusivamente ao atendimento dos seus direitos básicos (Brasil, 1990).

Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, de modo geral, são alvo de clara violação aos seus direitos, cometida de modo direto ou reflexo pelo autor da infração penal, não devendo o Estado ampliar ou prolongar o sofrimento inicial destes, muito embora deva adotar as medidas cabíveis com vistas a reparar os danos eventualmente constatados e permitir a responsabilização do autor dos fatos. Logo, nada justifica que àquela criança ou adolescente que já foi submetida a um processo de vitimização primária, provocada pelo ato criminoso em si, seja imposto um processo de vitimização secundária, advinda de atos abusivos praticados pelos agentes públicos, que repisam o sofrimento vivenciado, ampliando-o e prolongando a memória deste (Alcolumbre; Imbiriba, 2020).

Assim, houve a necessidade de se buscarem formas para o que acesso à justiça se coadune com a política nacional de tutela de crianças e adolescentes, com vistas a se protegerem, da forma mais ampla e menos traumática possível, os direitos humanos deste grupo, surgindo os institutos da “escuta especializada” e o “depoimento especial”.

De acordo com os artigos 7º e 8º da Lei nº 13.431/2017,

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Estas ferramentas têm como objetivo assegurar que a criança ou adolescente vítima ou testemunha de crimes seja ouvida, preferencialmente e em regra, apenas uma vez, sem que seja realizada a sua revitimização, advinda de diversas inquirições. Esta oitiva diferenciada deve ser realizada por profissional capacitado (artigo 5º, inciso XI da lei em comento), em ambiente adequado e não hostil, com linguagem compatível com o seu desenvolvimento intelectual, permitindo a livre narrativa dos fatos por este, com a mínima intervenção possível.

A escuta especializada, assim, se apresenta como um relato inicial dos fatos, adstrito aquilo que se mostra como extremamente imprescindível para a sua compreensão, devendo ser adotada em

qualquer procedimento regular relativo à inquirição de uma criança ou adolescente que foi testemunha ou vítima de crime.

A oitiva especial, por sua vez, apresenta maior complexidade, devendo ser materializada via procedimento de antecipação de prova, em regra junto ao Poder Judiciário, com preservação do direito ao contraditório e à ampla defesa do suposto autor dos fatos. Este instituto, obrigatoriamente, será utilizado quando a criança em voga tiver idade inferior a 07 (sete) anos ou nos casos em que o crime for praticado mediante o emprego de violência sexual, sendo nesta última situação utilizado tal procedimento face a todos aqueles que possuem idade inferior a 18 (dezoito) anos de idade.

Frisa-se que a partir de tais institutos é possível que a criança ou adolescente seja inserido em programas assistenciais de cunho psicológico, com atendimento contínuo junto à rede de proteção local, de modo a minimizar da melhor forma possível o dano por esta experimentado.

Com relação ao agir do delegado de polícia neste contexto, tem-se que tal profissional, por ser, via de regra, a primeira autoridade pública a qual é apresentado o conflito, deve estar cotidianamente atento quanto ao cumprimento de tais ditames, de modo a assegurar que a inquirição de crianças e adolescentes em sede policial obedeça aos preceitos relativos à tutela de tal grupo e seja o menos invasivo possível. Ademais, quando o caso envolver violência sexual ou quando as vítimas ou testemunhas possuírem menos de 07 (sete) anos de idade, deve imediatamente representar pela sua inquirição via oitiva especial por meio do procedimento cautelar de antecipação de provas, indicando de plano quais pontos devem ser abordados pelo profissional que presidirá a oitiva e que se mostram imprescindíveis para o curso das investigações.

Deste modo, verifica-se que ao adotar os procedimentos de escuta especializada e oitiva especial na sua rotina de trabalho, realizando os treinamentos adequados para tanto e dotando o ambiente da delegacia de polícia com local apropriado para este desiderato, que afaste a ideia de ambiente opressor, o delegado de polícia não apenas estará promovendo a ampla tutela dos direitos humanos de tal categoria, mas implementando de forma concreta os ditames da Cultura de Paz.

Pensar na Cultura de Paz deve ser um exercício constante, devendo serem buscados meios para seja possível o atendimento menos violento possível das demandas sociais, sendo que a escuta especializada e o depoimento especial, cuja porta de entrada para o atendimento estatal, em regra, é a delegacia de polícia, se mostram como formas reais de enfrentamento a situações complexas envolvendo violências praticadas contra crianças e adolescentes, de modo menos litigioso e violador de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, a busca por novas formas de se encararem os conflitos assume posição de

destaque nos debates acadêmicos, ao passo que se reconhece a necessidade de se encontrarem meios para que as demandas sociais, em especial aquelas relativas a atos de violência, sejam trabalhadas com foco na mais ampla tutela dos direitos humanos.

Neste contexto, a Cultura de Paz emerge como uma nova forma de se portar diante de conflitos. Em que pese o problema relativo à ausência de centralidade da paz neste debate, eis que a grande maioria dos estudos volta os seus olhares para a questão da violência, existindo a necessidade de uma alteração epistemológica quanto ao foco de estudo, de modo que a paz não seja vista como um objetivo a ser alcançado ou um produto indissociável da violência, mas como uma constância comportamental que deve se espalhar por todos os setores, não há como deixar de se reconhecer a relevância dos estudos para a paz diante do nó górdio relativo à crescente onda de violência enfrentada em todas as searas.

Assim, partindo dessas discussões atuais acerca do tema, o presente estudo propôs analisar a inserção da Cultura de Paz na rotina de trabalho dos delegados de polícia, indicando os instrumentos da escuta especializada e oitiva especial, relativos à proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes, como uma forma de implementação concreta dessa ideia.

A pesquisa centra-se na atuação do delegado de polícia por ser este a primeira autoridade pública com formação jurídica que possui contato com os conflitos, devendo adotar as medidas iniciais com o intuito de elucidar a infração penal e assegurar a mais ampla proteção aos direitos humanos das partes envolvidas na lide. Por uma questão cultural, as pessoas ainda veem a delegacia de polícia como a primeira porta de acesso ao sistema de justiça, sendo que a prática revela uma crescente necessidade de as pessoas levarem toda e qualquer espécie de demanda, ainda que não revestida de caráter criminal, ao conhecimento do delegado de polícia, na esperança de que este ator social, enquanto representação acessível do Estado, distribua justiça.

Assim, buscou-se apresentar a evolução histórica das atribuições dos delegados de polícia com vistas a compreender por quais motivos este agente é erroneamente retratado como um profissional do aprisionamento, bem como estabelecer quais seriam as suas reais funções pós redemocratização do país. Neste norte, verificou-se que o delegado de polícia possui uma ampla responsabilidade social para com a tutela dos direitos humanos, devendo pautar a sua atuação nesta busca, bem como no fortalecimento da cidadania e da democracia.

A partir dessa análise, buscou-se verificar o que seria a Cultura de Paz e de que forma esta doutrina poderia ser implementada na rotina dos delegados de polícia, tanto sob o ponto de vista acadêmico, relativo às suas formações iniciais e continuadas, quanto operacional, face a casos concretos. Neste ponto, tendo como supedâneo os estudos de Galtung e Lederach acerca do tema,

pôde-se constatar que o profissional em apreço pode ser compreendido como um líder intermediário no processo de construção e manutenção da paz, podendo implantar essa nova visão nos casos concretos, bem como influir na criação de políticas públicas atinentes ao tema. Ademais, verificaram-se alguns dos desafios inerentes à Cultura de Paz e aos estudos para paz, cotejando-os com a figura do delegado de polícia de modo a constatar a sua similaridade.

Ao final, de forma a exemplificar como o delegado de polícia pode atuar concretamente como um agente promotor e mantenedor da paz, analisaram-se os institutos da escuta especializada e oitiva especial, inferindo que tais mecanismos, ao protegerem os direitos humanos de crianças e adolescentes vítimas de crimes, dando-lhes espaço enquanto sujeitos de direitos e evitando a sua revitimização, promovem a paz de forma concreta.

A pesquisa encontrou como obstáculo central a resistência existente quanto à compreensão do delegado de polícia para além da função repressiva, havendo representações culturais que se reproduzem, inclusive, no meio acadêmico e tendem a não visualizarem tal profissional como um ator social com ampla possibilidade de promoção e manutenção da paz.

Assim, faz-se necessário não apenas a alteração da visão existente quanto a este profissional internamente, de forma que os estudos para paz sejam incluídos nas matrizes curriculares dos cursos de formação e inseridos nos treinamentos continuados com vistas a criação de procedimentos operacionais padrão pautados na Cultura de Paz, mas também da própria sociedade, de modo que esta possa visualizar esse agente como um defensor dos direitos humanos, afastando-se a ideia de que justiça é sinônimo de punição.

A atuação do delegado de polícia a partir da Cultura de Paz pode ser analisada sob diversos prismas, citando-se, *verbi gratia*, a possibilidade deste profissional realizar o controle de convencionalidade de atos e normas, o agir pautado nos ditames da Justiça Restaurativa, a implementação do seu atendimento a partir da perspectiva da vítima (gênero, cor, idade, origem, etnia etc), a possibilidade de reconhecimento inicial da atipicidade material de condutas, o uso de exemplos práticos visualizados na América Latina como modelo para criação de balizas orientativas em prol da dignidade humana no campo da segurança, dentre outros, como possibilidades de ações concretas que se distanciam da contumaz supremacia da violência que erroneamente se atribui a tal ator social.

Deste modo, infere-se que o tema em apreço não se esgota nessa pesquisa, tendo fôlego para ampliação do conhecimento acerca do tema e, quiçá, para uma mudança real da forma como os conflitos são enfrentados.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Matheus; LEONELLI, Vera. Convivência e Segurança Cidadã: reflexões por uma nova abordagem de segurança pública. **Direitos Humanos e Segurança Cidadã**. Brasília: PNUD, Conviva, 2016. Disponível em: <http://repositorio.fjp.mg.gov.br/jspui/bitstream/123456789/3249/1/Forma%C3%A7%C3%A3o%20e%20moderniza%C3%A7%C3%A3o%20da%20atua%C3%A7%C3%A3o%20policial.pdf>. Acesso em 06 jun. 2024.

ALCOLUMBRE, Shelley Macias Primo; IMBIRIBA, Camila de Fátima Santos. Estupro de vulnerável: da vitimização secundária às inovações trazidas pela Lei n. 13.431/2017. **FIBRA Lex**, 4 (6): 3-15.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em 15 jun. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jun. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em: 04 de jun. de 2024.

CRAVO, Teresa Almeida. Os estudos para a paz. In DUQUE, Raquel; NOIVO, Diogo; SILVA, Teresa de Almeida e (org.). **Segurança Contemporânea**. Lisboa: PACTOR-Edições de Ciências Sociais e Política, 69-84, 2016.

DETONI, Maurício Paraboni. **Formação Policial: Contribuições Pedagógico-Filosóficas**. Curitiba, PR: CRV, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FALCÃO, Letícia Prazeres. Judicialização das demandas de vacinação em crianças e adolescentes: A busca pela efetivação do melhor interesse e proteção integral. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, vol. 6, n. 2, dezembro de 2020, p. 74-95. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/7165>. Acesso em 29 maio 2024.

FIGUEIRÊDO, Guilherme Alves de. **O poder discricionário do delegado de polícia na condução do inquérito policial**. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa/PB, 2018. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/15448>. Acesso em 09 jun. 2024.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCEZ, William. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPodivm, 2021.

JAREZ, Xesús R. **Educação para paz: sua teoria e a sua prática**. São Paulo: Editora Popular, 2002.

JORGE, Derick Moura. **Reflexões acerca do oferecimento inicial da justiça restaurativa nas investigações que versam sobre violência doméstica e familiar contra as mulheres**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: Fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/82256>. Acesso em 10 jun. 2024.

MOULY, Cécile. **Estudios de paz y conflictos**. Teoría e práctica. New York: Peter Lang, 2022.

NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: As delegacias da mulher e a violência doméstica. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 10, no 20, jul/dez., p. 138-163, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/tsmbznFvChrXHkWLkgLLFBG/?lang=pt&format=html>. Acesso em 20 maio 2024.

PERAZZONI, Franco. O Delegado de Polícia no Sistema Jurídico Brasileiro: das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli. **Segurança Pública & Cidadania**, v. 4, n. 2, p. 77-110, 2011. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/113>. Acesso em 19 maio 2024.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; DIEHL, Rodrigo Cristiano. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente enquanto um microsistema principiológico de proteção: Limitações e perspectivas. **Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14234/2676>. Acesso em 04 jun. 2024.

ROJO, Raúl Enrique; SILVEIRA, Gabriel Eidelwein. Do Capitólio ao Foro. Em torno da judicialização da política no Brasil de hoje. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 40, n. 1, p. 94-100, jan/jun. Revista de Direito da PUCRS, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <http://revistas.eletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/16551/10865>, acesso em 06 jun. 2024.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. O sujeito da segurança pública, a garantia e a promoção dos direitos humanos e a segurança cidadã. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 13, n. 7, p. 111-140, 2022. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/893>. Acesso em 05 jun. 2024.

A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A EFETIVAÇÃO DO SEU DIREITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO MEDIANTE A ADOÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Bruno GOFMAN¹

Paulo Vitor Gonçalves Vieira KAMMERS²

RESUMO

A prestação de serviços públicos pela Administração Pública, seja direta ou indiretamente, está intimamente vinculada à concretização de direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais, todos inerentes à dignidade da pessoa humana – além do próprio interesse público. Logo, os seus usuários têm o direito de recebê-los de maneira adequada, caso contrário surge a prerrogativa de pleiteá-los no âmbito do Poder Judiciário, mediante ações individuais ou coletivas. Contudo, a prestação jurisdicional é extremamente morosa em relação às ações que envolvem a Administração Pública, o que implica em violação ao direito constitucional da razoável duração do processo. A partir dessa premissa, adotando o método lógico-dedutivo, pretende-se propor que a utilização do processo estrutural pode ser uma ferramenta importante para a resolução da deficiência na prestação do serviço público, desde que haja interlocução com as demais instituições e a efetiva participação popular.

PALAVRAS-CHAVES: serviço público adequado; direito fundamental; razoável duração do processo; processo estrutural; participação popular.

ABSTRACT

The provision of public services by the Public Administration, whether directly or indirectly, is closely linked to the realization of fundamental (individual and collective) and social rights, all inherent to the dignity of the human person – in addition to the public interest itself. Therefore, its users have the right to receive them in an adequate manner, otherwise the prerogative of claiming them within the scope of the Judiciary Power arises, through individual or collective actions. However, the judicial provision is extremely slow in relation to actions involving the Public Administration, which implies a violation of the constitutional right of reasonable duration of the process. From this premise, adopting the logical-deductive method, it is intended to propose that the use of the structural process can be an important tool for solving the deficiency in the provision of the public service, as long as there is dialogue with other institutions and effective popular participation.

KEYWORDS: adequate public service; fundamental right; reasonable duration of the process; structural process; popular participation.

1. INTRODUÇÃO

1 Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2011). Membro das Comissões de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração e Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Diretor Adjunto de Integração Regional do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado Sócio do Escritório Edgar Guimarães & Advogados Associados. Professor de Direito Empresarial e Direito Administrativo.

2 Mestrando e bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogado Sócio do Escritório Edgar Guimarães & Advogados Associados.

A Administração Pública desempenha uma ampla gama de atividades, dentre as quais a prestação de serviços públicos (saúde, educação, transporte público etc.), de maneira que a atuação estatal provoca lesões, cerceia ou ameaça direitos fundamentais e sociais, tornando necessária a prestação jurisdicional o que, por consequência, enseja verdadeira proliferação de demandas judiciais.

Esse elevado volume de processos relacionados à atuação da Administração Pública (líder do ranking de ações em andamento) sobrecarrega o Poder Judiciário, que não tem condições de prestar a atividade jurisdicional em um prazo razoável, o que fere o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Considerando o monopólio da prestação jurisdicional e a existência de instrumentos para a busca da tutela dos direitos dos usuários do serviço público, tais como as ações civis públicas e as ações populares, a figura do processo estrutural, cada vez mais difundido, pode ser uma solução interessante para a concretização de um serviço público adequado. Para isso são imprescindíveis a interlocução do Poder Judiciário com os demais Poderes e a oitiva da própria sociedade, incluindo os usuários do serviço público.

Dessa forma, essa pesquisa se debruça sobre a possibilidade de utilização do processo estrutural como instrumento voltado a otimizar a prestação do serviço público, notadamente com a participação social. Para tanto, parte-se de uma abordagem conceitual do direito à prestação de um serviço adequado e, em um segundo momento, a utilização do processo estrutural com vistas a efetivar a duração razoável do processo.

Após, analisa-se os impactos da participação popular na efetivação do serviço público adequado mediante a adoção do processo estrutural. O trabalho se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o método de pesquisa lógico-dedutivo.

2. O DIREITO À PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO ADEQUADO

A obtenção de uma definição única do que é serviço público não é possível, uma vez que a sua concepção passou por transformações ao longo do tempo, tanto no que se refere a sua abrangência quanto aos seus elementos formadores (Di Pietro, 2021, p. 115).

Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 319) serviço público, em uma noção ampla, é “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 121) o define como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.

De acordo com o José dos Santos Carvalho Filho (2022, p. 243), serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Segundo Valter Foletto Santin (2013, p. 25), serviços públicos “são as atividades desenvolvidas pela Administração Pública em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo”.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 657), em uma visão mais restritiva de serviço, entende que serviço público é:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2015, p. 723) preceitua que:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada, destinadas a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.

A respeito do conceito formulado por Marçal Justen Filho (2015, p. 725) vale destacar a ideia de que o serviço público está intimamente vinculado a um direito fundamental. O autor acrescenta que:

O serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. É o serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essências para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos.
Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.

Adriana da Costa Ricardo Schier (2016, p. 209) defende a tese de que o próprio direito ao serviço público e ao seu regime jurídico – universalidade, modicidade, e continuidade – apresentam características de direitos fundamentais e, por consequência, integrariam o rol de cláusulas pétreas, cujo núcleo essencial não poderia sofrer restrições pelo legislador.

Valter Foletto Santin (2019, p. 147) reconhece o serviço público não só como um direito fundamental, mas também como direito humano, o que implicaria em uma ação afirmativa, de prestígio e de destaque. Com essa colocação, haveria “um fator importante para a melhoria da prestação de serviço público ao povo, com inegável capacidade de transformação social, redução das desigualdades, melhor atendimento pelos órgãos públicos e instrumento importante para a efetivação dos direitos sociais e do mínimo existencial”.

A partir da compreensão de que o serviço público está atrelado à dignidade da pessoa humana, César Augusto Guimarães Pereira (2006, p. 307), destaca que surge um limite negativo - prestações desvinculadas da realização da dignidade da pessoa humana não são qualificadas como serviço público - e outro positivo – há um dever de prestação de serviços público mínimos necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana. Inclusive esses serviços mínimos possuem prioridade constitucional em detrimento de outras destinações de recursos públicos, razão pela qual é difícil a aplicação do princípio da reserva do possível nesses casos (Pereira, 2006, p. 331).

Diante dessa relevância do serviço público para a efetivação dos direitos sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, não basta a sua mera prestação por parte da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes. Essa atividade deverá ser fornecida/mantida de maneira adequada, conforme estabelece o inciso IV do artigo 175 da Constituição Federal, segundo o qual: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) a obrigação de manter serviço adequado.”

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o legislador editou a Lei nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos., que em seu artigo 6º - que sintetiza princípios gerais operativos (Grotti, 2003, p. 258) - prescreve que: “ Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

O parágrafo 1º do referido dispositivo legal descreve o serviço adequado como aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

O inciso I do artigo 7º do mesmo diploma normativo prevê como direito dos usuários o recebimento de serviço adequado.

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 5º³ da Lei nº 13.460/2017 – que estabelece normas

3 Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes: I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários; II - presunção de boa-fé do usuário; III - atendimento por ordem de chegada,

básicas para participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos da administração pública - impõe que “ O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços (...)”. Para isso, os agentes públicos e prestadores de serviços públicos deveriam obedecer algumas diretrizes, dentre as quais a urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia, adequação entre os meios e fins, igualdade no tratamento, entre outras.

A partir dessas premissas acerca do serviço adequado, Adriana da Costa Ricardo Schier (2016, p. 220) compreende que o legislador “criou, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado preste, diretamente ou por meio de seus delegados, de forma contínua, genericamente a todos os interessados e com modicidade de taxas e tarifas”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 718) aquele usuário que não receber um serviço adequado, nos termos dos artigos 6º e 7º da Lei de Concessões, ou então sofrer com uma indevida interrupção, poderá, judicialmente, exigir o cumprimento dessa obrigação, exercendo um direito subjetivo próprio.

No que se refere à exigibilidade de um serviço adequado por parte dos usuários quando há um descumprimento por parte da Administração Pública ou do particular que exerce a atividade sob o regime de concessão/permissão, Marçal Justen Filho (2003, p. 561-562) assevera que:

Se a inadequação do serviço provocar dano concreto ao usuário, assiste-lhe a faculdade de pleitear indenização, segundo disposto no art. 37, §6º, da CF/88. Mas a mera inadequação do serviço, ainda que não provoque dano autônomo a usuário, caracteriza infringência à ordem jurídica. O Estado está obrigado, por isso, a promover as medidas necessárias a eliminar os defeitos e produzir um serviço adequado. Não há faculdade da Administração, quanto a isso. Sendo o serviço inadequado, o usuário tem direito de exigir e a Administração dever de adotar as medidas cabíveis a promover a regularização. Se o serviço for desempenhado através de regime de concessão ou permissão, a situação poderá desaguar na caducidade ou, mesmo na encampação.

Em termos práticos, a ausência de serviço adequada caracteriza infringência a direito subjetivo dos potenciais usuários, mas também contraria o interesse público, de modo objetivo. Portanto, abre-se oportunidade para controle não apenas pelos instrumentos de defesa de direitos subjetivos individuais como também para a via da ação popular e ação civil pública.

ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo; IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação; V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação; VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais; VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário; VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários; IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade; X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento; XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido; XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos; XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações; XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e XV - vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada. XVI – comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Valter Foletto Santin (2013, p. 30) acompanha esse posicionamento, ao estabelecer que o descumprimento do dever de prestação de um serviço público representa uma violação por parte da Administração Pública em relação à contraprestação recebida mediante a “relação jurídica tributária, que se destina à obtenção de recursos dos contribuintes para funcionamento da máquina pública e promoção de serviços públicos para a sociedade e o cidadão”. Por consequência, o ente estatal está sujeito às ações individuais e coletivas, cujo objetivo é o “mandamento judicial para o fornecimento de serviços adequados, preservação dos interesses individuais e responsabilidade por danos”.

Contudo, apesar da previsão constitucional e legal determinando a prestação de um serviço público adequado, seu caráter de direito fundamental, humano e a correlação com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o seu descumprimento é perceptível.

A esse respeito, Valter Foletto Santin (2013, p. 30) alerta que: “a realidade demonstra que o Estado não presta adequadamente os serviços públicos, bastando uma rápida visualização dos problemas e deficiências dos serviços de saúde, educação, justiça e segurança pública”. Por essa razão, o autor conclui que todos estão cansados de pagar tributos sem receber resultados satisfatórios, razão pela qual “alguma providência precisa ser tomada para a real mudança do sistema atual e para melhor prestação de serviços, de acordo com políticas adequadas”.

Conforme constatado, em linhas gerais, a Administração Pública, seja direta ou indiretamente, não obteve êxito em executar o serviço público de forma adequada, contrariando os direitos dos usuários em obtê-lo, o que acarreta no surgimento de direitos subjetivos individuais e coletivos para exigí-los em Juízo.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO, O DESCUMPRIMENTO AO DIREITO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A UTILIZAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Conforme informação obtida junto ao sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dentre os casos pendentes em novembro de 2022, a Administração Pública, Defesa e Seguridade Social era o maior seguimento de atividade judicial: corresponde a 30,40% dos casos no polo ativo e 10,77% no polo passivo⁴. Apenas no ano de 2019 foram ajuizados mais de 408.815 processos relacionados aos serviços públicos, compreendendo especialmente as áreas de saúde, concessão/permissão/autorização e educação (CNJ, 2023)⁵.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grandes litigantes**, 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em:<<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 julho .2023.

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel-estatística**, 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em:<<https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>>. Acesso em: 11 julho.2023.

Em contrapartida, nas ações de natureza não criminal (nas quais se enquadram aquelas regidas pelo direito administrativo) em tramitação na Justiça Estadual, Federal e Tribunais Superiores, o tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento é de 1 ano e 6 meses, enquanto o tempo médio até o trânsito em julgado é de 3 anos e 8 meses⁶ (CNJ, 2023).

A partir desses dados é possível compreender que o Poder Judiciário é excessivamente instado a prestar a atividade jurisdicional em relação às causas que envolvem a Administração Pública – tanto no polo ativo quanto passivo -, mas não consegue fazê-lo de maneira eficiente e célere, em descumprimento ao direito constitucional da razoável duração do processo.

A preocupação com a prestação jurisdicional em um prazo razoável já havia sido retratada em 1950, na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. De igual maneira, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil foi signatário em 1992, estabeleceu o direito a um julgamento em prazo razoável (Ferrari, 2011, p. 640).

O princípio da razoável duração do processo previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, inserido a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, decorre do direito ao acesso à justiça, o qual deve ser acessível a todos e também produzir resultados, individual e socialmente justos (Ferrari, 2011, p. 637). De acordo com Eduardo Cambi (2013, p. 88), “não há processo justo se a decisão não é proferida em prazo razoável”.

A partir dessa perspectiva, a prestação jurisdicional somente será efetiva quando realizada em tempo adequado, de maneira que sua duração indefinida ou ilimitada afeta não apenas o direito ao acesso à justiça como também ao próprio princípio da dignidade humana, consagrado como um dos fundamentos da República no artigo 1º da Constituição Federal, uma vez que permitiria a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. Isso sem mencionar que “compete ao Estado o dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposições a ofensas ou humilhações”. (Mendes, 2012, p. 449). A demora na prestação jurisdicional ainda pode gerar exclusão social, especialmente para os mais vulneráveis, tais como idosos, mulheres e crianças (Neme, Moreira, 2011, p. 22-23).

Diante dessa relevância em se obter uma prestação jurisdicional adequada e célere, há um dever do Estado em aplicá-lo aos processos de todas as naturezas, incluindo aqueles de ordem administrativa. Se há uma verdadeira obrigação estatal em efetivá-lo, é defensível até mesmo a responsabilidade civil estatal em razão do seu descumprimento (Oliveira Neto, Cozzolino de Oliveira, 2010, p. 1334).

O cumprimento da razoável duração do processo ganha mais importância quando as ações

6 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel-estatística**, 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em:< <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>>. Acesso em: 11 julho.2023.

envolvem a Administração Pública, seja no polo ativo ou passivo. Isso porque compete ao Estado a concretização de direitos fundamentais (individuais e coletivos), sociais e também a observância ao interesse público, de maneira que uma lesão, cerceamento ou ameaça a um direito provocada pela atuação estatal deve ser reparada de forma célere, sob pena de ofensa direta à dignidade da pessoa humana.

Mas afinal, o que se considera como tempo razoável? Diante da imprecisão do termo empregado no dispositivo constitucional há o entendimento que a celeridade não pode ser praticada a qualquer custo, devendo ser assegurado o respeito às demais garantias (Cambi, Dotti, Pinheiro, Martins e Kokikoski, 2017, p. 64).

Nesse sentido, Paulo Hoffman (2008, p. 328-329), defende o critério adotado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem como o mais adequado para a definição do prazo razoável: i) complexidade do caso; ii) comportamento das partes; iii) atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição.

Levando em consideração esse critério, qual seria o tempo razoável para a duração de um processo relacionado à Administração Pública? O prazo de 1 ano e 6 meses para o julgamento de 1º grau pode ser considerado célere? A resposta parece negativa.

Consequentemente, surge a necessidade de modernização e simplificação do sistema processual, na estrutura dos órgãos judiciais e no controle da prestação jurisdicional e das questões vinculadas à efetividade do acesso à justiça (Mendes, 2012, p. 449).

José Afonso da Silva (2015, p. 435-436) assevera ser imprescindível a busca por meios que a concretizem, incluindo a proposta de que haja a promoção de alterações na legislação federal das normas processuais que norteiam as ações que tratam da Administração Pública.

Uma ferramenta que pode tornar mais eficiente a prestação jurisdicional no que se refere às prestações de serviços públicos é a adoção do processo estrutural, cada vez mais defendida na doutrina.

Conforme destacado anteriormente, a ineficiência da Administração Pública na prestação dos serviços públicos adequados enseja violações aos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva.

Contudo, Eduardo Cambi (2020, p. 664) alerta que, “a estrutura clássica processual impede que se tenha uma visão completa do problema social, com efeitos negativos para a mais adequada resolução de controvérsias, principalmente as que envolvem litígios complexos”. Diante deste cenário, defende a necessária construção de um novo modelo processual que as questões complexas da atualidade, com a adoção de padrões inovadores de atuação do Poder Judiciário, com a utilização das injunções estruturais, estudadas nos Estados Unidos a partir de 1954, no caso *Brown v. Board*

Education.

De acordo com Eduardo Cambi (2023, p. 665), os litígios complexos são “litígios coletivos, decorrentes do como uma estrutura burocrática, geralmente de natureza pública, opera”.

Litígio coletivo, segundo Edilson Vitorelli (2023, p. 32), é “o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que estas pessoas são tratadas pela parte contrária em conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer das suas características pessoais”.

Esses litígios coletivos podem ser diferenciados a partir de 2 (dois) indicadores: **i)** conflituosidade: representa o grau de conflito interno ao grupo que está envolvido no litígio; **ii)** complexidade: deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito (Vitorelli, 2023, p. 36-37).

Conforme Edilson Vitorelli (2023, p. 41-46), existem 3 (três) tipos de conflitos coletivos: i) litígios coletivos de difusão global, quando atinge os interesses de qualquer pessoa; ii) litígios coletivos de difusão local, afeta pessoas determinadas em intensidade significativa; e III) litígios coletivos de difusão irradiada: a sociedade é atingida de modos qualitativa e quantitativamente distintos.

Nos casos em que o Poder Judiciário é acionado para a tutela coletiva destinada à satisfação de direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural, mediante a reforma das burocracias administrativas, há um processo estrutural (Cambi, 2020, p. 669).

De acordo com Eduardo Cambi (2020, p. 674), a regra prescrita no artigo 21 da Lei nº 13.655/18⁷ foi “a responsável por inserir o processo estrutural como técnica processual idônea para implementar e efetivar decisões – judiciais ou extrajudiciais – exaradas em face do Poder Público, em que processos que envolvem elaboração, fiscalização e execução de política públicas”. No entanto, destaca a necessidade de um aperfeiçoamento das regras de direito processual civil no tocante aos processos coletivos estruturais, o que pode ser realizado com o Projeto de Lei nº 8.058/2014 – que tramita na Câmara dos Deputados e visa instituir um processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário - mesmo com os aperfeiçoamentos e adequações sugeridas pelos processualistas (Cambi, 2020, p. 685).

Fredie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107) conceituam processo estrutural como “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num

7 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

problema estrutural, em que pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”.

A partir dessa perspectiva, Fredie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 107-108) discriminam as seguintes características atribuídas ao processo estrutural: i) tem como objeto a discussão sobre um problema estrutural, um estado de desconformidade; ii) busca a transição desse estado de desconformidade para um estado de coisas ideal, mediante decisão escalonada; iii) envolve um procedimento bifásico, composto pelo reconhecimento do problema e o estabelecimento de um projeto de reestruturação; iv) procedimento marcado pela flexibilidade, com a possibilidade de adoção de medidas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, alteração do objeto, utilização de ferramentas de cooperação judiciária; v) e pela consensualidade.

Quanto ao procedimento, considerando a variação do objeto da ação em virtude do direito em discussão (saúde, moralidade, erradicação da pobreza), é necessária a sua flexibilização (Violin, 2019, p. 502-503). Para isso, deve ser assegurada um procedimento bifásico, a aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras e a consensualidade, com a possibilidade de ajustar o negócio processual⁸ (Didier Jr, Zanetti Jr, Alexandria de Oliveira, 2020, p. 115).

Fredie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 116-117) destacam que o processo estrutural tem início com a constatação de desconformidade, com o estabelecimento da meta a ser atingida. Após a instrução probatória – amostragem e estatística – haverá a prolação da decisão estrutural, que terá caráter programático e dá ensejo a efetiva participação do Juiz na implementação do novo estado de coisas.

Na segunda fase do processo estrutural ocorre a implementação da meta fixada na decisão estrutural, que deverá estabelecer: i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação; ii) o regime de transição previsto no artigo 23 da LINDB⁹; e iii) a necessária avaliação fiscalização permanente das medidas estruturantes, inclusive com a possibilidade de nomeação de um gestor ou comitê para referida função (Didier Jr, Zanetti Jr, Alexandria de Oliveira, 2020, p. 117-123).

Uma vez proferida uma decisão estrutural é possível que, ao longo da sua implementação, surjam outras destinadas à resolução de problemas pontuais, fenômeno denominado por Sergio Cruz Arenhart (2013, p. 400) como provimento em cascata:

8 Art. 190 do CPC: Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo

9 Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (Regulamento)

Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida.

O processo estrutural será considerado como encerrado tão somente quando o estado de coisa almejado seja efetivamente implantado (Didier Jr, Zanetti Jr, Alexandria de Oliveira, 2020, p. 124).

É importante assinalar que a utilização do processo estrutural no controle de políticas públicas sofre críticas, sobretudo quanto a um hipotético ativismo judicial, as quais podem ser afastadas diante da imprescindibilidade dos direitos fundamentais e sociais não efetivados diante da ineficiência estatal (Cambi, 2020, p. 677-681).

Por isso, o protagonismo judiciário responsável está a serviço do Estado Democrático de Direito, com a necessária observância aos limites decorrentes da necessária separação dos poderes (Cambi, 2013, p. 94).

Edilson Vitorelli (2018, p. 340) assevera que “os processos estruturais são longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos”, o que, em sua visão, é lamentável. Isso porque, o tratamento não estrutural do litígio, mediante ações individuais ou coletivas, soluciona o problema a “conta-gotas”, mas não produz resultados sociais significativos. Acrescenta que, em determinadas situações, essa atuação “individualizada” dos legitimados e Poder Judiciário agrava as desigualdades e desorganiza o serviço público.

Especificamente no que se refere à adoção dos processos estruturais no controle exercido nas esferas administrativa, controladora e judicial em face das políticas públicas, Fernando Menegat (2023, p. 243), com fundamento no parágrafo único do artigo 21 da Lei 13.655/18, defende-a como um deve:

Nesse esquadro, não causa espanto que os exemplos trazidos pela doutrina processualista para justificar a necessidade de incentivo ao desenvolvimento do processo estrutural sejam, na maior parte dos casos, justamente de litígios envolvendo a administração pública. Afinal, é o controle da administração pública o *locus* mais propício à ocorrência de discussões complexas, de eficácia multilateral, cujos impactos extravasam os estreitos lindes processuais (estreitados ainda mais pelo princípio da demanda).¹² É precisamente esse o caso de demandas que versem sobre temáticas relacionadas com políticas públicas existentes, sobretudo no campo dos direitos sociais. Aqui, a atuação do órgão de controle que invalidar “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa” invariavelmente afetará os termos da política pública instituída, com potencial atingimento de um sem-número de cidadãos afetados pela política em questão (principalmente aqueles na condição de beneficiários).

Ao que se interpreta, destarte, o art. 21, parágrafo único da Lei nº 13.655/2018 oficializa no Brasil o processo estrutural como técnica processual idônea para o controle de políticas

públicas, exigindo que o controle ocorra de maneira planejada, consensual e proporcional. Ademais, à medida que a norma utiliza a locução “nas esferas administrativa, controladora ou judicial”, defende-se que a condução de processos estruturais não é demandada apenas no campo do controle judicial de políticas públicas: também Ministério Público, Tribunais de Contas e a própria administração pública (ao exercer controle interno de uma política) têm dever de utilização de medidas estruturantes

Para fundamentar esse entendimento, Fernando Menegat (2023, p. 253) cita como exemplo a Ação Civil Pública do Carvão, que foi solucionada com a utilização de técnicas de processo estrutural no contexto da atuação carbonífera Sul Catarinenses, alcançando bons resultados práticos em uma situação complexa, que envolvia interesses ambientais, econômicos e sociais conflitantes.

A adoção do processo estrutural em casos de natureza complexa e, especialmente o êxito obtido no exemplo citado, demonstram que essa pode ser uma solução para a efetivação do direito fundamental a um serviço público adequado, notadamente em virtude da morosidade do Poder Judiciário em analisar as demandas propostas em face da Administração Pública. Contudo, é fundamental a interlocução com os demais Poderes e a própria sociedade.

4. A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO MEDIANTE A ADOÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Destacou-se anteriormente que a utilização do processo estrutural como instrumento de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre críticas, especialmente com a justificativa de que haveria um ativismo judicial e a sua interferência sobre a competência dos demais Poderes.

A fim de superar esse entendimento, Felipe Braga Albuquerque e Matheus Casimiro Gomes Serafim (2020, p. 652), propõe uma postura ativista, mas dialogal, por meio da qual existiria um diálogo institucional, de maneira que os entes estatais atuassem de acordo com as suas atribuições, construindo as soluções adequadas em conformidade com suas esferas de competência.

Esse ativismo dialógico se enquadraria na concepção de constitucionalismo cooperativo, que na visão de Vanice Valle e Cecilia Silva (2009, p. 331) é:

Importa o constitucionalismo cooperativo portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da constituição, e que a proteção desse valor se tenha confiada ao judiciário; disso não decorre a exclusão da possibilidade/utilidade do compartilhamento com as demais estruturas do poder, das distintas tarefas envolvidas no resultado final “efetividade de direitos”. Ao contrário, essa se revelaria a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando como possibilidade a adoção de uma judicial review encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa.

Lucas Gabriel Troyan Rodrigues e Claudia Maria Barbosa (2020, p. 20) propõem que a independência dos poderes deve ser harmonizada com responsabilidade, ensejando a *accountability*, “que está pautada na necessidade do agente ou órgão estatal prestar informações justificadas a outrem e estar sujeito à sanção, no caso de ações realizadas em desacordo com a lei.

A respeito do cooperativismo constitucional na adoção das sentenças estruturais, Felipe

Braga Albuquerque e Matheus Casimiro Gomes Serafim (2020, p. 653-654) apresentam as seguintes vantagens: i) maior reflexão e compreensão do problema enfrentado; ii) maior legitimidade na atuação judicial; iii) maior comprometimento dos setores políticos com a solução do litígio estrutural, o que implica na menor possibilidade de acontecer um efeito *backlash*; iv) há um maior engajamento com a efetividade da decisão.

Logo, o sucesso do processo estrutural depende, além da atuação do Poder Judiciário, do apoio da sociedade e dos demais poderes, de maneira que a formulação de políticas públicas demandam diálogos institucionais contínuos e permanentes entre as instituições, não sendo possível crer que as decisões judiciais solucionem a histórica omissão do Poder Público. (França, Nóbrega, 2022, p. 109).

Felipe Braga Albuquerque e Matheus Casimiro Gomes Serafim (2020, p. 654) acrescentam que além do Poder Judiciário e demais órgãos do Poder Público responsáveis pela elaboração e implementação das políticas públicas, os segmentos populacionais afetados pela omissão estatal, uma vez que “ouvir esses grupos sociais, geralmente sub-representados na arena política, pode contribuir significativamente para a eficiência e a legitimação do processo estrutural”. Essa participação popular seria fundamental para que boas escolhas sejam tomadas.

Para Susan Sturm (apud Albuquerque, Serafim, 2020, p. 656), a participação popular tem dois propósitos principais: i) assegurar a dignidade das partes afetadas pelo litígio, que serão tratadas como parceiras na construção de soluções efetivas; e ii) confere engajamento na efetivação do remédio estrutural.

Contudo, a autora alerta que, com o objetivo de efetivá-la, assegurando a igualdade nas negociações, o Poder Judiciário deve mitigar desequilíbrio entre o poder de barganha das partes, com a representação dos segmentos mais vulneráveis por instituições tecnicamente capacitadas, por exemplo (Sturm apud Albuquerque, Serafim, 2020, p. 657).

Essa participação popular se materializaria por intermédio da necessária realização de efetivas audiências públicas e mesas de diálogo com toda a sociedade, na busca de uma solução (Cambi, 2020, p. 669).

A audiência pública, segundo Fernando de Brito Alves (2013, p. 213), teve fundamento na soberania popular, que na espécie “exercida diretamente, visto que o cidadão pessoalmente ou por organizações sociais representativas é instado a apresentar propostas, tomar ciência de fatos da administração, ações estratégicas, planejamento e prestação de contas, ou ainda, reivindicar direitos”. Para que ela seja efetiva, demanda a observância de um mínimo de formalidade e respeitar princípios, tais como aqueles extraídos do devido processo legal (publicidade, oralidade, participação, contraditório, instrução, gratuidade, economia de formas, impulso oficial) (Alves,

2013, p. 214).

A importância da realização das audiências públicas para o êxito de um processo estrutural, notadamente na fase de monitoramento/avaliação da sentença estrutural, foi ressaltada na decisão proferida no âmbito do HC 165704 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes - que abordava o Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347 com base na sentença colombiana T-153 (Brega Filho, Valério, 2017, p. 238) -, conforme se observa da Ementa abaixo transcrita:

Penal. Processo Penal. Habeas Corpus coletivo em favor de todos os presos que têm sob a sua única responsabilidade pessoas com deficiência e crianças. Substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Art. 318, III e VI, do CPP. Ordem concedida. Pedidos de extensão. Matéria estranha ao feito ou não demonstração dos requisitos necessários à extensão da ordem. Fase de implementação do acórdão. Necessidade de realização de audiência pública. Baixa quantidade de informações remetidas pelos Tribunais em relação ao cumprimento da ordem coletiva. Relevância da questão diante da situação de superlotação carcerária e da existência de um estado de coisas inconstitucional (ECI) no sistema penitenciário brasileiro. Importância da audiência pública para tratar dessas questões, além de servir como instrumento para a obtenção de informações sobre o cumprimento desta ordem coletiva. Indispensável convocação dos Presidentes dos Tribunais e de representantes da sociedade civil para discutir essas questões. Voto pelo não conhecimento dos pedidos de extensão e pela realização de audiência pública para implementação da ordem coletiva.

(HC 165704 Extn-quadragesima primeiro, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 17-08-2021 PUBLIC 18-08-2021)

Outra forma pela qual a participação popular no processo estrutural poderia ser concretizada diz respeito aos Conselhos de Políticas Públicas, os quais, segundo conclui Fernando de Brito Alves (2013, p. 235):

Constituem-se como órgãos públicos de composição prioritariamente paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, ou em outras, em que a transcendência e a singular relevância dos interesses públicos geridos demandam uma abertura democrática na gestão de projetos, programas ou políticas.

Contudo, Fernando de Brito Alves (2013, p. 237-245) alerta para as objeções relacionadas à eficácia da atuação dos referidos conselhos, tais como: i) a paridade normalmente é meramente numérica; ii) o poder público assume o protagonismo na definição das agendas; iii) há questionamentos quanto à escolha democrática dos Conselheiros; iv) muitas vezes as deliberações não possuem eficácia, principalmente pelo pouco envolvimento da sociedade civil. Por essa razão, defende que sem a correção desses vícios, principalmente um incremento de tutela das políticas públicas, a atuação dos Conselhos de Políticas será meramente formal e homologatória.

Por outro lado, Fernando de Brito Alves e Mateus Silveira de Souza (2018, p. 122-123) sustentam que, apesar das críticas, o funcionamento dos conselhos oxigena a prática democrática, uma vez que o cidadão compreende melhor as discussões públicas que lhe são pertinentes, assim como permite a sua participação da tomada de decisões e há um fortalecimento da ideia de

democracia deliberativa, com o permanente diálogo.

Especificamente em relação aos serviços públicos, a Lei nº 13.460/2017 (Estatuto do usuário do serviço público) estabeleceu, em seu artigo 18 que: “Sem prejuízo de outras formas previstas na legislação, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por meio de conselhos de usuários”.

Na sequência, o parágrafo único do referido dispositivo legal dispôs sobre as atribuições do conselho dos usuários: acompanhar a prestação dos serviços; II - participar na avaliação dos serviços; III - propor melhorias na prestação dos serviços; IV - contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento ao usuário; V - acompanhar e avaliar a atuação do ouvidor.

Quanto à composição, o artigo 19 prevê que deverão ser respeitados critérios de representatividade e pluralidade das partes interessadas, com a escolha dos representantes mediante processo aberto ao público e diferenciado por tipo de usuário a ser representado. Esses representantes não são remunerados e prestam serviço relevante.

No âmbito da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal houve a regulamentação do conselho de usuários por meio do Decreto nº 10.228/2020.

Ou seja, apesar das críticas conferidas à atuação dos conselhos de políticas públicas, o “recém” criado conselho de usuários pode ter atuação relevante na representação dos interesses da sociedade na defesa de um serviço público adequado perante as demais instituições e o Poder Judiciário em razão de um processo estrutural com esse objeto.

Independentemente da ferramenta adotada é fundamental que haja a participação popular em um processo estrutural dialógico eventualmente instaurado com a finalidade de solucionar um problema complexo relacionado a omissão estatal na efetivação de um direito fundamental a um serviço público adequado.

CONCLUSÃO

O serviço público adequado é um direito fundamental, humano e está intimamente vinculado aos princípios da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Portanto, há um dever da Administração Pública, seja direta ou indiretamente, em implementá-lo, sob pena de violação a direitos subjetivos individuais e coletivos.

Apesar dessa imposição constitucional e legal é notório que a Administração Pública é contumaz na ineficiência na prestação dos serviços públicos adequados, o que se observa diante da infinidade de ações propostas perante o Poder Judiciário com demandas dessa natureza, sobrecarregando-o. Neste cenário, a prestação jurisdicional é extremamente morosa, o que afronta o

direito fundamental à razoável duração do processo.

Considerando a essencialidade dos direitos envolvidos na prestação dos serviços públicos é necessária a busca por soluções para efetivá-los de maneira mais célere, que vai desde a reforma estrutural até a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem.

Ao mesmo tempo, é preciso repensar os aspectos processuais relacionados às ações com esse objetivo, sobretudo aquelas que envolvem litígios coletivos e complexos. Uma ferramenta cada vez mais difundida é a utilização do processo estrutural como forma de um controle efetivo das políticas públicas.

O processo estrutural, em virtude de suas características e peculiaridades, pode representar uma resposta eficiente para a resolução dos problemas relacionados à inadequada prestação de serviços públicos pela Administração Pública, o que se conclui diante do exemplo do que ocorreu na Ação Civil Pública do Carvão.

Como condição para esse sucesso é imprescindível a participação das demais instituições e da própria sociedade civil, por intermédio de mecanismos como as audiências públicas e o próprio conselho do usuário. Para isso é necessário que se garanta a efetiva participação desses agentes, com condições igualitárias e um equilíbrio de poderes, especialmente na proteção dos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, F. B.; SERAFIM, M. C. G. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 643–665, 2020. DOI: 10.21783/rei.v6i2.505. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 18 jul. 2023.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

_____, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus Silveira de. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 28, p. 107-124, jul. 2018. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1272>>. Acesso em: 18 jul. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i28.1272>.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

BARBOSA, Claudia Maria; RODRIGUES, LUCAS TROYAN . A accountability social no judiciário brasileiro. **Revista de Política Judiciária**, Gestão e Administração da Justiça, v. 6, p. 19-39, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 165704. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário Oficial da União. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451078/false>>. Acesso em 17 jul. 2023.

____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>>. Acesso em 17 jul. 2023.

____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 jul. 2023

____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília. Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em 12 jul. 2023

____. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública**. Brasília. Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em 12 jul. 2023

____. Decreto nº 10.228, de 5 de fevereiro de 2020. **Altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018, que regulamenta a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, para dispor sobre o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal e instituir os conselhos de usuários dos serviços públicos no âmbito da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Poder Executivo federal**. Brasília. Presidência da República, 2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10228.htm>. Acesso em 17 jul. 2023

BREGA FILHO, Vladimir; VALÉRIO, Alana Fagundes. A ADPF 347 E SENTENCIA T-153: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E COLOMBIANO. In: **XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS, MA, 2017**, São Luiz. XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS/MA. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 237-253.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZILOSKI, Sandro Marcelo Kozikoski. **Curso de processo civil completo**. 1. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

____, 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: 18 jul. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v16i16.215>.

____, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 36. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Grandes litigantes**, 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em:< <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 julho 2023.

____. **Painel-estatística**, 2023. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em:< <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>>. Acesso em: 11 julho.2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETTI JUNIOR, Hermes, ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan/mar 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Editora Forense, 2021.

FERRARI, Regina Maria Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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: 12 jul. 2023.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HOFFMANN, P. Princípio da duração razoável do processo. In: CASTRO LOPES, M. E.; OLIVEIRA NETO, O. (Coords.). **Princípios processuais civis na constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 321-345.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEGAT, Fernando. (2023). A Nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do Carvão”. **Revista De Direito Administrativo**, 282(1), 233–260.

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 14, p. 13-33, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/184>>. Acesso em: 18 jul. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v14i14.184>.

OLIVEIRA NETO, Olavo de., COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patricia Elias. Responsabilidade civil do Estado por Duração não razoável do processo. In: Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1315-1335.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013

_____, Valter Foletto. Serviço público e direitos humanos. In: **Revista Paradigma. Ribeirão Preto SP**, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 134-153, mai/ago 2019. ISSN 2318-8650. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332/1300>>. Acesso em 11 jul. 2023

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário?. **Jurispoiesis** (Rio de Janeiro), v. 12, p. 321-348, 2009.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. **Processos estruturais**. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Editora JusPODIVM: São Paulo, 2023.

_____, Edilson. Levando os conceitos e sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista do processo**. Vol. 284/2018, out. 2018.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Maria Fernanda PIRES¹

RESUMO

Este artigo busca examinar as políticas públicas como concretização dos direitos sociais no âmbito do hodierno Estado Social, corporificado por um extenso catálogo de direitos sociais e, a partir da consagração jurídico-constitucional de tais direitos, eles constituem fundamento das políticas públicas de desenvolvimento ao interessar, aqui, a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. O artigo analisará, ainda, sobre a discricionariedade administrativa na tomada de decisão do agente público. A pesquisa bibliográfica foi, assim, direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo material disponível ao concentrar todas as sinergias para a sistematização de elementos teóricos e jurídicos com o fim erigir argumentos ou soluções que enquadrem os direitos sociais como objeto usual das políticas públicas estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Direitos Sociais; Discricionariedade.

ABSTRACT

This article seeks to examine public policies as a concretization of social rights within the scope of today's Social State, embodied by an extensive catalog of social rights and, based on the legal-constitutional consecration of such rights, they constitute the foundation of public development policies in the interest of , here, the vision that frames social rights as a framework for public policy action. The article will also analyze administrative discretion in public agent decision-making. The bibliographical research was, therefore, directed towards a more detailed consultation of the extensive material available by concentrating all synergies for the systematization of theoretical and legal elements with the aim of erecting arguments or solutions that frame social rights as the usual object of state public policies.

KEYWORDS: Public policy; Social rights; Discretionary.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Sociais estão elencados no Art. 6º da Constituição Federal, ao dizer que todos tem direito a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, infância e a assistência aos desamparados, ou seja, são direitos assegurados para a garantia do mínimo existencial com dignidade.

De outra ponta, as Políticas Públicas servem de ferramenta para a implementação de mudanças progressivas na sociedade, usadas para tratar sobre questões que afetam todos os cidadãos, como a saúde, a educação, o meio ambiente e serviços públicos. Por assim dizer, as políticas públicas executam aquilo que o os Direitos Sociais asseguram.

As políticas públicas como concretização dos direitos sociais no âmbito do hodierno

1 Acadêmica em Direito pela "Universidade Estadual Norte do Paraná" (UENP). Membro do grupo de pesquisa: "Intervenção do Estado na vida das pessoas" (INTERVEPES). Membro do grupo de pesquisa: Políticas Públicas e efetivação dos Direitos Sociais.

Estado Social, corporificado por um extenso catálogo de direitos sociais e, a partir da consagração jurídico-constitucional de tais direitos, constituem fundamento das políticas públicas de desenvolvimento ao interessar, aqui, a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. Assim, é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais.

Ademais, as políticas públicas, nos Estados Constitucionais, se coadunam com o ativismo judicial, já que o Poder Judiciário ao exercer o controle das políticas públicas não substitui as funções dos Poderes Legislativo e Executivo, mas implica, por sua vez, não deixar que a pessoa humana fique desprovida do exercício de um direito fundamental, reconhecido na Constituição ou na lei, porque o Poder Público foi inerte ou omissivo.

Esta pesquisa tem o objetivo primário analisar como as Políticas Públicas e os Serviços Sociais se inter cruzam e desenvolver sobre como a discricionariedade administrativa a ser aplicado pelo agente político no momento da definição destas políticas.

Expostas as ideias preambulares, busca-se identificar o papel fundamental das políticas públicas no âmbito do Estado Social de Direito para, em seguida, a partir da concepção de direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, identificar qual a vinculação do Estado referente à consecução de políticas públicas de direitos sociais e, ao final, apontar que ligada à eficácia jurídica dos direitos sociais poderá configurar a suposta possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

A metodologia utilizada foi de abordagem qualitativa, de natureza básica, com objetivos descritivos e com procedimentos documentais e bibliográficos. Buscando-se trazer a importância da intersecção entre Direitos Sociais e Políticas Públicas através de um controle discricionário.

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas (*public policies*), embora tenham já sido muito estudadas no âmbito da Ciência Política, da Sociologia, Economia Política, da ciência da Administração e até da Filosofia moral, têm sido correntemente esquecidas do ponto de vista jurídico pela doutrina brasileira.

Os novos problemas que as políticas públicas apresentam continuam a residir na natureza dirigente da Constituição por orientar a ação governamental do estado ao propor que se adote um programa de conformação da sociedade, no sentido de estabelecer uma direção política permanente.

Ademais, os atuais problemas atinentes à temática políticas públicas abarcam, ainda, a discricionariedade legislativa, a liberdade de conformação do legislador, bem como a

discricionariedade administrativa. A ação político-estatal explica-se pela definição do interesse público primário e da consecução do interesse público secundário, ambos tipicamente compreendidos na atividade estatal, legislativa e administrativa.

Juridicamente, toda discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada às prioridades vinculantes da Carta. Isto é, a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não econômicos, à diferença do cogitado pela análise utilitarista de custo-benefício (BREYER; STEWART, SUNSTEIN, 2011, p.10).

Em todas essas situações, não se admitem as condutas administrativas indiferentes, que se furtam de cumprir (ao agir ou ao se abster) os condicionantes modulados pelas prioridades constitucionais de florescimento da qualidade de vida, acima do crescimento pelo crescimento econômico, entre outras.

A relação entre os direitos sociais e as políticas públicas que procedem à sua realização prática é de extrema importância, pois reside nas políticas públicas a efetiva valorização estatal dos designados direitos sociais não poucas vezes depreciados. Ao levar em conta essa perspectiva, os direitos fundamentais definem-se e aplicam-se como uma espécie de marco ou programa que guia ou orienta as políticas públicas dos Estados ao contribuir para as instituições democráticas.

Não rara vezes, os direitos fundamentais são trazidos em debates informais em um tom de chacota e deboche, como se as famílias que necessitam daquela política pública para sua subsistência não merecesse o receber o benefício ou como se essas famílias fossem inferiores.

O estudo referente às políticas públicas está intrinsecamente relacionado à existência de um Estado Social desde a Constituição de Weimar de 1919, de modo que é imprescindível elucidar o conceito de política pública ao torná-lo operacional para o escopo principal deste artigo que consiste em perceber as políticas públicas como concretização dos direitos sociais e, por consequência, se há possibilidade de controle jurisdicional sobre a rubrica de política pública ao visar a efetivar direitos reconhecidos na Constituição, notadamente os direitos sociais, ante a ausência ou insuficiência ou, ainda, a não concretização de política pública na respectiva matéria.

Nada colabora, nesse ponto, serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de uma noção seriamente errônea e deficitária. Em primeiro lugar, por pecar ao tratar as políticas públicas como se não fossem também implementáveis pelo Estado-Legislador, pelo Estado-juiz, entre outros atores sócias. Em segundo lugar, erra ao tratar das políticas públicas como se tomassem parte do reino da discricionariedade imperial, de modo que cada governante eleito seria livre para formular, “ad hoc”, o rol de suas prioridades, no curso do mandato.

O que se deve ressaltar é que essas políticas não são meros programas episódicos de

governo, ao menos não deveria ser. Motivo pelo qual o seu núcleo tem de ser revisto, com a concomitante reconceituação da discricionariedade administrativa.

Pode-se, sem pretensão de precisão, afirmar que os objetivos mais importantes do Estado Social passam pela ajuda contra a necessidade e a pobreza, pela garantia de uma renda mínima que venha assegurar a dignidade da pessoa humana, pelo aumento da igualdade para a superação da dependência, pela segurança contra as vicissitudes da vida (risco social) e pela criação e ampliação de prosperidade.

Esquemáticamente, os objetivos do Estado Social passam a almejar: (a) a segurança econômica e social; (b) a redução das diversas desigualdades; e (c) a redução da pobreza. Aqui se vê facilmente a função própria que os direitos sociais assumem ao ser possível resumir a sua caracterização em quatro aspectos: (1º) a sua orientação em função do princípio da igualdade material; (2º) o seu vínculo com a satisfação de necessidades individuais; (3º) a intensificação do elemento público que atribui ao Estado a responsabilidade em matéria social; e (4º) a sua virtualidade como elementos que operam diante dos mecanismos do mercado.

O Estado Social aparece, assim, perante o Estado de Direito ao estabelecer estas suas bases essencialmente na autonomia privada, “[...] adotando como princípio fundamental a realização da justiça social, entendida como correção dos efeitos negativos externos da atividade econômica na situação dos indivíduos” (SARDA, 2010, p.70).

ÂMBITOS E ALCANCES DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

O reconhecimento jurídico-constitucional de direitos fundamentais, ainda que não seja absoluto, impõe subjetivamente ao Estado obrigações *negativas*, tais como a proibição de restrições de direitos desarrazoáveis ou discriminatórias.

Por outro lado, os direitos sociais impõem também ações positivas como, por exemplo, criar instituições dirigidas à ajuda de grupos sociais que se encontrem em situações de desigualdade estrutural, atribuir prestações básicas para suprir necessidades de subsistência, de educação, saúde, moradia e, além disso, impõem o dever positivo de legislar a fim de impedir situações extremas de abuso de partes mais poderosas nas relações contratuais entre particulares, bem como é exigido do Poder Público a observância de regras básicas de procedimento, relacionadas ao modo de organizar serviços e à gestão administrativa dos programas.

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.

Logo, a margem de discricionariedade legislativa e administrativa está limitada quando o Estado pretende desenhar (formular) e implementar políticas públicas de concretização do conteúdo de um direito social.

As políticas públicas deverão atender aos princípios da Administração Pública, para constituição de um padrão de qualidade ou adequação destinado à concretização da sua finalidade, atuando na formulação como na execução e efetivação dos princípios e programas de atuação. As políticas devem se adaptar aos princípios gerais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência) e aos demais princípios específicos para a área da atuação pública (educação, saúde, segurança pública, agricultura, entre outros). (SANTIN, 2013, p. 24).

As políticas públicas devem ser analisadas pelos ângulos de todos os princípios constitucionais, não apenas aos da legalidade da administrativa. Exercendo-se para a população uma atividade prestacional, em que o poder público proporciona algo necessário para à vida coletiva (PIETRO, 2013, p. 102), para isso é fundamental a análise do caso concreto e através dos índices de desenvolvimento ou subdesenvolvimento do país.

Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Com isso, o alcance da atividade jurisdicional se baseia na medida da necessidade concreta apresentada, pois não basta ter políticas públicas para determinado direito social se não é analisado a necessidade dos indivíduos que irão se beneficiar dela, por exemplo, uma política na área da saúde sem ser analisado quais as doenças mais transmitidas naquele momento, qual o grau de vulnerabilidade daquela população e quais as demandas que não estão sendo atendidas pelo poder público.

Na formulação de políticas públicas é corriqueiro a burocracia, morosidade e resistência as mudanças. Com a discricionariedade é permitido uma margem maior de atuação dos agentes para a sua elaboração, essa margem permite que seja atendidas demandas emergentes – conferindo flexibilidade ao processo. Contudo, essa discricionariedade também suscita temores, na ocorrência de decisões arbitrárias e desvios de finalidade, o que facilmente pode ser resolvida através de punições mais severas na atuação desleal a legalidade.

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)

Portanto, através da discricionariedade administrativa, o agente público pode, dentro dos limites permitidos em lei, direcionar sua atuação para a elaboração de políticas que efetivamente irão atender as necessidades reais.

Vale ressaltar que, as políticas públicas, não integram terreno vedado à fiscalização do Judiciário, podendo ser avaliadas pelos juízes, desde que estes adotem técnicas jurídicas capazes de tornar essa avaliação viável, dando legitimidade e consistência ao controle da administração.

Entre as técnicas já consagradas, estão as teorias dos motivos determinantes – razões de direito ou considerações de fato, avaliadas de modo objetivo, sem a influência das quais o órgão administrativo não teria manifestado sua vontade nos termos colocados, ou premissas das quais se extrai a conclusão, que é a decisão administrativa – e do desvio de finalidade, manifestado quando a prática do ato administrativo, baseada na atitude do agente, volta-se a uma finalidade de interesse privado, ou até a outro fim público, mas estranho às previsões normativas, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Vários dispositivos legais do ordenamento brasileiro contemplam essas técnicas, como nas Leis da Ação Popular e do Procedimento Administrativo, entre outras, também consagradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Deve-se assinalar, então, que, aos juízes, não é tudo permitido, e nem deve ser. Mas eles podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia da construção da felicidade de cada um e de todos (COSTA, p. 64-90).

DISCRICIONARIEDADE E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DIREITOS SOCIAIS

Com o crescimento exponencial das populações pobres, as políticas econômicas tradicionais, entendidas aqui as que seguem parâmetros liberais, ou neo-liberais, têm sido responsáveis por uma das mais graves crises que o Estado enfrenta por não dar conta de fazer frente às inúmeras demandas sociais. Nesse sentido, torna-se cada vez mais imprescindível a atuação do administrador na elaboração de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais.

O campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa. Tal fato encontra justificativa em duas razões: a primeira, porque esse caráter provedor do Estado se mostra mais intensa na efetivação de políticas sociais; a segunda, porque as

normas fundamentadoras dessas políticas encontram abrigo na Constituição brasileira de 1988 e são marcadas pelo caráter diretivo da realização dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos sociais.

Situação que pode exemplificar a definição das políticas públicas que o administrador realiza, é quando elabora o orçamento anual de investimentos e custeio da estrutura administrativa. De posse de todos os elementos objetivos sobre a situação da realidade que administra (índices de necessidades nas áreas de educação, saúde, transportes, lazer, etc.), terá ele de propor a forma mais correta de investir os recursos públicos.

A forma mais correta, no caso, não será, certamente, a que deixar crianças sem escola ou serviços de saúde, enquanto destina os recursos à construção de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina administrativa. Ou, ainda, para não ir longe, pode-se citar o caso recente do governo brasileiro, que utilizou grandes quantidades de recursos para salvar bancos e outras empresas privadas, para recordar apenas algumas das inversões, em detrimento da estruturação do setor energético, sobre o qual havia prévio conhecimento, por parte das autoridades do governo, de que estava à beira de um colapso, o mesmo que foi capaz de causar prejuízos incalculáveis à economia do País e à população, na crise que ficou conhecida como “apagão”.

Assim, ao mesmo tempo em que as políticas públicas possuem fundamento em normas constitucionais de valor semântico consideravelmente aberto ao atribuir maior discricionariedade ao administrador, exigem deste uma atuação direta para consecução dos direitos sociais que visa a tutelar.

Em regra, deve executar suas atividades conforme aos modelos que a legislação estabelece, ou seja, ao contrário do campo privado, onde se pratica tudo o que permite a lei, mais o que ela não proíbe, no âmbito público, a Administração faz apenas o que a lei determina, sob pena de nulidade dos atos realizados.

Os aspectos polêmicos em torno do tema da discricionariedade 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 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).

Consoante lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

As políticas públicas ao serem suscetíveis de uma multiplicidade de arbitrariedades praticadas por agentes públicos no exercício da sua função, não pode ser outro o ponto de vista de que o Poder Judiciário o dever de coibir os abusos neste contexto, com o fim de que seja alcançada a realização dos direitos sociais.

Não se pode negar, pois, que para a implementação das políticas públicas de direitos sociais há um custo que “[...] assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos, para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível, sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica” (SARLET, 2008, p. 28)

Um dos maiores temores da administração pública da falta de recursos financeiros a fim de concretizar os serviços necessários induz à conduta absenteísta e limitadora do Estado que, por sua vez, reforça a teoria da reserva do possível, isto é, o Estado somente executará políticas públicas de direitos sociais se tiver recursos suficientes para sua realização. A reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais aos recursos existentes.

Contudo, não nos parece ser defensável que o impacto suscitado aos direitos sociais pela reserva do possível venha afetar intrinsecamente o conteúdo destes direitos ao escapar, dessa forma, do controle jurisdicional sobre os efeitos da reserva do possível quando afinal, ainda que numa menor medida, tal justificação possa e deva ser controlada pelo juiz.

teoria surgida na Alemanha e amplamente utilizada nos países europeus, segundo a qual, a prestação reclamada pelo administrado deve corresponder ao que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade, de modo que, ainda que o Estado disponha de recursos e poder de disposição, não há obrigatoriedade de prestar algo que sobressai aos limites do razoável. Isto significa levar em conta que existe um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, referente à disponibilidade material e jurídica de recursos necessários à realização da prestação exigida. Na Europa, essa possibilidade pode ser considerada, já que as prestações públicas podem ser satisfeitas com maior facilidade, dado que a economia dos países é mais estável, os controles sociais são mais eficientes e as políticas públicas

atingem o maior número de administrados, cabendo, portanto, a discussão dos limites do Estado social e até a redução das prestações, o que não tem correspondência na realidade brasileira, onde o “[...] Estado-providência nunca foi implantado” (COSTA, p. 64-90).

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

Cumprir sustentar a possibilidade de o Poder Judiciário fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade de políticas públicas de direitos sociais (educação, moradia, saúde, transporte, previdência social etc.) ao exercer um papel de elemento catalisador ao considerar que o controle será mais ou menos intenso em função das características concretas de cada caso.

O Poder Judiciário aparece, portanto, como um verdadeiro ator silencioso na conformação de políticas públicas ao acabar por obrigar as diversas entidades como a própria Administração Pública, o legislador, os grupos de interesse e os movimentos sociais que representam os desfavorecidos queixosos, a interagir entre elas.

Assim, o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais é possível e admissível ao existir a probabilidade de tal controle assumir matizes e alcances muito diversos que abrem um espectro enorme para determinar graus de ativismo judicial.

O aspecto fundamental de qualquer estudo sobre a judicialização de políticas públicas deve observar como incidem certos marcos institucionais que definem sobre que matéria decide, o que ordena e como decide o Poder Judiciário nestes aspectos. A partir disso, compete ao Poder Judiciário velar pela integridade dos direitos fundamentais, repelir condutas governamentais abusivas, conferir prevalência à dignidade da pessoa humana, fazer cumprir as normas que protegem os grupos mais vulneráveis e neutralizar todo e qualquer ensaio de opressão estatal.

A prática da jurisdição, para a efetivação da Constituição, não é interferência indevida do Judiciário na esfera dos demais poderes da República. Não é censurável o protagonismo judiciário quando, diante da inércia e da omissão estatais, a sociedade exige posicionamento jurisprudencial criativo e positivo, para que se faça prevalecer a primazia da Constituição.

É preciso pensar a discricionariedade pautada nos fins constitucionais ao vincular a atuação

do administrador em favor ou defesa dos direitos fundamentais e ao dever da boa administração. Nessa esteira, não há mais espaço para compreender a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam ao interesse público implícito na finalidade legal, sejam as que o atendam de maneira deficiente.

A reserva do possível não deve ser concebida como um obstáculo intransponível para a efetivação dos direitos fundamentais. Deve ser conceituada como postulado capaz de otimizar a eficácia e efetividade desses direitos, a fim de que o Estado promova, da melhor maneira e de modo progressivo, a máxima realização dos direitos fundamentais.

Expostas as ideias preambulares, buscou-se identificar o papel fundamental das políticas públicas no âmbito do Estado Social de Direito para identificar qual a vinculação do Estado referente à consecução de políticas públicas de direitos sociais e, ao final, apontar que ligada à eficácia jurídica dos direitos sociais poderá configurar a suposta possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Org.). **La revisión de las políticas sociales: estudio de casos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. p. 1-91.

ACKEL FILHO, D. **Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública**. Revista dos Tribunais. ABRAMOVICH, Víctor. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales.

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. *New Foundations of Cost-Benefits Analysis*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2018. Recurso online.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOSCO, M.G.D; VALLE, P.R.D. **Novo Conceito de Discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista**, para assegurar direitos fundamentais. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN Cass; Vermeule, Adrian;HERZ, Michael. *Administrative Law and Regulatory Policy*. 7. ed. NY: Wolters Kluwer, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, F. Osvaldo. **As políticas Públicas na Concretização dos Direitos Sociais**. *Revista de Investigações Constitucionais*. Abril, 2022, v.9, n. 1, pgs. 137-172.

COSTA, Flávio Dino de Castro. **A função realizadora do poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. *Op. cit.*, p. 64-90.

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.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. Recurso online.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

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.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madri: Civitas, 1994.FORESTER, John. *Planning in the face of power*. Berkeley: University of California Press, 1989.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 4. ed. Traducción de: Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; Ted O'Donoghue. *Time Discounting and Time Preference:A Critical Review*.*Journal of Economic Literature*, Vol. 40, No. 2, 2002, pp. 351-401.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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).

GALETTA, Diana-Urania. *Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado**. *Revista española de derecho administrativo, Madrid*, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996.

- GIANNINI, Massimo. Apud DESDENTADO DAROCA, Eva. **Los problemas del control de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, n. 8, out./dez./2008, p.172
- GUIMARÃES, Ulisses. **Constituição cidadã**. Disponível em: Acesso em: 26 set. 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 352
- HOWLETT, Michael; M. Ramesh; PERL, Anthony. Studying Public Policy. 3. ed. Oxford University Press, 2009, Cap. II. IPEA. Comunicado do IPEA 113, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011.
- IGLESIAS VILA, Maria. **Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional**. In: UNIVERSIDAD DE ALICANTE. Doxa: cuadernos de filosofia del derecho. Alicante, ES: 2000.
- JENKINS, William. Policy Analysis. Londres: Martin Robertson, 1978.
- JENKIS, William; Howlet, Michael; Ramesh; PERL. Anthony. Política Pública. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.
- KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. Interesse público, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.
- KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Traducción de: L. Díez Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p.202.
- LASSWELL, Harold. A Pre-View of Policy Sciences. New York: American Elsevier, 1971. LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LITVAK, Paul; Lerner, Jennifer. Cognitive bias, The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MAURER, Hartmut. Droit Administratif Allemand, Paris: LGDJ, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MORAN, Michael; REIN, Martin; Goodin, Robert (Eds.). The Oxford Handbook of Public Policy. Londres: Sage, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 99-

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013, p. 25-38 (item 1.3).

SARDÀ, Clara Marquet. **Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco: estudio de una categoría normativa**. Barcelona: Atelier, 2010. p. 70.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.28.

WEATLEY, Jonathan. **Crescimento pode causar novo apagão no Brasil**. Trad. Danilo Fonseca. Financial Times. 15.10.2004. Disponível em: <https://www.uol.com.br/> Acesso: 08/07/2024.

WEIZENMANN, M. **Limites e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. UNIVATES, 2009.

FRAGILIDADE X RESISTÊNCIA: OS IMPACTOS DAS MODIFICAÇÕES NO TEXTO CONSTITUCIONAL ACERCA DAS POLÍTICAS DE FINANCIAMENTO NA EDUCAÇÃO

Marcela Luísa FOLONI¹

RESUMO

A previsão jurídica sobre a educação na Constituição Federal é fundamental para a garantia ao direito à educação, bem como o estabelecimento de fontes para o financiamento educacional e seu aprimoramento. Sendo assim, o presente artigo objetiva analisar a evolução das emendas constitucionais do Brasil no que se refere à previsibilidade de fontes que garantam o acesso à educação, avaliando as evoluções no texto constitucional de 1988 com as Emendas Constitucionais 14/96 criando o FUNDEF, 53/2006 com a criação do FUNDEB, 59/2009 com ampliação da educação para 4 a 17 anos e com a criação do “novo FUNDEB” pela EC 108/2020, bem como identificar os impactos da EC 95/16 no financiamento da educação. Frente a isso, a pesquisa busca responder o seguinte problema: “As modificações nos textos constitucionais são suficientes para o comprometimento com as políticas de financiamento na Educação?” Ao final, concluiu-se, mediante uma pesquisa exploratória, aplicada em meio a procedimentos de revisão bibliográfica e pesquisa documental, estabelecendo um diálogo multidisciplinar entre o Direito Constitucional e a Educação, que a presença da sociedade civil comprometida com a realização do direito à educação foi e continua sendo substancial para que ocorram avanços nessa política, bem como que as modificações no texto constitucional mediante emendas constitucionais possuem poder tanto para fortalecer e resistir como fragilizar as políticas de financiamento à educação.

PALAVRAS-CHAVE: Emendas Constitucionais; Educação; FUNDEB

ABSTRACT

The legal provision on education in the Federal Constitution is fundamental for guaranteeing the right to education, as well as establishing sources for educational financing and its improvement. Therefore, this article aims to analyze the evolution of Brazil's constitutional amendments with regard to the predictability of sources that guarantee access to education, evaluating the evolutions in the 1988 constitutional text with Constitutional Amendments 14/96 creating FUNDEF, 53 /2006 with the creation of FUNDEB, 59/2009 with the expansion of education to 4 to 17 years old and with the creation of the “new FUNDEB” by EC 108/2020, as well as identifying the impacts of EC 95/16 on education financing. In view of this, the research seeks to answer the following problem: "Are changes in constitutional texts sufficient to commit to financing policies in Education?" In the end, it was concluded, through exploratory research, applied in the midst of bibliographical review procedures and documentary research, establishing a multidisciplinary dialogue between Constitutional Law and Education, that the presence of civil society committed to the realization of the right to education was and continues to be substantial for advances to occur in this policy, as well as that the Modifications to the constitutional text through constitutional amendments have the power to both strengthen and resist as well as weaken education financing policies.

KEY-WORDS: Constitutional Amendments; Education; FUNDEB

1 Graduada 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). Foi Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica Voluntária (PICV), financiada pela Fundação Araucária. Atualmente é estagiária na Vara de Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Fórum da Comarca de Jacarezinho - Paraná e pesquisadora na área de Direito do Estado com perspectiva de gênero.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma análise das emendas constitucionais sobre as diretrizes da política de financiamento da educação, a fim de identificar a influência, seja de resistência, seja de fragilidade na política educacional.

Diante disso, a pesquisa se desenvolve mediante a seguinte questionamento: “As modificações nos textos constitucionais são suficientes para o comprometimento com as políticas de financiamento na Educação?”

Dessa forma, para buscar encontrar respostas, o artigo se divide em três momentos. O primeiro visa demonstrar as emendas constitucionais relacionadas à temática da educação no Brasil, contextualizando a trajetória do financiamento estudantil por meio do texto constitucional. Em segundo lugar, a pesquisa visa examinar a implantação e desenvolvimento educacional e político do novo FUNDEB. Por fim, durante a investigação, buscou analisar os impactos da Emenda Constitucional EC 95/2016 nos direitos constitucionais, direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho está inserido no Grupo de Trabalho 6: Políticas Públicas e Direitos Fundamentais, visto que o tema é norteado pela esfera das políticas públicas, isto é, ações governamentais para a execução dos compromissos constitucionais, sendo a presente pesquisa uma análise dos instrumentos analíticos de criação, execução e fiscalização das políticas públicas voltadas para o financiamento da educação, buscando assegurar os compromissos da constituição brasileira e a garantia dos direitos fundamentais, em especial o direito a educação acessível, gratuita e de qualidade.

Para alcançar essa intenção foram realizadas consultas em bancos de teses e dissertações, como por exemplo a tese de Doutorado do Programa Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): “A legitimação das decisões governamentais pela participação e pelo controle social: o caso do Conselho do FUNDEB do Paraná” (Diniz, 2023); a utilização do Google Acadêmico e através da Revista Fineduca (Financiamento da Educação), buscando pela palavra-chave “FUNDEB” “Emendas Constitucionais” e “Educação”. Além disso, definidas as fontes da pesquisa documental, as quais são: a Constituição Federal de 1988, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB e a Emenda Constitucional 95/2016.

Tal trabalho justifica-se à medida que a análise das emendas constitucionais sobre as políticas públicas e suas fontes de financiamento acarretam em discussões e questionamentos sobre sua efetiva concretização dos direitos sociais, majoritariamente uma educação acessível e de qualidade, bem como uma análise de se as recentes alterações constitucionais podem fragilizar a implementação desses direitos.

1. DO FUNDEF AO FUNDEB: TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL DO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL

A temática da Educação está prevista no Capítulo III, Seção I, da Constituição Federal de 1988 (CF). Segundo o artigo 205 ‘‘A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’’. (BRASIL, 1988)

Ademais, conforme o artigo 206 da CF, o ensino deve aplicado em conformidade aos seguintes princípios: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade; piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública e garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida. (BRASIL, 1988)

Em sequência, o artigo 211 da CF indica a competência de cada ente federativo a respeito da educação. A União deverá organizar o sistema federal de ensino e o dos territórios, financiar as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Ademais, os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Por fim, os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (BRASIL, 1988)

O artigo 212 da CF estabelece o gasto mínimo em educação. O *caput* do respectivo artigo indica a forma que a receita resultante dos impostos deve ser aplicada à educação, isto é, a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente

de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Vale apontar que o FUNDEB é formado, na quase totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios, vinculados à educação por força do disposto no art. 212 da Constituição Federal (CF), os quais serão elucidados no próximo subcapítulo.

Ademais, a trajetória das emendas constitucionais acerca da política de financiamento da educação se iniciou com a EC 14/1996, que implementou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF e dispôs sobre a subvinculação de 60% da receita líquida de impostos dos governos subnacionais ao ensino fundamental.

A Constituição de 1988, antes de tal emenda, estabelecia como competência da União a organização e o financiamento do sistema federal de ensino. A EC nº 14/1996 dispôs sobre o desmembramento dessas competências. Sendo assim, as prioridades da União estabelecidas foram: organizar o sistema federal e financiar as instituições de ensino públicas federais e, no Congresso Nacional, deve prestar assistência técnica e financeira da União aos governos subnacionais como o instrumento para o exercício de suas funções supletivas e redistributivas. Ademais, as disposições da PEC aprovada no Poder Legislativo Federal corrigiram a imprecisão terminológica de que um dos níveis de atuação prioritária dos municípios era o “pré-escolar”, sendo substituído por “educação infantil”. Em relação às prioridades dos estados, foram estabelecidas o ensino fundamental e ensino médio. (Farenzena, 2022, p. 70)

Ademais, vale indicar que o FUNDEF foi aprovado para um período de 10 anos, de 1997 a 2006, sendo que, nos cinco primeiros anos, deveria ocorrer o ajuste progressivo das contribuições, assegurando um valor por aluno que proporcionasse um padrão mínimo de qualidade. Todavia, o que se verificou foi um baixo comprometimento da União o que resultou, entre outras distorções, na discrepância na distribuição de recursos para cada Estado (Rossignoli, 2010)

Na sequência, foi aprovado a EC 53/2006, que criou o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica) apresentava um maior vínculo com comprometimento financeiro da união para a garantia do direito fundamental à educação (Rossignoli, 2010).

Tal emenda foi impulsionada pela necessidade de maior vinculação de receitas da União para o financiamento da Educação na tentativa de redução da desigualdade de valores pelos estados brasileiros destinados para a educação, bem como em relação aos valores para a educação infantil e o ensino médio, os quais não haviam sido contemplados pelas regras de financiamento existentes até então.

Outra importante alteração para a educação foi a aprovação da Emenda Constitucional 59/2009 que deixa claro que a Educação Básica, passaria a ser obrigatória e gratuita, englobando a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio em regime de colaboração entre União, Estados e Municípios (BRASIL, 2009).

Com a emenda 59/2009, foram inseridos a União e o Distrito Federal entre as esferas de governo que devem definir formas de colaboração para garantir o ensino obrigatório, sendo que antes da emenda apenas os estados e municípios tinham essa função. A prioridade financeira ao ensino obrigatório buscou assegurar sua universalização, padrão de qualidade e equidade.

Ademais, vale apontar que pouco menos de três anos separam as duas emendas, isto é, EC 53/2006 e 59/2009 e pode-se destacar duas semelhanças entre elas: o reforço à corresponsabilidade das esferas de governo para com a educação obrigatória, a qual, com a Emenda nº 59/2009, foi ampliada, bem como a definição de maiores responsabilidades públicas com a educação básica, embora a prioridade continue a ser o ensino obrigatório – ensino fundamental até a promulgação da EC nº 59/2009 e educação básica da população de 4 a 17 anos de idade com essa emenda. (Farenzena, 2022, p. 74)

Além disso, em 2020, por ocasião da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 15 de 2015, a Emenda Constitucional nº 108 foi aprovada, regulamentada pela Lei n. 14.113/2020, a qual definiu novas bases de financiamento para fomentar a educação básica e oferecer melhor qualidade e desenvolvimento social, sendo respaldado, teoricamente, pelo comprometimento da União (BRASIL, 2020).

A EC 108/2020 instituiu o FUNDEB de caráter permanente, disposto no artigo 212-A da Constituição Federal. Trata-se de um fundo especial, de natureza contábil, de âmbito estadual, formado, quase em sua totalidade, por recursos provenientes dos impostos e transferências dos Estados, Distrito Federal e Municípios, indicando que a complementação da União deve ser de no mínimo 23% dos recursos globais dos fundos estaduais, cujas modalidades são: Vaaf (valor anual por aluno) e Vaat (valor total por aluno) e de evolução de indicadores de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades. (BRASIL, 2021, p. 19)

Ademais, a EC 108/2020 constitucionalizou mecanismos relevantes, como o Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SINAEB), complementação por pela União no percentual de 23% (a ser atingido em 2026) e preservação do Salário-Educação. (Brasil, 2020; Rossignoli; Oliveira; Andrade, 2021):

Art. 5º A complementação da União será equivalente a, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total de recursos a que se refere o art. 3º desta Lei, nas seguintes modalidades: I - complementação-VAAF: 10 (dez) pontos percentuais no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, sempre que o valor anual por aluno (VAAF), nos termos da alínea a do inciso I do caput do art. 6º desta Lei não alcançar o mínimo definido nacionalmente; II -

complementação-VAAT: no mínimo, 10,5 (dez inteiros e cinco décimos) pontos percentuais, em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, sempre que o valor anual total por aluno (VAAT), nos termos da alínea a do inciso II do caput do art. 6º desta Lei não alcançar o mínimo definido nacionalmente; III - complementação-VAAR: 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão, alcancarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e de melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica, conforme disposto no art. 14 desta Lei (BRASIL, 2020).

Portanto, identifica-se que a EC 53/2006 apresentou a ampliação do financiamento da educação fundamental para educação básica estabelecendo que a União de forma gradativa chegaria a uma complementação de 10%. Em sequência, a EC 108/2020 proporcionou a transformação do FUNDEB em permanente e ampliou o comprometimento da União para 23% a ser alcançado em 2026.

Em resumo, com a EC nº 14/1996 as prioridades da União e dos estados foram particularizadas e a priorização financeira do ensino fundamental foi circunscrita aos governos subnacionais, por outro lado, com a EC nº 59/2009, foi determinado a todos os níveis de governo a incumbência de definir formas de colaboração para assegurar universalização, padrão de qualidade e equidade do ensino obrigatório. Ademais, três emendas constitucionais estabelecem a política de fundos na educação básica: a EC nº 14/1996, que criou o FUNDEF, para vigorar por dez anos, EC nº 53/2006 que criou o Fundeb, para vigorar por 14 anos e a EC nº 108/2020, que inscreveu o Fundeb no artigo 212-A da Constituição Federal, tornando-o de caráter permanente.

Por fim, em relação a garantia de padrão de qualidade e custos, conclui-se que é uma diretriz que se inicia de modo mais genérico, com a afirmação da garantia de padrões de qualidade como princípio do ensino, passa por dispositivo de ajuste de contribuições relacionado ao FUNDEF, disposto na EC nº 14/1996, e ganha potência com o preceito de que a garantia de padrão mínimo de qualidade do ensino por parte da União, a qual deve considerar as condições adequadas de oferta e ter como referência o custo aluno qualidade, previsto no parágrafo 7º do artigo 211, inserido pela EC nº 108/2020.

2. A IMPLANTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO EDUCACIONAL E POLÍTICO DO NOVO FUNDEB

As disposições sobre o FUNDEB passaram a fazer parte do corpo permanente da Constituição Federal, o que garante mais estabilidade ao planejamento da oferta educacional.

A trajetória e a importância do FUNDEB foram elucidados no primeiro capítulo. Agora faz-se necessário compreender o processo e funcionamento desse fundo na prática. Sendo assim, o primeiro questionamento é quais são os recursos que compõem o FUNDEB, quem e como distribui os recursos do fundo?

Os recursos são, quase que integralmente, oriundos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tais como o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD); Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Além disso, a União participa da composição e distribuição dos recursos, já os Estados participam da composição, da distribuição, do recebimento e da aplicação final dos recursos, bem como os Municípios participam da composição, do recebimento e da aplicação final dos recursos. (BRASIL, 2021, p. 21)

Ademais, tais recursos destinam-se ao financiamento de ações de manutenção e desenvolvimento de ensino para a educação básica pública, isto é, Educação Infantil, Ensino Fundamental I e II, Médio, EJA (Ensino Especial e AEE), independentemente da modalidade em que o ensino é ofertado, seja ele regular, especial ou de jovens e adultos, da sua duração, da idade dos alunos, do turno de atendimento e da localização da escola, observando-se a atuação prioritária dos Estados e Municípios, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição.

Isto posto, cabe elucidar como os recursos do FUNDEB devem ser aplicados na manutenção e desenvolvimento da educação básica pública. A aplicação é feita conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal, isto é os Municípios devem utilizar recursos do FUNDEB na educação infantil e no ensino fundamental e os Estados, no ensino fundamental e médio. (BRASIL, 1988)

Vale apontar que o mínimo de 70% (setenta por cento) desses recursos devem ser destinados à remuneração dos profissionais da educação básica em efetivo exercício. A fração restante (de no máximo 30%), deve ser aplicada nas demais ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, assim consideradas aquelas dispostas no art. 70 da Lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDB). (BRASIL, 2021, p. 50)

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I** - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II** - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III** - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV** - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V** - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

- VI** - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII** - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII** - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.
- IX** – realização de atividades curriculares complementares voltadas ao aprendizado dos alunos ou à formação continuada dos profissionais da educação, tais como exposições, feiras ou mostras de ciências da natureza ou humanas, matemática, língua portuguesa ou língua estrangeira, literatura e cultura. (Incluído pela Lei nº 14.560, de 2023)

Além disso, deve ser aplicado um percentual mínimo de 15% (quinze por cento) dos recursos da complementação-VAAT (Valor Aluno Ano Total) em cada rede de ensino beneficiada, em despesas de capital, isto é, com aquisição de máquinas, equipamentos, realização de obras, aquisição de participações acionárias de empresas, aquisição de imóveis, concessão de empréstimos para investimento. (BRASIL, 2021, p. 50)

Além disso, 50% (cinquenta por cento) dos valores totais da complementação-VAAT devem ser destinados ao financiamento da educação infantil.

Desse modo, excluídos os recursos relativos à complementação-VAAR (Valor anual total por aluno), a fração de recursos que deve ser aplicada para a remuneração dos profissionais da educação básica é de no mínimo 70% (setenta por cento) do valor anual, observada a obrigatoriedade de se aplicar 15% (quinze por cento) dos recursos oriundos da complementação-VAAT em despesas de capital e a prioridade de 50% da complementação-VAAT direcionada à educação infantil.

Por fim, cabe destacar que o indicador definirá os percentuais mínimos da complementação Valor Aluno Ano Total (VAAT) a serem aplicados pelos municípios à educação infantil. Conforme constata o INEP, o indicador da educação infantil busca satisfazer o percentual de aplicação na etapa educacional, definido com base na taxa de cobertura ajustado pelo nível socioeconômico dos alunos da rede pública de ensino municipal; a simplicidade para o entendimento do gestor e da sociedade, o tratamento diferenciado dos municípios, considerando a equidade no atendimento à educação infantil, bem como busca sinalizar a necessidade de maior investimento ao gestor municipal cuja rede apresenta baixa cobertura na etapa educacional. (BRASIL, 2021, p. 52)

Outrossim, é importante adentrar na questão de como é realizada a fiscalização da aplicação dos recursos do FUNDEB. Conforme a Lei nº 14.113/2020, lei que regulamenta o FUNDEB, a fiscalização da aplicação dos recursos é realizada pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios e, quando há recursos federais na composição do Fundo em um determinado Estado, o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União também atuam nessa fiscalização, naquele Estado. Ademais, o Ministério Público (MP), mesmo não sendo uma instância

de fiscalização, é responsável pelo efetivo e pleno cumprimento da lei. Logo, o MP desempenha uma função que, em relação a eventuais irregularidades detectadas e apontadas pelos Tribunais de Contas, complementa a atuação desses, tomando providências formais em relação ao Poder Judiciário.(BRASIL, 2020)

Faz-se pertinente o questionamento: “Como e a quem devem ser apresentadas as prestações de contas dos recursos do FUNDEB?” Segundo a Lei nº 14.113/2020 (BRASIL, 2020), a comprovação da utilização dos recursos do Fundo deve ocorrer em três momentos: mensalmente, ao Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB, mediante apresentação de relatórios gerenciais sobre o recebimento e emprego dos recursos do Fundo; bimestralmente, por meio de relatórios do respectivo Poder Executivo, resumindo a execução orçamentária, evidenciando as despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino, em favor da educação básica, à conta do FUNDEB, conforme previsto no §3º, art. 165 da CF (BRASIL, 1988), bem como anualmente, ao respectivo Tribunal de Contas (Estadual/Municipal), de acordo com instruções dessa instituição, que poderá adotar mecanismos de verificação com periodicidades diferentes.

Por fim, vale destacar que, desde 2008, os registros contábeis acerca das receitas e despesas em educação vêm sendo coletados e processados pelo SIOPE, que é um sistema eletrônico operacionalizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e disponível na página eletrônica oficial deste órgão do MEC. No site do FNDE (<https://www.gov.br/fnde/ptbr/assuntos/sistemas/SIOPE>) o SIOPE é caracterizado como: [...]

“Um sistema eletrônico, operacionalizado pelo FNDE, instituído para coleta, processamento, disseminação e acesso público às informações referentes aos orçamentos de educação da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sem prejuízo das atribuições próprias dos Poderes Legislativos e dos Tribunais de Contas. (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, 2022)

Assim sendo, entre os dados informados ao SIOPE encontram-se os percentuais executados da vinculação da receita de impostos e transferências na educação. O SIOPE disponibiliza diversas ferramentas e formas de acesso aos dados sobre as receitas e despesas com educação de todos os entes federados. Uma dessas ferramentas é o SIOPE Gerencial (<https://www.fnde.gov.br/SIOPE/relatorio-gerencial/dist/indicador>), a qual possibilita o acesso e filtragem de dados de forma agrupada.

Portanto, para a compreensão da implantação e desenvolvimento educacional e político no novo FUNDEB, foram discutidos no presente subcapítulo quais os recursos que compõem o Fundo, qual o destino dos recursos, como esses devem ser aplicados, como é fiscalizado essa aplicação e como e a quem deve ser apresentadas as prestações de contas dos recursos do Fundo.

3. A EC 95/16 E IMPACTOS NOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS, FUNDAMENTAIS E NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É fato que, desde a Constituição Federal de 1934, o principal mecanismo de financiamento da educação é a vinculação de um percentual mínimo de recursos tributários. Tal instrumento de financiamento foi interrompido em períodos ditatoriais, através da CF de 1937, e o segundo na CF de 1967, originária do golpe militar de 1964, que suprimiu a vinculação constitucional de recursos para a educação, reduzindo os investimentos governamentais em tal área em relação a outros gastos. A partir da redemocratização a sociedade escolheu reverter o descaso com o gasto em educação e determinou a área como prioridade. Sendo assim, a Constituição de 1988, em seu Artigo 212, ampliou o mínimo para os gastos públicos da União com educação para 18% da Receita Líquida de Impostos (RLI) e manteve a vinculação de 25% de receitas para os estados e municípios. Todavia, essa vinculação, que garantiu o crescimento das receitas para a área de educação, é desfeita pela EC 95 de 2016. (Rossi; Oliveira; Arantes; Dweck, 2019, p.9)

A promulgação da EC nº 95/2016 ocorreu no contexto do governo Michel Temer e foi estabelecido um teto para as despesas primárias federais, indicando um “Novo Regime Fiscal” para os orçamentos fiscais e da seguridade social da União, com limites individualizados para despesas primárias do Executivo, do Judiciário, do Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública federais, pelo período de 20 anos, de 2017 a 2036. (Farenzena, 2022, p.75)

A justificativa do governo para a criação da EC 95/2016 é sustentada pelo discurso de que há uma crise fiscal causada pela expansão exagerada das despesas primárias, que ignora a queda da receita que vem crescendo desde 2014 e, por conseguinte, inviabiliza a arrecadação pelo governo federal. No entanto, esse discurso está sendo utilizado como forma de obscurecer a garantia dos direitos educacionais declarados na Constituição Federal de 1988. (Dutra; Brisolla, 2020)

A fixação de um teto de gastos apontam que as regras do novo regime não irão permitir, assim, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia estiver favorável, impedindo os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, reestruturação de carreiras, o que se faz necessário em virtude do crescimento demográfico, e sobretudo em razão dos objetivos e fundamentos constitucionais, que direcionam um projeto constituinte de um Estado de Bem Estar Social.

Logo, o novo regime fiscal suspende, por conseguinte, o projeto constituinte de 1988, e remove dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, exceto se houver, em uma futura gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário. (Mariano, 2017)

Segundo Cynara (Mariano, 2017) o novo Regime Fiscal não tem capacidade de preservar uma educação pública básica e de qualidade para todos. É fato de que o Estado, ao reduzir os gastos, atingindo a qualidade dos serviços prestados, pode caracterizar a violação ao Princípio da Proibição do Retrocesso dos direitos sociais que estão previstos na Constituição de 1988. Portanto:

A economia global de hoje é a economia do conhecimento, isto é, é um mundo em que trabalhadores inovadores e com boa escolaridade – e não matérias-primas e capacidade de produção industrial – são a chave da competitividade e do crescimento econômico. Logo, pouco investimento nos serviços públicos educacionais, como ocorre no Brasil, são grandes entraves para o desenvolvimento (Mariano, 2017, p. 269).

Nesse sentido, deve ser enfatizado que ao gestor não cabe a discricionariedade de restringir-se ao atendimento meramente formal dos percentuais estipulados, sendo a ele imposto, da mesma maneira, o dever de garantir padrões razoáveis de qualidade do serviço público de educação. Segundo Élide Graziane Pinto:

[...] não basta o cumprimento matemático do dever de gasto mínimo se a ele corresponder regressividade imotivada de indicadores e índices oficiais de desempenho durante o período examinado. Gastar formalmente o montante mínimo de recursos vinculados, mas não assegurar o padrão mínimo de qualidade, é gastar mal (lesão aos princípios de finalidade e eficiência), além de configurar oferta irregular de ensino nos moldes do art. 208, § 2º combinado com o art. 206, VII, ambos da CR/1988. (Pinto; Ramalho, 2014)

Portanto, conclui-se que a EC 95/2016 impõe um regime fiscal que, concomitantemente, busca reduzir a participação das despesas primárias em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), bem como minimiza o espaço de atuação do Estado nas políticas públicas, sobretudo, na saúde e na educação. Logo, a EC 95/2016 expressa uma medida de ajuste fiscal que atende à lógica imposta pelo consenso neoliberal para as nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, indicando um sucateamento ensino público, pois o congelamento dos recursos implicará a falta de materiais e equipamentos, sobrecarga de trabalho, desmotivação do corpo docente, salas abarrotadas, queda na qualidade do ensino e, principalmente, ampliação da desigualdade social.

CONCLUSÕES

O presente artigo teve como finalidade analisar a evolução das emendas constitucionais no que se refere à previsibilidade de instrumentos que garantem o acesso à educação, questionando se tais emendas fragilizam ou fortalecem a política de financiamento da educação.

Destarte, com base na análise do presente artigo demonstra-se que as modificações nos textos constitucionais não são suficientes para o comprometimento com as políticas de financiamento na Educação, a exemplo disso é a EC 95/2016, a qual traz efeitos contrários aos instrumentos para a concretização de uma educação acessível e de qualidade, bem como representa

um afronta o projeto político e constituinte de 1988. Diante desse cenário, pode-se concluir que a EC 95/2016 impõe um regime fiscal que indica congelamento dos gastos pelo prazo de 20 anos, corroborando para um retrocesso social; nos investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos; na incorporação de inovações das ciências e da tecnologia; no aumento de remuneração dos servidores e na realização de concursos e reestruturação de carreiras, que está proibida, pois a expansão eleva as despesas reais.

Por fim, conclui-se que as modificações no texto constitucional mediante emendas constitucionais possuem poder tanto para fortalecer como para fragilizar as políticas de financiamento à educação. A fragilização pode ser exemplificada pela EC 95/2016, por outro lado, o fortalecimento diz respeito a trajetória das emendas nº 14/96, a qual criou o FUNDEF, EC nº 53/2006 que consolidou o FUNDEB, EC nº 59/2009, responsável por prever a ampliação da educação para 4 as 17 anos e EC nº 108/2020, que estabeleceu o FUNDEB permanente, e institucionalizou mecanismos relevantes, como o Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SINAEB) e preservação do Salário-Educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de junho de 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996**. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 set. 1996. Seção 1, p. 18109.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006**. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Seção 1, p. 5.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 nov. 2009. Seção 1, p. 8.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 2016. Seção 1, p. 2.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020.** Altera a Constituição Federal para estabelecer critérios de distribuição da cota municipal do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), para disciplinar a disponibilização de dados contábeis pelos entes federados, para tratar do planejamento na ordem social e para dispor sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB); altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2020. Seção 1, p. 5.

BRASIL. **Lei nº 14.113, de 20 dezembro de 2020.** Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm. Acesso em 02 de julho de 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **FUNDEB: Perguntas e respostas.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb/FundebPerguntaseRespostasOUTUBRO2021parapublicacao.pdf>

CAMPANHA Nacional Pelo Direito À Educação. Novo Fundeb: em nome de um consenso que promova o direito à educação. Nota técnica. 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/39yV6TM>. Acesso em 02 de julho de 2024.

DA SILVA, Adilson Caetano; DE ARAUJO, Osmar Ribeiro; NOVAIS, Gercina Santana. Emenda Constitucional 95/2016, Estado Democrático de Direito e educação: diferentes interesses, resistências e proposições. **Revista Profissão Docente**, v. 23, n. 48, p. 01-22, 2023.

DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. **A legitimação das decisões governamentais pela participação e pelo controle social: o caso do Conselho do FUNDEB do Paraná.** Tese (Doutorado em Direito). Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2023.

DUTRA, Norivan L. L; BRISOLLA, Lívia S. Impactos e rupturas na educação superior brasileira após a Emenda Constitucional 95/2016: o caso dos Institutos Federais. n. 7. v. 10. **Revista de Financiamento da Educação (FINEDUCA)**, 2020. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/fineduca/article/view/79581/56765>. Acesso em: 02 de julho de 2024.

FARENZENA, Nalú. Trajetória das diretrizes legais do financiamento da educação básica na Constituinte e nas emendas à Constituição Federal de 1988. **Em Aberto**, [S.L.], v. 35, n. 113, p. 63-82, 2022. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. <http://dx.doi.org/10.24109/2176-6673.emaberto.35i113.5138>. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/emaberto/article/view/5138>

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. Conheça um pouco mais sobre o SIOPE. **Portal Governo Federal.** Disponível em: <https://www.gov.br/fnde/ptbr/assuntos/noticias/conheca-um-pouco-mais-sobre-o-SIOPE>. Acesso em: 01 de julho de 2024.

GLUZ, M. P. O Novo Fundeb É uma Vitória? Análise das disputas políticas pelo projeto do Novo Fundeb.v. 11, n. 10. **Revista de Financiamento da Educação (FINEDUCA)**, 2021, p. 1-18.

MARIANO, C. M. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50289>.

OLIVEIRA, R. L. P. de. O Financiamento da Educação Básica no Brasil. [S. l.], v. 13, DOI: 10.22491/2236-5907135613. **Revista de Financiamento da Educação (FINEDUCA)**, 2023. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/fineduca/article/view/135613>. Acesso em: 02 de julho de 2024.

PINTO, Élide Graziane; RAMALHO, Dimas Eduardo. O gasto pode até ser mínimo, a qualidade da educação não. São Paulo: **Jornal Estadão**, 2014. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/o-gasto-pode-ate-ser-minimo-a-qualidade-da-educacao-nao/>. Acesso em: 02 de julho de 2024.

ROSSI, Pedro; OLIVEIRA, Ana L. M de; ARANTES, Fábio; DWECK, Esther. Austeridade fiscal e o financiamento da educação no Brasil. **Educação e Sociedade: Revista de Ciência da Educação**. v. 40. Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12733/1662695>. Acesso em: 05 julho de 2024.

ROSSIGNOLI, Marisa; ALONSO, Ricardo Pinha. A educação e seu financiamento na perspectiva de direito fundamental: análise das modificações nos textos constitucionais e do comprometimento financeiro da união – um olhar para o novo FUNDEB. **CONPEDI**, 2023. Disponível em: www.conpedi.org.br em publicações. Acesso em: 17 de junho de 2024.

ROSSIGNOLI, Marisa; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; ANDRADE, Sabrina Bellorti de. Novo FUNDEB e garantias constitucionais quanto ao Direito educacional: busca pela redução das desigualdades sociais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Unifafibe, v. 9, p. 447-478, 2021.

ROSSIGNOLI, Marisa. **Política de Financiamento da Educação Básica no Brasil: do FUNDEF ao FUNDEB**. Brasília: Liber livro, 2010.

OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM ÁREAS SENSÍVEIS CARIOCAS

José Augusto Leite NETTO¹
Vladimir BREGA FILHO²

RESUMO

Este trabalho tem o fito de compreender e analisar os desafios da implementação de políticas públicas em áreas sensíveis cariocas, voltando-se a questões e problemas de planejamento das políticas públicas, ainda mais em segmentos urbanos que carecem de uma atenção maior destas, como é o caso das favelas do Rio de Janeiro. A falta de um planejamento e, por consequência, da implementação de políticas públicas nessas áreas gera um abalo tanto político quanto social, tendo em vista as peculiaridades e especificidades que as favelas possuem. Através da metodologia dedutiva de pesquisa, pretende-se partir de uma premissa geral dos desafios para implementar planos sociais eficazes, para uma premissa específica da omissão estatal quanto a políticas que possam tutelar os direitos humanos e fundamentais dos habitantes das favelas cariocas. O presente trabalho contemplará, também, os entendimentos e decisões dos órgãos judiciais a respeito do tema, refletindo sobre seus resultados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Estado; Favelas; Políticas públicas.

ABSTRACT

This work aims to understand and publicly analyze the challenges of implementing policies in sensitive areas of Rio, focusing on issues and problems of planning public policies, even more so in urban segments that require greater attention, such as the case of the favelas of Rio de Janeiro. The lack of planning and, consequently, the implementation of public policies in these areas generates both a political and social shock, given the issues and specificities that favelas have. Through the deductive research methodology, the aim is to start from a general proposal of the challenges to implement effective social plans, to a specific proposal of the state mission regarding policies that can protect the human and fundamental rights of the inhabitants of Rio's favelas. Furthermore, this work will also cover the understandings and decisions of judicial bodies regarding the topic, reflecting on their results.

KEYWORDS: Fundamental rights; State; Favelas; Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

O mundo pós-guerra passou por um período primoroso no sentido de suscitar novos debates científicos e teóricos, tanto em relação ao avanço tecnológico, quanto ao avanço social. As atrocidades cometidas, legitimamente, durante o período nazifascista demonstraram ao mundo como a negligência de direitos humanos e fundamentais pode impactar na sociedade. Destarte, temas como a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social se tornaram o escopo das grandes

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), financiado pela Fundação Araucária, sob orientação do Prof. Dr. Vladimir Brega Filho. <<http://lattes.cnpq.br/2855714624699880>>. E-mail para contato: nettoteite3@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil (2004). Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil. <<http://lattes.cnpq.br/9000467259519005>>. E-mail para contato: vladimir@uenp.edu.br.

nações, influenciando em como as decisões políticas pudessem ser elaboradas e aplicadas. A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de tal reformulação, pois apresenta como destaque o princípio da dignidade humana como um de seus fundamentos em seu artigo 1º, bem como a busca por objetivos tais quais a redução de desigualdades, promoção de justiça, a erradicação da pobreza, entre outros.

Neste contexto, surgiram as políticas públicas como uma maneira de o Estado efetivar medidas direcionadas a áreas específicas da sociedade, com a premissa maior de tutelar e efetivar os direitos de seus cidadãos. Essas políticas ascenderam no mundo, inclusive no Brasil, contudo, trouxeram consigo novos debates, sobretudo políticos e jurídicos. Isto porque a utilização de políticas públicas daria mais poder de controle social ao Estado, o qual teria de decidir em torno de interesses próprios e sociais, para que os anseios de apenas determinados grupos fossem atendidos. Portanto, a escolha dessas políticas seria uma incumbência do governo em vigência, tendo em vista que não seria possível atender a todos por conta das limitações orçamentárias. Do mesmo modo, a demanda pelos cuidados pecuniários estatais seria maior, levando em conta que políticas públicas exigem investimentos e, assim, os gastos dos cofres públicos deveriam ser equilibrados, observando-se o ajuste fiscal.

Destarte, denota-se que as políticas públicas possuem limites, os quais criam obstáculos e desafios para a implementação de propostas que possam efetivar os direitos sociais. Elas são dependentes de diversos fatores, inclusive dos propósitos dos governantes, cujas intenções nem sempre atendem áreas que carecem de suporte estatal. É o caso das áreas sensíveis cariocas, locais negligenciados pelos planos do país, pois, embora a aparente situação de reiteradas violações de direitos humanos e fundamentais seja antiga e persistente, as ações governamentais se resumem a tentativas de retirada da população, cumulada com operações policiais letais e violentas, sendo alvo tanto de órgãos judiciais nacionais, quanto internacionais, tais quais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mesmo assim, a dignidade da pessoa humana ainda não foi efetivada de fato, pois o país ainda não implementou nenhum programa eficaz neste sentido.

Pois então, através do método dedutivo, buscar-se-á compreender os desafios enfrentados pelo Brasil em implementar políticas públicas com o escopo de assegurar os direitos humanos e fundamentais de moradores de áreas sensíveis, partindo de uma premissa geral do estudo dos direitos humanos, políticas públicas e sua implementação no país, para uma premissa específica da análise dos desafios para se efetivar a aplicação destas nas áreas sensíveis cariocas, analisando suas nuances, bem como os problemas que afetam os moradores destes segmentos urbanos.

2. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas passaram por diversas modificações em sua concepção ao longo de sua origem. Em uma visão atual, considera-se que são normas, programas ou ações do Estado, com o intuito de cumprir objetivos, princípios e fundamentos constitucionais e, desta forma, garantir a efetivação de direitos básicos da população, do próprio funcionamento de seus alicerces e, em termos gerais, solucionar problemas sociais, institucionais e estatais. Não obstante, as maneiras de compreensão das políticas públicas são criadas e adaptadas de acordo com os problemas encontrados, resguardando envolvimento com a possível solução das mesmas e, assim, o prisma pelo qual a teoria dos programas sociais informa é subjetivo, isto é, varia de acordo com o enfoque que o avaliador utiliza.

A idealização de uma política pública é alinhada a uma série de procedimentos, os quais, certamente, são articulados por um determinado governante, cujos interesses influenciam na escolha da prioridade de cada anseio popular. Assim, é possível asseverar que, apesar dos objetivos serem estatais, as ações são governamentais, e, portanto, são dependentes do elemento volitivo daqueles que detêm o poder político-administrativo³. Nesse sentido:

Um Estado que claramente passa a encontrar limites e conteúdos prescritos pelas leis e Constituições assume uma figura de ação ampliada, e não somente limitativa, exigindo também uma ampla estrutura organizativa e ação governamental para tanto. Se, por um lado, as leis trazem direitos fundamentais, exigindo a estruturação de uma ordem normativa que crie um sistema formal para o atendimento destes, por outro, a existência normativa não cria, por si só, a ação que busca intervir diretamente no plano efetivo da “realidade”. Surge, assim, a necessidade de se estudar a forma de ação, a forma de intervir e de compreender a ação governamental – as políticas públicas. (MELLER, 2016, p. 50)

Sem embargo, é cediço que uma política pública não pode se prender apenas às conformidades de legalismos, ou, até mesmo, de satisfação dos anseios dos financiadores eleitorais. Com efeito, deve ir a uma direção mais abrangente, de forma a proporcionar de forma efetiva as garantias básicas dos cidadãos, utilizando-se, para tanto, de diferentes tipos de soluções para os mais variados problemas sociais. Para que isso ocorra, uma política pública necessita alcançar certos requisitos para ser eficaz em seus objetivos, vejamos:

[...] determinar o que o gestor intenciona fazer (meta); demonstrar o resultado obtido em comparação com a meta; constituir-se numa política de longo prazo, não efêmera; envolver vários atores, setores e níveis de decisão para tornar o fluxo das ações transparente e democrático; ser abrangente, não se limitando aos dispositivos legais, buscando alcançar o sujeito coletivo o mais amplamente possível; conectar intenção, planejamento, organização, estruturação, execução (ação) e avaliação dos impactos. (Guimarães, 2023, p. 752 apud Dias; Matos, 2019)

Destarte, parece unânime entre qualquer conceito aplicado e utilizado de que as políticas públicas são ações governamentais dependentes dos requisitos supramencionados e que, de

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 251-269.

qualquer forma, precisam de apoio e auxílio político, pois, em sua condição, caso não exista uma estrutura de poder com capacidade de ação e intervenção social, não se efetivam.

Ademais, levando em conta a dependência de recursos pecuniários para a implementação dos programas governamentais, o orçamento público pode ser apontado como o principal elemento influenciador nas escolhas. Isso ocorre pois, mesmo que as políticas públicas sejam criadas de forma livre, sua implementação recorre a recursos que, se não ajustados em prol desta, a mesma falhará. Assim, a escolha dos programas sociais está intimamente relacionada com os planos orçamentários do governo.

Nesse sentido, é válido mencionar que as decisões coletivas, oriundas de uma participação direta, são importantes, contudo, como são antecedentes em relação às decisões do governo, de cunho unipessoal, não são vinculantes, isto é, não forçam os governantes a tomarem atitudes de acordo com a vontade popular. Destarte, a relevância da participação do povo trabalha de forma a levar o governo a uma elaboração de planos orçamentários, com vistas ao resultado das próximas eleições, demonstrando que, como os cidadãos escolhem seus representantes, estes, certamente, interferem nas escolhas das políticas públicas.

De acordo com Dye (2014, p. 115), “não é o conteúdo das Políticas Públicas que se deve estudar, mas antes os processos por cujo intermédio elas são desenvolvidas, implementadas e mudadas”. Desta forma, denota-se que os objetivos e a finalidade de uma política pública nem sempre possuem a eficácia e a efetividade pretendidas, pois, se a forma como esta foi executada diferir de como foi idealizada e projetada, o propósito estará perdido. Cabe, assim, compreender como o governo do país toma suas decisões e elabora seus planos de implementação de programas sociais e, por conseguinte, como isso afeta os direitos humanos e fundamentais de seus habitantes.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Os primeiros esforços brasileiros em transformar o conhecimento científico em programas sociais ocorreram na década de 1930. Pode-se dizer que essa foi a nascente das políticas públicas no Brasil, época em que surgia as primeiras ideias da implantação do Estado Nacional-Desenvolvimentista, modelo que prometia efetivar melhorias na economia, na política e em toda a sociedade. O presidente da época, Getúlio Vargas, foi o precursor de mudanças importantes que se perpetuaram até hoje, como é o caso das políticas que asseguram os direitos básicos dos trabalhadores, efetivando a aclamada dignidade da pessoa humana, princípio-matriz da Constituição Federal de 1988. Ainda assim, o marco inicial, de fato, da implementação de políticas públicas no país, deu-se em um período conturbado, entre os anos de 1970 a 1980, período manchado pela ditadura militar. Esse marco reflete a nova forma de governança, em que o Estado passa, então, a

atuar como o garantidor da ordem e do bem-estar, a fim de concretizar o desenvolvimento econômico e político com um papel de protagonista.

Esse modelo de proteção social é baseado na lógica autoritária implantada na ditadura militar, período em que esses programas e serviços foram muito usados como mecanismo de compensação à forte repressão do governo perante a sociedade dessa época. (Araújo, p. 3, apud Santos, 1987)

Portanto, ao mesmo tempo que o Brasil abria as portas para as políticas públicas, de forma a enfatizar o bem-estar social e o desenvolvimento nacional, também empregava violência e repressão, evidenciando que a mera implementação de programas sociais não garante a segurança dos direitos humanos e fundamentais. Ademais, vale mencionar que o país, enquanto regime autoritário, não buscou realizar a reforma agrária e urbana, refletindo, desta maneira, um conflito social gerador de violência generalizada, com um foco pautado na proteção contra os ideais do oriente europeu, isto é, a luta contra o comunismo.

Assim, áreas urbanas menos prestigiadas, historicamente destinadas a comunidades negras, que não foram incluídas no processo de acesso à terra, como é o caso das favelas, tiveram políticas públicas, nesse momento, limitadas a várias tentativas de remoção dos habitantes, tendo em vista a proximidade de algumas delas em relação a segmentos mais organizados, os quais abrigavam moradores com ideais aporofóbicos que reclamavam a realocação dos moradores das favelas. As políticas baseadas nesta vertente somente cessaram na década de 1980, quando as favelas se estabeleceram como uma maneira de acesso à moradia, levando o poder público a reconhecer tacitamente sua existência.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado passou a depender de diversos fatores para atender os anseios da população, sendo o gestor público o principal fator. Para beneficiar a população, este deveria agir de forma a planejar, organizar e controlar possíveis soluções de problemas em prol dos anseios populares e suas necessidades. Contudo, a Constituição proporcionou, além dos direitos, o poder aos cidadãos, os quais, não apenas reivindicariam políticas, mas também teriam papel direto no controle das ações estatais, através de instrumentos legais. Assim, a sociedade se tornou, a partir de então, um membro responsável na formação de políticas públicas do Estado.

Por essa razão é de extrema importância o estudo das políticas públicas no Brasil atual, tanto pelo grande número de tarefas que foram cometidas ao Estado com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto pela enorme carga tributária impingida à cidadania com o objetivo de subsidiar a realização destes objetivos sociais. Ademais, a realização do mínimo necessário para que as pessoas tenham uma vida digna não depende somente do Estado, mas também que a população participe de maneira mais ativa da vida em sociedade e contribuam para a consecução desses direitos. (LIMA, 2017, p. 57-58)

Nota-se, portanto, que as políticas públicas no Brasil são ferramentas do Estado para atender os anseios sociais e solucionar os problemas que assolam os cidadãos. Para tanto, segue-se os fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana, preconizados pela Constituição Federal de 1988, cujos objetivos revelam a necessidade de se implementar políticas públicas, as quais devem, necessariamente, ser planejadas, analisadas e controladas com o fito de obterem o resultado desejado e, assim, contemplar direitos humanos e fundamentais a todos. Outrossim, é necessário que a administração pública planeje e organize programas abrangentes, não se limitando a questões econômicas, mas também, buscando efetivar benefícios sociais para todos os setores possíveis, sob pena de omissão estatal e, conseqüentemente, violação de direitos básicos reconhecidos.

Certo é que somente por meio das políticas públicas poderá o Estado, com a colaboração ativa da sociedade e de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção. (BARCELOS, 2005, p. 90)

Por fim, é possível afirmar que os direitos humanos e fundamentais preconizados pela Constituição Federal de 1988 poderão ser concretizados através da implementação efetiva e eficaz de políticas públicas, as quais deverão ser construídas por meio dos agentes do Poder Público, com a contribuição da população, visando, desta forma, proporcionar condições razoáveis para a concretização dos planos almejados. No entanto, é notável que o Brasil ainda carece de programas que possam assegurar de forma efetiva direitos humanos e fundamentais de sua população, sobretudo daqueles que habitam segmentos urbanos sensíveis, como as favelas cariocas.

4. AS ÁREAS SENSÍVEIS CARIOCAS

Compreende-se pelo termo área (ou segmento) sensível os locais urbanos em que se presume um risco eminente de ocorrência de confronto armado, oriundo de operações policiais preordenadas. Assim, aqueles que vivem nestas localidades, assim como quem as frequenta, são submetidos a um perigo de vida constantemente. Por conta desta condição, existem regras e princípios que foram instituídos por tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que regulamentam as ações policiais com o intuito de preservar os direitos básicos dos moradores desses segmentos. No entanto, devido a operações policiais violentas e letais, que acontecem de forma recorrente, o país registra incontáveis episódios de violação a essas normas e, conseqüentemente, aos direitos humanos e fundamentais dos moradores das comunidades.

A partir dos anos 90, pouco depois do “fim” da ditadura, a quantidade de vítimas fatais por intervenção de agentes do Estado também teve variações para cima, alcançando picos históricos em 2007 (1.330 mortes) e em 2018 (1.534 mortes), conforme demonstra o Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (ISP, 2022). Levando em conta somente a

capital, o número médio de “opositores” mortos pela polícia carioca pulou de 20, em 1993, para 34,1, em 1996 (CANO, 2019); continuando a crescer ao longo do tempo, apesar de algumas quedas excepcionais e passageiras. Vale destacar que, em 1995, o governo estadual chegou a estabelecer uma remuneração adicional a policiais civis e militares – que podia perfazer até 150% do salário – pela realização de “atos de bravura”, como matar “suspeitos” em operações. Esse adicional, apelidado de “gratificação faroeste”, durou até 1998. (BARROS, 2023, p. 81)

As favelas do Rio de Janeiro, cidade detentora do título com a maior população em favelas do país, nem sempre foram áreas sensíveis no sentido como foi supramencionado, contudo, enfrentam problemas sociais desde sempre, até porque a sua própria criação foi produto de um sistema de formação deteriorado. Isto porque as favelas se originaram de locais menos prestigiados, como cortiços e segmentos urbanos de subúrbio, destinados a minorias sociais estigmatizadas pela sociedade.

Ocorre que o processo histórico das favelas, desde seu início, até sua condição de segmento urbano sensível, é resultado da forma como as políticas públicas foram implementadas e, outrossim, em como a omissão destas políticas afetou a situação. De acordo com João Pacheco de Oliveira⁴, as favelas tiveram surgimento a partir da última década do século XIX, através de políticas públicas cujos objetivos eram de acabar com os cortiços e demolir determinadas áreas urbanas para reforma. Desta forma, as famílias que perderam suas moradias passaram a se instalar nas encostas do centro da cidade, pois, como eram, praticamente em sua totalidade, empregados informais, esses lugares foram escolhidos por ficarem perto dos bairros de classe média, onde trabalhavam nas residências, comércio e em obras.

A partir de então, as favelas cresceram e passaram a receber mais habitantes. Os segmentos se formaram de modo que abrigaram desde trabalhadores de baixa renda, até a maioria dos criminosos da cidade. Logo o Estado percebeu que não tinha poder nessas comunidades e, por influência da mídia, passou a implementar políticas públicas de remoção, com vistas a acabar com as favelas. Entretanto, essas medidas restaram infrutíferas e, embora muitas expulsões e retiradas tenham sido realizadas, esses segmentos se perpetuaram e se tornaram uma expressão de moradia garantida. Em relação à situação da criminalidade, o problema como é visto hoje teve raízes no final da década de 1970, em pleno regime militar, quando passaram a surgir os domínios de território das comunidades. Isto se deve ao fato de que os presos da época conheceram guerrilheiros, os quais combatiam o regime ditatorial, em presídios. Desta forma, os criminosos passaram a aprender táticas de guerrilha e, com isso, teve início a formação das principais facções das favelas. Com a evolução do tráfico nas favelas, a venda de drogas passou a financiar o domínio dos criminosos que,

4 DE OLIVEIRA, João Pacheco. **Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – PPGAS Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. UFRJ, Mana, v. 20, n. 1, p. 125-161, abr. 2014.

munidos de recursos financeiros, conhecimento de guerrilha e posse de armas de fogo de guerra, exerceram influência nas localidades, criando normas próprias, controlando os moradores e desafiando a soberania nacional.

Nesse sentido destaca Barros:

Uma grande parte dos seus cidadãos, os pobres e negros dessa região historicamente desigual e racialmente estratificada, conserva o perfil do oponente descartável, portanto matável pelo aparato bélico estatal robustecido pelo neoliberalismo. Penso que a “guerra às drogas” tem sido um sustentáculo, talvez o eixo primordial, desse exercício necropolítico que engendra múltiplos aprisionamentos e provoca a morte de setores marginalizados no estado. (2023, p. 84)

As áreas sensíveis cariocas, seguindo o rumo supramencionado, ganharam repercussão global, tendo em vista os episódios recorrentes de conflitos. Todavia, sua notoriedade adveio através de julgamentos de órgãos internacionais de direitos humanos, como o caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*⁵, o maior precedente de violência contra moradores das favelas. Neste caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por violar os direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação com a obrigação de respeitar e garantir os direitos, e o dever de adotar disposições de direito interno, previstos na Convenção Americana, devido a não responsabilização de agentes participantes de uma incursão policial na Favela Nova Brasília, a qual resultou na morte de 26 (vinte e seis) homens, além da ocorrência de tortura e violência sexual contra três mulheres. Em sua sentença, a Corte estipulou planos e metas ao país para que este implementasse políticas públicas com o fito de evitar a repetição de casos como o precitado, de forma a diminuir a violência policial e efetivar a proteção aos direitos humanos e fundamentais. Entretanto, desde a sentença, em 2017, o Brasil não planejou, organizou ou implementou políticas de acordo com a Corte Interamericana.

Ainda segundo o caso, assevera Natália Nunes Chagas:

Apesar de o caso ser paradigmático, a violência policial não surgiu com ele. Trata-se de padrão repetitivo não só no Rio de Janeiro, mas que se alastra pelo Brasil. São situações que exemplificam padrão de violência e de execuções sumárias por parte da polícia, toleradas e apoiadas pelas autoridades estatais do Rio de Janeiro, que se justificam em supostos cenários de fogo cruzado para explicar as mortes resultantes da ação policial. (2023, p. 70-71)

Em virtude do que foi mencionado, nota-se que o processo de formação das áreas sensíveis está intimamente relacionado à implementação de políticas públicas. Como estes segmentos não tiveram programas eficazes e, ainda, o Estado foi omissivo em efetivar ações em prol dos moradores, estes tiveram seus direitos humanos e fundamentais violados. Nesse sentido, julgou o Supremo Tribunal Federal, sob estes argumentos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

5 Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, 2017.

nº. 635, conhecida popularmente por “ADPF das favelas”⁶. A ADPF chegou ao Tribunal tendo em vista as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição Federal praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro, sobretudo na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, a qual negligenciou referidos direitos e foi responsável por um índice de letalidade elevado, tanto em relação aos moradores das comunidades, quanto aos agentes que participaram das operações. O governo do estado, na mesma ocasião, foi acusado de omissão quanto a políticas públicas que pudessem resolver esse quadro de violência, pois, o próprio governador incentivava incursões violentas e, inclusive, promoveu medidas que intensificaram os conflitos. A decisão do Supremo Tribunal Federal impediu a realização de mais operações policiais, resultando em uma melhora no quadro de violência. Contudo, após o julgamento, no ano de 2020, nenhuma medida de implementação de políticas públicas foi tomada, resultando em um aumento da violência novamente, o que demonstra a necessidade de programas efetivos e eficazes.

Por fim, resta evidente que as áreas sensíveis cariocas necessitam de políticas públicas para tutelar direitos humanos e fundamentais dos moradores das comunidades, de forma a garantir os direitos em espécie e solucionar problemas sociais, sobretudo aqueles ligados à violência policial direcionada, ao óbice à justiça e à desigualdade social. Entretanto, existem desafios que obstam a concretização delas, ligados a diversos fatores que se relacionam, impedindo, assim, o desenvolvimento social dos habitantes desses segmentos urbanos.

5. DOS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM ÁREAS SENSÍVEIS CARIOCAS

Como foi exposto, é cediço que as áreas sensíveis cariocas necessitam de políticas públicas, no entanto, para implementá-las existe um caminho repleto de desafios e óbices, os quais afetam diversos agentes envolvidos no processo. A complexidade do caso impede soluções simples com vistas a proteger os direitos humanos. Considera-se notório que, para proteger o direito dos cidadãos das comunidades, existe a necessidade de se limitar o poder estatal, de modo a evitar práticas arbitrárias nas políticas de repressão, como é o caso do governo carioca, marcado por violência policial direcionada. Assim, a efetivação dos direitos humanos e fundamentais da população das áreas sensíveis cariocas exige, sobretudo, a criação de políticas capazes de controlar, primeiramente, a violência.

A violência é um fenômeno que deve ser observado por vários prismas, pois, levando em

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Rio de Janeiro. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial. Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 18 de agosto de 2020. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false>.

conta o segmento em questão, bem como sua origem e história, não há maneiras simples de se diagnosticar os seus problemas geradores. Apesar do avanço político no Brasil, não se viu a implementação de medidas que pudessem coibir a violência, especialmente nas favelas.

Ocorre que uma política pública já acarreta dificuldades próprias, que são inerentes ao processo de planejamento e execução dela, contudo, é mister destacar que, tratando-se do contexto dos segmentos urbanos sensíveis cariocas, existem especificidades que englobam desafios únicos. Assim, com vistas a uma melhor compreensão, pode-se, inicialmente, dividir os desafios supramencionados em: gerais e específicos.

5.1 Os desafios gerais de implementação de Políticas Públicas

Tratando-se dos desafios gerais para implementar políticas públicas, vale lembrar que toda medida neste sentido é uma forma de se buscar uma solução para um determinado problema, cujos efeitos afetam um grupo social dentro de uma sociedade. Portanto, o que enseja a realização de um programa governamental é o anseio da população quanto a um fato que a afeta, demandando do Estado uma intervenção eficaz. Para tanto, o governo deve elaborar e planejar o programa cautelosamente, pois, existem óbices comuns a toda política pública, os quais, se não superados, comprometerão todos os esforços e recursos voltados ao projeto. Assim, pondera-se que os desafios gerais de implementação de políticas públicas são um conceito referente às dificuldades que o gestor público possui ao planejar e executar qualquer projeto governamental.

Nesse sentido, apresenta-se como um dos desafios gerais para se implementar uma política pública o orçamento público. A criação de um projeto de governo fica ao critério do governo, podendo este escolher quando o fará, no entanto, a efetivação somente se dá com recursos aplicados à causa. Assim, a escolha de um determinado plano de governo depende de recursos financeiros, logo, quando se analisa quais políticas serão aplicadas, é medida que se impõe ao gestor público o planejamento de uma gestão orçamentária sustentável.

As necessidades da Administração Pública, aliadas ao desenvolvimento das técnicas orçamentárias, foram aos poucos modificando a concepção clássica de orçamento público, fazendo com que assumisse uma função importante na condução das políticas públicas. Vários fatores influíram nessa tendência, destacando-se o intenso intervencionismo estatal nas atividades econômicas. (LIMA, 2017, p. 104, apud CONTI, 2006, p. 57)

Destarte, o intervencionismo estatal, que age de acordo com as exigências constitucionais, embora limitadas pelos planejamentos de governo, deve prever os orçamentos antes de se executar uma política pública. O problema reside, em verdade, na maneira como a eficiência dos recursos orçamentários devem ser utilizados, tendo em vista a relação desproporcional da arrecadação tributária e os problemas sociais a serem resolvidos. Ao passo que o orçamento se relaciona com as

políticas públicas em busca da maior eficiência possível, o princípio da sustentabilidade se impõe, com a finalidade de evitar gastos exorbitantes e, conseqüentemente, resultados ineficazes. Portanto, o orçamento público é, de fato, um desafio comum aos planos governamentais, mas que, de maneira profilática, pode ser contornada pelo Estado através de políticas racionais e eficientes.

Ademais, também é possível apontar as decisões coletivas de participação direta. De acordo com José Erivaldo Oliveira dos Santos,

[...] uma das principais provocações à figura do gestor público hoje é a estruturação da sua atuação frente a um cenário social complexo, que exige respostas rápidas e eficazes e contatos estruturados por toda a máquina pública, o que afronta alguns pilares importantes da figura da burocracia, mas oferece excelentes oportunidades de mudança de paradigma para a Administração Pública (2015, p. 13-14)

Desta forma, denota-se que a complexidade da atuação social afeta a atuação do gestor público de forma a interferir em suas escolhas, resultando em políticas públicas baseadas, em tese, nas decisões coletivas, o que influencia na efetividade dos programas.

Por conseguinte, mais um desafio a ser arrolado é a aspiração política do gestor público. Levando em conta as influências da atuação social na criação de políticas públicas, como foi mencionado anteriormente, um gestor público pode se pautar, exclusivamente, em implementações com a finalidade de se promover politicamente. É evidente que o planejamento dos programas deve ser pensado com base no bem-estar social, no entanto, na prática, é comum a promoção de campanhas baseadas em feitos estratégicos, os quais, geralmente, possuem efeitos paliativos, com intuito egoísta de apenas beneficiar, de fato, determinado político.

No entanto, de acordo com Kanayama⁷, o maior desafio de se implementar uma política pública reside na relação entre a tecnicidade da decisão e a política inerente a ela.

Ao planejar, o governo não pode se ater apenas à política ou somente à tecnicidade. Se atender ao segundo, sem atender ao primeiro, conflitará com a teoria econômica da democracia (Downs); se atender ao primeiro, sem atender ao segundo, sofrerá dos efeitos nefastos da repartição de recursos escassos sem critério. (2012, p. 144)

Assim, exige-se do governo o equilíbrio técnico e político, de forma a preservar a ordem econômica, assim como evitar conflitos sociais. Ambos devem se relacionar de forma harmônica, em prol do desenvolvimento eficaz do planejamento governamental. Embora não seja uma tarefa simples, é o que se espera para a efetivação de uma política pública que possa, desta forma, satisfazer a demanda dos anseios populares.

Em suma, destaca-se que, dentre os desafios gerais para implementar uma política pública, estão: escolhê-las de forma eficiente; planejá-las cautelosamente; manejar recursos de forma sustentável; controle dos planos do gestor pelas decisões coletivas de participação direta; as

7 KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 226 f. Diss. Tese de Doutorado-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 144.

aspirações políticas do gestor; e a solução de debates entre os poderes do Estado.

5.2 Os desafios específicos de implementação de Políticas Públicas em áreas sensíveis cariocas

Superados os desafios inerentes a todos projetos governamentais, tratar-se-á, então, dos desafios presentes na implementação de políticas públicas em um contexto específico: áreas sensíveis cariocas.

Inicialmente, cabe averbar que, evidentemente, conforme exposto, persistem os desafios básicos de uma política pública nesse contexto. As áreas sensíveis cariocas, símbolo de garantia à moradia, representam abrigo para minorias, pessoas estigmatizadas dentro da sociedade. Isto posto, problemas sociais eram previstos nesses segmentos e, certamente, necessitariam de políticas públicas para mudar esse panorama. No entanto, desde a criação das favelas, observa-se problemas que jamais foram resolvidos e, por conseguinte, estes tomaram proporções severas. O Estado, historicamente, adotou uma postura negligente, sendo omissos quanto a programas que assegurassem direitos básicos aos moradores das comunidades e, ainda, adotou abordagens agressivas baseadas em senso comum formado por um juízo de valor da sociedade. Destarte, tornou-se notório que, para efetivar políticas públicas eficazes nestes locais, é necessário ultrapassar obstáculos diferentes, relativos, especificamente, às favelas.

No que concerne aos segmentos sensíveis cariocas, locais de moradia de pessoas hipossuficientes, de maioria negra, logo se percebe um dos desafios a ser encarado: combater o racismo e a aporofobia. Trata-se de um problema complexo, presente em todo o país, ao longo de anos, que sempre prejudicou o desenvolvimento social e, assim, ocorreu o mesmo com as favelas cariocas. São preconceitos que existem desde os primórdios, mas que persistem até a contemporaneidade, sendo que, apesar da luta e empenho em solucionar a questão, tais concepções são recepcionadas por grande parte da sociedade em todo o mundo, inclusive no Brasil. Eliminar esses ideais é um projeto antigo, presente até mesmo como objetivo fundamental do país, conforme o artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, as favelas são afetadas através de omissão do poder público, senso comum da sociedade que influencia nas escolhas do gestor público e, especialmente, a violência policial direcionada a esses grupos, de modo que a atuação da instituição é realizada de maneira desproporcional, com índices de letalidade reprováveis.

Dependendo do momento histórico, as favelas são caracterizadas como um problema sanitário, moral, estético, social, ambiental ou de segurança pública. E problema entendido ora como algo pejorativo, ora como uma questão a ser debatida por quem não está implicado nele. Ao fim e ao cabo, os favelados ainda são vistos como subalternos. (HOELZ, 2017, p. 29)

Portanto, o combate ao racismo e à aporofobia devem persistir sempre, não obstante, é

cedição que como objetivo fundamental previsto na constituição, é necessário que o Estado promova políticas públicas mais abrangentes, não somente voltadas às favelas, pois, o resultado nestas seria, deste modo, uma consequência de algo maior. Destarte, a figura de subalterno dos habitantes das favelas seria um primeiro passo a ser tutelado, como uma garantia da dignidade da pessoa humana, que se estenderia adiante, através de novos projetos que pudessem, posteriormente, evitar problemas derivados, tais como as atuações policiais violentas, tratamento desigual e óbices a direitos fundamentais.

Outro desafio que vale ser elencado é a questão específica da aspiração do político. Ressalta-se que, embora a aspiração política do gestor seja um desafio geral, no contexto dos segmentos sensíveis cariocas ocorre uma variação, pois, esse, aproveitando-se do estado de vulnerabilidade dos moradores das comunidades, toma medidas paliativas, buscando atrair votos. Tal situação é descrita por Carolina Maria de Jesus na obra *Quarto de Despejo*, um diário escrito por ela mesma, como habitante de uma favela paulista, a qual resguarda íntima relação de semelhança com as favelas cariocas.

Quem nos protege é o povo e os Vicentinos. Os políticos só aparecem aqui nas épocas eleitorais. O senhor Cantidio Sampaio quando era vereador em 1953 passava os domingos aqui na favela. Ele era tão agradável. Tomava nosso café, bebia nas nossas xícaras. Ele nos dirigia as suas frases de viludo. Brincava com nossas crianças. Deixou boas impressões por aqui e quando candidatou-se a deputado venceu. Mas na Câmara dos Deputados não criou um projeto para beneficiar o favelado. Não nos visitou mais. (2014, p. 27)

Evidencia-se, assim, outro desafio específico presente em favelas: aspirações políticas do gestor público, que o fazem enxergar estes locais como possibilidades de votos, não como cidadãos que carecem de programas governamentais. Este quadro, apesar de existir há décadas, ainda é atual, portanto, há de se resolver tal juízo de moral, de modo que o gestor olhe para as áreas sensíveis para promover o desenvolvimento social, não como sinônimo de meros eleitores que, após as eleições, tornam-se um empecilho.

Por fim, um desafio específico que deve ser apontado é o autoritarismo na implementação de políticas públicas. Nas áreas sensíveis cariocas, as ações governamentais foram marcadas pelo autoritarismo, figura adversa à base democrática que deu origem às próprias políticas públicas, já que se restringiram em, praticamente, programas remocionistas no século passado e na instalação de unidades de polícia pacificadora, as quais se mostraram ineficazes em tutelar os direitos humanos e fundamentais dos moradores das comunidades. A elaboração de políticas públicas exige a união da intenção governamental aos anseios populares, de forma que o desequilíbrio desta relação, representaria uma clara medida antidemocrática.

O poder, como posto, e dependendo de quem o detenha, conhecendo a influência direta que detém na vida das sociedades modernas, é determinante na prospecção e/ou deliberação das Políticas Públicas, que podem ser conduzidas para fazer valer o significado maior de seu

propósito – atender a maioria das pessoas de forma a promover a qualidade de vida, a cidadania e a dignidade – ou para nada fazer ou agir de forma imperfeita, neste caso sob o manto das perspectivas bem-intencionadas, mas que apenas resumem o desejo implícito de atingir, de maneira velada, determinados grupos de interesse, visando à imposição da vontade soberana e monocrática do governante sob vigilância. (GUIMARÃES, 2023, p. 758)

Deste modo, é mister destacar que o autoritarismo na implementação das políticas públicas deve ser superado a partir de um governo que possa estruturar sua gestão através de fundamentos democráticos, tais quais políticos e culturais. Com efeito, se uma ação governamental, de fato, considerar a satisfação dos anseios de determinado grupo, como é o caso dos moradores dos segmentos urbanos sensíveis do Rio de Janeiro, poder-se-á afirmar que se consolidou, neste ato, a tão aclamada higidez democrática, que, nestes moldes, concretizaria a eficácia devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos reiterados episódios de violação aos direitos humanos e fundamentais dos moradores de segmentos urbanos sensíveis cariocas, bem como pela omissão estatal quanto a programas que pudessem melhorar a condição das favelas, tornou-se evidente que existe a necessidade de implementação de políticas públicas nestes locais. Historicamente, essas áreas foram negligenciadas por cada governo que passou pelo Estado, por uma série de fatores, os quais criaram, posteriormente, desafios mais complexos quanto a efetivação de programas que pudessem solucionar os problemas sociais.

Mesmo que o Brasil tenha sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como pelo Supremo Tribunal Federal, nada tem sido feito para mudar, permanentemente, o quadro de vulnerabilidade dos cidadãos dessas áreas. A ausência de ações governamentais eficazes demonstra como a situação é preocupante, tendo em vista o mal planejamento do governo, que contraria, inclusive, a Constituição Federal, sobretudo, pela postura de incentivo à violência e repressão. É cediço que uma política pública abarca desafios para ser implementada, no entanto, percebe-se que aqueles inerentes, especificamente, aos segmentos urbanos em questão não conseguem ser superados.

Em relação a desafios comuns a toda política pública, como a eficiência, a sustentabilidade, as decisões coletivas de participação direta, entre outros, não aparentam ser um grande obstáculo ao gestor público, sem embargo, quanto aos desafios específicos do caso em comento, seguem sem uma solução eficaz, que produza efeitos perenes. Destarte, os preconceitos, atitudes de políticos e a forma autoritária de implementação das políticas públicas são os grandes desafios a serem enfrentados.

É necessário, portanto, que o Poder Público tome iniciativas incisivas no sentido de

aquilatar os efeitos de cada problema oriundo dos desafios de implementação e, assim, aja com eficiência para combatê-los. Desta forma, uma política pública poderá ser elaborada e implementada de forma eficaz, trazendo, desta forma, dignidade aos moradores das áreas sensíveis cariocas permanentemente. Outrossim, um plano governamental que pudesse assegurar os direitos básicos da população desses locais, representaria a concretização dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, o que evidencia a relevância da solução do caso.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Diane Gracielle Avelar. **Trajetória Histórica das Políticas Públicas no Brasil: instrumentos de garantia do bem-estar social.** Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/trajetoria-historicadas-politicas-publicas-no-brasil-instrumentos-de-garantia-do-bem-estar-social.htm#indice_3 >. Acesso em: 13/02/2024.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abri./jun. 2005.

BARROS, Matheus Guimaraes De. **Prisão ou vala: (Necro)política de drogas e territórios sitiados no Rio de Janeiro pós-ditadura'** 14/03/2023 128 f. Mestrado em CIÊNCIAS SOCIAIS Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da PUC-Rio.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635.** Rio de Janeiro. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial. Partido Socialista Brasileiro. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 18 de agosto de 2020. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CARVALHO, C., FRIDMAN, F., & STRAUCH, J. (2019). **Desigualdade, escala e políticas públicas: uma análise espacial dos equipamentos públicos nas favelas cariocas.** urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20180053. <https://doi.org/10.1590/2175-3369.011.002.AO04>

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, 2017.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi: 10.11606/D.2.2011.tde-03092012-092058. Acesso em: 02 jan. 2024.

DE OLIVEIRA, João Pacheco. **Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – PPGAS - Museu Nacional, da Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ, Mana, v. 20, n. 1, p. 125-161, abr. 2014.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2019.

DYE, Thomas R. **Mapeamento dos modelos de análise de Políticas Públicas**. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 3. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2014.

FERREIRA, L. H. **Comparando a criminalidade nas Áreas Integradas de Segurança Pública (AISP) em Salvador**, Bahia, Brasil. Revista do Sistema Único de Segurança Pública, Brasília, Brasil, v. 1, n. 2, 2022. DOI: 10.56081/2763-9940/revsusp.v1i2.a10. Disponível em: <https://revistasusp.mj.gov.br/susp/index.php/revistasusp/article/view/97>. Acesso em: 03 jan. 2024.

GUIMARÃES, J. de C. **Na rota do retrocesso: as repercussões do autoritarismo nas Políticas Públicas**. Interações (Campo Grande), [S. l.], v. 24, n. 3, p. 745–761, 2023. DOI: 10.20435/inter.v24i3.3262. Disponível em: <https://www.interacoes.ucdb.br/interacoes/article/view/3262>. Acesso em: 02 jan. 2024.

HOELZ, YANAHE FENDELER. **AS (IM)POSSIBILIDADES DA PROXIMIDADE NA UPP ROCINHA: Ser ou não ser polícia**. 06/03/2017 172 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro.

JESUS, Carolina Maria de, 1914-1977. **Quarto de despejo: diário de uma favelada / Carolina Maria de Jesus**; 10. ed. - São Paulo: Ática, 2014. 200p.: il.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 226 f. Diss. Tese de Doutorado-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

KELLER, Rene Jose. **Favela, direito e capitalismo: a dialética de negação e repressão estatal no Complexo do Alemão**. 15/02/2019 237 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro. Acesso em: 06 jan. 2024

LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. **Desenvolvimento e mudanças no estado brasileiro**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/ UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009. 90p. il.

LIBERAL, Jose Roberto Bernardi. **A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: MECANISMOS PROCESSUAIS DE CONTROLE E EFETIVAÇÃO'** 16/12/2015 224 f. Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania Instituição de Ensino:

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO, Ribeirão Preto Biblioteca Depositária: UNAERP. Acesso em: 02 fev. 2024.

LIMA, Tatiana Coral Mendes De. **O ORÇAMENTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE** ' 04/10/2017 125 f. Mestrado em CIÊNCIA JURÍDICA Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ, Itajaí Biblioteca Depositária: Biblioteca da UNIVALI. Acesso em: 08 fev. 2024.

LUZZI, Daniel. **Educação e meio ambiente: uma relação intrínseca**. Barueri. SP: Manole, 2012 (Série Sustentabilidade).

MACHADO DA SILVA, Luiz Antônio. (2010), **“Violência urbana’, segurança pública e favelas: o caso do Rio de Janeiro atual”**. Cadernos CRH, 23, 59: 283-300.

MELLER, Diogo Lentz. **DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS: OS CONSELHOS NACIONAIS DE DIREITOS ENQUANTO ESFERAS DEMOCRÁTICAS DE GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**' 22/02/2016 136 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL, Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC. Acesso em: 03 fev. 2024.

NOBILE, Carmen Silvia Righetti. **OS DESAFIOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA GARANTIA DE DIREITOS: UM ESTUDO NA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.**' 12/06/2016 244 f. Doutorado em SERVIÇO SOCIAL Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (FRANCA), Franca Biblioteca Depositária: FCHS - UNESP – FRANCA. Acesso em: 09 jan. 2024

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça: política social na ordem brasileira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e; YAZBEK, Maria Carmelita; Giovanni Geraldo. 6ª ed. **A Política Social Brasileira no Século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda**. São Paulo: Cortez, 2012.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Conceitos, Tipologias e Sub-Áreas**. Goiás: 2002. Fundação Luis Eduardo Magalhães.

SPÍNOLA, Paulo A. C.; OLLAIK, Leila G. **Instrumentos governamentais reproduzem desigualdades nos processos de implementação de Políticas Públicas?** In: PIRES, Roberto R. C. *Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2019. p. 329-348.

O DIREITO UNIVERSAL À SAÚDE E A (IN)APLICABILIDADE SOCIAL DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Luiz Henrique Batista de Oliveira PEDROZO¹
Juan Roque ABILIO²

RESUMO

Na Constituição Federal de 1988 o direito à saúde está ancorado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Consequentemente, possui status de direito fundamental social que deve ser assegurado de forma ampla e igualitária pelo Poder Público a todo e qualquer cidadão, independente da raça, cor, sexo, crença ou orientação sexual. Porém, muito embora tal direito deva ser considerado com um conjunto de fatores e condições que podem levar o indivíduo a uma melhor qualidade de vida, sobram evidências do descaso dos gestores públicos para com os serviços ofertados à população nas diferentes regiões do país. Ademais, tem sido observada uma crescente invocação da chamada teoria da reserva do possível como uma forma de obstaculizar o acesso à saúde por parte daqueles que pleiteiam junto a justiça o cumprimento do dever constitucional do Estado de custear tratamentos médico hospitalares adequados. A par disso, o presente estudo propõe analisar se de fato há respaldo jurídico, econômico e social à aplicação desta teoria por parte da Administração Pública. Para se alcançar aos fins propostos pelo artigo, usou-se como método de abordagem dedutivo e de procedimento o bibliográfico com pesquisa em documentação direta (legislação e julgados) e indireta (artigos científicos, livros e demais obras monográficas), fazendo por fim uma análise qualitativa dos resultados obtidos com a presente pesquisa científica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Mínimo existencial. Vida.

ABSTRACT

In the 1988 Federal Constitution, the right to health is anchored in the Principle of Human Dignity. Consequently, it has the status of a fundamental social right that must be ensured in a broad and equal manner by the Public Power to each and every citizen, regardless of race, color, sex, belief or sexual orientation. However, although this right must be considered with a set of factors and conditions that can lead the individual to a better quality of life, there is evidence of the disregard of public managers towards the services offered to the population in different regions of the country. Furthermore, there has been a growing invocation of the so-called theory of the reserve of the

1 Advogado e Professor (Constitucionalista e Administrativista). Procurador de Carreira no Município de Iporã - PR. Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINORPI). Especialista em Direito Aplicado (Escola de Magistratura de Jacarezinho/PR). Especialista em Direito Previdenciário (Faculdade Arthur Thomas). Especialista em Compliance Contratual (Universidade Pitágoras UNOPAR Anhanguera). Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), Campus de Jacarezinho/PR. Área de Concentração - Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, Linha de Pesquisa - Estado e Responsabilidade: Questões Críticas, sob a orientação do Professor Doutor Valter Foletto Santin. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), Campus de Jacarezinho/PR. Área de Concentração - Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, Linha de Pesquisa - Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça, sob a orientação do Professor Doutor Marcos César Botelho. Aprovado no processo seletivo em 2 lugar da 17 Turma de Mestrado e em 1 lugar do Doutorado. Membro do Grupo de Pesquisa GP Certos (UENP) sob a liderança do Professor Doutor Ilton Garcia da Costa. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais (UENP) sob a liderança do Professor Doutor Valter Foletto Santin. Membro do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (UENP) sob a liderança do Professor Doutor Gilberto Giacoia. Pós-graduado lato sensu em Direito do Estado pela PROJURIS/UNIFIO. Pós-graduado lato sensu em Direito Previdenciário pela EPD. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FDDJ. Pós-graduado em Direito do Consumidor pela FDDJ. Graduado em Direito pela UNIFIO. Professor de Graduação e Pós-Graduação (Especialização) em Direito. Foi editor Responsável da Revista FEATI (ISSN 2179-1880). Advogado atuante em Carlópolis/PR.

possible as a way of obstructing access to healthcare by those who plead with the courts for compliance with the State's constitutional duty to pay for adequate hospital medical treatments. In addition, this study proposes to analyze whether there is indeed legal, economic and social support for the application of this theory by the Public Administration. To achieve the purposes proposed by the article, the bibliographical method of deductive approach and procedure was used with research in direct documentation (legislation and judgments) and indirect (scientific articles, books and other monographic works), finally carrying out an analysis qualitative of the results obtained with this scientific research.

KEY WORDS: Right to health. Existential minimum. Life.

INTRODUÇÃO

Desde 1948, quando o Direito à Saúde passou a constar no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida que assegure saúde e bem-estar para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis”, restou positivado que tal direito é indissociável do direito à vida, estando ele, inclusive, umbilicalmente fundamentado no princípio da igualdade entre as pessoas.

Com base nisso, pode-se dizer que no âmbito do Direito enquanto Ciência Jurídica, a vida é o bem mais sagrado do ser humano, sendo pressuposto de eficácia de todas as demais garantias à existência digna e à possibilidade de se ter direitos.

Dos direitos à liberdade aos direitos de fraternidade o pressuposto lógico é a existência de vida digna. Com isto pode-se afirmar que o mais importante para a dignidade da pessoa humana é providenciar a vida saudável, porque do contrário nenhuma carta de direitos teria de fato utilidade.

Como consequência direta disso, todos os direitos que têm como pressuposto a vida digna se mostram de salutar importância à existência e subsistência de todo e qualquer indivíduo. Porém, o Direito à Saúde, em específico, deve ser compreendido não só como um direito fundamental de segunda geração, intrínseco aos Direitos Humanos garantidos constitucionalmente e inerentes aos seres humanos desde o seu nascimento com vida, mas também, como um Direito Fundamental inteiramente atrelado à ideia de respeito ao Princípio da Isonomia.

Mas, fora do plano filosófico, o que seria então ter direito à saúde? Em que consiste invocar tal direito em face de atuação do Estado e, qual sua implicação prática?

Essas indagações, embora sintetizadas em poucas palavras, exigem respostas complexas e melhor elaboradas, não sendo, portanto, a pretensão deste pequeno ensaio a esgotar a análise do tema.

Isso porque, o estudo do tema não encontra barreiras somente em teorias jurídicas. Os obstáculos são variados, ao passo que, inevitavelmente, aquele que julgar ou analisar uma situação

de violação de Direito à Saúde tem de necessariamente de se enveredar no contexto social, econômico e político da realidade posta, para melhor compreender a complexidade do Direito invocado em cada caso, sem perder de vista que, a cada demanda frente ao Estado, há um gasto público (direito e indireto) a ser custeado.

Em razão deste “custo do direito invocado”, e da finitude dos recursos públicos, não raras vezes o Estado (no sentido amplo e federativo da expressão) nega a efetivação de certos direitos sociais, relegando à situação de penúria uma parcela significativa da sociedade, inaugurando assim, discussões fundamentais (tanto à direita quanto à esquerda) acerca da invocada teoria da reserva do possível e seus reflexos na democracia contemporânea.

É certo que no contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma grande conquista movimento pela Reforma Sanitária no país, resultando na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988. Tanto que o artigo 196 da Constituição declara expressamente que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação".

Contudo, é preciso compreender que esse direito não se resume ao atendimento hospitalar ou em unidades básicas de saúde. Isso porque, ainda que o acesso a serviços de saúde seja crucial, como direito fundamental social, o direito à saúde implica na garantia de qualidade de vida no sentido amplo da expressão, abrangendo, por via reflexa a uma ampla e intrincada (inter) relação com outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, cultura, segurança e lazer.

Diante disso, questiona-se: O argumento econômico/financeiro mostra-se suficiente a definir e até mesmo barrar ao mínimo vital, ao mínimo esperado, ao pressuposto lógico de existência desses direitos inatos ao cidadão e à sua dignidade enquanto pessoa humana?

O presente trabalho busca então, delinear a inaplicabilidade dessa teoria em face da realidade atual da sociedade brasileira, primeiro por falta de substância teórica, segundo, por falta de pressuposto prático, tendo-se sempre em mente que sem o direito à saúde não há vida, e que sem vida não temos como falar em pessoa, conseqüentemente, sem pessoas não há motivos para se falar, lutar ou invocar direitos.

Para compreender e responder o problema, a pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo e, como procedimento, o bibliográfico, valendo-se da análise de documentação direta (legislação e julgados) e indireta (artigos científicos, livros e demais obras monográficas), valendo-se, por fim, de uma análise qualitativa dos resultados obtidos.

1. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO/DIMENSÃO

1.1 Os direitos fundamentais e direitos humanos

Não há como falar de direito fundamentais sem antes trazer as diferenças com os assim chamados “direitos humanos”. Ambos os conceitos, não obstante por vezes coincidirem axiologicamente, possuem algumas diferenças que ajudaram a compreender melhor o assunto proposto neste estudo.

Classicamente a diferença é traçada no fato de que os direitos fundamentais se encontram internalizados no ordenamento jurídico de um determinado Estado, normalmente em sua Constituição, enquanto os direitos humanos encontram-se no âmbito internacional. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Parece inegável a relação que pode ser estabelecida entre o avanço do constitucionalismo e a afirmação dos direitos fundamentais. A afirmação da superioridade da constituição, como norma superior e matriz das demais normas, só faz sentido se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros de uma dada sociedade. No caso do brasileiro, então, a preocupação do constituinte em tal tutela se dá desde o preâmbulo do texto constitucional, quando afirma “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança” (Fernandes, 2015, p. 309).

Neste sentido, Rafael de Lazari (2017, p. 354) afirma que os direitos humanos são supranacionais, ou seja, estão fora e acima dos Estados. Assim, os direitos humanos, seriam resultantes de uma evolução histórica que se deu por meio de documentos internacionais, conflitos bélicos, acordos econômicos, entendimento de paz, etc., encontrando-se, portanto, no campo de tratamento entre países soberanos, em uma “zona de flutuação” acima dos ordenamentos internos, das Constituições.

Destaca-se, ainda, o fato de que os direitos humanos não vinculam os ordenamentos internos dos países, pois, caso assim fosse feriria a autodeterminação e a soberania dos Estados. Contudo, há sempre uma pressão internacional para que os países aderem, respeitem e efetivem os direitos humanos.

Sobre o tema, interessantes são os apontamentos de Gilmar Mendes, conforme orientação de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, ensina que a expressão direitos humanos é “ressalvada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem” (2015, p. 99), cuja base se encontra no jusnaturalismo com índole filosófica e não se encontra positivado numa ordem jurídica particular.

Por outro lado, os direitos fundamentais, na concepção dos autores, seriam os direitos relacionados às pessoas, inscritas em textos normativos de cada Estado (Paulo, Alexandrino, 2015, p. 99).

Dessa forma, não é equivocado afirmar que os direitos fundamentais consistem na internalização dos direitos humanos em cada Estado soberano.

Como bem ensina Marcelo Neves (2003, p. 146), os direitos humanos, nos moldes como conhecemos hoje, são uma invenção da modernidade, motivo pelo qual se relacionam mais facilmente com discursos de pretensão normativa de universalidade, abrangendo desse modo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional).

Todavia, o procedimento de internalização dos direitos humanos ocorre de forma diferente em cada país, até mesmo sua aplicabilidade é dessemelhante. Por esta razão existe esta “dicotomia” conceitual entre direitos humanos e fundamentais, mas esta dicotomia é tão sutil que pode se afirmar que trata apenas de mero ponto de vista.

Nas palavras do professor Lazari “se há diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, portanto, é uma questão de ‘ponto de vista’. E, ainda que assim o seja, se trata de problema puramente conceitual (Lazari, 2017, p. 355)”.

Neste ponto, interessante se mostra a análise feita por Fernandes:

É muito comum encontrar obras que tomem como sinônimas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Entendemos, porém, que o último termo acaba atraindo uma carga semântica (de significação) muito aberta e, por isso, mesmo, associada a conteúdos divergentes. Assim, não é difícil encontrar, por exemplo, associações entre “direitos humanos” ou “direitos do homem” e os “direitos naturais”. Isso se deve à força da tradição jusnaturalista, que concebia nos direitos humanos ou “direitos do homem” a forma materializada (quer por Deus, quer pela razão humana) dos chamados direitos naturais (Fernandes, 2015, p. 310).

No geral, ambos têm como missão a busca, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, sendo realmente a única diferença uma questão de alocação no ordenamento jurídico.

Destaque-se, porém, que a aceitação de referida distinção conceitual – relacionada à positivação - não importa na conclusão de que direitos humanos e direitos fundamentais compõem esferas estanques e incomunicáveis entre si. Direitos humanos internacionais encontram, não raro, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, por seu rumo, muitas vezes acolhem em seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos consagrados em normas e declarações internacionais (Masson, 2015, p. 190).

Desse modo, ao identificar que os direitos fundamentais e humanos agem para a proteção da dignidade da pessoa humana, sobressai o seu caráter instrumental, podendo-se concluir que os direitos fundamentais/humanos são exemplificativos, cujo extensivo rol jamais encontrará seu fim.

Ademais, pode-se afirmar que ao se violar um direito fundamental, por vezes, poderá também estar violando um direito humano, logo, verifica-se que a violação de um direito fundamental da pessoa humana ultrapassa as barreiras geográficas de um determinado Estado.

Interessante notar as considerações de Nathalia Masson, a qual afirma que a violação dos direitos fundamentais traz sanções, já os direitos humanos não, visto que não possuem

normatividade (2015, p. 190).

Tem-se em mente que o grau de dano que uma violação a direitos fundamentais estatuídos na Constituição de 1988 representa, ao mesmo momento, um ataque à direitos no âmbito interno e internacional.

Desta feita, esta violação merece total reparo e punição por parte de seu agressor, e mais acurado estudo e reflexão quanto ao grau de dano causado.

Deixado claro a importância e a magnitude dos direitos fundamentais, é possível neste momento, traçar suas características, quais sejam: (i) historicidade; (ii) universalidade; (iii) inalienabilidade; (iv) imprescritibilidade; (v) irrenunciabilidade; (vi) inviolabilidade; (vii) indivisibilidade; (viii) interdependência; (ix) inexauribilidade.

A primeira característica traz a ideia de que os direitos fundamentais não são frutos de apenas um acontecimento específico, eles são produtos de um processo temporal e complexo no qual com o tempo vão se formando, “*nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*” (Bobbio, 2004, p. 25). Nisto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais diuturnamente estão em criação, adaptação e evolução.

Além do mais, graças à historicidade é que quando nasce um direito fundamental ele se torna tão essencial quanto os anteriores, fazendo que se proíba o retrocesso, ou seja, uma vez reconhecidos qualquer tentativa de deslegitimação incorrerá em clara violação aos direitos humanos e fundamentais.

A segunda característica, a da universalidade, indica que os direitos fundamentais se destinam para todos os seres humanos, contudo, isso não quer dizer que determinados grupos não possam ter doses de proteção a maior, ou seja, se necessário for deve-se advogar maior proteção a determinados grupos mais vulnerabilizados em comparação a outros, desde que haja justificativa plausível.

A terceira característica reza que os direitos são inalienáveis, ou seja, insuscetível de transferência e negociação, visto que não lhes pode dar valor econômico. Isso não significa que sua violação não seja passível de reparação patrimonial.

A quarta característica se refere a imprescritibilidade, ou seja, o seu não uso não faz com que o direito se perca.

A quinta característica se refere a irrenunciabilidade, ou seja, os direitos fundamentais não podem ser renunciados pelo seu titular, sendo que o máximo que se admite é a limitação voluntária de seu exercício em um caso concreto.

A sexta característica se refere à inviolabilidade, ou seja, os direitos fundamentais não podem deixar de serem observados por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades

públicas.

Nisto é interessante a observação do professor Rafael de Lazari ao dizer que “*o Estado, por dever atribuidor de direitos fundamentais, é também, historicamente, seu maior violador*” (2017, p. 365).

A sétima característica se refere a indivisibilidade, ou seja, os direitos fundamentais correspondem na verdade a um conjunto de direitos, assim sendo, não há como analisar os direitos fundamentais de forma isolada. Ora, essa indivisibilidade é facilmente notada justamente quando se busca compreender o Direito à Saúde sob a perspectiva do Direito à vida, visto que inegavelmente esses dois direitos possuem um centro de contato: ao efetivar a saúde do indivíduo por consequência direta se estará garantindo também, o seu direito à vida digna.

A oitava característica se refere à interdependência, isto quer dizer que os direitos fundamentais apresentam uma relação orgânica entre si.

Por fim, temos a inexauribilidade, que significa que os direitos fundamentais estão em constante aperfeiçoamento, o que se liga inegavelmente com a historicidade, pois, constantemente irão surgir novos direitos fundamentais.

1.2 As dimensões (gerações) de direitos fundamentais

Estabelecer um conceito estanque de Direitos Fundamentais não é uma tarefa que pode ser considerada simples. Como bem alerta Virgílio Afonso da Silva, o pressuposto teórico que fica no pano de fundo de quem se compromete nessa empreitada fica sem elucidação (2005, p. 128). Consequentemente o conceito acaba ficando preenchido de uma imprecisão dogmática, ou na pior das hipóteses numa verdadeira repetição estéril de características sem que possamos de fato saber os porquês de suas existências (Fernandes, 2015, p. 310).

Porém, para sua melhor compreensão e análise, didaticamente é aceitável que os direitos fundamentais sejam separados em grupo, todavia essa separação serve somente para fins metodológicos, pois todos são de vital importância para o ser humano. Graças a esta separação pode-se fazer um perfil histórico-temporal, e este perfil mostra que os direitos fundamentais são conquistados de forma gradativa a depender da evolução da sociedade.

Classicamente, a doutrina, nominava os grupos de direitos fundamentais com o termo geração, cujo mérito é exatamente o fato de bem representar a ideia de evolução histórico-social, visto que demonstra que os direitos fundamentais evoluem conforme o tempo passa.

Contudo, acirradas críticas vieram acerca do conceito geração, em especial modo o fato de que o termo remete à ideia de superação, trazendo a impressão de que toda a conquista de uma geração ficou para trás com a que lhe sucedeu.

Por esta razão, alguns autores começaram a trazer uma nova terminologia a de dimensão, a qual traz a ideia de que uma dimensão de direitos estaria contida na outra, sem essa superação, guardando ainda a inexorável ideia de evolução-histórica.

Interessante notar a defesa da professora Nathalia Masson com relação a utilização do termo “geração”:

Cumprir destacar, de início, que o vocábulo "geração" não está isento de críticas. Para muitos, é um termo que remete à ideia de superação, significando que uma nova "geração" sucede a outra, tornando-a ultrapassada, o que, sabe-se, não ocorre. Em verdade, a sucessão de "gerações" deve ser vista como uma evolução que amplia o catálogo de direitos fundamentais da anterior, sendo possível, inclusive, modificar o modo de interpretá-los. Descarte, não há que se falar em sedimentação de direitos por "geração", tampouco em substituição da "geração" antecedente pela posterior (Masson, 2015, p. 191).

Ora, perfilha por um termo ou por outro o importante é a ideia de que as gerações ou dimensões de direitos trazem a característica de evolução, de avanço, de novos direitos, de fundamentalidade.

Vale, novamente, ressaltar que os agrupamentos servem tão somente para fins didáticos, pois não há uma diferença em sua natureza, em sua estrutura, em suas finalidades. Todas as dimensões e gerações tem como fim último justamente, o ser humano, quiçá num futuro até mesmo aos animais sencientes.

Dessa forma, não adianta tentarmos diferenciar substancialmente as gerações/dimensões, visto que todas elas possuem características de fundamentalidade focada no ser humano, e o mais importante para se destacar neste trabalho, que todos os direitos, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão, custam para se manter, assim, o fator “custeio” por vezes deve ser renegado, visto que, como já dito acima, os direitos fundamentais são de extrema importância para o ser humano sem o qual se quer talvez poderia haver a garantia de uma vida digna.

O que se procurará demonstrar é tão somente de forma didática uma evolução dos direitos fundamentais, nunca se esquecendo de que todos são necessários no aqui e agora.

A primeira geração/dimensão de direitos inaugura no final do século XVIII e início do século XIX o constitucionalismo ocidental trazendo a ideia de consagração de direitos civis e políticos clássicos, ligados à ideia de liberdade.

Pode-se destacar os seguintes direitos: vida, liberdade, liberdade religiosa, associação, reunião, locomoção, propriedade, participação política, inviolabilidade de domicílio, segredo de correspondência etc. Abrange, assim, os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa.

Esses direitos se caracterizam especialmente pelo fato de serem oponíveis principalmente contra o Estado requerendo sua abstenção, ou seja, um não fazer. Por esta razão a doutrina os caracterizam como direitos de caráter negativo.

Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado (Mendes; Branco, 2015, p. 137).

Destoa, assim, essa característica individual, ou seja, pensa-se mais no direito do homem considerado de forma singular, não pensando no homem em sociedade, nas desigualdades fáticas.

Por essa mesma razão, a igualdade, por exemplo, partia do pressuposto de que todos seriam iguais, logo, não haveriam as chamadas ações afirmativas, em outras palavras, a igualdade nesta geração/dimensão seria a igualdade formal e não a material, a qual viria com a próxima geração/dimensão de direitos.

A segunda dimensão/geração busca acentuar o princípio da igualdade, pois, a humanidade percebeu que havia a necessidade de uma atuação positiva do Estado a fim de garantir a verdadeira e plena liberdade.

Logo, o que se percebe é uma atuação mais positiva do poder Estatal em prol da sociedade, sendo que se na primeira geração se tinha a necessidade da ausência estatal na segunda a presença do Estado é de vital importância. São exemplos de direitos de segunda dimensão os econômicos, sociais e culturais.

A doutrina também os denomina “direitos de bem-estar”, vez que os mesmos pretendem ofertar meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais (Masson, 2015, p. 192).

Para tanto, exigem do Estado uma atuação positiva, um fazer (daí a identificação desses direitos enquanto liberdade positivas), o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais, do cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado, tais como: saúde, educação, trabalho, habitação, previdência e assistência social (Masson, 2015, p. 192).

Cronologicamente se pode constatar que os direitos fundamentais de segunda geração teve como marco a virada do século XIX para o século XX, sendo que, as reivindicações populares exigiu esta atuação positiva do Estado a fim de que este trouxesse a justiça social.

Cada vez mais se abstraindo do indivíduo e indo para o coletivo, a terceira geração rompe fronteiras e no final do século XX traz aos direitos fundamentais a ideia de fraternidade, ante a realidade cruel de que no mundo existem países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Nisto aparecem direitos como desenvolvimento, progresso, meio ambiente ecologicamente equilibrado, autodeterminação dos povos, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, qualidade de vida, direito do consumidor, etc.

Em síntese, são direitos que não se ocupam da proteção a interesses individuais, ao

contrário, são direitos atribuídos genericamente a todas as formações sociais, pois buscam tutelar interesses de titularidade coletiva ou difusa, que dizem respeito ao gênero humano. É, pois, a terceira geração dos direitos fundamentais que estabelece os direitos "transindividuais", também denominados coletivos - nos quais a titularidade não pertence ao homem individualmente considerado, mas a coletividade como um todo (Masson, 2015, p. 192).

Alguns autores ainda alargam as gerações, mas boa parte da doutrina converge seus esforços em relação a efetividade das três primeiras gerações.

Com esse breve ementário histórico pode-se extrair então que: a) os direitos de segunda e terceira geração exigem um atuar mais incisivo do Estado, enquanto os de primeira exigem o contrário; b) os direitos de primeira e segunda geração possuem como foco o indivíduo em sua individualidade, enquanto o de terceira compreendem o indivíduo na sua coletividade; c) por fim todos os direitos fundamentais ao longo da história se tornaram essenciais ao ser humano e que para a real efetividade de um, todos devem ser efetivados, um exemplo seria garantir o direito a vida (primeira geração) através da efetividade do direito à saúde (segunda geração) que necessariamente depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (terceira geração).

1.3 As eficácias normativas dos direitos fundamentais quanto a programaticidade e sua tutela jurídica

No pós-guerra o constitucionalismo incorporou o chamado Estado intervencionista, no qual alocou ao lado dos direitos políticos e individuais regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual (Barroso, 2003, p. 118).

Dessa forma, alocaram-se normas voltadas para o presente e outras voltadas para o futuro, as quais a doutrina começou a chamar de normas programáticas. Essas normas acabariam por trazer ao Estado a ideologia, o sonho, a promessa, a esperança para a sociedade de algum dia alcançar aquele futuro tão almejado.

(..) normas programáticas exercem importante função na ordem constitucional, atuando como verdadeiras válvulas de natureza ideológica, resultando dos compromissos políticos estabelecidos por ocasião do momento constituinte com o objetivo de atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais (Sarlet, p. 2010, 266/267).

Por sua vez, Pontes de Miranda (apud, Barroso, 2003, p. 119) afirma que as normas programáticas são normas que o legislador ao invés de editar na forma de regras jurídicas de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras nas quais se haverá de orientar os poderes públicos, sendo que “a legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função”.

Alguns outros autores feito Luís Roberto Barroso, sustentam que as normas programáticas

não geram direito subjetivo na versão positiva, ou seja, na possibilidade de se exigir uma prestação, contudo, acabam por gerar um direito subjetivo negativo o que significa dizer que se poderia exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que os contravenham, logo, essas normas acabariam tão somente a trazer meros programas, sem se falar de um dever jurídico exigível, de uma obrigação e direito (2003, p. 121).

Outros, contudo, a exemplo de José Afonso da Silva afirmam que existe uma imperatividade direta como imposição aos órgãos públicos (2008, p. 155). Nesse sentido, inclusive, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa (...) “dimensão programática”, na esfera dos efeitos especialmente vinculados à dimensão jurídico-objetiva (mas passíveis de subjetivação, como igualmente se pretende deixar evidenciado), dimensão esta que não exclui necessariamente a condição de dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, não equivale (a depender da linha argumentativa trilhada) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam correspondam, na sua condição de direitos, a normas programáticas (Sarlet, 2010, p. 294).

Desta feita, mesmo quando se fala em normas de cunho programático deve-se considerá-las com força imperativa ao Poder Público, criando-se assim direitos subjetivos à prestação conforme se argumentará melhor no tópico a seguir.

1.4 A efetividade e eficácia das normas jurídicas sobre direitos fundamentais de segunda geração

Sabe-se que o artigo 5º, §1º da CRFB/88 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, contudo, ainda não é consenso em se saber ao certo qual a abrangência deste parágrafo, se é aplicável a todos os direitos fundamentais ou somente aos individuais e coletivos.

Num primeiro momento, se levar em consideração a situação topográfica do dispositivo poderia trazer à conclusão que se aplicaria somente aos direitos individuais e coletivos.

Contudo, tal conclusão destorceria a própria literalidade do dispositivo que diz de forma genérica “direitos e garantias fundamentais”, não se restringindo somente aos direitos individuais e coletivos.

Ora, concorda-se com os argumentos aventados por Ingo Wolfgang Sarlet no qual em uma interpretação sistemática e teleológica resulta na conclusão de que todos os direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais, possuem o mesmo estatuto jurídico e sujeitos ao mesmo regime jurídico (Sarlet, 2010, p. 262/263).

Todavia, os diferentes tipos de direitos fundamentais possuem certo grau de aplicabilidade e eficácia, por esta razão que o constituinte delega em diversas vezes a concretização de certo

direito ao legislador.

A possibilidade de ineficácia das normas de direito fundamental é reafirmada ante a existência de institutos como Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois, veja, o próprio texto constitucional afirma a possibilidade de direitos fundamentais carecerem de regulamentação infraconstitucional.

Todavia, se criou esses institutos para se buscar a eficácia da norma constitucional, mostrando, assim, que há como se perseguir direitos mesmo que careçam de certa aplicabilidade direta.

Além do mais, em uma análise completa da Carta se verifica a resiliência da CRFB/88, pois, consegue-se buscar fundamento para os diversos momentos políticos e econômicos do país, adequando-se, com certa facilidade, o texto de 1998 aos problemas presentes.

Contudo, mesmo ciente das limitações da aplicabilidade direta de alguns direitos sociais deve-se sempre partir do primeiro pressuposto da aplicabilidade total, sob pena de fazer letra morta o §1º do art. 5º. Dessa feita, pode-se, sem sombra de dúvidas buscar a proteção de direitos como os sociais através do judiciário, os quais não obstante serem normas de caráter programático por força do artigo 5º §1º da CRFB/88 e dos remédios constitucionais acima mencionados traz o interesse de agir e a possibilidade de se pugnar em juízo sua eficácia e efetividade.

Todavia, leve-se em conta questões de cunho econômico em especial modo em relação à reserva do possível, mas para abalar a presunção de aplicabilidade direta deve-se antes de tudo ter um estudo sério e real quanto aos efeitos da decisão e da verdadeira falta de recurso do Estado, não podendo, sob pena de delegação de responsabilidade, punir o indivíduo por conta de uma má-gestão, desvio de verba pública ou mesquinhez do administrador em não querer efetivar os direitos fundamentais.

Logo, a medida da efetividade e eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão sempre parte do pressuposto da busca de sua máxima aplicabilidade. Isto, em sentidos práticos, resulta na possibilidade do indivíduo litigar buscando a proteção e efetivação de direitos como a saúde perante o judiciário.

Cabe ao Estado comprovar de forma clara e conclusiva que não possui capacidade de arcar com a efetivação dos direitos invocados pelo indivíduo e mais, possui o ônus de comprovar que não ocorre má-gestão, desvio, ou qualquer outra conduta que impacta de forma negativa seu orçamento.

Somente assim se poderia falar na real Reserva do Possível, pensar de modo distinto é o mesmo que punir o indivíduo o qual não contribui para as dificuldades orçamentárias da máquina estatal, é punir este indivíduo por não possuir recursos e que esperançoso aguarda o cumprimento das promessas constitucionais, e que por vezes se vê largado à própria sorte quando se faz

necessária a atuação de seu Estado-Juiz.

2. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Entre os temas mais intrigantes dos direitos fundamentais é o fato de até onde se pode esperar do Estado para que se efetive direitos.

Sabe-se que os direitos fundamentais estão diuturnamente em crescimento e que a necessidade humana não encontra fim, logo, utópico seria pensar que deve o Estado efetivar todos os anseios e necessidades do ser humano, visto que nenhum Estado teria patrimônio e renda suficiente para tal mister.

Ao pensar neste fato a doutrina concentrou-se na dignidade da pessoa humana e retirou aquele rol de direitos sem o qual o ser humano não viveria com dignidade, o que se passou a chamar de mínimo existencial.

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a existência de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. (Leivas, 2006, p. 135).

Assim, foi no Tribunal Constitucional Alemão que se extraiu da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da integridade física a obrigação do Estado em se efetivar o mínimo, não podendo este se escusar de realizá-lo.

O doutrinador Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2007, p. 67/68) ao denominar o mínimo existencial de piso vital mínimo afirmou que seria o mínimo de se exigir do Estado e este mínimo estaria previsto no artigo 6º da Constituição.

Ora, o que se nota é que o mínimo existencial é vai “além do mínimo vital estrito” (Gouvêa, 2003, p. 263), não bastando que se deixe viver, mas que se faça viver com dignidade. Em outras palavras, “mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável” (Clève, 2003, p. 27).

Por outro lado, como já dito acima, não se pode esperar tudo do Estado, pois existe parcela de direitos que não há como se efetivar por falta de recursos financeiros; todavia, como aponta Canotilho, as limitações para a efetivação de um direito deve ser real, pois “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídico” (Canotilho, 1998, p. 477).

Portanto “reserva do possível” busca identificar as especificidades econômicas das limitações dos recursos disponíveis em face das necessidades, que são quase sempre infinitas; tendo em vista que as possibilidades possuem limites materiais (Barcellos, 2002, p. 236).

Contudo, para a aplicação da reserva do possível há de se ter um sustentáculo econômico e mais este não pode servir de óbice para o mínimo existencial, pois este é a medida da aplicação daquele.

Logo, sendo contido o direito à saúde no mínimo existencial não se há que se falar em aplicar a teoria da reserva do possível e mais, conforme se argumentará abaixo não há se quer situação fática que endossa a sua aplicação na sociedade brasileira.

3. O IMPACTO FINANCEIRO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os direitos não são frutos que nascem em árvores, logo, sua realização demanda planejamento de custos em relação ao Poder Público, em maior ou menor grau. Por óbvio esses custos dos direitos devem ser bem estruturados a fim de garantir-lhes eficiência e status de investimentos, do contrário podem facilmente afetar a economia e a saúde financeira estatal carreando prejuízos aos cofres públicos e à sociedade, reforçando o estigma desse tipo de custeio como sendo “gasto público”.

Logo, o planejamento, o qual segundo o direito econômico é obrigatório para o Estado e facultativo para o particular, tem seu objetivo manter o Estado economicamente saudável, com o pensamento sempre no futuro.

Destarte, uma administração correta e constitucionalmente válida está voltada na busca da melhor forma de atender sua população presente e futura, e para tanto há a necessidade de um bom planejamento que atenda de forma satisfatória toda a sociedade.

Nesta seara surge a indagação quanto ao orçamento público frente à efetivação dos direitos de segunda geração, em especial o direito à saúde, através do judiciário. Não estaria ele, o judiciário, acabando com este planejamento?

Essa indagação põe em análise a própria função do judiciário para a política. Para tanto Levy, Spiller e Noll trouxeram uma noção de que o judiciário deveria garantir a estabilidade dos compromissos e o cumprimento dos contratos e impedir a expropriação regulatória do oportunismo governamental (Silva; Júnior, 2009, p. 105).

Contudo, como já notado neste trabalho, o judiciário está diuturnamente cada vez mais chamado a intervir em campo que em um primeiro momento não seria de sua esfera de atuação.

Ultrapassa-se, assim, por vezes a ideia de legislador negativo em um controle de constitucionalidade indo em direção à feição de um administrador, traçando políticas públicas e modificando as já existentes, em outras palavras, por vezes o judiciário é chamado a deliberar sobre políticas públicas substituindo a vontade dos outros órgãos políticos.

Os economistas e cientistas políticos chamam essa interferência de “custo do judiciário”,

ora, na formulação de uma política pública há inegável impacto no mercado, assim, os agentes econômicos planejam sua atuação conforme o comportamento governamental, no momento em que o judiciário acaba interferindo neste planejamento acaba impactando a atuação desses agentes econômicos. Nisto, alguns autores entendem que a atuação do judiciário poderá ser nocivo ao mercado, a depender do grau de interferência, em especial na política regulatória (Silva; Júnior, 2009, p. 109).

Todavia, defende-se que se por um lado na política regulatória há um pretense impacto aos agentes econômicos, quando se trata de políticas públicas esse impacto não é tão sentido, visto que se está a se tratar de um campo no qual precipuamente cumpre à administração atuar.

Assim, qual o real custo das decisões nas políticas públicas? Está a se aplicar o mínimo na saúde? Existe realmente impacto orçamentário? A falta de dinheiro deve à efetivação do direito à saúde ou existem outros fatores?

À título de exemplo, notamos o caso do Município de Cachoeira do Sul:

Observa-se que o valor utilizado para o cumprimento de decisões judiciais não representa 1% do valor empenhado para a saúde. Deste percentual, foram efetivamente pagos (última fase da execução da despesa) R\$ 241.700,80 (duzentos e quarenta e um mil, setecentos Reais e oitenta Centavos). Deste pagamento total, R\$ 28.667,22 (vinte e oito mil, seiscentos e sessenta e sete Reais e vinte e dois centavos) foram destinados à aquisição de medicamentos e R\$ 213.033,58 (duzentos e treze mil, trinta e três Reais e cinquenta e oito Centavos) foram destinados a procedimentos médicos/terapêuticos - anexo I (Alves, 2014, p. 16).

Agora há de se pensar, os direitos à saúde que se ligam inevitavelmente à vida do ser humano há como se postergar sua efetivação?

Ora, inegavelmente que não, pois, ao postergar a efetivação do direito à saúde inevitavelmente levará o indivíduo à óbito e todos os seus direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado encontrará seu fim, pode-se concluir, portanto, que os direitos à saúde são imposteráveis.

No próximo tópico será analisado como há uma impossibilidade em se falar da reserva do possível ante a inegável má gestão da política pública.

4. A INCOERÊNCIA DO SISTEMA. A MÁ GESTÃO DO DINHEIRO PÚBLICO E A PENALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO

Existe certa incoerência com a eventual aplicabilidade da teoria da reserva do possível em um país como o Brasil no qual é notória e perceptível a má-gestão do dinheiro público agravada por atos de corrupção, sonegação de impostos e ingerência administrativa.

Obviamente, quando se fala em má-gestão, desperdício, corrupção, reflexos surtirão em relação à eficiência de políticas públicas. A par disso, questiona-se: A imposição do direito à saúde é o que realmente impacta no orçamento público?

É certo que a doutrina já reconhece a existência de uma interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Nesse sentido, a recente experiência brasileira indica um significativo grau de ativismo de juízes, implicando sobre o impacto das cortes no ciclo de políticas, seja no momento da implementação, seja até mesmo nas opções no âmbito da formulação. Decisões judiciais que asseguram a distribuição gratuita de remédios a pacientes do sistema público de saúde demonstram a atuação do Judiciário não apenas como centro de regulação e de controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, mas como arena decisória (reativa e pró-ativa), com relevante capacidade de alterar o conteúdo das políticas públicas (Silva; Júnior, 2009, p. 105)

Contudo, a interferência por vezes é alvo de acirradas críticas, mas argui-se, será realmente maléfica essa interferência?

No tópico acima ficou demonstrado que aquelas ações que buscam garantir direitos fundamentais não têm o condão de, sozinhas, impactarem o orçamento público de forma tão gravosa como indica o senso comum.

Nesse sentido foi a louvável decisão do magistrado Richard Robert Fairclough da 2ª Vara Cível de Itaguaí/RJ nos autos sob nº 0005973-29.2018.8.19.0024 no qual deferiu liminar a fim de obstar que o Município gastasse R\$ 6,2 milhões na contratação de atrações para a Expo Itaguaí 2018, alegando, em parte de sua decisão o seguinte “é pública e notória, também com ampla divulgação na mídia, a trágica situação financeira de Itaguaí, com reflexo direto no pagamento dos servidores, nas escolas, e principalmente na rede de saúde municipal”.

Neste sentido, apontam Aloísio Milani e André Deak:

A corrupção ou a má gestão de recursos públicos no Brasil não podem ser medidas. Mas todo o dinheiro público que escorre em pagamentos de propinas, sobrepreços, má execução de obras e enriquecimentos ilícitos pode ser visto como a ponta do iceberg. Ou, talvez numa metáfora mais indicada, apenas como o cheiro do ralo. As instituições têm condições de combater a corrupção, mas o problema é que ela está muito enraizada em praticamente todos os setores da vida pública brasileira (Milani; Deak, 2007, *online*).

Dessa forma não se pode delegar à população as mazelas do sistema político, pois, em um primeiro momento é a sociedade que é vítima da corrupção, da má-gestão, dos gastos exagerados, e caso lhe seja negado e não efetivados seus direitos, em especial através do judiciário, é penalizar novamente a sociedade, o indivíduo, a população, sendo que o problema não está em se efetivar direitos, mas em bem gerir a máquina pública, logo, não é deixando de efetivar direitos que se corrigirá os desvios sociais, mas sim fiscalizando, punindo e agindo de forma satisfatória contra atos corruptos, contra má gestores, contra o desperdício que se poderá ter algum resultado positivo para a sociedade e o erário.

Assim, neste momento, diante todo o exposto conclui-se que é inviável, injustificável e inaplicável para o Brasil a teoria da reserva do possível.

CONCLUSÃO

Em que pese à falta de estudos mais bem elaborados que demonstrem de forma clara e precisa os reais impactos financeiros e orçamentários da efetivação do direito à saúde sem a baliza do “princípio da reserva do possível”, o presente trabalho buscou demonstrar a sua inaplicabilidade quando o assunto em pauta é “Saúde”, uma vez que a previsão orçamentária do Estado não retira a obrigação constitucional e legal dos entes públicos de terem de garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Com base nisso, buscou-se esclarecer então, que a reserva do possível não pode ser encarada como “carta branca” a legitimar ou justificar a omissão ou má atuação daqueles gestores e administradores públicos que, por incompetência, insensibilidade e ou falta de comprometimento com a Máquina Pública e com bem estar social, continuam a ignorar demandas sociais que demonstram situações reais de degradação da dignidade humana.

De igual maneira, o estudo demonstra que mesmo quando a hipótese visa garantir a efetivação de direitos fundamentais necessários à preservação da saúde e da dignidade do indivíduo, tal princípio/teoria continua sendo invocado pelos gestores públicos como uma lógica do razoável para a efetivação de direitos pautada no mínimo existencial.

Desta feita chama-se a atenção para o fato de que a escusa da “limitação de recursos orçamentários” não raras vezes é utilizada como jargão sempre que o administrador/gestor público tem a intenção preferir prioridades constituídas constitucionalmente e legalmente em benefício de interesses e prioridades particulares, sobrepondo muitas vezes interesses eminentemente políticos às necessidades realmente urgentes da coletividade.

Assim, ao levar em conta a complexa realidade social brasileira, o presente estudo, indica que a prestação de serviços de saúde com qualidade não é uma opção dada ao governante, não sendo, portanto, resultado de um juízo discricionário ou algo dependente pura e simplesmente da vontade política. Para tanto, ressalta que o Direito à Saúde, por ser um direito fundamental intimamente ligado à dignidade humana, não pode sofrer limitações em virtude da ingerência por parte de quem está à frente da Máquina Pública.

Por fim, ressalta que negar o direito à saúde sob o fundamento de uma reserva do possível equivale, sobretudo, num país tão desigual e de dimensões continentais feito o Brasil, penalizar duplamente a sociedade, em especial aqueles indivíduos que já se encontram vulnerabilizados e mais potencialmente dependentes do Estado para continuarem vivos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. O direito à saúde entre judicialização e ativismo judicial: um estudo

sobre o impacto das demandas judiciais individuais no orçamento do município de Cachoeira do Sul. Artigo de conclusão de especialização em Gestão Pública Municipal da UFSM, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In: Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

FERNANDES, Bernardino Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPODIVM. São Paulo, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LAZARI, Rafael de. Manual de direito constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILANI, Aloisio; DEAK, André. A má gestão no Brasil: R\$ 1 de cada R\$ 3 tem irregularidades. Disponível em: <rollingstone.uol.com.br/edicao/15/a-ma-gestao-no-brasil-r-1-de-cada-r-3-tem-irregularidades>. Acesso em: 20 jul. 2018.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Público*. A1. N. 03. Out/dez 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Rafael Silveira e; JÚNIOR, Álvaro Pereira Sampaio Costa. Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória? *In: Cad. Fin. Publ.*, Brasília, n. 9, dez. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações

entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

O PODER PÚBLICO E A EFETIVA GARANTIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL SOBRE AS INUNDAÇÕES E ALAGAMENTOS NAS CIDADES BRASILEIRAS

Matheus das Neves VIDAL¹

RESUMO

Por meio da presente pesquisa científica será abordado diversos assuntos de importância social e jurídica. Será disposto sobre a relação entre os direitos fundamentais e a responsabilidade estatal para com a garantia de tais direitos e a possibilidade de sua mitigação impulsionada pelos eventos climáticos. O presente artigo abordará a explicará ao leitor o que são os direitos fundamentais, suas dimensões, características, a dignidade humana e o que o estado deve fazer para garantir tais direitos mesmo com eventos climáticos catastróficos que produzem inundações, enchentes e alagamentos. Neste trabalho, será disposto casos práticos e apresentação de modelos de situações que o estado poderá tomar e com isso mitigar as afrontas aos direitos fundamentais, como a dignidade humana, saúde, moradia, segurança e demais.

PALAVRAS-CHAVE: Eventos climáticos. Direitos fundamentais. Garantia. Dignidade humana. Responsabilidade estatal.

ABSTRACT

Through this scientific research, several issues of social and legal importance will be addressed. It will address the relationship between fundamental rights and the state's responsibility to guarantee such rights and the possibility of their mitigation driven by climate events. This article will address and explain to the reader what fundamental rights are, their dimensions, characteristics, human dignity and what the state must do to guarantee such rights even with catastrophic climate events that produce floods, floods and floods. In this work, practical cases will be presented and models of situations that the state can take and thereby mitigate infringements on fundamental rights, such as human dignity, health, housing, security and others, will be presented.

KEYWORDS: Climatic events. Fundamental rights. Guarantee. Human dignity. State responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa tecer comentários e explicações sobre os direitos fundamentais e os eventos catastróficos climáticos envolvendo enchentes, inundações e alagamentos nas cidades brasileiras.

É salientável que o operador do direito tem o papel na sociedade, de investigar e estudar os fenômenos sociais e a possibilidade de o direito intervir para que se tenha uma sociedade mais justa, solitária e com direitos garantidos de modo eficaz a toda a população.

Em razão de tais premissas, existe a problemática do artigo, sendo a responsabilidade

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail matheusvidal@toledoprudente.edu.br

estatal para que se mantenha e garanta os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal a todos os cidadãos, mesmo em situações de calamidade pública em razão de eventos climáticos severos que são cada vez mais constantes na sociedade brasileira.

De início, nota-se que, os eventos climáticos como as chuvas torrenciais em grande escala são constantes no Brasil, isso em razão de fatores geográficos e em razão do clima temperado. Contudo, apesar de ser uma constante, os problemas decorrentes destes eventos são amplos, sendo a perda humana, social, econômica, cultural, educacional e demais, afrontando os direitos fundamentais.

Existe então a responsabilidade estatal para a manutenção dos direitos fundamentais, como a moradia, saúde, educação e dignidade humana como um todo. Em razão disso, a pesquisa tem o objetivo de esclarecer ao leitor quais são os direitos fundamentais, os apresentando e indicando pontos importantes, além de indicar a responsabilidade estatal para a garantia a dignidade humana.

No que se segue, será discorrido sobre as teorias acerca das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, explicando cada qual com as características destes direitos importantes para a manutenção da dignidade humana.

Em seguida, o trabalho apresentará os principais eventos climáticos decorrentes das chuvas que ocorreram nos últimos anos em solo brasileiro, bem como, apresentação de dados e características, dispendo das regiões afetadas e como a sociedade tem influência em conjunto com o governo. A vulnerabilidade e desigualdade social, verbas estatais para prevenção e obras de ajustes para casos de inundações serão apresentados e descritos.

Por fim, será apresentado o modo que a constituição protege os direitos fundamentais, alinhando ao tema e as possibilidades que o estado possui para melhorar a situação atual decorrente de eventos climáticos devastadores e garantia efetiva aos direitos fundamentais para a dignidade humana.

O método utilizado será o dedutivo, baseado em livros, artigos jurídicos, legislação e ideias especializadas na problemática, buscando promover uma visão ampla e crítica ao leitor sobre o referido tema de extrema importância social e jurídica para a sociedade.

1. APRESENTAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem a devida acuidade no sistema jurídico brasileiro e mundial. Subjetivamente, tais direitos são primordiais para que a humanidade tenha o ínfimo necessário de decência e dignidade humana. Por percepção objetiva, os direitos fundamentais fazem parte da base jurídica, originando demais direitos.

Como conceituação de direitos fundamentais, o autor Guilherme Penã de Moraes, dispõe

que, “Os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade” (Moraes, 2022, p. 137).

Ainda como conceituação, para o autor Rodrigo Padilha, “Os direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual” (Padilha, 2019, p. 235).

Como antecedentes históricos dos direitos fundamentais, é verificado que em tempos primórdios os seres humanos viviam isolados e passaram com o tempo a conviver em conjunto e formar tribos, dando início as primeiras civilizações. Junto ao início civilizatório, regras de convivência tiveram suas introduções, em um primeiro ponto como os princípios costumeiros e após isso, com a regras escritas e compiladas.

O código de Hamurabi é considerado um dos primeiros conjuntos de leis escritas, datado de 1.792 e 1.750 A.C na Mesopotâmia, tendo por base a lei de Talião, fazendo uma punição ao infrator semelhante à do ato criminoso, dando a caracterização do famoso ditado “olho por olho e dente por dente”.

Após a introdução a considerada primeira compilação de leis e ordens a serem promovidas pelos indivíduos em sociedade, os direitos foram se amoldando de acordo com as evoluções sociais, algo que permanece vivo atualmente. Junto a tais evoluções, séculos após o referido código presente na Mesopotâmia, a revolução Francesa estabeleceu seus três principais pilares, como sendo o lema “Liberté, égalité et fraternité”, criando consigo bases importantes para os direitos fundamentais, sendo a liberdade, igualdade e fraternidade. Durante a revolução Francesa, em 1.789 foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dando característica internacional aos direitos importantes para a dignidade humana.

Nesta seara, torna-se importante entender que tais direitos são entendidos como direitos humanos e direitos fundamentais, tendo uma breve distinção entre tais. Veja-se que, a doutrina classifica os direitos humanos como os direitos fundamentais a dignidade humana estabelecida em tratados internacionais e ou documentos internacionais, visando a relação entre estado para com estado e relação entre estado e pessoas. Os direitos fundamentais são os descritos nas cartas internas de cada estado, como o ordenamento jurídico brasileiro que estabelece tais direitos na Constituição Federal.

Podemos afirmar que direitos humanos são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas, bem como obrigam o Estado a realizar prestações mínimas que assegurem a todos existência digna (direitos sociais, econômicos, culturais) (...)

Por sua vez, direitos fundamentais são aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa

humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país. (Martins, 2024, p.310).

Verificada a criação e os estabelecimentos dos direitos fundamentais como sendo aqueles direitos de modo intrinsecamente importantes para a dignidade humana, torna-se necessário seu desentranhamento e explicação de suas dimensões e características.

1.1. Dimensões e Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são estabelecidos em dimensões ou gerações. Por critério etimológico a doutrina atual tem tendência de uso do termo dimensões ao invés de gerações, pois o termo dimensão não exclui direitos anteriores. Gerações de direitos fundamentais promove o entendimento de que um direito passa por outro. O autor Rodrigo Padilha, diz que:

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões. Cada dimensão foi construída e conquistada em determinado momento histórico; por isso, por vezes recebe o termo “geração”. Porém, este termo pode induzir ao entendimento de que uma geração sucede a outra, o que não é verídico. Na verdade, cada dimensão (ou geração) acresce a outra, formando o conjunto de direitos fundamentais que atualmente concebemos. (Padilha, op.cit, p.242).

Preliminarmente as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais são baseadas no lema da revolução Francesa, sendo a liberdade, igualdade e fraternidade. Como critério exemplificativo, a liberdade é baseada no direito e dever de abstenção do estado, ou uma necessidade negativa em que o estado tem limites impostos para não mitigar a liberdade individual, direito a vida, inviolabilidade, propriedade e demais.

A segunda dimensão de direitos fundamentais é relativa a igualdade, versando sobre direitos inerentes a condições sociais, sendo uma prestação positiva por parte do estado. Os direitos a saúde, educação, trabalho, aposentadoria e demais são exemplos desta dimensão.

Os direitos presentes na terceira dimensão são aqueles que dizem respeito a fraternidade difusos, como por exemplo, a paz, solidariedade e desenvolvimento. Tais direitos são inerentes a coletividade determinável ou indeterminável. No ordenamento jurídico a constituição federal estabelece no art. 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como sendo exemplo de terceira dimensão de direitos fundamentais.

A quarta dimensão possui divergência doutrinária. Para a doutrina de Norberto Bobbio a quarta dimensão é direcionada ao biodireito e biotecnologia, relacionando-se diretamente com a engenharia genética e pesquisas com células-tronco. Contudo, existe doutrina diversa sendo a estabelecida por Paulo Bonavides, esclarecendo que, na sua visão a quarta dimensão de direitos fundamentais é relativa a democracia e informação.

Os direitos de quinta dimensão são aqueles referentes ao ambiente do direito cibernético,

preocupando-se com questões sobre o direito autoral na internet, por exemplo. Por fim, os direitos de sexta dimensão são aqueles que condizem com a busca pelo direito a felicidade, mas em contraponto, existe doutrina que classifica a sexta dimensão de direitos fundamentais como a busca por água potável.

Como características principais dos direitos fundamentais é visto que são relativos, universais, vinculantes e imprescritíveis. Para melhor visualização o autor Rodrigo Padilha, assevera como caracterizações que:

- a) extrapatrimonialidade, uma vez que não são direitos mensuráveis economicamente;
- b) universalidade, pois são aplicados a todos, indistintamente;
- c) inalienabilidade, na medida em que são direitos inegociáveis e intransferíveis, não podendo vender, doar ou ceder os referidos direitos a qualquer título;
- d) imprescritibilidade, posto que não se extinguem pelo desuso, inércia;
- e) irrenunciabilidade: é possível deixar de exercer estes direitos, mas renunciá-los, nunca. Um lutador de boxe, por exemplo, abre mão, por tempo determinado, à sua integridade física; porém, a qualquer momento, pode parar de lutar e fazer valer o direito que lhe é inerente;
- f) vinculantes – os poderes públicos devem observar as normas supremas da Constituição, notadamente seus direitos fundamentais;
- g) interdependência – o gozo das liberdades públicas não exclui o exercício de outros direitos, pelo contrário, o usufruto de um direito fundamental pressupõe o gozo simultâneo de outros ou mesmo de todos os direitos fundamentais;
- h) indivisibilidade – todos os direitos fundamentais são merecedores de igual tratamento; não tem como se pensar em igualdade sem falar de liberdade e assim por diante;
- i) historicidade: significa que os direitos fundamentais são históricos, surgiram emblematicamente com a revolução burguesa e evoluíram no correr dos tempos. (Padilha, op.cit, p.239).

Os direitos fundamentais possuem uma característica extremamente importante que é a relatividade, ou seja, não são absolutos. Para o autor Pedro Lenza, “limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses”. (Lenza, 2023, p.560). Para fins de exemplificação, é recorrente o exemplo o direito de propriedade e o direito do estado a desapropriação, evidenciando o referido relativismo.

Além disso, os direitos fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal, como sendo respectivamente a relação estado e indivíduo, bem como, a relação entre indivíduo e indivíduo, sempre visando manter a dignidade humana. As características citadas induzem ao entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, mas de acuidade ampla para a sociedade e ordenamento jurídico.

1.2. Constituição brasileira e os direitos fundamentais

Em um contexto mundial, os direitos humanos e fundamentais passaram a ter maior acuidade no período pós-segunda guerra mundial, devido à preocupação que se gerou com a guerra e a necessidade de se manter a paz mundial. Na sociedade brasileira antes a constituição de 1988 passava por um momento de ditadura militar e violação dos direitos humanos e fundamentais. Nas

palavras do autor George Marmelstein “Como se sabe, toda Constituição é fruto de uma ruptura com o passado e de um compromisso com o futuro. Ela rompe com o passado, revogando a ordem jurídica anterior, e faz surgir em seu lugar outro sistema normativo, calcado nos novos valores que inspiraram o processo constituinte” (Marmelstein, 2019, p.63).

A Constituição Federal brasileira dirige os direitos fundamentais em diversos artigos. O artigo mais amplo com tais direitos sem dúvidas é o artigo 5º e em seu preâmbulo dispõe que: “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).

Além disso, é tido como objetivos da República Federativa do Brasil, o desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza, dentre outros. Nesta carta de direitos ainda é estabelecido as cláusulas pétreas que são as descritas no art. 60, § 4º da Constituição, dispondo de direitos que não podem ser abolidos do ordenamento jurídico brasileiro, e dentre estes, os direitos e garantias individuais que são amistosos dos direitos fundamentais. No mesmo modo, o art. 225 estabelece o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Ademais, o art. 4º da Constituição dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos que basicamente são sinônimos de direitos fundamentais, mas descritos em documentos internacionais. É visto ainda que os direitos fundamentais são alastrados em todo o texto legal constitucional.

Os direitos fundamentais são fundamentalmente os direitos presentes no ordenamento jurídico e que tenha importância para a garantia da dignidade humana. Para o autor Guilherme Penã de Moraes:

Secundariamente, considerando a norma veiculada pelo art. 5º, § 2º, a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição da República não é taxativa, uma vez que não se excluem outros, decorrentes ou implícitos, que defluam dos princípios informativos do sistema de Direito Positivo, à vista da “cláusula de abertura” sob exame. (Moraes, op.cit,p.138).

É entendível que os direitos fundamentais além de serem alastrados, são ainda, de diversas nomenclaturas e terminológicas, sendo descritos ora como direitos fundamentais, ora como garantias fundamentais ou direitos e deveres individuais.

Diante aos esclarecimentos dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira, deve ser dado continuidade a temática adentrando em análise de casos práticos para melhor visualização da problemática.

2. EVENTOS CATASTRÓFICOS NATURAIS: ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

Na sociedade brasileira, devido à localização geográfica, o clima tropical promove a

grande diversidade climática, tendo em um único país, dias frios, chuvosos, com temperaturas altas e ventanias. O temperamento climático brasileiro traz consigo chuvas em grande escala, sendo algo recorrente na sociedade brasileira e consigo leva em decorrência a necessária implantação de medidas para a garantia de direitos fundamentais.

Para melhor visualização temática é necessário o esclarecimento de pontos cruciais que serão percorridos a seguir.

Preliminarmente deve ser diferenciado os termos enchente, alagamento e inundação. A enchente é a caracterização da elevação do nível da água para além do seu nível normal. A autora Elisa Francioli Ximenes, diz que “Enchente é uma palavra que aparece a partir do século XVI no Brasil, vinda da palavra —encher¹ que por sua vez deriva da palavra em Latin —implerê que quer dizer saturar, completar, prover abundantemente, preencher um lugar” (Ximenes, 2010.p.11).

Os termos alagamento e inundação remetem a modificação feita pelo homem ao solo. Deste modo, veja-se que:

(...) para inundação e alagamento como sendo um fenômeno oriundo da modificação humana do uso do solo. De fato, a definição de alagamento está relacionada às ações humanas como a expansão urbana sem planejamento, comprometendo o caminho das águas devido à má drenagem e a ausência de escoamento (Ximenes, *ibid*, p.106).

Perpassado por tais diferenciações de termos, é de se considerar que os alagamentos e inundações são causados por modificações humanas e tais alterações podem ter causas diversas, dentre estas as desigualdades sociais.

Não é inovação dizer que a desigualdade social é presente em grande escala na sociedade brasileira, mesmo a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais serem declarados como objetivos do Estado presente na Constituição Federal estabelecidos desde sua promulgação em 1988.

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), feitos especificamente em 2010 onde foi constatado que mais de 8 milhões de brasileiros viviam em áreas com riscos de enchentes e deslizamentos de terras (IBGE, 2010, n.p). O referido instituto assevera que tais dados se concretizam em razão de condições geográficas e que as áreas com menores índices de população são os vales e encostas de morros, sendo ocupadas em sua maioria pela parte populacional com baixa renda, evidenciando os aspectos da desigualdade social e seus impactos alinhados a problemática das inundações.

Recentemente a sociedade brasileira foi assolada com diversos casos de enchentes presentes na mídia. Para fins de exemplificações são evidenciados os casos como em 2022 a qual mais de 11 ocorrências de grande escala envolvendo enchentes e inundações foram presentes em diversos pontos do Brasil. No estado do Espírito Santo as cidades de Itatiba, Guaçuí e Castelo foram

as mais atingidas. Já no Rio de Janeiro a cidade de Petrópolis foi atingida em larga escala. Pernambuco e Alagoas neste mesmo ano de 2022 foram alvo de grandes eventos climáticos com alagamentos, deixando ao menos 132 mortos e mais de 50 mil pessoas atingidas.

No ano de 2023, o Brasil foi igualmente atingido por inúmeros casos de eventos climáticos, como chuvas torrenciais. Segundo dados do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, o Cemaden (Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais), registrou o maior número de ocorrências relacionadas a desastres no Brasil em 2023 (CEMADEN, 2024.n.p).

Ademais, no corrente ano de 2024, as chuvas no Rio Grande do Sul provocaram perdas gigantescas, contendo segundo a defesa civil gaúcha, 478 municípios afetados, 2.398.255 pessoas afetadas, 806 feridos, 33 desaparecidos, 179 óbitos (Defesa Civil RS, 2024, n.p). Com base nos dados, veja-se que as perdas são humanas, pessoais, econômicas além de ter alterações geográficas populacionais.

Contudo, estes casos remetem apenas ao período superior a 2020, mas os dados históricos dispõem que casos de inundações e alagamentos são recorrentes a séculos. No estado do Rio de Janeiro, existem relatos de inundações desde 1575.

Com base nos dados apresentados, torna-se notável o entendimento de que os casos de inundações e alagamentos na sociedade brasileira são recorrentes, escancarando a problematização da necessidade de políticas públicas e adequações sociais para fins de mitigar os efeitos de tais eventos catastróficos.

2.1 A Responsabilidade Estatal

Por derradeiro a apresentação de casos envolvendo inundações, alagamentos e enchentes, a desigualdade social e a habitação humana possuem a devida acuidade a ser analisada, pois evidenciam a problemática da mitigação dos direitos fundamentais e a responsabilidade estatal para com estes.

A Constituição Federal brasileira possui como uma de suas características os direitos fundamentais, tendo por exemplo, a dignidade humana, garantia da paz, segurança, saúde, educação e demais direitos. Contudo, não basta apenas os dirigir, devendo o estado promover a busca pela efetiva garantia destes direitos.

Anteriormente a isto, em tempos antigos, o Estado apenas se preocupava com a garantia da segurança populacional devido a ameaças externas de outros estados/nações. Apenas com a criação do modelo liberal e baseado na liberdade humana o estado passou a buscar a efetivação 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. 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. Mas nem sempre foi assim (Fonte, 2021, p.29).

Visto que, o estado deve garantir os direitos fundamentais, alinhando isso aos casos de inundações, alagamentos e enchentes, os direitos a saúde, moradia, e por decorrência, outros direitos como a paz e educação, torna-se mitigados com estes eventos climáticos.

A moradia é um dos direitos básicos da população, e possui na sociedade brasileira a característica geográfica da localização remetendo a dois pontos específicos que podem contribuir com os eventos climáticos. Um dos pontos é que, as cidades desde os tempos antigos foram construídas próximas a rios e lagos, visto que a água é uma necessidade humana para a alimentação, higiene, irrigação de plantações e demais. O segundo ponto é que, atualmente a população tem grande densidade e o estado tem o conhecimento de que se torna perigoso a moradia sem planejamento próxima a água, vales e demais localidades de perigo eminente.

Relacionado a falta de planejamento estratégico para as moradias, tem-se outro direito fundamental que possui influência para a temática, sendo a má distribuição de renda. A sociedade brasileira possui uma escassa fatia com os maiores recursos financeiros, tendo a outra grande maioria apenas a condição financeira para a sobrevivência, onde por decorrência, tem menor índice de acesso à educação e com isso menor qualificação profissional, aumentando os níveis de desigualdade social. Com tal ambiente desigual, a população com menor ganho financeiro faz suas moradias em áreas remotas, com preço menor por terreno e em razão disso, em locais com perigos eminentes de serem atingidos por eventos climáticos, como as encostas de morros ou moradias muito próximas a rios.

Além disso, a Carta magna brasileira em seu artigo 196 estabelece o direito a saúde. “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Os problemas relacionados a estes eventos climáticos provocam problemas para população muito além da mitigação a moradia, tendo ainda, a violação a saúde, pois os ambientes afetados por inundações possuem a possibilidade de transmissão de doenças, como por exemplo, a leptospirose, hepatite A, entre outras.

A Constituição Federal dispõe dos direitos fundamentais de modo esparso em seu texto legal, sendo alguns descritos no artigo 5º, outros nos direitos sociais do artigo 6º e em demais artigos como o 196 que como dito anteriormente tratada da saúde.

Há quem pense que os direitos do art. 5º são os únicos direitos fundamentais existentes na Constituição de 88 ou então que são os mais importantes. Grande equívoco. Nem são os únicos nem os mais importantes.

Na verdade, conforme já se afirmou, os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos interdependentes e indivisíveis. Não basta proteger a liberdade sem que as condições básicas para o exercício desse direito sejam garantidas.

Por isso, o constituinte brasileiro foi bastante feliz ao positivizar, junto com os demais direitos fundamentais, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, que são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna (Marmelstein, op.cit, p.195).

Então, pode se sintetizar que, os direitos fundamentais são descritos em diversos artigos constitucionais e são além de apenas buscar e dirigir direitos como a liberdade individual, tendo várias dimensões fundamentais. Além disso, os eventos catastróficos climáticos trazem por decorrência a possibilidade de mitigação destes direitos que devem ser mais do que apenas descritos e sim efetivados pelo estado.

Existem diversos caminhos a serem percorridos para a garantia destes direitos fundamentais que são de responsabilidade do estado os manter, e como dos caminhos, pode ser citado o planejamento urbano e rural que deve ser feito pelo estado. A idealização referida se preocupa em estudar e desenvolver projetos para a ordenação do crescimento das cidades e regiões rurais, usando mapeamento e profissionais especializados para a solução de problemas e atuação preventiva para que não tenha novos problemas relacionados a moradias em locais inapropriados com possibilidade de inundações e alagamentos. O planejamento urbano deve se preocupar com o meio ambiente saudável e desenvolvimento sustentável, econômico e social das cidades e áreas rurais.

Para que se tenha o planejamento referido, deve ainda ser acompanhado de investimentos governamentais suficientes, apresentando projetos e planos de infraestrutura para prevenção a inundações, alagamentos e enchentes, tendo modos de evacuação da água de modo célere para menor afetação da população.

Promoção de políticas públicas para erradicação da pobreza e desigualdade social, mitigando a influência deste problema com o local de moradia de pessoas com menor nível financeiro.

É de se entender que o estado possui os direitos fundamentais e a dignidade humana como o principal de seus pilares e estes devem ser garantidos de maneira efetiva. Na sociedade brasileira, infelizmente estes direitos não são amplamente garantidos, tendo de forma escancarada a

desigualdade de recursos e mitigação destes direitos fundamentais em diversas formas como nos casos de enchentes, alagamentos e inundações.

3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES E EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Citar o planejamento urbano e rural é apenas parte das modificações que podem ser concretizadas pelo Estado brasileiro e para melhor entendimento, deve ser estudado e aprofundado em experiência de outros locais que sofreram com as problemáticas apresentadas atualmente.

O Brasil não é o único país a sofrer com eventos climáticos de grande porte, como as chuvas torrenciais e devido a isso, apesar de cada região do mundo ter suas peculiaridades, projetos podem ser baseados em ideias que são sucessos em outros locais. A China foi alvo de enchentes e inundações como as brasileiras e devido a seu sistema de cidades-esponjas que são assim denominadas as cidades com drenagem e infiltração da água, mitigando os efeitos de tais eventos climáticos.

Como objetivo, os estudos das cidades esponjas possuem como tema central “O conceito de *sponge cities* nos centros urbanos é uma inovação na integração da gestão hídrica das águas pluviais e projetos de planejamento urbano” (Galdino, 2022. p.71).

De modo exemplificativo, foi desenvolvido as cidades- esponjas, sendo as cidades que buscam fazer com que a água infiltre no solo, diminuindo as chances de alagamentos e inundações. Tais cidades foram amoldadas ou criadas com determinados seguimentos que promovem a absorção da água pelo solo.

Os principais mecanismos destas cidades são: parques alagáveis, telhados verdes, calçamentos permeáveis e praças- piscina. Em ambos os mecanismos, busca-se que a água permaneça no local e infiltre no solo aos poucos, sendo drenada ou realocada por meio dos sistemas de tubulação.

Os parques alagáveis são locais grandes a qual a água das chuvas possa escorrer e adentrar no solo, mas não basta que seja apenas um local de grande porte, devendo ter em conjunto vegetação e biodiversidade. Trazendo isso as cidades brasileiras, é possível ajudar a garantir além da diminuição em inundações, mas ainda, a busca do meio ambiente saudável e equilibrado que é disposto na constituição como um direito fundamental.

Os calçamentos permeáveis são calçadas com vegetação nativa ao invés de apenas concreto, melhorando o escoamento e infiltração da água. Já os telhados verdes são infraestruturas com jardins em sua parte superior. Por fim, as praças piscinas que são grandes pontos em localidades com nível abaixo da rua, acumulando a água e a encaminhando para as tubulações, sendo algo de maior complexidade e que deve ser feito com maiores prazos.

Por fim, os conceitos apresentados alinhados a demais conceitos relacionados a serviços de esgoto, energia, equipamentos públicos e demais, são atividades necessárias para a efetiva garantia aos direitos fundamentais.

O uso do solo urbano deve garantir o papel social da cidade, contemplando as diversas atividades e necessidades humanas relacionadas a moradia, trabalho, lazer, saúde, educação e segurança. Para isso, além da alocação de diferentes tipologias de edifícios, deve propiciar condições para o desenvolvimento das atividades econômicas relacionadas ao comércio de bens e serviços e das suas atividades político-administrativas. Essas funções devem ser garantidas por meio da implantação dos equipamentos públicos. Urbanos, representados pela infraestrutura de mobilidade, serviços de esgoto, abastecimento de água, drenagem pluvial, gás canalizado e redes de energia e de comunicação. Devem ser contemplados ainda os equipamentos comunitários de educação, cultura, saúde, lazer e similares, além dos espaços livres de uso comum (Pinheiro, Pinheiro, Fonseca e Crivelaro, 2014.p.79).

A dignidade humana é garantida com as devidas políticas públicas e atuação do estado como garantidor de tais, mas não deve ser desconsiderado a atividade humana privada de cada pessoa para a luta por esses direitos. A ética e moral humana com a conscientização de atividades privadas como a título de exemplo a abstenção de jogar lixo na rua em conjunto com a atuação do estado faz-se necessário para que os direitos fundamentais e humanos sejam mais do que descritos e sim garantidos de modo mais efetivo a todos.

CONCLUSÃO

Com base no exposto durante o artigo científico é possível se esclarecer alguns pontos de extrema importância. Em primeiro lugar, é certo que os direitos fundamentais são estabelecidos e devem ser garantidos de maneira efetiva, apesar de não serem extremamente absolutos.

Além disso, como segundo ponto, fica claro que os eventos climáticos são totalmente comuns e previsíveis, evidenciando que o estado tem conhecimento destes eventos, apesar de não estar corretamente preparado para os enfrentar e assim garantir os direitos fundamentais.

É evidente ainda que, os direitos fundamentais são discorridos na Constituição Federal, e que a dignidade humana deve ser garantida pelo estado de forma eficaz, insurgindo então isso sobre as violações e afrontas a estes direitos em decorrência de eventos climáticos e a responsabilidade do estado por estes danos. Esteve demonstrado no artigo os eventos climáticos chuvosos e suas consequências recentes a sociedade brasileira, sendo a perda humana com vidas ceifadas, a perda econômica, social, educacional e demais como grandes afrontas aos direitos fundamentais, aumentando a desigualdade social e problemas sociais.

No presente trabalho foi listado as seguintes situações que possuem a possibilidade de orientar e mitigar os efeitos destes eventos e a violação decorrente aos direitos fundamentais.

- a. Planejamento de moradias urbanas e rurais;

- b. Políticas públicas de prevenção a eventos relacionados a inundações, enchentes e alagamentos, promovendo alterações nas cidades para as adequações as chamadas “cidades esponjas”
- c. Maiores investimentos públicos em sistemas de trabalho e infraestrutura pós casos de inundações, enchentes e alagamentos, como sistema de drenagens de água e reaproveitamento desta; e
- d. Maiores políticas públicas de incentivo educacional, erradicação da pobreza e desigualdade social.

Por derradeiro a isto, o estado é o ente garantidor dos direitos para com a sociedade, mas com os recursos limitados, falta de planejamento habitacional urbano e rural, alinhado a inércia estatal sobre a desigualdade social, faz com que se aumente os problemas decorrentes dos eventos climáticos chuvosos como vem ocorrendo nos últimos anos, levando cidades inteiras as inundações, alagamentos, perda de moradias, problemas de saúde pública e assim por diante.

Por fim, é visto que, o planejamento urbano e rural, alocação de recursos financeiros e políticas públicas para obras de drenagem e evacuação da água em casos de inundações, bem como, obras e projetos com inovação ambiental, além da busca pela maior educação e mitigação das desigualdades sociais são alguns dos caminhos que o estado possui para que diminua os problemas relacionados a enchentes, inundações, alagamentos e mitigação da dignidade humana com os direitos fundamentais, garantindo deste modo a efetiva sociedade justa e que respeite a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

Casa Militar Defesa Civil RS. **Defesa Civil atualiza balanço das enchentes no RS – 01/7**. Disponível em: <https://www.defesacivil.rs.gov.br/defesa-civil-atualiza-balanco-das-enchentes-no-rs-10-6-9h-6671eb9e34066-6679e4a1759fd-667dc83f8db7f-6682af309d833>. Acesso em 05 jul. 2024.

FONTE, Felipe de M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. SRV Editora LTDA, 2021. E-book. ISBN 9786555597417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597417/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

GALDINO, Luciana Mattos dos Anjos. **Drenagem urbana na área da Praça da Cruz Vermelha: um estudo de caso da aplicação do conceito de cidades esponjas para atenuação de alagamentos**. Disponível em: <file:///C:/Users/Matheus/Downloads/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Luciana%20Mattos%20dos%20Anjos%20Galdino%20-%202022%20-%20Completo.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2024

LENZA, Pedro. **Direito constitucional. (Coleção esquematizada®)**. SRV Editora LTDA, 2023. E-

book. ISBN 9786553624900. Disponível em: <https://integrada.minhabioteca.com.br/#/books/9786553624900/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

LESNAU, Artur. **Veja os principais desastres causados por chuvas em 2022 no Brasil**. Metrôpoles, 04 de dezembro 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/veja-os-principais-desastres-causados-por-chuvas-em-2022-no-brasil>. Acesso em: 02 de jun. 2024.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553621187. Disponível em: <https://integrada.minhabioteca.com.br/#/books/9788553621187/>. Acesso em: 03 jul. 2024.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais, 8ª edição**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

MACEDO, Letícia e MÉDICI, Daniel. **Cidades-esponja: conheça iniciativas pelo mundo para combater enchentes em centros urbanos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/02/16/cidades-esponja-conheca-iniciativas-pelo-mundo-para-combater-enchentes-em-centros-urbanos.ghtml>. Acesso em: 06 jul. 2024.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Informação. **Em 2023, Cemaden registrou maior número de ocorrências de desastres no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2024/01/em-2023-cemaden-registrou-maior-numero-de-ocorrencias-de-desastres-no-brasil>. Acesso em: 08 jul. 2024.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772827. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772827/>. Acesso em: 03 jul. 2024.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 03 jul. 2024.

PINHEIRO, Ana L. da Fonseca B.; PINHEIRO, Antônio C. da Fonseca B.; CRIVELARO, Marcos. **Tecnologias Sustentáveis**. SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788536532509. Disponível em: <https://integrada.minhabioteca.com.br/#/books/9788536532509/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

SARAIVA, Adriana. **Estudo inédito mostra moradores sujeitos a enchentes e deslizamentos**. Agência IBGE notícias, 26 de julho 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21566-estudo-inedito-mostra-moradores-sujeitos-a-enchentes-e-deslizamentos>. Acesso em: 01 de jun. 2024.

XIMENES, Elisa Francioli. **Enchentes e Saúde: levantamento das diferentes abordagens e percepções, Região do Médio Paraíba, RJ**. Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, fevereiro de 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Matheus/Downloads/ximenesefm.pdf>. Acesso em 01 de jun. 2024.

PROCESSO ESTRUTURAL: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO PARADIGMÁTICA EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Victor Nardo ANDREASSA¹
Camila Cristina Alves RIBEIRO²

RESUMO

A presente investigação possui o objetivo de analisar processo estrutural e identificar as possíveis dificuldades para a insurgência de tal processo no ordenamento brasileiro. A problemática que a presente pesquisa visa responder seria a análise se o processo estrutural é via eficaz para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Cidadã de 1988? Utilizando o método hipotético-dedutivo, para que fosse possível identificar uma das hipóteses para o problema de pesquisa acima mencionado. O motivo que justifica o presente estudo encontra óbice na ausência de regulamentação acerca da possível violação dos direitos fundamentais, portanto, é visível visualizar que o processo clássico, individualizado não é via eficaz, deste modo, é necessário o estudo para que possamos compreender o processo estrutural e suas benfeitorias para a efetivação dos preceitos constitucionais. Inobstante, o processo estrutural possui um forte obstáculo das raízes liberalistas no Estado Democrático de Direito, inviabilizando o êxito de tal demanda, conforme será demonstrado na presente pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Efetivação. Liberalismo. Litígios estruturais. Neoconstitucionalismo. Processo clássico. Processo estrutural.

ABSTRACT

El objetivo de esta investigación es analizar el proceso estructural e identificar las posibles dificultades para el surgimiento de dicho proceso en el ordenamiento jurídico brasileño. El problema que esta investigación pretende responder sería analizar si el proceso estructural es una forma eficaz de garantizar la realización de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Ciudadana de 1988. Utilizando el método hipotético-deductivo, sería posible identificar una de las hipótesis para el problema de investigación mencionado. La justificación de este estudio radica en la falta de regulación sobre la posible violación de los derechos fundamentales, por lo que es evidente que el proceso clásico e individualizado no es una forma eficaz de hacer las cosas, por lo que es necesario estudiarlo para poder entender el proceso estructural y sus beneficios para la aplicación de los preceptos constitucionales. Sin embargo, el proceso estructural tiene un fuerte obstáculo de raigambre liberalista en el Estado Democrático de Derecho, haciendo inviable el éxito de tal exigencia, como se demostrará en esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Realización. Liberalismo. Disputas estructurales. Neoconstitucionalismo. Proceso clásico. Proceso estructural.

INTRODUÇÃO

1 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.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO.

Os direitos fundamentais foram preconizados pela Constituição de 1988, que assumiu o perfil neoconstitucionalista, que visa a garantia dos direitos humanos, principiologicamente, a dignidade da pessoa humana. Todavia, tal ordenamento não legislou acerca do modo a solucionar a incorrência de litígios provenientes da violação sistêmica dos direitos fundamentais.

A garantia dos direitos fundamentais, hodiernamente, não está sendo identificado nos processos clássicos, em que apenas se tem o dizer qual o direito, sem contudo, garantir que aqueles direitos sejam efetivados, portanto, é justificável o presente estudo a partir do momento em que visualizamos as demandas massificadas que há no judiciário, as diversas demandas diárias acerca do mesmo direito. Ademais, preciso se é que haja a garantia dos direitos fundamentais a partir da via pertinente, podendo ser o processo estrutural meio eficaz, sendo este o objeto de estudo.

Partindo de tal premissa, surgiu-se o seguinte questionamento na presente pesquisa: seria o processo estrutural via eficaz para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Cidadã de 1988?

O objetivo geral é analisar se o processo estrutural conseguirá ser eficaz para a garantia dos direitos fundamentais e identificar as possíveis dificuldades que a jurisdição nacional sofrerá na tentativa de implementação do processo estrutural no Brasil.

O objetivo específico se delimita na breve análise do Neoconstitucionalismo, identificando suas características, de modo a visualizar tal perfil na Constituição Cidadã promulgada em 1988, com as garantias constitucionais dos seres humanos. Seguida pela identificação dos litígios estruturais, de forma que seja possível o próprio jurisdicionado identificar em que momento a violação do seu direito seja transportada de uma demanda individual para a necessidade de um processo estrutural. Por fim, sendo necessário analisar a conceituação do *structural litigation* e a ineficácia do processo clássico em litígios estruturais, vez em que haverá a possível enganação de satisfação do seu direito, objeto da demanda.

O presente estudo foi desempenhado pelo método hipotético-dedutivo, em que, pela identificação da hipótese da necessária existência do processo estrutural em litígios estruturais, se verificará as possíveis consequências no ordenamento jurídico e aos magistrados. Com a utilização de estudos bibliográficos de autores como Edilson Vitorelli, Fredie Didier Jr., Sérgio Cruz Arenhart, em que partindo dos seus ensinamentos será possível a realização do presente estudo.

1. A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Democrático de Direito promovido pelo Estado brasileiro, assume para si a responsabilidade pelas garantias fundamentais dos seus cidadãos, junto a este, deve buscar de diferentes formas a resguardar esta garantia para que faça jus à sua política.

Com o advento do neoconstitucionalismo encontrou-se a esfera dos direitos fundamentais em seus direitos objetivos, subjetivos e direitos sociais. A forma de se garantir os direitos, provenientes do caráter democrático humanizado foi o suficiente para mascarar um período ditatorial acarretado aos brasileiros, de forma a significar a luz de esperança aos jurisdicionados cessados dos seus direitos, aos quais conseguiram lutar neste período.

Por fim, a Constituição de 1988 promulgou diversos direitos, que antes eram impensáveis aos jurisdicionados ditatoriais. Inobstante, quando visto a violação de tais direitos, provém deste, a ineficácia de toda uma estrutura, de instituições públicas ou privadas, quais sejam responsáveis pelo garantismo de tais perspectivas. Resultando em uma problemática, como retornar ao *status ad quo* de uma violação sistêmica?

1.1 Neoconstitucionalismo e os direitos fundamentais

O Neoconstitucionalismo é um movimento desenvolvido na segunda metade do século XX, que visa modificar a maneira de compreender, interpretar e aplicar as constituições. A ideia principal é a busca pela eficácia da constituição, pois é necessário ser efetiva, visto que busca a insurgência dos direitos fundamentais.

De maneira sintetizada, os respectivos marcos que marcaram a neoconstitucionalização se permeiam em histórico onde há o surgimento do Estado Constitucional de Direito. O marco filosófico, também mencionado como pós-positivismo, trazendo uma reaproximação entre o direito com a ética, justiça e moral. Por fim, o marco teórico, que visa a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o conjunto de interpretação da nova constituição, a chamada nova hermenêutica constitucional (Barroso, 2005).

Dentre as características do Neoconstitucionalismo é primordial no que pese a ubiquidade constitucional, vez em que a Lei Maior está em todo o ordenamento jurídico. Bem como o reconhecimento da força normativa da constituição e dos princípios jurídicos. Há também o núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana, portanto, a eficácia irradiante da dignidade da pessoa humana, logo, o ser humano é elemento ímpar para a justificação da promoção de uma nova constituição (Cambi, 2016)

É possível o vislumbre de que os direitos fundamentais não existiriam sem o Neoconstitucionalismo, são pares inseparáveis, que visam além da promulgação de direitos subjetivos, a proteção dos direitos humanos internacionalizáveis (art. 4º, II, da CRFB/88). Indiscutível se é, que a razão pelo qual se vislumbra tamanha democratização na atual Constituição brasileira é o viés pós-ditatorial que fora vivenciado, porém, é necessário analisar como foi garantido tais direitos, de forma a identificar de que forma há a garantia da jurisdição nacional,

sendo este o objeto de estudo.

Conforme afirma Rayane Ayres Lima o “texto constitucional possui a presença dos direitos fundamentais de terceira geração” (Lima, 2019) os quais garantem a liberdade dos indivíduos, trazendo a devida relevância a humanização e a constitucionalização das relações privadas no que se revela o movimento de início da intervenção do Estado.

Ademais, diante da filosofia kantiana há uma dignidade para todas as coisas, sendo possível assimilar que a Constituição de 1988 atribuiu ao ser humano dignidade e direitos. Os direitos fundamentais, se estipulam em direitos objetivos e subjetivos, neste estudo, se torna de suma importância o direito subjetivo, que segundo Alf Ross (*apud* Lopes, 2010) são “termos para construir pensamentos”, segundo tal estudioso, é algo imaginário, porém, incessantemente mencionado explicitamente e implicitamente pela Constituição de 1988. Deste modo, Hohfeld, jurista norte-americano, retrata que os direitos subjetivos possuem caráter de exigibilidade, privilégio e sujeição a terceiros, ou seja, imunidade (Hohfeld *apud* Lopes, 2010).

Há deste modo, a indicação de que com o advento do Neoconstitucionalismo no Brasil, houve em adunção, os direitos fundamentais que retratam a dignidade da pessoa humana, visando a garantia de fazer valer seus direitos constitucionais mediante ação, em que, para isto, deve ser analisado o meio adequado para a sua efetividade exteriorizada, para que atinja terceiros sujeitos do mesmo direito, mediante o processo estrutural.

1.2 Efetivação de direitos fundamentais no Estado Regulador

Como demonstrado anteriormente, a constituição de 1988 revelou a preponderância em defender os direitos dos seres humanos, ou seja, com caráter de garantidor de preceitos fundamentais. Entretanto, um assunto que se torna necessário a partir deste entendimento é acerca da efetivação deste direito. Como o Estado sairá do seu caráter regulador, portanto, não intervencionista e partirá para a efetivação destes direitos?

Uma alternativa plausivelmente documentada pelos estudiosos, é de que o poder judiciário, apesar da separação de poderes, é elemento ímpar para a garantia dos direitos fundamentais, vez em que, se tem a concretização de um direito ou a implausibilidade deste a partir da superação jurisdicional, conforme o pensamento realista (Alves, 2012). Neste pensamento vejamos os ensinamentos de Holmes:

“Que é o direito?” Encontrareis que certos autores os digam que é algo distinto do que decidem os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema da razão, que é dedução a partir de princípios de ética ou axiomas universalmente aceitos ou coisa parecida, que pode ou não coincidir com as sentenças judiciais. Mas se adotamos o ponto de vista de nosso amigo, o homem mal, veremos que a este importa pouco os axiomas ou deduções, mas que por outro lado lhe interessa saber que é que de fato tem resolvido os

problemas dos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra. Eu opino de maneira bastante parecida. Eu entendo por ‘direito’ as profecias acerca do que os tribunais falam em concreto; nada mais nem nada menos” (Holmes *apud* Alves, 2012, p. 20-21).

Portanto, tem-se revelado que uma das melhores formas decisórias para este paradigma é a partir de decisões estruturais (Lima, 2019). Neste viés, possui um paradoxo que impossibilita que ocorra a garantia da efetivação dos direitos fundamentais e respeite os princípios do Estado regulador, vez em que, para que o judiciário possa efetivar, em suas decisões, os preceitos constitucionalmente dispostos, é necessário que ocorra uma judicialização da política ou o denominado ativismo judicial.

Sendo exatamente neste ponto, o uso do ativismo, que incorre em paradigmas que discorrem da observância da ordem jurídica, seus princípios, subjetivações ou objetivações, logo, segundo o pensamento do próprio jurista Holmes, não deve se discutir o direito, pois o litígio será solucionado a partir do meio empírico do jurista (Ramos, 2010).

Segundo Barroso (2009), o ativismo judicial e a judicialização são distintos, porém, é necessário compreender como se exterioriza o polêmico ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009, p. 25)

Quando se visa a garantia dos direitos fundamentais o ativismo judicial é fortemente eficaz para sua efetivação, porém, a forma com que pode ocorrer este ativismo poderá ser a partir da sobreposição da Constituição, para fundamentação do direito, ou seja, a inutilização da Lei Maior para fundamentação dos direitos fundamentais que lhe é acorrentado, ou mediante a argumentação pelas suas próprias razões, o chamado solipsismo judiciário.

Portanto, mesmo o ativismo se tornando eficiente para determinados cenários, há a problemática que incorrerá na segurança jurídica, vez em que, o jurista agindo pelas suas experiências poderá cometer erros. Pois, em um Estado regulador, certo se é que as garantias estão presentes na Constituição, e tudo decidido fora deste caminho para o erro. Há de se analisar desta forma, como descontinuar o caminho solipsista do judiciário para o ideal ativismo jurídico garantidor de direitos fundamentais, realidade esta utópica no Brasil.

1.3 O processo estrutural como proteção dos Direitos Fundamentais

O litígio estrutural ou situação de desconformidade estruturada, é uma situação de fato, em

que uma desconformidade se estabeleceu, portanto, é uma permanência estruturada. Como clássico exemplo, há a ausência de acessibilidade das pessoas em espaços públicos, a ausência de saneamento básico e a constituição de uma permanente poluição.

Não obstante, um litígio estrutural surge a partir do momento que ocorre uma “falha sistêmica que viola massivamente direitos fundamentais e que podem decorrer diretamente da ação ou omissão de instituições públicas ou privadas” (França; Nóbrega, 2022). Portanto, o litígio estrutural é aquele que viola diretamente os direitos fundamentais subjetivos, quais sejam estes retratados na Constituição de 1988, como exemplo o direito a educação.

Entretanto, César Rodríguez – Garavito, presidente do Centro de Direitos Humanos e Justiça Global da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, dispõe que o litígio estrutural deve possuir uma afetação de um grande número de pessoas, de seus direitos fundamentais, dentre outras características:

[...] afetar grande número de pessoas que alegam violação de seus direitos fundamentais, envolver os agentes estatais como autores de tamanha violação, deve ser complexo, não no sentido de ser ‘difícil’ mas sim, de que há diferentes formas para solucionar, de modo que há uma pluralidade de políticas públicas possíveis para desestruturar o litígio (tradução) (Garavito; Franco, 2010, p. 16).

O processo estrutural visa proteger os direitos fundamentais dos seres humanos, vez em que este é condicionado ao litígio estrutural, sem a existência deste não existe aquele. Por conseguinte, tal litígio existe no momento em que ocorre uma violação dos direitos fundamentais.

Partindo desta análise, os litígios estruturais necessitam de um processo estrutural para a sua solução, principalmente pelo seu caráter universalizável, direitos que pelo motivo de ser ecumênico, violado uma única vez, acarretará tutelas massificadas. Portanto, para que haja a proteção dos direitos fundamentais, como hipótese, temos a utilização do processo estrutural.

2. A UTILIZAÇÃO DO PROCESSO COMUM EM LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Os litígios estruturais, conforme será abordado *à posteriori*, são litígios capazes de demonstrar a ineficiência de uma estrutura, portanto, tudo aquilo proveniente dela há problemas. Neste pensamento, o professor Alexandre Freitas Câmara aborda que a família é uma estrutura, e no momento em que os direitos existentes em uma família convergem à medida que promovam violações sistêmicas a algum integrante, neste ponto, a estrutura familiar é ineficaz.

A problemática aparentemente existente, na utilização do processo comum em litígios estruturais seja justamente pela sua multipolaridade, característica esta do processo estrutural, é no momento que, o litígio estrutural, sem multipolar, portanto, possuindo vários interessados se demonstra universal, seria esta uma característica da violação sistêmica dos direitos fundamentais.

Inobstante, no momento em que, há vários jurisdicionados detentores do direito violado e partimos para solução em um processo clássico, portanto individual, há neste aspecto uma violação de outro direito fundamental, cláusula pétreia da Constituição, o acesso à justiça. Quando se parte de um litígio que afeta toda a estrutura e buscamos soluções individuais, há uma grande possibilidade de que nem todos os violados sejam resguardados dos seus direitos.

2.1. A ineficiência de jurisdição de Litígios Estruturais pelo processo clássico

O litígio estrutural são policêntricos, há uma violação sistêmica que incorra na malignidade aglomerada além daquele indivíduo que iniciou a demanda. É possível visualizar litígios estruturais sendo tratados em processos clássicos, como a ausência de acessibilidade para cadeirantes em lugares públicos, é um litígio estrutural, visto a violação ao direito fundamental de acessibilidade, a presença de autoridades estatais e uma complexidade para solucionar.

Inobstante, uma pessoa cadeirante requer por meios judiciais que seja implementado banheiros acessíveis a cadeirantes em locais em que há festivais gratuitos, esta demanda individualizada, porém, com caráter estrutural, é transitada em julgado e possui uma sentença que favorece a situação do litigante, são deste modo, instalados banheiros acessíveis naquele lugar que fora objeto da lide. Entretanto, esta dualidade irá acarretar que os efeitos se restringem às partes, portanto, o litígio estrutural não foi solucionado com o processo individualista, é uma enganosa sensação de satisfação do problema, conforme será demonstrado a seguir.

Primeiramente, para explicar o policentrismo do litígio estrutural, conceitua Lon Fuller (1960) que as ocorrências policêntricos são as que há diversos pontos que se interligam, influenciam e interagem entre si, portanto, não basta uma simples medida particularizada, mas sim, que haja a eliminação da própria causa (Ferraro, 2015).

Ademais, este pensamento individualizado e simplista, em satisfazer apenas as partes do litígio incorre a prejudicar os interesses adjacentes, de terceiros vez em que lhe é garantido o mesmo direito fundamental e ao próprio Estado, que é garantidor de tais preceitos. Acerca de tal assunto, disserta Picoli (2018):

Insustentabilidade das medidas particulares a longo prazo; a eternização das mesmas demandas, perante os mesmos litigantes (...), a centralidade de soluções das consequências em vez das causas; e a incapacidade da adjudicação em formular respostas criativas e efetivamente adequadas à concretização dos valores fundamentais (Picoli, 2018, p.19).

O fim do processo clássico se dá com a sentença, porém, em um litígio estrutural é necessário ir além, justamente por tratar-se de litígios que estruturam a jurisdição nacional, preciso se é efetivar o determinado na sentença, sendo este uma das principais distinções entre o procedimento clássico e o processo estrutural, que como será demonstrado, é meio mais adequado

para tratamento da problemática.

Para que haja o correto tratamento aos litígios estruturais, é imperioso que haja uma cobrança rigorosa ao Estado, para que este busque efetividade para garantir os direitos fundamentais da população, sendo para isto necessário o abandono do Estado Liberal que muito ainda ampara o Brasil, vez que é antagônico efetivar os preceitos garantidos pela Constituição sem que o próprio Estado atue diretamente na causa do problema, em último pensamento neste momento, o Estado poderá ser regulador e não intervencionista (Lima, 2019)

Pois bem, a dificuldade para tratamento de problemas estruturais no Brasil vai além da limitação em dizer qual o direito, mas também, em quem diz o direito. Não se diz aqui em incapacidade do jurista, porém, uma patologia crônica que existe desde os primórdios no judiciário nacional, o solipsismo judiciário.

A redação do voto proferido pelo já saudoso Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em Respnº 279.889/AL, retratado por Lenio Luiz Streck (2017) em sua obra “ O que é isto – decido conforme minha consciência”, merece menção nesta pesquisa. Isto pois, demonstra a dificuldade do magistrado brasileiro em fundamentar as suas decisões. Pode-se visualizar um trecho do voto do Ministro:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...) Decido porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém (Min. Humberto Gomes de Barros, AgReg em Resp nº 279.889/AL, STJ *apud* Streck, 2017, p. 24).

A forte presença do solipsismo judiciário no Brasil incorre para até uma possível ineficiência do processo estrutural, vez em que, fundamentado de suas próprias experiências o magistrado sentenciará conforme a sua realidade, ou seja, se este também não for segregado dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, não compreenderá para a necessidade do ingresso de políticas públicas capazes de cessar a violação, impondo o ideal ativismo judicial a uma corda bamba que dependerá da experiência do magistrado (Streck, 2017).

Por fim, o que resta é o fato de que é inviável o tratamento de litígios estruturais sob a perspectiva de processos individualistas, sem este, juntamente com o solipsismo judiciário, barreiras para que o processo estrutural se enraíza no ordenamento brasileiro.

2.2. Structural Litigation: Análise de seus Benefícios

O processo estrutural ainda não é disciplinado no Brasil, inclusive, os ministros do

Superior Tribunal de Justiça compõe comissão que vai propor o anteprojeto de lei sobre o processo estrutural no Brasil, em que possuem o prazo de 180 dias para a apresentação da proposta.

Para simples conceituação, o *structural litigation* parte da premissa que se pretende reorganizar uma estrutura pública ou privada que ensejou a demanda, vez em que, estes violaram a sistemática dos direitos fundamentais previstos em lei (Superior Tribunal de Justiça, *online*).

Entretanto, mesmo não sendo disciplinado pelo ordenamento jurídico brasileiro, vários autores têm apresentado teorias, conceitos e características do *structural litigation*. Didier Jr., expõe que o processo estrutural se condiciona à existência de um litígio estrutural, em que se pretende a alteração do estado implausível para o ideal (Didier Jr., Zaneti Jr., Oliveira, 2020). Para tal autor, a coletividade não é elemento essencial para caracterizar um litígio estrutural, ou seja, poderia então o processo estrutural ser demandado por uma única pessoa que requer os seus direitos fundamentais efetivados.

Em contrapartida, Edilson Vitorelli, retrata a necessidade de que o processo estrutural deve ser coletivo: “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”. (Vitorelli, 2018, p.8).

Ambos os doutrinadores possuem peculiaridades porquanto a caracterização do processo estrutural, de modo que, enquanto Vitorelli retrata a necessidade de proporção coletiva para a demanda, bem como, a vinculação da violação paradigmática dos direitos fundamentais por uma instituição pública ou privada e por fim, deve haver um estado de ilicitude. Por conseguinte, Didier Jr. desvincula a ideia de que o ente estatal deve estar no processo como réu violador dos nossos direitos e passa a creditar que há situações fáticas de desconformidade, apenas.

Entretanto, para o presente momento é necessário visualizar como o processo estrutural poderá garantir os preceitos constitucionais fundamentais, para que em momento oportuno possamos sintetizá-lo a conceitos e características. Vez em que, sendo de extrema novidade tal processos nós devemos identificar de que maneira ele é benéfico para o ordenamento brasileiro, logo, quão promissor ele é?

A demanda estrutural é capaz de solucionar as causas do litígio, de modo lógico não é a transferência do litigante ao *status ad quo* ao litígio, porém, é a decisão que possui o poder de impedir novas violações a outros diversos litigante, além de humanizar e levantar a efetivação dos direitos fundamentais, o processo estrutural possui o poder de evitar novas demandas, pois, sem a possibilidade de violação, não necessitará de demandas estruturais para a desfrutar seus direitos fundamentais.

Lamentavelmente, o processo estrutural se demonstra demorado, vez em que justamente pelo seu caráter reestruturador, necessita de tempo e análise efetiva, para identificar a causa e a solução do litígio. Uma notícia de 2017, expôs que por dia, naquele ano, cerca de 70 famílias recorreram à Justiça para conseguir vaga em creches, onde por intermédio da Defensoria Pública, propõe ações individuais para sanar um problema estrutural.

Há notícia, por exemplo, de que a Defensoria Pública de São Paulo, embora detenha legitimidade para o processo coletivo, propôs, de 2014 a maio de 2017, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches (média de quase 20 mil por ano). O motivo dessa proliferação de ações individuais é simples e foi explicado por um defensor público: “Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação” (Vitorelli, 2018, p.8).

Não se pode valer de tal premissa mencionada, para indicar a inviabilidade do processo estrutural no ordenamento brasileiro. Neste sentido, conclui considerações feitas pelos pesquisadores Leonardo Silva Nunes, Samuel Paiva Cota e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria, nos estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior que:

Estes caracteres acabam por demandar uma modificação da forma de se encarar o processo civil, com vistas a garantir o objetivo maior de promover valores públicos e os direitos fundamentais pela via jurisdicional, mediante a promoção de uma reforma estrutural em uma instituição pública ou privada. Para tanto, as características, pressupostos e fundamentos do modelo de processo estrutural impacta diretamente na aplicação de diversos institutos do Direito Processual Civil, exigindo deles uma remodelagem, com o intuito de torná-los adequados a essa nova tipologia de litígios. Exemplos do que se afirmar são observados quanto ao pedido e à fase executiva do processo judicial (Faria, Cota, Nunes, 2018, p. 380)

A característica principiológica, ou seja, que irradia para outras condutas, demandas e legislações do processo estrutural, ou seja, a nomeada pelo professor Arenhart como decisões em cascata, de forma que os problemas devam ser resolvidos à medida em que surgem (Arenhart, 2013), não deve ser o obstáculo para a estruturação do processo estrutural no Brasil.

Portanto, apesar das dificuldades que o processo estrutural poderá acarretar aos magistrados, devem valorar os direitos fundamentais dos jurisdicionados e para isto precisamos do primeiro passo, algo que, até o momento não fora desempenhado no Brasil.

3. MEIOS ALTERNATIVOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ESTRUTURAIIS

A desjudicialização da questão estrutural já faz parte da realidade do Brasil. O ato de desjudicializar, ou seja, deslocar a resolução de litígios estruturais pelo Poder Judiciário, portanto, há a porventura do acesso da solução por intermédio de medidas extrajudiciais, como será demonstrado neste estudo. A política pública intitulada como “Registra-se” e a Regularização Fundiária, o projeto “solo seguro”.

Para que seja possível o acesso aos direitos sociais disponibilizados aos cidadãos, necessário se é que se tenha a identificação de um cidadão, para isto, há a certidão de nascimento, documento este que é ausente para milhares de brasileiros (Alcântara, *online*).

A primeira edição ocorreu por intermédio da Corregedoria Nacional de Justiça, onde foi realizado 14 mil emissões de certidões de nascimento. Na segunda edição do registro civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, conseguiu resguardar a cidadania da população carente, incluindo os principais povos indígenas e encarceradas.

O provimento nº 140 de 22 de fevereiro de 2023 estabeleceu no seu art. 3º que o programa visa o “fortalecimento de ações que visem à ampliação do acesso à documentação civil básica, sobretudo da população vulnerável” (CNJ, nº 140/2023).

Deste modo, a identificação de medidas públicas que desjudicialização de problemas estruturais visa além do mais, a maior garantia, o direito fundamental da cidadania, de se tornar cidadão. Ademais, existem outros projetos que praticam tal premissa vislumbram a equidade necessária entre os jurisdicionados, permeando a dignidade da pessoa humana.

Este procedimento emancipatório, desjudicializando a resolução de violações sistêmicas dos direitos fundamentais, partindo-se de uma decisão núcleo, estimulando boas práticas de erro e acerto, partindo da premissa de decisões em cascata do professor Arenhart.

O projeto “Solo-Seguro” do provimento nº 145/2023, instituiu o prêmio com o contexto da governança fundiária e do Provimento CNJ nº 144/2023 com os seguintes objetivos:

- I - premiar e disseminar ações, projetos ou programas inovadores e práticas de sucesso que visem ao aperfeiçoamento da Regularização Fundiária Urbana – Reurb e rural, bem como à identificação de áreas públicas e de proteção ambiental, à simplificação de procedimentos, à gestão compartilhada de informações e à redução da quantidade de tempo e de recursos necessários à conclusão de processos de regularização fundiária;
- II – premiar e estimular o desempenho dos Tribunais, incluindo suas Corregedorias, na política da regularização fundiária e no monitoramento do cumprimento das decisões administrativas proferidas pela Corregedoria Nacional de Justiça sobre o tema; e
- III – dar visibilidade e promover a conscientização dos integrantes do Poder Judiciário e da sociedade quanto à necessidade de conhecimento da relevância da governança fundiária responsável (CNJ, nº 145/2023).

Se visa o reconhecimento de boas práticas, com a relação de iniciativas que contribuem para a regularização fundiária. É possível vislumbrar que a desjudicialização e a justiça multiportas ajudam a fortalecer o regime democrático, conforme afirma Pereira (2020) que “O desafio deste processo de desjudicialização é a efetivação dos valores de justiça e democracia participativa, sem que se volte como instrumento de manipulação, em que a parte “mais capaz” se aproveite deste como forma de dominação do participante vulnerável” (Pereira *apud* Souza, 2023).

Resulta-se que a desjudicialização incentiva a participação cidadã, que visa o auxílio da função do próprio poder judiciário, resultando-se meio adequado para efetivar o acesso à justiça

para a população carente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa desempenhou o estudo acerca do surgimento das garantias constitucionais no Brasil, visto o caráter Neoconstitucionalista da Constituição Cidadã de 1988, este promoveu a dignidade da pessoa humana seu pilar ímpar para a promulgação dos direitos fundamentais. Tal garantia ocorreu, pelo que pese, pelo momento pós-ditatorial vivenciado pelo Brasil, todavia, fora transcrito diversos preceitos fundamentais sem a menção de como garanti-los frente a uma violação sistêmica dos direitos, sendo tais elementos a justificativa da presente pesquisa.

Por conseguinte, como já mencionado, o neoconstitucionalismo visa garantir os direitos fundamentais, possuindo como uma das suas características o núcleo axiológico a valoração do ser humano. A Constituição de 1988 assumiu tal caráter garantidor, porém, mesmo se titulando um Estado Democrático de Direito, ainda possui enraizado o seu perfil regulador, não intervencionista.

A partir do momento em que o Estado se abstém de intervenções, se torna incompatível as diversas garantias constitucionais, pois do que valeria os direitos objetivos sem a garantia de efetivação dos direitos subjetivos.

Avançando a análise acerca do ainda presente liberalismo nacional, os litígios estruturais, sendo este o que é atingido pela violação de direitos fundamentais, possui a necessidade de um processo estrutural para sua ideal solução. Neste viés, o estudo apresenta os motivos que inviabilizam a utilização do processo comum nos casos de litígios estruturais, sendo estes, a limitação do magistrado em apenas dizer qual sé o direito e não garantir a efetividade da sentença, bem como, a dualidade do processo comum com a ausência de irradiação dos resultados a terceiros. Se for tal litígio processado na demanda comum, possui uma “solução enganosa” como demonstrado no estudo.

O questionamento realizado na presente pesquisa, se é o processo estrutural garantidor dos direitos fundamentais é respondido com êxito, vez em que, o processo estrutural possui como característica a busca por políticas públicas que visam além de satisfazer a violação daquele direito, procurando também, identificar a causa da violação e eliminá-la, inviabilizando que novos litígios estruturais de tal direito fundamental violado, fora litigado posteriormente.

Apesar do processo estrutural ser meio eficaz para a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, há dificuldades presididas para o seu desenvolvimento no Brasil. Momento em que não é regulamentado no ordenamento jurídico até o momento da presente pesquisa, bem como, a dificuldade dos magistrado assumirem a responsabilidade do processo estrutural, pois este

lida com litígios complexos, é necessário que se haja tempo para o tratamento daquele problema, portanto, pela dificuldade, se torna a última opção dos juristas o tratamento de um litígio estrutural pela via do processo estrutural no Brasil.

Por conseguinte, para que haja a desconstrução dos pensamentos dos juristas, em identificar tamanha dificuldade nos processos estruturais, necessário se é que se tenha uma valoração dos direitos fundamentais, pois, a partir do momento em que a efetivação do direito à educação, por exemplo, for mais importante que a conquista imediata e limitada de uma vaga para a creche, terá a iniciativa necessária para a estruturação do processo estrutural.

Todavia, na presente pesquisa também foi demonstrado que o imediatismo é notável nos juristas que praticam o solipsismo judiciário, justificando com as próprias razões, inviabilizando a possibilidade da existência de um processo estrutural no Brasil, por fim, há a notável dificuldade para se conseguir o êxito do *structural litigation* na jurisdição nacional, porém, necessitamos do primeiro passo, sendo o maior deles a eliminação do caráter liberal do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Manoela. **Registre-se! CNJ faz mutirão para registrar pessoas sem documento | Metrópoles**. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/registre-se-cnj-faz-mutirao-para-registrar-pessoas-sem-documento>>. Acesso em: 1 jul. 2024.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. **Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais**. Revista de Direito Brasileira, Brasil, v. 2, n. 2, p. 95 – 119, jan./ jun. 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, nov/2013, vol. 225, p. 389-410

BARROSO, L. R. (2005). **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista De Direito Administrativo, 240, 1–42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de jun. de 2024.

BRASIL. Provimento nº 140 de 22 de fevereiro de 2023. Corregedoria Nacional de Justiça: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Provimento_140_2023_CNJ.pdf. Acesso em: 01 de jul. de 2024.

BRASIL. Provimento nº 145 de 23 de junho de 2023. Conselho Nacional de Justiça: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1442442023070364a2de64ef502.pdf>. Acesso em:

01 de jul. de 2024.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo - Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Grupo Almedina, 2016. E-book. ISBN 9788584931156. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584931156/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; DE OLIVERIA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n°75, jan./mar. 2020, p. 101-136

FERRARO, Marcela Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p.11.

FULLER, Lon L. Adjudication and the Rule of Law. Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1912-1969), v.54, 1960.

LIMA, Rayane Ayres. **Litígios estruturais: a necessidade de superação paradigmática em defesa dos direitos fundamentais**. 2019. 106f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social**. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. Tradução . São Paulo: Malheiros, 2010. Acesso em: 18 jun. 2024.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda B.; FRANÇA, Eduarda Peixoto da C. **Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): Ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais?** Revista Pensar. Fortaleza, jan./mar. 2022, vol. 27, n. 1, p. 1-12

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. **Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos**. Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. [Orgs.] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p.19.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Rodrigo Almeida de. **Desjudicialização e justiça multiportas: do acesso à justiça ao fortalecimento da democracia**. 2023. 64f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Taubaté.

RODRIGUEZ-GARAVIOTO, César; Franco, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: como la corte constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: centros de estudio de Derecho, Justicia y Sociedad, Desjusticia, 2010, p. 16.

STRECK, LENIO LUIZ. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6º ed. Livraria do Advogado Editora. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministros do STJ compõem comissão que vai propor**

anteprojeto de lei sobre o processo estrutural no Brasil. STJ, 2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/15042024-Ministros-do-STJ-compoem-comissao-que-vai-propor-projeto-de-lei-sobre-o-processo-estrutural-no-Brasil.aspx>. Acesso em: 19 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369

SERVIÇOS PÚBLICOS E PANDEMIA NO BRASIL: O CASO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Bruno Ponich RUZON¹
Herbert Correa BARROS²

RESUMO

Demonstra-se que mesmo sem ter um *status* de direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, o acesso à energia elétrica, enquanto serviço público federal essencial, foi assegurado fortemente pelas autoridades públicas durante a Pandemia da Covid-19, revelando uma situação paradoxal no cenário de inefetividade de direitos tão marcante no Brasil e na América Latina.

PALAVRAS-CHAVE: energia elétrica, serviços públicos, pandemia, direito fundamental.

ABSTRACT

It demonstrates that even without having the status of a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution of 1988, access to electricity, as an essential federal public service, was strongly assured by public authorities during the Covid-19 Pandemic, revealing a paradoxical situation in the scenario of ineffectiveness of rights so striking in Brazil and Latin America.

KEYWORDS: electric power, public services, pandemic, fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A crença em uma teoria crítica que busque a transformação social induz à preocupação com a efetivação dos direitos. Esta noção é nuclear na construção científica dentro de um programa de pós-graduação *stricto sensu* de Ciência Jurídica, na área de concentração “Teoria da Justiça: Justiça e Exclusão”, na linha “Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

O presente artigo é resultado de pesquisa empreendida junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná na disciplina “Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais”, conduzida pelo Professor Dr. Valter Foletto Santin.

O artigo pretende ser uma contribuição original e útil ao estudar a peculiaridade da proteção forte dos consumidores de energia elétrica no Brasil durante a Pandemia do Covid-19, passando pela compreensão das características deste tipo de serviço público em nosso país, sobre sua suspensão ou interrupção e a possível qualificação do acesso à energia elétrica como um direito

1 (Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado da Felizardo e Ruzon Advogados Associados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0676-9039>. Email: brunoruzon@gmail.com)

2 (Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor da Universidade Paranaense – UNIPAR, campus de Cascavel/PR. Advogado e Procurador Municipal. E-mail: herbertcorreabarros@gmail.com)

fundamental.

O estudo justifica-se pela relevância da temática proposta, relacionada a serviço público essencial, e pela relevância da abordagem buscada, trazendo as particularidades da Pandemia do Covid-19.

Os objetivos específicos são: (a) identificar como o fornecimento de energia elétrica é normativamente disciplinado no Brasil; (b) analisar a questão do corte do fornecimento de energia elétrica; (c) verificar como a questão do corte de fornecimento de energia elétrica se deu na particularidade da Pandemia do Covid-19.

O método adotado foi o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários, normativos e jurisprudenciais, analisando-os em uma perspectiva dialética, apresentando as contradições internas e buscando a compreensão do todo, sempre com o olhar na realidade material, no contexto histórico concreto.

O artigo divide-se em quatro tópicos. No primeiro deles apresentamos como o fornecimento de energia elétrica é regulamentado no Brasil. No segundo, como está disciplinada a questão do corte de fornecimento. No terceiro, abordamos a possibilidade de se considerar fundamental o direito de acesso à energia elétrica. Último tópico adentramos no específico estudo deste serviço público essencial durante a Pandemia da Covid-19.

2. O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL COMO UM SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL ESSENCIAL

Em nosso sistema federativo cabe à União explorar, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica (artigo 21, XII, “b”, Constituição Federal de 1988). Também cabe à União privativamente legislar sobre energia (artigo 22, IV, Constituição Federal de 1988).

Diante da história federativa brasileira, na qual a União sempre concentrou bens, serviços e poderes, isto não é nada surpreendente. Aliás, neste ponto foi mantido o modelo constitucional anterior, que já previa a exploração de tais serviços pela União (artigo 8º, XV, “b”, Constituição de 1967).

Na verdade, esta história é ainda mais antiga. Segundo Humberto Cunha dos Santos (2013, p. 325):

Em 1934, Getúlio Vargas, enquanto chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, decretou o Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 – e iniciou a atribuição, vigente até os dias atuais, de exercício das prerrogativas da União enquanto Poder Concedente para todas as atividades referentes à energia elétrica, exceto, é claro, a possibilidade de livre exploração na hipótese de ‘aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário’, segundo os termos daquela Constituição. (SANTOS, 2013, p. 325)

Logo, verifica-se que há muitas décadas no Brasil o fornecimento de energia elétrica é uma atribuição da União, o que não mudou com as diferentes constituições.

No modelo brasileiro, portanto, o fornecimento de energia elétrica é um serviço público federal. Ou seja, amolda-se ao regime previsto no artigo 175, da Constituição Federal, e não ao do artigo 173, relacionado à exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Sabe-se que a expressão “serviços públicos” tem diferentes conotações em nosso texto constitucional, como bem demonstra Alexandre Santos de Aragão (2006, p. 46 a 50). Mas, para fins deste artigo, adota-se a definição legal do artigo 2º, da Lei 13.460/2017. Conforme o referido dispositivo, serviço público é: “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

Nosso modelo constitucional permitiu que serviços públicos fossem prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante regime de concessão ou permissão. Conforme o artigo 175, da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Especificamente no caso da energia elétrica, embora fosse possível a prestação deste serviço público diretamente, ele é prestado através de concessionárias. A União, então, figura como poder concedente, e as concessões são feitas de forma regionalizada. A cadeia de fornecimento compreende a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia.

Embora a União opte pela concessão, isto não significa uma ampla participação de empresas privadas, pois no setor elétrico prevalecem ainda as empresas públicas ou sociedades de economia mista. Como explica Humberto Cunha dos Santos (2013, p. 316):

Até a década de 1990, o setor elétrico brasileiro tinha como protagonista as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás), empresa estatal federal, constituída sob a forma de sociedade anônima pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, e principal responsável pelos segmentos de geração e transmissão de energia elétrica, possuindo inserção em todo o país por intermédio de suas subsidiárias regionais (Eletronorte, Chesf, Furnas e Eletrosul) [...] A atividade de distribuição ficava a cargo de empresas e de órgãos dos governos estaduais, sendo a Eletrobrás controladora de duas distribuidoras que seriam posteriormente privatizadas, a Escelsa (no Espírito Santo) e a Light (no Rio de Janeiro). (SANTOS, 2013, p. 316).

Nos últimos tempos, no entanto, dentro da toada neoliberal, esta situação vem mudando. A realidade passou a se transformar a partir de 1990, pois

As práticas de desestatização e privatização vivenciadas no país na década de 1990 inseriram a lógica de mercado no setor elétrico. A mudança de tratamento normativo que possibilitou essa nova realidade restringiu-se a atrair investimentos privados, sem, contudo, descaracterizar o tratamento jurídico das atividades como serviços públicos (SANTOS, 2013, p. 314).

Inclusive atualmente no Supremo Tribunal Federal (ADI 6.932) discute-se a Lei 14.182/21

que determinou a “desestatização” – verdadeira “privatização” – da Eletrobras, sociedade de economia mista cujo capital de ações ordinárias da União era de 65%. A privatização deu-se através do aumento do capital social da empresa com a renúncia do direito de subscrição pela União, o que implicou a redução de participação da União. Este embate bem evidencia o fenômeno retratado pela doutrina, de avanço da pauta neoliberal, com a diminuição do Estado em setores importantes, senão fundamentais, da economia. Com efeito:

Nos últimos quarenta anos foi dada prioridade absoluta ao princípio do mercado em detrimento do Estado e da comunidade. A privatização dos bens sociais colectivos, tais como a saúde, a educação, a água canalizada, a electricidade, os serviços de correios e telecomunicações e a segurança social, foi apenas a manifestação mais visível da prioridade dada à mercantilização da vida colectiva. Mais insidiosamente, o próprio Estado e a comunidade ou sociedade civil passaram a ser geridos e avaliados pela lógica do mercado e por critérios de rentabilidade do «capital social». Isto sucedeu tanto nos serviços públicos como nos serviços de solidariedade social. (SANTOS, 2020, p. 27)

Cabe o alerta de que:

Na seara dos serviços públicos, há preocupações publicizantes que não se mostram necessariamente presentes em atividades submetidas ao livre mercado. Os serviços públicos são orientados fundamentalmente pela modicidade de preços e tarifas, assim como pela pretensão de universalização de acesso. As atividades sujeitas à lógica de mercado, diversamente, são informadas por decisões individualizadas, variáveis de acordo com os comportamentos da oferta e da demanda, segundo múltiplas preferências, disponibilidades orçamentárias e preços livremente acordados entre consumidores e empresas. (SANTOS, 2013 p. 329).

De qualquer forma, como exposto, com uma menor ou maior participação do Poder Público, o fornecimento de energia elétrica não perde sua característica de serviço público, sendo este o regime a ser aplicado neste tipo de atividade. Com efeito: “O fato de o Poder Público transferir ao particular a prestação de certos serviços públicos, pela via da concessão, não significa, entretanto, que se retire desses serviços sua natureza pública e mesmo que o próprio Estado se desvincule do serviço” (LIMA, 2013, p. 149).

Dentro dos marcos normativos deste setor, destaca-se a Lei 8.987/95 (Regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos), a Lei 9.427/96 (Criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) e a Lei 10.848/2004 (Comercialização de energia elétrica). Além destas, outras leis também são importantes: Lei 5.655/71, Lei 8.631/93, Lei 9.074/95, Lei 9.478/97, Lei 9.648/98, Lei 9.991/2000 e Lei 10.438/2002. Trata-se de um setor extremamente regulado, que tem na ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) a principal autarquia federal de fiscalização.

Pois bem, trata-se de um serviço público federal. Mas seria um serviço público essencial?

Para Ana Rita de Figueiredo Nery (2020, p. 640):

Até a pandemia, a expressão ‘serviços públicos essenciais’ era basicamente usada para tratamento de três situações distintas: i) nominar os serviços aos quais o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigação de continuidade; ii) tratar sobre os serviços públicos cuja prestação deve ser garantida em situações de greve, na medida em que são indispensáveis ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (Lei

7.783/1989, artigos 10 e 13); iii) ilustrar a disputa entre os critérios formalista e essencialista em matéria de qualificação de uma atividade como serviço público. (NERY, 2020, p. 640)

Apesar das discussões acerca da noção de serviço público essencial, normativamente, a produção e a distribuição de energia elétrica são consideradas como serviços essenciais nos termos do artigo 10, inciso I, da Lei 7.783/1989.

Há vários julgados do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a essencialidade do serviço público de fornecimento de energia elétrica. Para nossa Corte Superior: “O fornecimento de energia elétrica é serviço público essencial e, por isso, sua descontinuidade, mesmo que legalmente autorizada, deve ser cercada de procedimento formal rígido e sério, constituindo hipótese de reparação moral sua interrupção ilegal” (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp n. 570.085/PE).

Por fim, adotando-se outros critérios classificatórios, o serviço público de energia elétrica é próprio (contrapondo-se aos impróprios), comercial e industrial (não sendo administrativo e nem social), *uti singuli* (contrapondo-se ao *uti universi*), e exclusivos (contrapondo-se a não exclusivos), tudo conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p.127 a 130).

Em síntese, portanto, o fornecimento de energia elétrica é um serviço público federal essencial que atualmente é prestado mediante concessão no Brasil.

3. A SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Justamente por esta qualidade de serviço público essencial, uma das grandes questões relacionada ao fornecimento de energia elétrica é a possibilidade de sua suspensão ou interrupção. Afinal, a concessionária deve assegurar a continuidade desta prestação.

Como se sabe, a continuidade aparece na legislação brasileira como condição do serviço público adequado (art. 6º, § 1º, Lei 8.987/95), como obrigação dos órgãos públicos (art. 22, Lei 8.078/90), e como princípio a ser observado (art. 4º, Lei 13.460/2017). Assim, a regra do nosso sistema é a continuidade do serviço público, sobretudo quando essencial.

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) houve um embate acerca da impossibilidade de corte de energia elétrica na hipótese de inadimplemento pelo consumidor. Formaram-se duas linhas de pensamento, uma no sentido de que o corte seria possível, pois a noção de continuidade não poderia implicar a de gratuidade, ainda que de forma oblíqua. Segundo Zelmo Denari “Pacifica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento” (GRINOVER, 2007, p. 226). Por outro lado, havia quem defendesse que a concessionária deveria

proceder com a cobrança dos valores devidos pela via ordinária, não podendo se valer do corte como forma de coação. Neste sentido:

[...] o corte ou suspensão do serviço essencial, face ao princípio da continuidade (art. 6º, X, c/c art. 22 do CDC), frente ao consumidor-pessoa física, tendo em vista a sua ‘dignidade’ como pessoa humana (art. 5º, XXXII, c/c art. 1º, III, da CF/1988 c/c art. 2º do CDC), só pode ser possível excepcionalmente e quando não é forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de uma decisão judicial ou do fim não abusivo do vínculo (MARQUES, 2013, p. 646).

Por muitos anos, com amparo na Constituição Federal de 1988 e no próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), prevaleceu na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não seria lícito o corte do fornecimento de energia, mesmo quando o consumidor encontrava-se em estado de inadimplência. Entendia-se que “O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade” (BRASIL, STJ, RMS n. 8.915/MA). Ou que: “É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança” (BRASIL, STJ, REsp n. 223.778/RJ). E que: “O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito” (BRASIL, STJ, AgRg no REsp n. 298.017/MG).

No entanto, em 2003, houve uma decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, tendo ficado vencidos os Ministros José Delgado e Luiz Fux, reconhecendo a licitude do corte de energia no caso de inadimplência. Nos termos da ementa: “É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)” (BRASIL, STJ, REsp n. 363.943/MG).

Hoje, sobre a matéria, tem-se também o Tema Repetitivo nº 699/STJ:

Na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível o corte administrativo do fornecimento do serviço de energia elétrica, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação. (BRASIL, STJ, Tema Repetitivo 699).

A posição jurisprudencial consolidada é pela possibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica desde que o consumidor seja previamente notificado e a inadimplência seja contemporânea.

Em resumo, a regra é a continuidade do serviço público de fornecimento de energia

elétrica. A situação de inadimplência do consumidor-usuário é uma das exceções, que pode levar à suspensão do serviço público. Esta suspensão será ilegítima se referente a débitos pretéritos, não contemporâneos ao corte, ou por débitos irrisórios.

4. O ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA É UM DIREITO FUNDAMENTAL?

Diante deste cenário, no qual o sistema jurídico brasileiro atribui o fornecimento de energia elétrica como um serviço público essencial, poderia se afirmar que o acesso à energia elétrica seria um direito fundamental?

Não há um consenso teórico acerca do que caracteriza um direito fundamental. No atual estado da arte, considerando o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, pode-se destacar duas principais concepções, uma visão formal e outra substancial.

Para Raoni Macedo Bielschowsky (2015, p. 85), em uma concepção formal: “[...] jusfundamental é todo direito que o legislador (competente para tanto) assim diz que é, não havendo, portanto, vinculação a um *status* específico de pessoa, menos ainda a um valor antropológico, ontológico ou cultural”. Ou seja, se o texto constitucional reconhece, formalmente, um direito como fundamental, então, ele tem tal característica. Se não há este reconhecimento positivo, então, não há o direito fundamental. Trata-se de visão atrelada a um pensamento positivista do Direito. Esta, inclusive, é a visão de Norberto Bobbio (2004). Segundo o pensador italiano “[...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 2004, p. 50). É a positivação, ou seja, o consenso oriundo do Parlamento, que concede ao direito o atributo de ser fundamental. Não haveria uma natureza, um dado ontológico que indicassem a fundamentalidade de um direito. Assim, “Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta” (BOBBIO, 2004, p. 47).

Há aqui um raciocínio circular. Um direito é fundamental porque o direito positivo assim o reconhece como tal. Mas porque o direito positivo assim o reconhece como tal? Porque os parlamentares concordaram com sua fundamentalidade. Mas por que os parlamentares concordaram com sua fundamentalidade? Enfim, cai-se na discussão acerca do que caracteriza o próprio Direito.

Por outro lado, em uma visão substancial, os direitos fundamentais seriam

“[...] inerentes à própria concepção de pessoa, constituintes da base jurídica da vida humana; portanto, direitos que sejam intimamente ligados ao valor da Dignidade da Pessoa Humana, levando-se em consideração as ‘filosofias políticas, sociais e económicas e as circunstâncias de cada época e lugar’ e, ainda, apelando ao Direito Natural, ‘a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito’ (BIELSCHOWSKY, 2015, p. 86).

Tenta-se sair do raciocínio circular da visão formal, buscando um fundamento para além do direito positivo. E ele repousa na noção de dignidade da pessoa humana. Conforme coloca Jesús Lima Torrado (2012, p. 224): “[...] el valor ‘dignidad humana’ aparece en las normas internacionales, en las constitucionales y en la mayoría de la doctrina como el fundamento de los derechos humanos”. Então o que torna fundamental um direito é a sua relação direta com a dignidade da pessoa humana, seja esta concebida como um valor *a priori*, dentro de uma concepção jusnaturalista, como se tivesse uma natureza própria, um conteúdo ontológico, seja concebido como um valor culturalmente estabelecido, em uma concepção culturalista do Direito.

Enquanto o raciocínio circular é o calcanhar de aquiles da concepção formal, o raciocínio ao infinito é o problema da concepção substancial, permitindo-se que todo e qualquer direito, uma vez demonstrada uma correlação com a pessoa humana, seja visto como fundamental. Conforme assevera Raoni Macedo Bielschowsky (2015, p. 81): “Afinal, se todos os direitos são tidos como fundamentais, na verdade, nenhum deles não mais poderá realmente ser considerado fundamental. A própria definição da jusfundamentalidade exige certa seletividade – quíça, exclusividade – restritiva da amplitude do rol dessa categoria”.

Com todo este quadro teórico em mente, é forçoso reconhecer que não há na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 qualquer menção ao acesso à energia elétrica. Aliás, dificilmente teria, já que tal serviço naquele momento histórico era um luxo para grande parte da população global.

Também não há na Constituição Federal de 1988, diferentemente de outros direitos fundamentais, uma expressa menção ao acesso à energia elétrica. Sabe-se que houve uma expansão formal dos direitos sociais expressamente elencados no artigo 6º, do texto constitucional. A Emenda Constitucional nº 26/2000 inseriu como direito social a moradia, a Emenda Constitucional nº 64/2010 a alimentação, e a Emenda Constitucional nº 90/2015 o transporte. Mas não houve qualquer alteração constitucional para incluir um direito social ao acesso à energia elétrica.

Aliás, de fato, havia uma proposta de emenda constitucional, a PEC 44/2017, que pretendia incluir o acesso à energia elétrica como um direito social na Constituição Federal. Mas no momento da confecção deste estudo, a referida PEC encontra-se arquivada.

Vários pesquisadores já se dedicaram ao estudo da fundamentalidade ou não do direito de acesso à energia elétrica no Brasil (CAVALCANTE, 2013; ALVES, 2022; ALMEIDA, 2022; ANDRADE, 2023, e ROSA, 2023). Para Taís Hemann da Rosa (2016)

“[...] compreende-se que o acesso à energia elétrica não se constitui em um direito fundamental autônomo, mas em um direito decorrente do mínimo existencial. O direito fundamental que se associa ao acesso à energia elétrica, e, portanto, o direito fundamental a ser arguido, é o direito ao mínimo existencial, esse sim direito fundamental implícito na

Constituição Federal de 1988” (ROSA, 2016).

Para Paulo Henrique Carvalho Almeida e Sebastião Patrício Mendes da Costa (2022, p. 195):

“[...] é possível reconhecer um direito fundamental ao acesso à energia elétrica como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este princípio reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para que o ser humano tenha uma vida com dignidade” (ALMEIDA, 2022, p. 195)

Mesmo se aplicando o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, é forçoso reconhecer que positivamente, adotando-se uma concepção formal de direito fundamental, não há dispositivos constitucionais expressos reconhecendo um direito fundamental de acesso à energia elétrica, de modo que a pergunta inicial deve ser respondida com uma negativa, no sentido de que no sistema jurídico brasileiro o acesso à energia elétrica não é um direito fundamental.

Esta assertiva não contradiz e não se contrapõe à assertiva de que o fornecimento de energia elétrica é um serviço público essencial. A noção de direito fundamental e de serviço público essencial não é a mesma. Possível, portanto, que o acesso à energia elétrica seja um serviço público essencial mas não se caracterize como um direito fundamental.

Aliás, quando se analisa o aspecto social, verifica-se que ainda existem muitos brasileiros vivendo sem energia elétrica. Com efeito, cerca de 1,5% dos brasileiros não têm luz em casa, o que significa cerca de 2,7 milhões de pessoas (MORAIS e BARREIROS, 2018).

Tampouco se pretende com a referida assertiva negar a importância da energia elétrica para a vida humana no Século XXI. Dependemos de equipamentos alimentados por energia elétrica, geladeiras, micro-ondas, computadores, celulares, televisores, etc. De fato, dentro de uma concepção substancial, centrada na dignidade da pessoa humana, até se poderia defender a fundamentabilidade de tal direito, mas, e aqui o recorte é importante, em uma concepção formal, tal conclusão não é logicamente possível.

5. PECULIARIDADES DA PANDEMIA DO COVID-19: O CASO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia pelo vírus coronavírus (Sars-Cov-2), causador da doença COVID-19, o que desencadeou inúmeros atos governamentais em diferentes países, inclusive no Brasil.

Os impactos da Pandemia na sociedade foram imensos, tornando necessária a modificação do Direito em vários pontos, sobretudo com o objetivo de preservar vidas.

Interessante notar que a própria Constituição Federal não estava preparada para este tipo de crise. Com efeito, o texto constitucional previa o Estado de Defesa, o Estado de Sítio, e a

Intervenção Federal, mas não previa um estado de calamidade pública. Foi apenas com a Emenda Constitucional 109, de 15 de março de 2021, que se criou o “estado de calamidade pública de âmbito nacional”, com a possibilidade do Presidente da República propô-lo (artigo 84, XXVIII, da Constituição Federal) e do Congresso Nacional decretá-lo (artigo 49, XVIII, da Constituição Federal).

Posteriormente, com um objetivo nitidamente eleitoral, a Emenda Constitucional 123/2022, de 14 de julho de 2022, criou um “estado de emergência”, justificado normativamente pela “elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados”. De qualquer forma, são novidades no texto constitucional, as figuras do estado de calamidade e do estado de emergência.

Tratou-se de um momento absolutamente excepcional. Conforme coloca Boaventura de Souza Santos (2020, p. 13): “A pandemia confere à realidade uma liberdade caótica, e qualquer tentativa de a aprisionar analiticamente está condenada ao fracasso, dado que a realidade vai sempre adiante do que pensamos ou sentimos sobre ela. Teorizar ou escrever sobre ela é pôr as nossas categorias e a nossa linguagem à beira do abismo”.

A Pandemia do Covid-19 colocou o direito brasileiro inteiro à prova, do penal ao previdenciário, do empresarial ao administrativo. Os problemas, a construção de soluções, foram inéditos e mostram-se um campo muito rico para pesquisa. Sobretudo no âmbito jurisprudencial, pois houve muitas decisões extremamente consequencialistas, que deixaram as normas vigentes absolutamente de lado. Conforme colocou Teresa Arruda Alvim (2021): “[...] a realidade da pandemia gerou a judicialização de muitos conflitos e qualquer um na posição do juiz ficaria irresistivelmente tentado, em face das situações difíceis que esta doença criou, a levar esta realidade em conta para decidir”.

Aqui, diante do objeto de pesquisa, chama-se atenção como as autoridades públicas trataram o acesso à energia elétrica. Afinal, não tivemos apenas uma crise sanitária, mas também econômica, que impactou milhares de famílias. Era de se esperar que algumas delas não conseguisse suportar as despesas de energia elétrica, o que traria um problema à própria manutenção de sua dignidade. Segundo Gunnar Nilsson (2012, p. 153):

[...] deve-se privilegiar a dignidade do consumidor miserável, que, em decorrência de sua precária situação financeira, deixa de pagar sua conta de energia elétrica. Nesses casos, a interrupção do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento atentaria contra a dignidade da pessoa e seu direito fundamental ao mínimo existencial pertinente a uma existência digna. (NILSSON, 2012, p. 153)

Em 24 de março de 2020 a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) editou a Resolução Normativa nº 878/2020 vedando a suspensão de fornecimento por inadimplemento para

vários grupos de consumidores. Não para todos, é importante destacar. Mas abrangeu especificamente o subgrupo B1, que compõe consumidores residenciais com tensão inferior a 2,3 kV.

Em vários estados-membros foram editadas leis estaduais proibindo o corte de fornecimento de energia elétrica, ou de forma indiscriminada ou se atendidos alguns requisitos.

No caso do Paraná houve a publicação da Lei 20.187/2020, em 23 de abril de 2020, proibindo o corte de fornecimento de energia elétrica às famílias com renda *per capita* mensal de até ½ (meio) salário mínimo ou três salários mínimos totais; idosos acima de sessenta anos de idade; pessoas diagnosticadas com Coronavírus – Covid-19 ou outras doenças graves ou infectocontagiosas; pessoas com deficiência; trabalhadores informais; comerciantes enquadrados pela lei federal como Micro e Pequenas Empresas ou Microempreendedor Individual.

Ocorre que, como vimos, a competência para legislar sobre energia é privativa da União. Então estas leis estaduais impondo vedações às concessionárias de serviço público federal padeceriam de uma inconstitucionalidade formal. Inclusive a lei estadual do Paraná foi questionada pela ADI 6.406, proposta pela ABRADDEE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica).

Em 21 de dezembro de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, indeferiu a liminar pleiteada na referida ADI, mantendo intocado os efeitos da lei paranaense. No momento da confecção deste artigo a referida ADI encontrava-se em conclusão com o atual relator, Ministro André Mendonça, desde 16 de dezembro de 2021. Ou seja, ainda não houve julgamento de seu mérito.

No entanto, na ADI 6.432, também proposta pela ABRADDEE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica), mas tendo como objeto uma Lei do Estado de Roraima, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Nunes Marques e Gilmar Mendes, decidiu pela constitucionalidade da norma, tendo sido consignado que

“É concorrente a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre consumo e proteção à saúde pública, nos termos dos incs. V e XII do art. 24 da Constituição da República. [...] As normas impugnadas, excepcionais e transitórias, editadas em razão da crise sanitária causada pelo novo coronavírus, não interferem na estrutura de prestação do serviço público de energia elétrica, nem no equilíbrio dos respectivos contratos administrativos” (BRASIL, STF, ADI 6432).

Ao julgar a ADI 6.588, tendo como objeto uma Lei do Estado do Amazonas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, também por maioria, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, decidiu que não havia qualquer inconstitucionalidade, consignando em ementa que:

“Ausente instituição de obrigação relacionada à execução do serviço de energia elétrica, são

constitucionais atos normativos estaduais a versarem vedação do corte do fornecimento residencial, ante inadimplemento, e parcelamento do débito, considerada a pandemia covid-19, observada a competência concorrente para legislar sobre proteção do consumidor – artigo 24, inciso VIII, da Carta da República” (BRASIL, STF, ADI 6588).

Vê-se que no momento de crise, o Poder Público em geral adotou várias medidas para assegurar aos cidadãos brasileiros o acesso à energia elétrica. Houve uma pronta resposta do Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário. E isto se deu embora o acesso à energia elétrica não fosse formalmente considerado um direito fundamental garantido pelo texto constitucional.

Isto é muito interessante ante as características próprias da América Latina e do Brasil, nos quais a inefetividade de direitos fundamentais é tão marcante (COELHO, 2019; SILVA, 2016). Não é incomum que a preocupação teórica seja com a afirmação positiva de um direito, com a sua declaração pelo texto constitucional. Primeiro a declaração, depois a efetivação.

Mas no caso concreto analisado, mesmo sem o reconhecimento como um direito fundamental, expressamente positivado na Constituição Federal, considerando-se apenas o aspecto de serviço público essencial do fornecimento de energia elétrica, o brasileiro conseguiu durante a pandemia uma forte proteção jurídica.

Eis a particularidade do caso da energia elétrica durante a Pandemia do Covid-19, o Poder Público adotou medidas para assegurar a sua continuidade mesmo nos casos de inadimplemento dos consumidores residenciais, concedendo uma efetividade a um direito (acesso à energia elétrica) que não tinha formalmente qualidade de fundamental.

CONCLUSÃO

Verificou-se que no Brasil o fornecimento de energia elétrica é um serviço público federal que pode ser prestado diretamente ou sob o regime de concessão pela União, sendo hoje prestado por concessão, com fiscalização pela ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), sendo considerado um serviço público essencial.

Apesar de sua essencialidade, foi superada a jurisprudência da década de 90 do Superior Tribunal de Justiça que não permitia a suspensão ou interrupção do serviço no caso de inadimplência do consumidor. Prevalece a orientação da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 363.943/MG), que permite o corte desde que com prévia notificação do consumidor e referente à dívida contemporânea.

Embora seja um serviço essencial, adotando-se uma concepção formal quanto ao que caracteriza um direito fundamental, o texto constitucional brasileiro não contemplou o acesso à energia elétrica como um direito fundamental.

Apesar da ausência deste tipo de declaração normativa, durante a Pandemia da Covid-19 as

autoridades públicas brasileiras asseguraram uma forte proteção ao consumidor de energia elétrica, vedando o corte no caso de inadimplemento do consumidor residencial.

A peculiaridade do tratamento dado ao serviço de energia elétrica durante a Pandemia do Covid-19 pelo Poder Público causa perplexidade em um cenário de extrema inefetividade de direitos, tão marcante no Brasil e na América Latina, já que se viu uma proteção forte, uma grande efetivação a despeito de qualquer reconhecimento normativo constitucional acerca da fundamentalidade do acesso à energia elétrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Henrique Carvalho; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da Costa. *O acesso à energia elétrica como direito fundamental*. Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, ISBN 2317-918X – V. 9, n. 2, jul/dez 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/14141/8545>. Acesso: 21 de junho de 2023.

ALVES, Caio José de Oliveira. *Dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e energia elétrica: o reconhecimento de outro direito fundamental?* 2023. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, 2022.

ALVIM, Teresa Arruda. *Os juízes, a pandemia e os argumentos consequencialistas*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, no 59, p. 1-160, Julho-Setembro/2021

ANDRADE, Maísa Medeiros Pacheco de. *O direito social fundamental de acesso à energia elétrica e a atuação estatal*. 2009. 208 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/13902>. Acesso: 21 de junho de 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 19 de junho de 2023

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Notas sobre a jusfundamentalidade ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 81-100. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81.pdf

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 6432*, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 13-05-2021 PUBLIC 14-05-2021)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *ADI 6588*, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 09-08-2021 PUBLIC 10-08-2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no AREsp n. 570.085/PE*, relator Ministro Napoleão

- Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 6/4/2017).
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no REsp n. 298.017/MG*, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 3/4/2001, DJ de 27/8/2001, p. 230
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp n. 223.778/RJ*, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 7/12/1999, DJ de 13/3/2000, p. 143
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp n. 363.943/MG*, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 10/12/2003, DJ de 1/3/2004, p. 119
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *RMS n. 8.915/MA*, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12/5/1998, DJ de 17/8/1998, p. 23
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Tema Repetitivo 699*
- BUFREM, L. S. *A pandemia da Covid-19 no Brasil: informações e contradições na atual conjuntura*. P2P E INOVAÇÃO, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 101–120, 2020. DOI: 10.21721/p2p.2020v7n1.p101-120. Disponível em: <https://revista.ibict.br/p2p/article/view/5461>. Acesso em: 2 jul. 2023.
- CAVALCANTE, Hellen Priscilla. *O acesso à energia elétrica no Brasil sob a ótica do desenvolvimento como liberdade*. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 58-86, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6172856.pdf>. Acesso em: 21 de junho de 2023.
- CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005
- COELHO, Diva Safe, COELHO, Saulo de Oliveira Pnto, Diniz, Ricardo Martins Spindola. *Direitos fundamentais, dignidade humana e jurisdição constitucional entre laudatórias e inefetividades: paradoxos da experiência constitucional e sua auto-descrição crítica no Brasil*. Revista do Direito [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, n. 59, p. 60-87 set./dez. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- LIMA, José Benjamim de. *Concessão de serviços públicos e a reforma do Estado*. Argumenta Journal Law. Jacarezinho - PR, n. 3, p. 125-154, jan. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/20>.
- MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MATTOS, Diogo Castor, SANTIN, Valter Foletto, CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. *Limitação da liberdade pelo Estado para controle da Pandemia Covid-19*. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 8, p. 191-215, out/2020 ISSN 2358-1557
- MORAIS, Bruna Cravo de; BARREIROS, Ingrid Zanchetta. *A gestão da matriz energética no Brasil: uma análise dos últimos 20 anos*. 2018. 15f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação

em Administração Pública)-Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Fluminense, 2018. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/9145>. Acesso: 21 de junho de 2023.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. *Serviços públicos essenciais e a Covid-19. Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. Coordenação: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020, v. 2, p. 633-654. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/ObrasJuridica/63034?pagina=1>

NILSSON, Gunnar. *A suspensão do fornecimento do serviço essencial de energia elétrica ao usuário inadimplente – análise sob a perspectiva constitucional e consumerista*. Revista Direito & Justiça, v. 38, n. 2, p. 141-155, jul./dez. 2012

ROSA, Taís Hemann da. *O acesso à energia elétrica como manifestação do direito ao mínimo existencial: uma análise com ênfase na dimensão defensiva do direito de acesso à energia elétrica*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/6787>. Acesso: 21 de junho de 2023.

SANTOS, Humberto Cunha dos. *A atual geração de energia elétrica segundo a lógica de mercado e sua ainda caracterização como serviço público*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 1, 2013 p. 312-331.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Editora Almedina, 2020

SILVA, Diego Nassif, BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais no Brasil: uma história de inefetividade*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM www.ufsm.br/revistadireito v. 11, n. 3 / 2016 p.999-1028.

TORRADO, Jesús Lima. *El fundamento de los derechos humanos*. Argumenta Journal Law. Jacarezinho - PR, n. 16, p. 223-246, jan. 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/221/220>

CAPÍTULO VII
DEMOCRACIA E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

A EMENDA CONSTITUCIONAL 88/2015 COMO INSTRUMENTO POLÍTICO DE DIMINUIÇÃO DA FORÇA EXECUTIVA EPISÓDICA

Vinicius Consoli Ireno FRANCO¹
Felipe Andrei Bonifacio SOUZA

RESUMO

A presente pesquisa se debruça sobre a emenda constitucional 88 de 2015, responsável por majorar a aposentadoria compulsória do funcionalismo público de 70 para 75 anos. Tendo essa discussão localizada na tensão entre a democracia, exteriorizada através do parlamento, e o poder executivo, representada pela instituição da presidência do executivo federal. O artigo partiu a análise tendo a seguinte problemática: em que medida a Emenda Constitucional 88 de 2015 minimizou o poder executivo? Para responder, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo. Revelando que não houve uma diminuição no poder do executivo de uma maneira não prevista pelo Sistema de Freios e Contrapesos, porém, revela-se que o momento em que houve a promulgação foi utilizado para se diminuir os poderes da presidente que ocupava o cargo em questão. Tendo, também, influenciada a sua promulgação fatores adversos da discussão da justificativa proposta nas casas legislativas, tendo o contexto histórico relevância sobre a matéria jurídica. As consequências políticas da alteração mostraram-se nos governos posteriores, tendo os chefes do executivo em questão indicado menos ministros ao Supremo Tribunal Federal do que em mandatos posteriores.

PALAVRAS-CHAVES: emenda constitucional; pec da bengala; supremo tribunal federal.

ABSTRACT

This research focuses on constitutional amendment 88 of 2015, responsible for increasing the compulsory retirement of civil servants from 70 to 75 years. This discussion is located in the tension between democracy, externalized through parliament, and the executive power, represented by the institution of the presidency of the federal executive. The article started the analysis with the following problem: to what extent did Constitutional Amendment 88 of 2015 minimize executive power? To answer, bibliographical research and the hypothetical-deductive method were used. Revealing that there was no decrease in the power of the executive in a way not foreseen by the checks and balances system, however, it is revealed that the moment in which the promulgation took place was used to reduce the powers of the candidate who occupied the position in question. Adverse factors in the discussion of the proposed justification in the legislative houses also influenced its promulgation, with the historical context having relevance on the legal matter. The political consequences of the change were evident in subsequent governments, with the heads of the executive in question appointing fewer ministers to the Federal Supreme Court than in subsequent terms.

KEYWORDS: constitutional amendment; pec da bengala; federal court of justice.

INTRODUÇÃO

No modelo republicano adotado pelo constituinte originário, da tripartição dos poderes,

1 Graduado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Mestrando em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, pesquisador da linha função política do direito e teorias da constituição. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP (CPOL-LAB). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

com seus fundamentos teóricos que remetem a época das revoluções liberais do século XVIII, em especial a americana e a francesa, tem-se como instrumento de controle o sistema de freio e contrapeso exercido de um poder sobre o outro, para assim, evitar que um se sobressaia e que possam viver harmonicamente.

Como modelo constitucional adotado, o poder originário se manifestou que a constituição somente poderia ser emendada respeitando o rito de votação de 3/5 em duas votações, nas duas casas parlamentares. Uma dessas manifestações para emendar a Constituição Federal de 1988 foi através da Emenda Constitucional 88 de 2015, tendo seu conteúdo mudado a data de aposentadoria compulsória do funcionalismo público, aumentando de 70 para 75 anos.

Partindo de uma investigação sobre essa Emenda Constitucional, tem-se a problemática a ser respondida nesse artigo: em que medida a Emenda Constitucional 88/2015 minimizou o poder executivo? Partindo da hipótese que houve uma diminuição das atribuições constitucionais do poder executivo, naquele momento histórico, devido ao próprio contexto político em que o Brasil estava. Usando do método hipotético-dedutivo para responder tal pergunta, investiga através de três capítulos que trata dos seguintes temas.

O primeiro capítulo investiga o conteúdo material da emenda constitucional, assim como os contextos políticos das épocas, uma vez que a propositura se deu em 2003, enquanto a sua aprovação somente em 2015. Trazendo os contextos econômicos da época, assim como as justificativas usadas pelos parlamentares para a emenda.

Enquanto o segundo capítulo se debruça na discussão sobre a tripartição de poder e os limites que o legislativo tem para reformar a constituição, demonstrando que há balizas implícitas e explícitas para a sal delimitação.

No terceiro, e último, capítulo são apresentadas as consequências políticas constitucionais devido a incorporação do novo limite para a aposentadoria compulsória na Constituição Federal, sendo considerado o número de ministros que cada presidente do executivo teve direito de nomear no período de seu mandato.

1. A PEC DA BENGALA

No início deste capítulo, mormente, será apresentada a Emenda Constitucional 88/2015, levando-se em consideração seus aspectos principais, com o fito de fornecer um panorama geral sobre a PEC da Bengala.

A PEC 457/2005, mais conhecida como PEC da Bengala, deu origem à Emenda Constitucional 88/2015. Tendo sua origem na PEC 42/2003, a proposta, de autoria do então senador Pedro Simon (MDB), foi promulgada no dia 7 de maio de 2015, após ser aprovada definitivamente

pela Câmara dos Deputados. No entanto, a sua aprovação pelo Senado Federal se deu em 2007, oito anos antes.

A EC 88/2015 “altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (Brasil, 2015).

Antes dela, o servidor público em geral (vale ressaltar que a Emenda Constitucional 103, de 2019, deu nova redação ao caput e ao §1º do art. 40, cujo termo utilizado passou a ser “servidor abrangido por regime próprio de previdência social”) era aposentado compulsoriamente, aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (Brasil, 1988). Contudo, com a promulgação da emenda, nos termos do art. 40, §1º, II, da Constituição Federal, o servidor passou a ser aposentado “compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar” (Brasil, 1988).

Ademais, a EC 88/2015, em seu art. 2º, assera que o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias terá a seguinte redação:

Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal (Brasil, 2015).

Desse modo, de início, apenas os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União foram abrangidos pela alteração que estabeleceu que eles se aposentariam compulsoriamente aos 75 anos de idade. A aposentadoria compulsória dos demais servidores de que trata o art. 40 da Constituição necessitaria de regulamentação mediante lei complementar.

A Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015, foi criada para esse propósito. A norma “dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal” (Brasil, 2015). Assim, foi estendida a aposentadoria compulsória aos 75 anos aos demais servidores públicos.

Ocorreram algumas discussões a respeito da Lei Complementar nº 152. Na ADI 543, o STF julgou improcedente o pedido formulado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), que argumentavam que a norma teria violado a prerrogativa do STF para regulamentar a questão, por se tratar de assunto relativo ao Estatuto da Magistratura (Portal STF, 2023).

Além disso, a ex-presidenta Dilma vetou a lei supracitada por afirmar que o tema seria de

iniciativa privativa do presidente da República. Contudo, o veto foi derrubado pelos parlamentares.

Destarte, ao serem expostos os elementos que permitam que seja compreendido sobre o que se trata a Emenda Constitucional 88/2015, serão abordadas as questões políticas que possibilitaram a sua propositura e a sua promulgação.

1.1 As origens da PEC da Bengala

A Emenda Constitucional 88/2015, de 7 de maio de 2015, deriva-se da denominada “PEC da Bengala”, a PEC 457/2005. Esta, por sua vez, teve sua origem na PEC 42/2003. Dessa maneira, é válido que seja analisada a justificativa dada no momento da proposição, em 2003.

Primeiramente, foi levado em consideração o aumento da expectativa de vida do brasileiro. Como argumentação, foram citadas a ampliação da urbanização e a melhoria de vida da crescente classe média. A proibição, expressa na Constituição Federal, de que alguém com mais de setenta anos possa ser servidor público e nomeado para cargos como de magistrado ou outros de semelhante relevância, segundo os autores, estava em desacordo com as mudanças demográficas, considerando o número de pessoas que teriam alta experiência e capacidade profissional, mas que foram afastadas compulsoriamente de suas atividades, em razão da idade (Brasil, 2003, p.2)

Dessa maneira, foi ressaltado que nos negócios privados e na atividade político-partidária, os empresários, intelectuais, juristas e políticos continuam exercendo suas atribuições após os setenta anos de idade, trazendo benefícios para os seus empreendimentos e para a sociedade. Alegou-se que, com o aumento do limite de idade, a Magistratura seria o ramo que mais traria proveitos ao povo, tendo em vista que juízes mais sábios e experimentados poderiam proferir decisões mais justas.

Declarou-se, ademais, que ainda haveria a possibilidade de se aposentar com base no tempo de serviço, mas que seria uma faculdade do indivíduo continuar no serviço público após os setenta anos.

Por fim, os autores lembram que, na época, pessoas com mais de setenta anos de idade já se submetiam a campanhas para ocupar concorridos cargos eletivos. Além disso, salientam a estranheza do fato de renomados juristas com idade maior do que setenta anos poderem ser contratados para elaborar caros pareceres para a Administração Pública e serem proibidos de atuar como servidores públicos (Brasil, 2003, p.2).

O Brasil de 2003, encontrava-se em um contexto político diverso do que ocorreu quando houve a aprovação da PEC. Nesse momento histórico-político, dava-se pelo primeiro ano de mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, depois de uma eleição que havia muita insegurança sob os aspectos econômico que se seguiria. Tendo esse temor sido explicitado na

variação do dólar às vésperas da eleição de 2002, aumentando de R\$ 2,60 no início do ano para R\$4,00 (Carvalho, 2018, p. 14). Ainda que o então candidato houvesse publicado a “Carta ao Povo Brasileiro” onde admitia que haveria responsabilidade fiscal e econômica no seu governo e que as margens para mudanças de direção seriam mínimas nas direções fiscais.

Promessas essas que se cumpriram no ano seguinte, como mostra o discurso do presidente do banco central, Henrique Meirelles, no jantar de final de ano da federação brasileira de bancos (Brasil, 2003, p.2), onde fazendo o balanço do primeiro ano de gestão, avalia que afastou a inflação descontrolada que vinha do ano passado assim como as desconfianças que havia no modelo econômico e fiscal do novo governo. Afirma, ainda, que o desafio da economia é propiciar condições de crescimento sustentável do país, sendo essa sustentabilidade fixada em distribuição de renda, geração de emprego e inclusão social.

Sendo esses pilares fortalecidos com o passar do governo Lula I e II. Sendo que o instrumento que política encontrou para realizar a distribuição de renda dava-se em dois programas: transferência de renda direta, como no caso do bolsa família; e na valorização acima da inflação do salário-mínimo.

Na literatura empírica sobre o assunto de transferência de renda sobre a valorização do salário-mínimo nacional, encontra-se duas consequências diretas: a participação dos salários na economia nacional se eleva; e o segundo é a diferença propriamente do salário-mínimo quando comparado ao salário-médio (Carvalho, 2018, p.21). Com isso, a diferença entre os salários de diferentes profissões acaba diminuindo, conseqüentemente, aproximando as classes e reduzindo assim a desigualdade.

De acordo com Bruno Komatsu (2013, p. 36), considerou as políticas instaladas sobre o salário-mínimo, sendo instrumentalizada através do seu aumento ao longo dos anos, foi a principal no combate à desigualdade, agindo principalmente na base da pirâmide e sendo mais sentido nas mulheres.

Conclui a autora (Carvalho, 2018, p.23) que essa transformação na política de transferência pelo salário-mínimo repercute na qualidade de vida elevando o padrão de consumo das famílias brasileiras. Antes, o que somente as partes mais acima da pirâmide econômica poderiam adquirir, agora, há uma democraticidade no acesso ao consumismo desses produtos. A autora, realiza uma tabela (2018, p.12), onde demonstra que o investimento nos períodos de 2003-2005 foi no montante de -4,7% ao ano, enquanto o consumo das famílias foi de 2,6%, saindo de 1,6% no período de 1999-2002. Traz, ainda, a variação dos preços estabelecidos nas commodities, onde no ano de 2003-2005 correspondeu a 19,1%, considerado esse o maior percentual de valorização das mesmas nos períodos investigados pela autora.

Com base nos argumentos supracitados, é possível inferir que a questão da previdência foi a que mais contribuiu para a proposição da PEC. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, constata-se um desafio relacionado ao tema, envolvendo, como citado na justificativa da PEC da Bengala, as mudanças demográficas enfrentadas desde então.

Demonstrando a existência desse desafio, nota-se que após a Constituição de 1988, a Previdência Social enfrentou pelo menos sete reformas, incluindo a Emenda Constitucional 88/2015. Infere-se, portanto, que a origem da PEC da Bengala insere-se em um contexto de anseio por mudanças relacionadas ao aumento da expectativa de vida dos brasileiros. Antes e depois da sua propositura, algumas Emendas Constitucionais a respeito do tema foram postas no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2015, quando a Emenda foi promulgada, outros fatores rondavam a política brasileira, que serão discutidos adiante. Porém, o que se demonstrou no contexto político econômico da propositura da PEC, foi de uma mudança de governo em sede do executivo federal, sendo que esse governo carregava consigo uma desconfiança de que poderia alterar as balizas fiscais e econômicas do país, que não se confirmou na prática. No ano de propositura da proposta de emenda constitucional, havendo uma avaliação do governo, mostrou-se um governo responsável nos parâmetros fiscais, assim como não alterando substancialmente as políticas econômicas, optando por valorizar uma que já havia a previsão: valorização do salário-mínimo, que acabou por refletir nos demais aspectos da economia doméstica.

No ano de sua promulgação, o país encontrava-se numa situação político-econômica totalmente distinta do período de 2003, sendo que essas condições poderiam ter sido utilizadas como influência para que houvesse a discussão de emendar a constituição naquele momento e não neste de transição política. Uma vez que o seu texto é no sentido de adiar as aposentadorias dos ministros da mais alta cúpula do poder judiciário, acabaria por influenciar nos poderes constitucionais atribuídos ao poder executivo federal, que seria a indicação desses ministros, interferindo, também, na tripartição de poderes da república.

1.2 A situação política e a EC 88/2015

O lapso temporal entre a propositura da PEC 42/2003 e a promulgação da EC 88/2015 corresponde praticamente ao período em que o Partido dos Trabalhadores se manteve no poder ininterruptamente, haja vista que o governo petista se iniciou em 2003, com Lula assumindo a presidência, e teve fim em 2016, com o *impeachment* da presidenta Dilma. Portanto, é cabível uma análise da situação econômica e política do Brasil durante esse tempo.

Desde a proposição da PEC 42, em 2003, até a promulgação da Emenda Constitucional 88,

em 2015, derivada da PEC 457/2005, o cenário político brasileiro sofreu grandes mudanças. À época, Lula era o presidente da República, iniciando o mandato em 2003. Já em 2015, o Brasil era presidido por Dilma Rousseff.

Demonstra-se que nas eleições de 2010, a então desconhecida do grande público, Dilma Rousseff, teve a sua candidatura legitimada pelas obras que a mesma coordenou, como ministra chefe da casa civil, no governo Lula II (2006-2010), em especial aquelas envolvendo os investimentos do PAC², destinando uma parte do orçamento para obras de investimento social, como em energia, recursos hídricos. O investimento do PAC, em 2007, foi anunciado em R\$503 bilhões, que seria realizado até o ano de 2010. em 2008 foi anunciado que o investimento seria de R\$656,5 bilhões (Rodrigues; Salvador, 2011, p. 130).

Diferentemente do que ocorreu com a eleição em 2003, não havia desconfiança com quem assumisse o cargo mais alto do executivo federal, uma vez que a população já sabia o que esperar de um governo petista no quesito da econômica, com isso, Dilma Rousseff ganha as eleições de 2010 com a porcentagem de 56,05% contra 43,95%, dos votos válidos, do seu adversário, o candidato José Serra do PSDB.

Tendo a população escolhido pela agenda política do investimento em programas sociais, gerando efeitos a curto prazo, em sede eleitoral, como os programas de assistência social do Bolsa-família, assim como a continuidade dos investimentos do Estado na sociedade, como os projetos realizados via PAC (Magalhães; Silva; Dias, 2015, p.560). Como demonstra a autora Laura Carvalho (2018, p. 12) os investimentos nos anos em que Dilma se manteve como ministra da casa civil foi o período em que mais se teve investimento total, chegando a na variação de 9,6% positivas. enquanto no período de 2003-2005 deu -se em 2,0 e em 2011-2014 a 2,2%.

Nos primeiros meses do mandato da nova presidenta, não se notou diferença com o seu antecessor, havendo uma mudança da política econômica somente a partir de agosto do corrente ano de 2011, onde a presidenta demonstrou algumas características diferentes do ex-presidente. Uma dessas características foi o fortalecimento do capital nacional frente a crise mundial que se atravessava por conta dos reflexos econômicos causados em 2008. Nesse fortalecimento da moeda nacional, entre agosto de 2011 a abril de 2013, o Banco Central minorou a taxa de juros, a SELIC, de 12,5% para 7,25%. Sendo essa considerada a menor taxa desde a sua criação.

No decorrer do mandato, o governo Dilma foi sendo atacado, o processo do Mensalão que se deu durante o governo Lula acabaria repercutindo no período Dilma, uma vez que os candidatos pertencem ao mesmo partido, recebendo uma pecha de partido corrupto ou, pelo menos, de partido conivente com a corrupção.

2 Plano de aceleração e Crescimento

Em 2013, eclodiu o movimento chamado de “Jornadas de Junho”, em que os primeiros anseios se relacionavam com o alto preço das passagens de ônibus. Contudo, ao decorrer do tempo, aumentaram-se o radicalismo e as críticas ao governo petista. Muitos estudiosos entendem que as Jornadas de Junho teriam dado origem a um fanatismo político e ao fortalecimento da extrema-direita.

A respeito das prováveis motivações, os Vicente e Azevedo dizem que:

O PT foi o único partido que não se envolveu no grande acordo de onde surgiu o “pemedebismo”. Ele assumiu para si o peso de ser representante de pautas populares, fazendo forte oposição no sistema bipartidário apresentado nos governos de Fernando Henrique Cardoso. No entanto, nos governos Lula, as ações políticas não responderam completamente aos anseios populacionais. Apesar de ter feitos (sic) mudanças positivas, o governo petista não proporcionou mudanças profundas como muitos ansiavam. Infelizmente, agindo sob a norma política vigente, o PT também se blindou e isso pode ter alimentado um sentimento de decepção por parte de seus simpatizantes. Estes fatores culminaram nas tensões ideológicas que iriam explodir em 2013. Outro ingrediente que parece compor essa mistura seriam os problemas na formação política da geração nascida a partir dos anos 90, já que nesse período não parecia haver reais polarizações ideológicas. Sob o domínio da uniformidade política, uma geração inteira parece não ter uma clara opinião formada (Vicente e Azevedo, 2018, p. 8).

As Jornadas de Junho correspondem a manifestações heterogêneas, abrigando qualquer tipo de demanda que causasse alguma insatisfação no indivíduo. Não sendo possível homogeneizar os pedidos ali formulados por aquela parte da população que foi às ruas. De acordo com Maria da Glória Gohn (2014, p. 431) as manifestações adquiriram característica de manifestação de massa, destacando que a população que fazia parte dessas manifestações era a que fazia parte da classe média brasileira, assim como destacava-se a presença dos jovens,

Nesse contexto, em 2015, ano da promulgação da EC 88 e do início do segundo mandato de Dilma Rousseff, cresceram os movimentos antipetistas, com grandes manifestações sendo realizadas em todo o país, cujo objeto principal era o *impeachment* da então presidente, bem como o combate à corrupção e o pedido pela prisão de Lula. Luciana Tatagiba (2018, p. 117) constata que no período de 2011 a 2016, a evolução dos protestos de direita apresentou forte concentração em 2015, representando 28% do total. Percebe-se, portanto, que grande parte da população estava voltada contra o governo.

O descontentamento existia também no Poder Legislativo. Eduardo Cunha, presidente da Câmara à época, aceitou o pedido de *impeachment* de Dilma no final de 2015. O mandato de Dilma seria cassado no ano seguinte, inclusive.

A Emenda Constitucional 88/2015, portanto, foi promulgada em um momento de crise política. Aplicada aos servidores públicos, a norma, por conseguinte, abrange os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Nesse âmbito, a ex-presidente Dilma indicaria cinco ministros até o final do seu segundo mandato (caso não tivesse sofrido *impeachment*). Com a promulgação da EC

88/2015, no entanto, ela perderia essa possibilidade, haja vista que os cinco ministros que completariam 70 anos até 2018 poderiam continuar trabalhando até os 75 anos de idade. Ressalta-se que a PEC foi aprovada em 2007 pelo Senado Federal, levando 8 anos até finalmente ser aprovada pela Câmara dos Deputados, em um momento que pode ser considerado conveniente para os parlamentares.

O ambiente político da proposição da PEC e de sua promulgação se mostrou totalmente distinto. Enquanto na proposição havia uma desconfiança quanto a política econômica com a mudança do partido e candidato nas eleições presidenciais. No ano de sua promulgação, 2015, o cenário era de insatisfação por parte da população com o governo eleito, que já estava ocupando o cargo da presidência há quatro mandatos, além do partido estar marcado pelas denúncias de corrupção que o acompanhou desde os escândalos envolvendo o Mensalão.

Com a possibilidade da presidenta indicar ministros para a Supremo Tribunal Federal, o Legislativo, que era formado por partidos que não apoiavam o governo Executivo, como se demonstrou na votação da PEC e nos procedimentos de *impeachment* posteriormente, a emenda constitucional foi o instrumento utilizado para diminuir esse poder político na época, ainda que a emenda não suprimisse o poder constitucional da indicação, acabou por interferir de maneira direta na repartição dos poderes, uma vez que o contrafreio para a indicação dos ministros da presidenta seria a sabatina realizado pelo Senado Federal.

Também se mostrou oportuno o poder de agenda exercido pelo Poder Legislativo na questão, uma vez que a PEC ficou aguardando resolução por doze anos até a sua promulgação, sendo revivida num momento em que as questões políticas estavam sendo criminalizadas pelas operações da lava jato.

Portanto, além dos aspectos relacionados com a questão da previdência e com a mudança demográfica, a PEC da Bengala está envolvida em um contexto político relevante, em um período em que houve, de certo modo, a ascensão e a decadência do governo do PT.

2. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS E O RESPEITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio da Separação dos Poderes costuma ser atribuído a Montesquieu, sendo difundido na obra “O espírito das leis”, em que o filósofo estabeleceu a tripartição dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, demonstrando a importância em evitar o acúmulo de poder em um só indivíduo:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade; porque se pode recear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente.

Também não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e o do executor. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executor, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares (Montesquieu, 2018, p. 305-306).

Nesse sentido, segundo o art. 2º da Constituição Federal, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988). Cada Poder apresenta a sua função típica (legislar, executar as leis e julgar). Contudo, devido ao Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances System*), um Poder pode interferir no outro de modo a garantir a harmonia e o equilíbrio na República. O Poder Legislativo, por exemplo, ao julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade, exerce atividade jurisdicional.

Desse modo, no constitucionalismo brasileiro, nota-se uma certa particularidade. O Poder Judiciário vem se mostrando um verdadeiro protagonista no cenário republicano. Muitas vezes, por conta da ineficiência de resolução de conflitos pela via política, a atividade jurisdicional é exercida de modo a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. A democracia brasileira é tardia, e sofreu impactos como o *impeachment* da ex-presidenta Dilma. Os magistrados, por meio de decisões interpretacionistas, podem atuar como árbitros do jogo democrático, não sendo influenciados pelo contexto histórico (Franco, 2023, p. 1030-1031).

Apesar do protagonismo judicial, os outros Poderes, muitas vezes, acabam se sobressaindo em relação aos demais. Por meio de Emendas Constitucionais, o Legislativo, muitas vezes, regula aspectos relacionados ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A PEC da Bengala é um exemplo, haja vista que, além de modificar a questão da aposentadoria dos ministros da Suprema Corte, também interfere na nomeação dos magistrados pela presidência.

Em vista disso, tomando como parâmetro a separação dos Poderes, o *Checks and Balances System*, é válido analisar a constitucionalidade das Emendas Constitucionais, relacionando a questão com a EC 88/2015. Uma PEC, ao interferir em outro Poder, não necessariamente fere a separação dos Poderes. Para que isso aconteça, outros aspectos devem ser analisados, o que será feito a seguir.

2.1 As Emendas Constitucionais e as cláusulas pétreas

A Constituição Federal, promulgada em 1988, foi alterada mais de cem vezes por meio de Emendas Constitucionais. Em decorrência de certas particularidades da Lei Maior brasileira, os novos anseios sociais adquiridos ao passar dos anos se converteram em revisões do texto constitucional. Couto e Arantes (2006, p. 58) entendem que

[...] a agenda política e governamental brasileira segue sendo uma agenda constituinte, não porque sucessivos presidentes quiseram mutilar os princípios fundamentais ou por outra razão exógena, mas porque a própria Carta os obrigou a alterar a Constituição para implementar as políticas públicas.

No entanto, o processo de emendamento deve observar determinados aspectos. O poder constituinte originário, ao promulgar uma nova constituição, estabelece limites explícitos e implícitos que devem ser respeitados pelos poderes constituídos e pelo poder de reforma constitucional. Sobre o tema, Jairo Néia Lima (2018, p. 133) anota que

Ao prever cláusulas protetivas, o poder constituinte originário determina que o projeto constitucional inicial não está aberto a quaisquer mudanças. Tais limites, portanto, buscam uma conciliação entre o antagonismo dos impulsos de permanência e de mudança na constituição mediante a previsão de uma liberdade condicionada.

Nesse sentido, entende-se que uma emenda constitucional, ao violar os princípios fundantes da constituição, estaria, de certo modo, fundando uma nova constituinte. Yaniv Roznai (2014, p. 119) assera o seguinte:

[...] quando o poder de emenda altera os princípios básicos essenciais da constituição, ela ‘difere substancialmente’ do propósito para o qual foi originada. Isto não já não altera a constituição, mas constitui uma nova. Dado que uma alteração não pode aniquilar ou eliminar a constituição, alterar os seus elementos e princípios básicos é proibido, assim como é proibido eliminar a constituição (tradução dos autores)³.

Neste cenário, na Constituição Federal de 1988, há limites expressos ao poder reformador, constantes nas cláusulas pétreas, no art. 60, §4º da Constituição Federal, em que é estabelecida a proibição de que seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (i) a forma federativa de estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais (Brasil, 1988).

Dessa maneira, demonstra-se, mais uma vez, a importância da separação dos Poderes, discutida anteriormente. Uma Emenda Constitucional tendente a abolir esse princípio é, portanto, inconstitucional.

Não obstante a existência desse importante princípio na Constituição brasileira, é válido analisar o Sistema de Freios e Contrapesos, que permite a interferência de um Poder sobre outro, de modo a garantir a independência e a harmonia entre os quais. De acordo com Linck (2008, p. 73),

A Constituição Federal de 1988 consagrou definitivamente a “divisão” do poder político do Estado, individualizando suas funções básicas em órgãos independentes e harmônicos, superando a idéia (sic) da prevalência de um sobre os outros. Mas para imprimir a noção de equilíbrio, independência e harmonia, admitiu-se a possibilidade de interferência entre eles, na mais perfeita assunção do sistema de freios e contrapesos, através do qual, pela vigilância e controle recíprocos de uns sobre os outros, é preservado e garantido o cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

3 [...] when the amendment power alters the basic essential principles of the constitution, it ‘substantially varies’ from the purpose for which it was originated. It no longer amends the constitution but constitutes a new one. Since an amendment cannot annihilate or eliminate the constitution, amending its basic elements and principles is prohibited, just as eliminating the constitution is prohibited.

Analisando-se a EC 88/2015, surge a dúvida de se essa emenda fere o princípio supracitado, ao regulamentar aspectos do Poder Judiciário e interferir na escolha dos Ministros por parte do Poder Executivo.

Em uma primeira análise, a PEC da Bengala, ao dispor regras sobre a aposentadoria dos magistrados, não excede a função do Legislativo. Sob essa ótica, entende-se que essa norma está inserida no Sistema de Freios e Contrapesos, não passando de um mecanismo de controle harmônico de um Poder sobre o outro, dispondo acerca de elementos que se relacionam com a questão da previdência, como citado anteriormente.

Por outro lado, como demonstrado no capítulo anterior, a EC 88 pode ser entendida como um instrumento utilizado para diminuir o poder político da ex-presidenta Dilma, isto é, do Executivo, que perdeu a oportunidade de nomear cinco ministros para o Supremo Tribunal Federal. É delicada, destarte, a questão da separação dos Poderes no caso em questão, sendo difícil afirmar se o Legislativo feriu cláusulas pétreas. A princípio, pode-se dizer que não, pois estaria exercendo um controle harmônico sobre o Judiciário. Porém, no próximo capítulo, será demonstrado como a PEC da Bengala modificou o sistema constitucional brasileiro.

3. IMPACTOS POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS DA PEC DA BENGALA

Esta seção do presente estudo visa analisar a composição do Supremo Tribunal desde o ano da entrada em vigor da Constituição Federal, em 1988. Para isso, serão verificadas as indicações do Poder Executivo à instância maior do Judiciário desde o mandato de José Sarney (1985-1990), presidente à época, até os dias de hoje. Como Sarney iniciou o governo em 1985, serão analisadas apenas as indicações realizadas a partir de 1988, buscando informações no Portal STF, por meio da busca dos ministros da Suprema Corte no período republicano, ordenados pelo critério “indicação presidencial”. Ressalta-se que desde 1988 nenhuma indicação ao STF foi vetada pelo Poder Legislativo.

O primeiro indicado ao Supremo após a promulgação da Constituição de 1988 foi o Ministro Celso de Mello, em 1989, por José Sarney. No mesmo ano, foram nomeados os Ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard. Portanto, entre 1988-1990, no governo de Sarney, foram indicados e nomeados 3 ministros ao STF.

Fernando Afonso Collor de Mello (1990-1992) nomeou 4 ministros, sendo eles: Carlos Velloso (1990), Ilmar Galvão (1991), Francisco Rezek (1992) e Marco Aurélio (1990). Ressalta-se que o ex-presidente Collor sofreu *impeachment*, então Itamar Franco, vice-presidente, assumiu o cargo entre 1992-1995. Este, por sua vez, nomeou apenas um ministro, Maurício Corrêa, em 1994.

Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), por sua vez, indicou 3 ministros: Ellen Gracie (2000), a primeira mulher a tomar posse como ministra do STF, Gilmar Mendes (2002) e Nelson Jobim (1997).

Já durante o governo de Lula, é importante separar as nomeações entre antes e depois da Emenda Constitucional 88/2015, haja vista que o presidente teve dois mandatos antes da PEC da Bengala (2003-2011) e, atualmente, está exercendo seu terceiro mandato. Antes da aprovação da Emenda, Luiz Inácio indicou 8 ministros: Cezar Peluso (2003), Menezes Direito (2007), Ayres Britto (2003), Cármen Lúcia (2006), Ricardo Lewandowski (2006), Eros Grau (2004), Joaquim Barbosa (2003) e Dias Toffoli (2009). No seu terceiro mandato, já sob a vigência da EC 88, Lula nomeou Flávio Dino (2024) e Cristiano Zanin (2023), por conta de aposentadorias.

Dilma (2011-2016) nomeou 5 ministros para o Supremo: Luís Roberto Barroso (2014), Edson Fachin (2015), indicado antes da promulgação da Emenda supracitada, Luiz Fux (2011), Rosa Weber (2011) e Teori Zavascki (2012). Após seu *impeachment*, Michel Temer assumiu a presidência até o final de 2018. O ex-presidente, já depois da aprovação da PEC da Bengala, indicou apenas Alexandre de Moraes (2017). Tal nomeação veio por conta do falecimento do Ministro Teori Zavascki.

Jair Bolsonaro, que governou o país entre 2019-2023, nomeou 2 ministros, sendo eles, André Mendonça (2021) e Nunes Marques (2020), ambos em decorrência de aposentadoria.

Até o final do seu mandato, o governo de Lula não indicará mais nenhum ministro em razão de aposentadoria compulsória, pois o próximo ministro a ser aposentado compulsoriamente é Luiz Fux, apenas no ano de 2028.

3.1 Reações à PEC da Bengala

Como demonstrado anteriormente, a PEC da Bengala diminuiu significativamente o número de nomeações de ministros do Supremo Tribunal Federal. O governo de Bolsonaro foi o que menos indicou/nomeou ministros para o cargo desde 1988, com apenas 2 ministros, e Lula, a menos que haja algum motivo de força maior, terá nomeado o mesmo número ao final do seu mandato. Temer indicou um ministro, mas não por motivo de aposentadoria compulsória.

Desse modo, foram verificadas algumas reações aos impactos da Emenda Constitucional 88/2015. A PEC 159/2019 visa revogar a EC 88 e o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Brasil, 2019). Justificou-se que a PEC da Bengala não trouxe nenhum benefício considerável à administração pública, além de estagnar ainda mais a carreira dos magistrados. Ressalta-se que a proposta é de autoria de Bia Kicis, então deputada do Partido Social Liberal (PSL), partido de Jair Bolsonaro, à época. Portanto, demonstra-se que os aliados do ex-presidente

estavam incomodados com a norma. Por mais que não tenha sido admitido explicitamente na justificativa, é provável que a iniciativa tenha relação com a minimização de poder do Executivo.

A falta de controle do Poder Executivo no Supremo Tribunal Federal, somada com a ascensão da extrema-direita, resultou em ataques diretos às instituições estabelecidas na Constituição Federal. A PEC da Bengala, ao interferir na atuação do Poder Executivo, tornou a alternância no cargo de ministro da Suprema Corte bem menos frequente. O ex-presidente Jair Bolsonaro, muitas vezes, flertou com o aumento do número de ministros do STF, com o fito de exercer um controle maior sobre o Tribunal.

Desse modo, mesmo tendo atuado como um instrumento de minimização do poder da ex-presidenta Dilma, impedindo-a de nomear cinco ministros, a Emenda Constitucional 88/2015 refletiu também nos governos supervenientes. A PEC 159/2019 surgiu com a intenção de restabelecer a situação anterior à EC 88. Além disso, em um contexto de fanatismo político, foram constatados ataques ao Estado Democrático de Direito que, por mais que indubitavelmente estejam relacionados a outros motivos, mostram ter sido influenciados pela diminuição do controle do Poder Executivo sobre a nomeação dos ministros da Suprema Corte.

Na atualidade, sob o governo de Lula, foram nomeados dois ministros para o Supremo Tribunal Federal. Contudo, com o passar dos anos, e com nenhum ministro se aposentando até o fim do mandato do atual presidente, eventualmente podem surgir mais reações à PEC da Bengala.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa apresentada, constata que no ambiente político em que se deu a propositura da emenda constitucional, em 2003, vivia-se um ambiente de desconfiança do que o novo governo eleito poderia fazer em termos de política monetária. Tendo essa desconfiança não se concretizado e tendo o governo não feito tanta alteração quando se trata de política econômica. Nota-se também uma preocupação por parte dos parlamentares naquela época com a saúde financeira da Previdência Social, sendo esse o argumento central para justificar a Emenda.

Enquanto na propositura vivia-se uma desconfiança sobre o partido que acabara de ganhar as eleições, o momento de sua promulgação mostra-se totalmente diferente, uma vez que a desconfiança virou pragmatismo, já que o governo petista estava no seu quarto mandato. A promulgação se deu em meio à tensão política e no contexto da crescente oposição à ex-presidente Dilma. Com base no cenário da época, infere-se que a promulgação, depois de um longo período da aprovação pela primeira Casa, tenha relação com a possibilidade de nomeação de cinco ministros por Dilma.

Como consequência política-constitucional verificou-se que após a Emenda Constitucional

aumentando a idade da aposentadoria compulsória do funcionalismo público o presidente do executivo federal passou a indicar menos ministros que seus antecessores. Sendo essa emenda constitucional influenciada pelo contexto político-econômico em que o Brasil está inserido, uma vez que enquanto na sua propositura o clima era de uma estabilização política quanto as instituições, ainda que houvesse uma desconfiança econômica, na sua promulgação havia o desgaste enfrentado pelo partido dos trabalhadores durante anos de exposição devido a ocupar o cargo presidencial, como o julgamento do mensalão e os processos envolvendo a lava jato, a desconfiança nas instituições se materializaria no *impeachment* da presidenta no ano seguinte.

O poder executivo não teve seus poderes diminuídos de uma maneira que não fosse prevista pelo sistema de freio e contrapesos. Ocorre que, a emenda foi usada como um instrumento político de enfraquecimento do mandato da presidenta em exercício em questão. Tendo a sua promulgação influenciada por fatores exógenos a discussão apresentada originalmente na justificativa, sendo influenciada pelo clima de insatisfação com o governo assim como o momento de instabilidade econômica que o país enfrentava.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. Presidente da Câmara aceita pedido de impeachment de Dilma. **Revista da Câmara**, 04 dez. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/477439-presidente-da-camara-aceita-pedido-de-impeachment-de-dilma/>. Acesso em: 02 jul. 2024.

Após 100 anos, Previdência enfrenta reformas, déficit e envelhecimento da população. **Agência Senado**, 25 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/25/apos-100-anos-previdencia-enfrenta-reformas-deficit-e-envelhecimento-da-populacao>. Acesso em: 03 jul. 2024.

Brasil, Banco Central. **Discurso do Presidente do Banco Central, Dr. Henrique Meirelles, no Jantar Anual da Febraban**. 04 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/appron/pron/port/jantar.pdf>. Acesso em: 06 de julho de 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 159, de 2019**. Altera o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal e revoga a Emenda Constitucional nº 88, de 2015, (PEC da Bengala), e o art. 100 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para fixar em 70 anos a idade para aposentadoria compulsória dos servidores públicos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1816076&filename=PEC%20159/2019. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015**. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em

geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp152.htm. Acesso em: 06 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 42, de 2003**. Altera dispositivos constitucionais relativos aos limites máximos de idade para a nomeação de magistrados e ministros de tribunais e para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4195815&ts=1630414107921&disposition=inline>. Acesso em: 03 jul. 2024.

CARVALHO, Laura. **Valsa brasileira: do boom ao caos econômico**. Editora Todavia SA, 2018.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41–62, jun. 2006.

FRANCO, Vinicius Consoli Ireno. O papel do Poder Judiciário na democracia brasileira: do protagonismo ao garantidor das regras do jogo democrático. *In: XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, 2023, Jacarezinho/PR. **Anais do XII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**. Jacarezinho/PR: UENP, 2023, p. 1019-1033. Disponível em: <https://siacrid.com.br/repositorio/2023/anais-do-xii-simposio-de-analise-critica-do-direito.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2023.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Emenda Constitucional 88/2015 e aposentadoria compulsória. **Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso)**, v. 957, p. 139-150, 2015.

GOHN, Maria da Glória. 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: 06 de julho de 2024.

KOMATSU, Bruno Kawaoka. **Salário mínimo, desigualdade e informalidade**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. **Rio de Janeiro: Lumen Juris**, 2018.

LINCK, Lorena Carvalho. **A Separação de Poderes do Estado e o Sistema de Freios e Contrapesos: Uma Análise Histórico-Doutrinária**. 2008. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MAGALHÃES, André Matos; SILVA, Marcelo Eduardo Alves da; DIAS, Fernando de Mendonça. Eleição de Dilma ou segunda reeleição de Lula? Uma análise espacial do pleito de 2010. **Opinião Pública**, v. 21, p. 535-573, 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do Espírito das Leis**. Lisboa: Grupo Almedina, 2017. E-book. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422404/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

RODRIGUES, Taíla Albuquerque, SALVADOR, Evilásio. As implicações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) nas políticas sociais. **SER Social**, Brasília, v. 13, n. 28, nov. 2011. Disponível em: http://seer.bce.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/5624/4672. Acesso em: 06 de julho de 2024.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers**. 1 -363. PhD thesis, London School of Economics and Political Science, 2014.

STF confirma dispositivo de lei que regulamentou aposentadoria de juízes aos 75 anos. **Portal STF**, 26 mai. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507954&ori=1>. Acesso em: 02 jul. 2024.

TATAGIBA, Luciana. Entre as ruas e as instituições: os protestos e o impeachment de Dilma Rousseff. **Lusotopie**, v. 17, p. 112-135, 2018.

VICENTE, Jonnathan Gomes; AZEVEDO, Mauro Lopes. Jornadas de Junho: polarização, fanatismo e as mudanças no cenário político no Brasil. **Revista Khora**, v. 5, n. 6, p. 1-18. 2018.

A LIBERDADE NO CERNE DO CONSTITUCIONALISMO

João Pedro Felipe GODOI¹

RESUMO

A presente pesquisa reside na investigação do direito à liberdade no contexto do constitucionalismo. O direito à liberdade, tão requisitado e tão discutido na contemporaneidade, deve ser visto como parte integrante do constitucionalismo, sendo este o sistema de organização e controle de poder político adotado, inclusive, no Brasil. Neste sentido, a presente pesquisa busca responder a seguinte questão: qual é a posição assumida pela liberdade dentro do constitucionalismo? Como hipótese, apresenta-se que a liberdade se encontra no cerne do constitucionalismo, assumindo uma função basilar e de sustentação deste sistema de organização do poder político. Trata-se de uma pesquisa teórica, em que se recorreu ao método dedutivo, partindo de compreensão global do individualismo, sendo afunilada até se chegar à questão central da liberdade no constitucionalismo. Para atingir o seu objetivo, na presente pesquisa foi recorrido à técnica de pesquisa de levantamento bibliográfico pertinente à temática. Ao final, conclui-se que o direito à liberdade assume uma função basilar no constitucionalismo, estando no cerne deste sistema político.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à liberdade. Individualismo. Contratualismo.

ABSTRACT

The present research resides in the investigation of the right to freedom in the context of constitutionalism. The right to freedom, so requested and so thought about in contemporary times, must be seen as an integral part of constitutionalism, this being the system of organization and control of political power adopted, including, in Brazil. In this sense, this research seeks to answer the following question: what is the position assumed by freedom within constitutionalism? As a hypothesis, it is presented that freedom is at the heart of constitutionalism, assuming a basic and supporting function of this system of organizing political power. This is theoretical research, in which the deductive method was used, starting from the global understanding of individualism, being funneled until reaching the central issue of freedom in constitutionalism. To achieve its objective, this research used the research technique of bibliographical survey relevant to the topic. In the end, it is concluded that the right to freedom assumes a fundamental function in constitutionalism, being at the heart of this political system.

KEYWORD: Right to freedom. Individualism. Contractualism.

INTRODUÇÃO

A liberdade é um conceito e direito extremamente requisitado e discutido na sociedade. Bifurca-se em diversas faces: liberdade de expressão, de locomoção, de crença, de exercer a atividade comercial, dentre outras facetas.

É, pois, um conceito em discussão e em disputa política, sendo resguardada pela Constituição Federal em seu artigo 5º. Tal questão demonstra uma preocupação da Constituição,

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ - 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.

expressão do constitucionalismo brasileiro, em proteger o direito à liberdade.

Neste contexto, a presente pesquisa busca responder à seguinte questão: qual é a posição assumida pela liberdade dentro do constitucionalismo? Como hipótese, apresenta-se que a liberdade se encontra no cerne do constitucionalismo, assumindo uma função basilar e de sustentação deste sistema de organização do poder político.

Trata-se de uma pesquisa teórica, em que se recorreu ao método dedutivo, partindo de compreensão global do individualismo, sendo afunilada até se chegar à questão central da liberdade no constitucionalismo.

O artigo se estrutura em três capítulos. No primeiro, foi focado o conceito de indivíduo, bem como a importância assumida pelo individualismo na filosofia ocidental. Sequencialmente, buscou-se apresentar elementos estruturantes do contratualismo, passando para a formação da teoria política do liberalismo, e, por fim, pela teoria normativa do constitucionalismo.

A partir deste trajeto teórico, foi possível constatar que o direito à liberdade assume uma função fulcral no constitucionalismo, sendo o vetor norteador para a atuação deste sistema de organização do poder político.

1. A CONCEPÇÃO DE INDIVÍDUO COMO MARCO FILOSÓFICO, POLÍTICO E JURÍDICO

Antes de se discutir sobre a posição ocupada pelo conceito de liberdade dentro do sistema político-jurídico do constitucionalismo, vale analisar as bases filosóficas do pensamento liberal, visto que a democracia liberal, no qual o constitucionalismo serve como sistema de organização do poder político, é a expressão da ideologia liberal no plano político.

A base da filosofia liberal se centra na figura do indivíduo. De acordo com Ribeiro (2017, p. 1545), embora o liberalismo possa se bifurcar em diversos ramos e teorias, o elemento central em comum para todas essas correntes está na estruturação sobre a concepção de indivíduo.

Portanto, pode-se assumir que a filosofia liberal possui um lastro na filosofia individualista. Ribeiro (2017, p. 1544-1545) aponta, nesse sentido, que pensadores como Duns Escoto e Guilherme de Ockham foram pioneiros na estruturação da filosofia individualista, a partir do século XVI. Ockham, em especial, trouxe relevantes contribuições teóricas para a formulação de uma concepção do indivíduo, a partir de sua escola filosófica, o nominalismo.

Em síntese, a filosofia de Ockham buscava discutir a ideia de universal, levando a entender que os conceitos universais não existem de fato, mas que são frutos de um exercício mental. Segundo Borges e Leite Junior (2015, p. 16-17), a compreensão do universal, segundo Ockham, foi reformulada, possuindo, assim, duas compreensões em momentos distintos:

[...] no *Scriptum in Librum Primum Sententiarum*, escrito de sua juventude, aparece a chamada Teoria do Fictum, que concebe o universal como uma criação mental fictícia fabricada pelo intelecto. Na *Expositio in Librum Perihermeneias Aristotelis*, percebe-se uma transição, a qual se solidificará na *Quodlibeta* e na *Summa Logicae* como a Teoria do Ato Mental. O próprio Ockham, apelando ao Princípio da Parcimônia prova que tudo o que é salvaguardado mediante algo distinto do ato mental (ato de inteligir), pode sê-lo sem tal distinção. Portanto, a Teoria do Ato Mental é suficiente.

Ou seja, em um primeiro momento, Ockham entendia o universal como uma ficção, uma criação mental fruto do intelecto, desenvolvendo a Teoria do Fictum. Posteriormente, Ockham redireciona sua compreensão sobre o universal, inclinando à Teoria do Ato Mental. Assim, tudo aquilo que pode ser existe a despeito do ato mental, do ato de compreensão, de entendimento, vai existir em matéria.

O ponto de giro da filosofia de Ockham, em comparação às tradições filosóficas que o antecederam, diz respeito à sua própria premissa: a primazia do conhecimento das coisas singulares. Se para essas correntes filosóficas, cujo o movimento de compreensão parte do universal para o individual, a primeira coisa a ser conhecida pelo intelecto é o universal, para Ockham a primeira coisa a ser compreendida é o singular.

Desse modo, tudo aquilo que existe no real, na matéria, que está fora do pensamento, é individual e singular (Borges; Leite Junior, 2015, p. 17). Assim, se toda coisa extramental (que existe no plano real) é singular e individual, tudo o que é universal encontra-se no plano mental e, portanto, não existe materialmente. Logo, a realidade é composta por coisas singulares apenas.

Os indivíduos são únicos e diferentes entre si, inexistindo uma natureza comum. Ocorre que sujeitos do conhecimento podem, a partir de um exercício mental, criar conceitos mentais que representam as coisas singulares. Por mais que as coisas singulares não possuam uma natureza comum, elas podem apresentar características em comum (Borges; Leite Junior, 2015, p. 18).

Dessa forma, essas características em comum podem ser capturadas e, a partir do exercício intelectual, serem abstraídas e transformadas em um conceito mental, o qual, por sua vez, irá representar essas características em comum. E este conceito mental que representa as características comuns é um conceito universal, visto que abarca características que são encontradas em várias coisas (Borges; Leite Junior, 2015, p. 18).

Essa atividade de abstração de características em comum das coisas para a formação de um conceito universal é típica do intelecto, que busca os pontos em comum, excluindo diferenças accidentais entre os corpos. E assim,

Assim, no interior da própria alma (*intra animam*) se forma um conceito confuso que se refere a diversos seres particulares, que é predicado de uma pluralidade de seres e, nesse sentido, é universal. Em outras palavras, o universal é um *signo* que significa um referente, isto é, um termo que traz em si uma significação não sua, mas de outrem, que representa uma coisa distinta de si (Borges; Leite Junior, 2015, p. 19).

Nesse sentido, se os seres humanos existem na realidade, se são seres reais, então eles são singulares e devem assim ser compreendidos e analisados: como indivíduos.

O rompimento promovido pela filosofia de Ockham se dá, principalmente, com relação à tradição filosófica medieval capitaneada principalmente por autores como Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, de base grega (Ribeiro, 2017, p. 1546). Tratava-se de uma filosofia que focava já em uma compreensão de comunidade, na qual via o indivíduo já como membro de uma sociedade, sem o analisar de forma isolada.

A filosofia de Ockham foi, por assim dizer, vanguardista justamente por se pautar sobre a concepção do indivíduo, considerando de forma atômica, passando a conduzir um movimento de centralização do indivíduo (Ribeiro, 2017, p. 1546). Além disso, Ockham também inovou na compreensão da relação do indivíduo com suas coisas.

Se antes eram compreendidas as relações do indivíduo com o corpo social a que pertence, para Ockham, a relação deve ser entre o indivíduo consigo mesmo, sendo o indivíduo dono de si mesmo, no sentido de ser proprietário de sua própria vida. Tal compreensão tornou-se paradigmática para a história social, visto que “rompe com a análise aristotélica de que o homem é um ser social, a exemplo de outros seres como as abelhas e as formigas” (Ribeiro, 2017, p. 1546).

De acordo com Ribeiro (2017, p. 1546), a compreensão de indivíduo como dono de si próprio, exercendo uma relação de domínio e de propriedade sobre sua própria vida e sobre o seu próprio corpo acaba por impactar o pensamento jurídico e político, na medida em que coloca ao centro da discussão a ideia de indivíduo e a concepção de indivíduo e seus direitos e poderes.

Estas contribuições trazidas pelo nominalismo, sobretudo pela filosofia de Guilherme de Ockham, podem ser vistas como disruptivas no plano filosófico, político e jurídico, visto que colocam o indivíduo no centro de análise. Além disso, a ideia de ser dono de si mesmo implica em compreensões inovadoras no plano político e jurídico, na medida em que passam a tratar a ideia do indivíduo como portador de direitos e deveres.

O impacto causado pela filosofia individualista no que viria a ser, futuramente, a filosofia liberal demonstra que de uma perspectiva filosófica, no caso, o individualismo, derivou-se uma ideia política - o liberalismo. Porém, adverte Ribeiro (2017, p. 1547) que antes da relação de influência da perspectiva filosófica na ideologia política está a teoria social, que interliga essas duas dimensões. No caso, o elo entre a perspectiva filosófica do individualismo e a ideia política do liberalismo encontra-se a teoria do contrato social, o contratualismo.

2 INDIVIDUALISMO E LIBERDADE NO CONTRATUALISMO

Como dito, o liberalismo, enquanto ideologia política, possui influência “genética” da

concepção filosófica do individualismo. Porém, a relação entre estas duas teorias não é direta, tendo a mediação de uma teoria social, a qual explica a fundação e a organização da sociedade: o contratualismo.

Para Hobbes, a soberania advém do contrato social, no qual os homens, vivendo o Estado de natureza, sem organização e unidade, firmam um pacto de convivência social e de subordinação política ao soberano (Ribeiro, 2006 p. 53). Neste contexto, observa-se que a sociedade civil, segundo a teoria hobbesiana, não existe desde sempre; é um corpo formado, iniciado e fundado a partir de um contrato social envolvendo os indivíduos. Logo, antes da fundação da sociedade civil, o que existia eram indivíduos vivendo de modo atomizado e isolado (Estado de natureza), sem conexão entre eles a ponto de se formar uma comunidade.

Esta observação indica que a teoria do contrato social de Hobbes, com a sua função de explicar o início da sociedade civil, parte de uma compreensão individualista, já que só se inicia a formação de um corpo coletivo a partir do momento em que os indivíduos, até então isolados, firmam um instrumento de acordo (Ribeiro, 2017, p. 1547). Esse movimento teórico realizado por Hobbes promoveu um rompimento com a concepção antiga e hegemônica que se tinha sobre a formação da sociedade, conforme explica Djikoldigam (2022, p. 99)

Contrariamente ao pensamento antigo em que o corpo político era visto como uma obra “natural” baseada em suposto caráter distintivo do homem como “animal político”, como ser “naturalmente” político, no sentido de que sua vocação é realizar seu ser dentro da comunidade, na modernidade, se concebia a sociedade como criação dos próprios indivíduos. O vínculo social passa a não ser considerado mais como algo natural, mas algo que se constrói. O indivíduo vira o núcleo principal para se pensar a formação do corpo político e não mais a coletividade.

Portanto, pode-se inferir que a teoria do contrato social, ou o contratualismo, embora seja uma teoria que explica a fundação e organização de um coletivo (de um grupo “universal” de indivíduos), tem como base o individualismo. A teoria de Hobbes influenciou outros pensadores do Estado moderno, que também teorizaram sobre a formação da sociedade civil partindo da mesma premissa: a concepção do indivíduo.

Além disso, a noção de liberdade está presente no contratualismo hobbesiano. Para Hobbes, no Estado de natureza, os indivíduos gozavam de uma liberdade absoluta, irrestrita. Assim, se possuem liberdade ilimitada, os indivíduos poderiam fazer o que quisessem para alcançarem os seus objetivos. Referido contexto, no entanto, poderia ocasionar uma situação na qual dois ou mais indivíduos desejassem uma mesma coisa.

Se eles podem se utilizar de todos os meios para satisfazerem suas vontades, esses indivíduos poderiam se utilizar de qualquer recurso para conseguirem a coisa desejada, incluindo a morte. Por esse motivo que a liberdade irrestrita se mostrava como perigosa, vez que trazia um

estado constante de medo. Este estado insuportável de medo constante é o que fez os indivíduos pactuarem o contrato social, no qual eles renunciam a essa liberdade irrestrita em troca do medo (Ribeiro, 2017, p. 1551-1552). A partir deste contrato, é fundada uma figura, o Estado, que receberá o poder advindo da renúncia das liberdades individuais dos indivíduos: a soberania.

Deste contrato funda-se um poder político “autônomo, único e absoluto, mas que deve ser confirmado pela dinâmica do consenso que parte de cada indivíduo” (Bercovici, 2013, p. 86), conferido a um ente externo aos indivíduos que celebraram o pacto, o Estado, mas cuja vontade será a mesma do corpo político, não se confundindo, entretanto, com as vontades dos indivíduos separadamente.

Assim, a soberania pertence ao coletivo de indivíduos, que, no momento da unidade por meio do contrato social, delega o poder soberano ao Estado, sendo este o representante do povo, agindo por meio de um homem ou de uma assembleia de homens (Bercovici, 2013, p. 89; p. 83; Ribeiro, 2006, p. 63). Por isto, inclusive, que Bercovici (2013, p. 91) explica que Hobbes critica a possibilidade de uma distinção entre vontade do povo e vontade do soberano.

O poder soberano pensado por Hobbes também é absoluto. Isso se justifica pois, se o governante tivesse que respeitar um limite, alguém (um outro agente) teria que julgar se o soberano foi justo ou não, ou até julgar se o governante continua sendo governante ou não. Nessa hipótese, quem julgaria o príncipe seria a autoridade suprema.

Por esse motivo, tal ato é vedado pelo quarto direito dos soberanos: “Não há justiça nas acusações que o súdito faça aos atos dos soberanos” (Hobbes, 2003, p. 151). Portanto, o poder absoluto é a garantia de que os homens possam viver em paz e em segurança, sendo este o objetivo do poder político. Além disso, a indivisibilidade da soberania também é essencial para que este poder atinja o seu fim de defesa dos indivíduos, já que se coexistissem duas soberanias, estas se oporiam uma contra a outra, levando a multidão a uma situação de guerra (Bercovici, 2013, p. 90., p. 152; 159; Ribeiro, 2006, p. 63). Portanto, Hobbes rejeita a existência de duas soberanias sobre o mesmo corpo político.

Se, para Hobbes, a soberania é um poder absoluto conferido ao Estado mediante representação, exercendo o poder absoluto por meio de um homem ou de uma assembleia de homens em busca da paz entre os indivíduos do corpo político, para Rousseau, a soberania é originada e exercida pelo povo diretamente, sendo um poder irrepresentável, inalienável e indivisível.

O Estado, nessa perspectiva, só tem legitimidade se é o povo quem exerce o poder soberano (Bercovici, 2013, p. 112-113). Isso, pois, para Rousseau, “a vontade do representante sempre será uma vontade particular. Ela pode até estar de acordo com a vontade geral, mas isto não

passa de mera coincidência” (Bercovici, 2013, p. 114-115).

A soberania é exercida pela vontade geral, possuindo um caráter unificador dos indivíduos em um só corpo. A vontade geral se diferencia da vontade de todos, conforme explica Rousseau (2014, p. 44-45): “Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum; a outra, o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares”. Nesse sentido, Ribeiro (2006, p. 18) explica que a vontade geral é o “ponto de intersecção em que as vontades particulares concordam entre si”.

A soberania, segundo Rousseau, é exercida na elaboração das leis, sendo a legislação a declaração da vontade do soberano (Ribeiro, 2006 p. 18). Portanto, a atuação participativa direta do povo nas decisões políticas se dá no âmbito do legislativo, não podendo ser representado.

Pelo fato da lei ser uma emanção direta da vontade do soberano, o Estado tem legitimidade para sancionar o cidadão que infringir a lei (Ribeiro, 2006 p. 18-19). Este poder de aplicação da lei é denominado governo. O Poder Executivo não se confunde com a soberania, possuindo atuações diversas no Estado.

Por não se tratar de poder soberano, o governo pode atuar mediante representação, já que os governantes estarão sujeitos à lei elaborada pelo povo, cabendo ao Executivo a aplicação dessas disposições, podendo utilizar os meios coercitivos do Estado (Ribeiro, 2006 p. 22-23). Pode-se inferir, então, que embora a soberania para Rousseau seja indivisível, o poder do Estado se bifurca: soberania, exercido necessariamente pelo povo; e governo, que pode ser exercido por representante.

Então, por mais que Rousseau considere legítima apenas a forma democrática de Estado, denominada por ele de “república”, o referido autor compreende que existem mais de uma forma de governo legítimo, variando conforme a quantidade de pessoas que detém este poder: a monarquia é a forma de governo centralizada apenas na figura do monarca, cabendo a ele referendar a constituição; a aristocracia é a concentração do governo em um grupo de cidadãos; e a democracia é a forma de governo na qual todos os cidadãos exercem as prerrogativas de governo (Ribeiro, 2006, p. 23-24). Logo, a democracia, para Rousseau, não se configura apenas com o exercício do poder soberano pelo povo, mas, sim, com uma soberania e um governo populares.

Nesse ponto, Rousseau conjectura sobre as formas de governo mais adequadas para cada Estado, levando em conta aspectos demográficos, econômicos e geográficos. Rousseau afirma que quanto maior a distância entre as contribuições públicas e suas fontes (povo), mais onerosas aquelas se tornam. Ou seja, quanto mais distante ficar o retorno dessas contribuições para o povo. Em consequência disso, quanto maior a distância entre povo e governo, mais onerosos se tornam os tributos.

A partir dessa construção, Rousseau conclui que “a monarquia só convém às nações

opulentas; a aristocracia, aos Estados medíocres em riqueza, bem como em tamanho; a democracia, aos Estados pequenos e pobres” (Rousseau, 2014, p. 99). Ao se referir ao tamanho dos Estados, Rousseau refere-se tanto em termos populacionais quanto de extensão territorial.

Além disso, Rousseau pontua outras categorias diferenciadoras de espaços (clima, população, capacidade de produção de alimentos) como elementos definidores da forma de governo (Rousseau, 2014, p. 100-103). Assim sendo, nota-se que a questão do governo e, conseqüentemente, da representação política, para Rousseau, tem o elemento territorial como chave para a definição da forma de governo adequada a um país.

A partir destes elementos pinçados acerca da teoria do contrato social, pode-se observar a influência do individualismo no contratualismo. Primeiro, pois o movimento feito por esta teoria é no sentido indivíduo - coletivo, ou seja, partem de uma concepção individualista para compreenderem a formação do corpo coletivo.

Além disso, o contratualismo dialoga com o conceito de liberdade, na medida em que compreende que os indivíduos no Estado de natureza gozavam de liberdade absoluta e irrestrita. Essa relação é mais perceptível principalmente na teoria hobbesiana, já que o mal decorrente desta liberdade irrestrita (o medo constante em razão de possíveis conflitos entre liberdades ilimitadas dos indivíduos) foi o propulsor da criação do contrato social. Ou seja, a liberdade está intimamente ligada com a criação da sociedade.

A perspectiva de indivíduo como dono de si próprio, como proprietário de sua vida e de seu corpo também pode ser encontrada no contratualismo. A liberdade irrestrita do Estado de natureza diz respeito justamente ao indivíduos dispor de sua vida da forma que desejarem, podendo recorrer a qualquer meio para realizar os seus desejos.

Portanto, pode-se entender que esta liberdade irrestrita implica também em um poder que cada indivíduo possui, o que se relaciona ao que foi trabalhado no capítulo sobre o individualismo, no qual um dos legados desta concepção filosófica foi a compreensão de soberania e de poder e direitos dos indivíduos.

No entanto, desta premissa, de forte base individualista, o contratualismo trabalha a noção de renúncia da liberdade em troca de segurança. As vontades dos indivíduos passam a ser representadas na figura de um soberano, ou seja, da renúncia das liberdades ilimitadas emerge um poder de soberania, o que evidencia a relação entre liberdade e poder, já pensado no individualismo.

A partir destas conexões estabelecidas entre liberdade e poder político, pretende-se trabalhar as influências trazidas pelo individualismo e pelo contratualismo sobre o liberalismo e, sequencialmente, sobre o constitucionalismo. De todo modo, já é possível observar que a liberdade se mostra como um elemento fundante dessas teorias.

3 A LIBERDADE COMO VETOR DA DEMOCRACIA LIBERAL

Se para Hobbes a liberdade ilimitada leva os indivíduos a um estado de guerra constante, sendo a solução perpassada por um contrato social que limita essas liberdades, para Locke a liberdade constitui um direito natural à propriedade, na qual o indivíduo com liberdade possui a propriedade de si mesmo e de suas atividades (Ribeiro, 2017, p. 1553).

Os frutos de suas atividades, ou seja, do seu trabalho, também pertencem ao indivíduo. Desse modo, a liberdade para Locke se constitui em um direito de propriedade de si, de seu trabalho e dos produtos deste trabalho (Ribeiro, 2017, p. 1553).

A partir disso, Locke traz novos rumos para a teoria contratualista, visto que, embora parte de algumas premissas da teoria de Hobbes, incluindo a compreensão de que o indivíduo precede a sociedade e o Estado (Mello, 2006, p. 84), dela diverge, principalmente sobre a compreensão de liberdade. Isso, pois, para Locke, a liberdade não ocasiona um mal

Pelo contrário, a liberdade é o que permite a propriedade, então, ela deve ser mantida pela sociedade política na confecção do Estado, de modo que seja prevista e regulamentada desde o contrato social, sendo que o Estado tem o dever de proteger a propriedade/liberdade.

Portanto, em Locke, a liberdade não tem a conotação negativa vista em Hobbes (no caso, a liberdade irrestrita). Somado a isso, a liberdade se regulamenta pela própria propriedade, já que os indivíduos devem respeitar a propriedade alheia para que sua própria propriedade seja respeitada.

Nesse contexto, a figura do Estado aparece para garantir esse respeito mútuo, caso existam desvios de condutas entre os indivíduos. Inclusive, em razão dessa compreensão “privatista” da liberdade, Locke compreendia que o Estado de natureza de fato ocorreu, diferentemente de Hobbes, que encarava o Estado de natureza como uma alegoria (Mello, 2006, p. 84).

Por sua vez, Montesquieu não tinha como preocupação central, em sua teoria, a fundação ou a legitimação da sociedade civil ou do Estado, mas, sim, estudar as técnicas de organização e de controle do poder outorgado a este Estado, partindo como pressuposto teórico a teoria de Locke. Conforme explica Ribeiro (2017, p. 1556),

Montesquieu, no início de sua obra “O espírito das leis”, assume a legitimação de Locke de que existem leis positivas, leis estatais ou políticas, as quais regulamentam relações humanas. Parte desta obra decorre da investigação empírica que Montesquieu fez na Inglaterra do século XVIII, quando no país já estava funcionando o Parlamento enquanto ícone do poder legislativo, sendo uma instituição responsável por gerar as leis, limitando, portanto, a atuação do monarca. É desta distinção entre executivo e legislativo e a presença de um poder responsável por julgar – judiciário – que Montesquieu pôde afirmar a existência de uma Constituição inglesa, sendo este o tema do capítulo seis (“Da Constituição da Inglaterra”) do livro onze (“Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”) de sua obra de 1748.

Portanto, Montesquieu desenvolveu sua teoria a partir de observações do funcionamento

do sistema político inglês, na qual havia um controle do poder político realizado a partir da ideia de separação dos poderes. Montesquieu observou um modelo de controle de poder pela sua separação ao mesmo tempo em que vivia em um Estado dotado de um poder absoluto: a França.

Montesquieu, assim, observa o funcionamento da Constituição inglesa sob a separação do poder em três instâncias: legislativo, executivo e judiciário, constatando o fundamento desta Constituição como sendo a liberdade política, calcada na ideia de separação dos poderes (Ribeiro, 2017, p. 1557).

Logo, o que se observa é que o modelo constitucionalista também gira em torno da ideia de liberdade, sendo a limitação do poder do Estado, por meio da técnica de separação dos poderes, a nota distintiva deste sistema de controle, organização e limitação de poder político. E esta liberdade política é resultada a partir da limitação do poder do Estado. Então, pode-se deduzir que a liberdade política nasce da limitação.

Por esse motivo, Magalhães (2016, p. 192) afirma que a soberania moderna é “ilimitada ‘porque’ limitada”. Esta constatação pode apresentar uma divergência com relação à compreensão de Costa (2011, p. 209) no sentido de que a limitação do poder soberano representaria um paradoxo, já que, conforme exposto por Magalhães, a limitação da soberania é o que garante o poder ilimitado.

Assim, a partir da teoria de Bodin, “a soberania ocupou desse modo um lugar central no discurso legal e nas teorias políticas modernas” (Barros, 2009, p. 81), reforçando, novamente, a hipótese de Magalhães (2016, p. 103) de que o conceito de soberania ocupa simultaneamente o campo da política e do direito.

Deste modo, o constitucionalismo se consolidou como um sistema de organização do sistema político cuja principal função é limitar o poder político do Estado. Entretanto, conforme explica Ribeiro (2017, p. 1560),

o que de fato caracteriza o moderno constitucionalismo é sua pretensão normativa básica e extremamente exigente: a liberdade. É em função da liberdade que o constitucionalismo se propaga e pode ser evidenciado como um movimento inovador no campo político e jurídico. É desta maneira que o constitucionalismo iniciado no século XVIII reflete o arcabouço teórico do liberalismo.

Portanto, o constitucionalismo reflete sua deferência ao liberalismo, na medida em que seu vetor axiológico é a liberdade, estruturando toda a sua organização e mecanismos em torno do objetivo de se garantir a liberdade dos indivíduos, uma liberdade limitada, como pensada por Locke; uma liberdade pautada na figura do indivíduo, como pensado pelos autores nominalistas.

Como visto, a preocupação do pensamento constitucionalista centrava-se no controle e na limitação do poder político do Estado, até como forma de resposta ao paradigma anterior, o

absolutismo. Entretanto, embora se trate de uma ideologia que reivindique a liberdade política e uma igualdade formal, isso não significa que o liberalismo tenha necessariamente um viés democrático, ou que as aspirações por liberdade impliquem em um modelo de organização político democrático (Alcantara, 2017, p. 181).

Pelo contrário, o projeto constitucionalista que emergiu a partir das revoluções burguesas apresentou um desenho institucional que afastava as camadas populares do exercício do poder político. A igualdade formal trazida pela democracia liberal diz respeito, sobretudo, de incluir todos, inclusive as classes subalternas, sob um mesmo ordenamento jurídico formalmente igualitário. Porém, o paradigma da democracia liberal não forneceu meios dessas camadas populares (composta pelo campesinato e pelos não proprietários) acessarem os espaços de exercício do poder político. Ou seja, a promessa igualitária do liberalismo atingia apenas o reconhecimento do *status* civil das classes subalternas, não conferindo a elas, no entanto, a personalidade política, que ficou restrita à burguesia (Alcantara, 2017, p. 188). Com isso, conforme observa Alcantara (2017, p. 188-189)

Na prática, a tirania do despoja materializada na desigualdade jurídica ia sendo lentamente substituída por outra tirania, negligenciada pelo liberalismo: o despotismo privado da acumulação econômica, que constrange a efetivação da igualdade para além da formalidade das normas jurídicas e, mais que isso, transforma o espaço de potencial reivindicação da cidadania, a política, em dimensão apenas complementar as trocas que se dão no mercado.

É possível observar, então, que o liberalismo propõe uma premissa igualitária entre os indivíduos. Porém, a igualdade concedida não ultrapassa o plano jurídico-formal, não fornecendo meios de emancipação política e social das classes subalternas. Isto é, o liberalismo, e consequentemente o seu paradigma político-jurídico, constitucionalismo, confere um tratamento jurídico equânime entre os indivíduos, por meio de uma igualdade formal, mas no plano material, político e social as diferenças são mantidas, inclusive com a exclusão das camadas desfavorecidas dos processos decisórios.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo investigar a posição e a função ocupada pelo conceito/direito de liberdade dentro do sistema jurídico-político do constitucionalismo.

Entendeu-se que, antes de trabalhar especificamente o papel do constitucionalismo, bem como a importância conferida por ele à liberdade, era necessário pensar e revisitar as bases teóricas e discursivas deste sistema.

Assim, iniciou-se com a investigação sobre a concepção do indivíduo, qual momento e qual corrente pensou o indivíduo como centro teórico de análise, chegando-se ao nominalismo, corrente da filosofia medieval, capitaneada por Guilherme de Ockham, na qual entendia-se que as

coisas reais eram singulares e que os conceitos universais não existiam materialmente, sendo fruto de um exercício mental.

Tal compreensão, por se pautar na figura do singular, direciona o indivíduo ao centro das preocupações filosóficas, rompendo com a filosofia corrente até então, de base grega, que via o ser humano como um ser essencialmente social, considerando-o já como integrante de uma comunidade.

Observou-se que esta compreensão individualista influenciou o contratualismo, o que pode ser uma conclusão não tão óbvia, já que o contratualismo é uma corrente de teoria social que explica a própria fundação da sociedade civil e do Estado, sendo, portanto, uma teoria que estuda o coletivo, e não (pelo menos em uma primeira análise) o individual.

No entanto, o contratualismo tem bases individualistas, na medida em que o movimento teórico exercido pelo contratualistas parte da ideia de que os indivíduos precedem a sociedade e o Estado, sendo estes fundados a partir das vontades individuais dos indivíduos, que firmam o contrato social, dando início à sociedade e ao Estado.

Esta ideia de formação da sociedade civil e do Estado vem influenciar o desenvolvimento da teoria política do liberalismo, sobretudo a partir das contribuições de Locke. Este filósofo entende a liberdade como um direito de propriedade, passando a adotar uma perspectiva positiva e limitada sobre a liberdade: limitada, pois encontra o seu limite a partir do início da liberdade (propriedade) do outro.

Esta compreensão é fundamental para o liberalismo, e influencia a estruturação do movimento teórico e histórico do constitucionalismo, na medida em que este sistema de organização de poder se define como limitador do poder político do Estado, sendo legitimado pela liberdade política, uma liberdade advinda da limitação.

Portanto, apesar da função precípua do constitucionalismo de limitar o poder político, a partir da separação dos poderes e outras técnicas, o vetor axiológico, bem como todas a sua estruturação gira em torno da noção de liberdade, sendo, assim, o elemento central e basilar do constitucionalismo.

Apesar disso, deve-se considerar que a liberdade prometida no discurso liberal, e incorporada no plano constitucionalista, se restringe à crítica ao absolutismo, focando no reconhecimento da igualdade formal dos indivíduos, não ampliando, porém, o campo de emancipação para as esferas política e social.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Pedro Henrique. Liberalismo contra a democracia. **Norus**: Revista Novos Rumos

Sociológicos, v. 5, n. 8, p. 184-204, ago./dez. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BORGES, William Saraiva; LEITE JUNIOR, Pedro Gilberto da Silva. O problema dos universais em Guilherme de Ockham. **Revista Enciclopédia de Filosofia**, v. 2, p. 14-21, 2015.

COSTA, Alexandre Araujo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria e Sociedade**. n. 19.1, p. 198-227, jan./jun. 2011.

DJIKOLDIGAM, Mbaidiguim. Hobbes e a democracia moderna: regra da maioria e representação política. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**. v. 40, p. 98-114, 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Formação do conceito de soberania**: história de um paradoxo. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2006, p. 82-110.

RIBEIRO, Andrey Borges Pimentel. O critério da liberdade no constitucionalismo como produto da concepção do indivíduo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2006, p. 51-77.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

A PERSONALIDADE COMO DIREITO DA FORMA JURÍDICO-POLÍTICA: CONSTITUCIONALISMO DE IDENTIDADE E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO COMO CRÍTICA À “JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA”

Fernando Rodrigues de ALMEIDA¹

RESUMO

O presente trabalho investiga o reflexo gerado pela hermenêutica da natureza da personalidade como direito em relação a construção de um instituto jurídico-político, explorando o constitucionalismo de identidade e a crítica ao princípio majoritário como forma de *judicialização da vida*. O objetivo é analisar como a transição de um constitucionalismo purista para um princípio de identidade afeta a institucionalização democrática e o papel do judiciário. A metodologia utilizada é dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica, com foco em obras de Hans Kelsen e Carl Schmitt. Os principais resultados mostram que a personalização do direito altera fundamentalmente a natureza dos direitos da personalidade, impactando a democracia e a opinião pública. Conclui-se que, embora a judicialização possa fortalecer a garantia de direitos, ela também apresenta riscos de deslegitimar a função democrática do judiciário ao se distanciar da opinião pública. A análise de Luis Roberto Barroso sobre a judicialização no Brasil oferece um contraponto, destacando a necessidade de um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da ordem democrática. Assim, o artigo propõe uma reflexão crítica sobre o papel do judiciário na democracia contemporânea, enfatizando a importância de preservar a validade normativa e evitar excessos contramajoritários.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Constitucionalismo; 2. princípio contramajoritário; 3. princípio da identidade; 4. institucionalização democrática, 5. Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

This study investigates the impact of hermeneutics on the nature of personality as a right concerning the construction of a juridical-political institute, exploring identity constitutionalism and the critique of the majority principle as a form of the judicialisation of life. The objective is to analyse how the transition from a purist constitutionalism to a principle of identity affects democratic institutionalisation and the role of the judiciary. The methodology employed is deductive, based on bibliographic research, focusing on the works of Hans Kelsen and Carl Schmitt. The main results demonstrate that the personalisation of law fundamentally alters the nature of personality rights, impacting democracy and public opinion. It is concluded that while judicialisation can strengthen the guarantee of rights, it also poses risks of delegitimising the judiciary's democratic function by distancing it from public opinion. Luis Roberto Barroso's analysis of judicialisation in Brazil offers a counterpoint, highlighting the necessity of balancing the protection of fundamental rights with the maintenance of democratic order. Thus, the article proposes a critical reflection on the judiciary's role in contemporary democracy, emphasising the importance of preserving normative validity and

1 Doutor em Direito pela Universidade Cesumar (bolsista CAPES/PROSUP), sob Orientação do prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira; Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (Bolsista CAPES/PROSUP) Orientado pelo Professor Dr. Oswaldo Giacóia Jr. e Coorientado por Professor Dr. Roberto Bueno Pinto; Mestrando em Filosofia pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), sob orientação do Professor Wagner Dalla Costa Félix; graduado em Direito e em Teologia; Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica da Universidade Cesumar; Professor no curso de Graduação em Direito em UniCesumar e Faculdades Maringá (CESPAR); Professor pesquisador no Grupo de Pesquisa "Proteção integral da pessoa: interações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade";. Colunista pelo Maringá Post na Coluna Semanal "Direito, política e literária"; Professor e Advogado; Atua principalmente nos seguintes temas: Direitos da Personalidade; Teoria do Direito e do Estado; Filosofia do Direito; Teologia Política; Teoria Crítica do Direito; Contato: fernandordealmeida@gmail.com

avoiding countermajoritarian excesses.

KEYWORDS: 1. Constitutionalism; 2. Countermajoritarian Principle; 3. Principle of Identity; 4. Democratic Institutionalisation, 5. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

Ainda que o chamado “pós-positivismo” tenha vindo ao longo do século XX como fórmula seja de atualização ou, ainda que controverso, a superação de um positivismo de metodologia purista, a democracia permanece medularmente positivista. A linha base do constitucionalismo principialista continua se fundando na institucionalização estatal estatuída na força constitucional e, mormente, na despersonalização do soberano.

Neste sentido, antes de que seja observado a transição do constitucionalismo para um princípio indenitário, que quebra a linha de base supracitada, escolhe-se como referencial de debate Hans Kelsen, por meio de seu texto mais político, ainda que sob a égide do purismo metodológico, qual seja “A Democracia” (KELSEN, 2000), isso se justifica justamente na importância do debate teórico do Constitucionalismo do século XX por Kelsen e Carl Schmitt, este ultimo o jurista que melhor definiu o princípio da identidade como necessidade para existência de uma democracia compromissória.

Com isso estruturados os pilares constitucionalistas a passagem para o modelo de controle de judicialização como ato contramajoritário se coloca a frente do debate sobre o guardião da constituição, apontando-se que dentro de qualquer modelo constitucionalista, a institucionalização do judiciário se coloca distante da opinião pública, pois, é justamente o modelo de identificação que norteia o princípio decisionista do modelo schmittiano, o que influencia diretamente em um composto de personalização ou despersonalização do direito, de forma que a natureza dos direitos referentes a ideia de personalidade são fundamentalmente modificados.

Ao final será possível observar as linhas de frente do constitucionalismo latino-americanos, em especial ao brasileiro, no que será observada a recente obra intitulada “Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal” do Ministro da suprema corte constitucional pátria Luís Roberto Barroso, contrapondo alguns conceitos frente os pilares do constitucionalismo e a reação ao modelo institucional contramajoritário do judiciário, para assim observar se essa atuação indenitárias de opinião pública se coaduna ou se convive com a estrutura constitucionalista.

1. AS LINHAS DE FORÇA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA E O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO DO ÂMBITO JURÍDICO

O princípio democrático segundo Hans Kelsen (2000) se dá além da auto-proclamação de um estado democrático. Isto porque, essencialmente, os modelos autocráticos tem seus próprios modelos chamados de democracia, como ainda será observado mais a frente quanto à democracia identitária, entretanto, na razão do jurista austríaco, para a existência de um estado democrático não bastaria o reconhecimento do próprio estado, existem pilares básicos a seres seguidos.

Inicialmente importa salientar que a estrutura da democracia parlamentar seria instrumento necessário para a categorização do modelo do constitucionalismo, isto porquê, a partir do princípio da liberdade, raiz forte do contratualismo, a representação parlamentar é a única forma capaz de instituir o resultado da equidade dos sujeitos de direito a partir de sua igualdade formal e representação universal.

A luta contra a autocracia nos fins do século XVIII e início do XIX foi, essencialmente, uma luta em favor do parlamentarismo. De uma constituição que conferisse à representação popular uma participação decisiva na formação da vontade do Estado, que pudessem fim à ditadura do monarca absoluto ou aos privilégios consagrados pelo sistema das ordens, esperava-se então todo o progresso possível e imaginável, a formação de uma ordem social justa, a autora de uma era nova e melhor. O parlamentarismo, forma política dos séculos XIX e XX, podia indubitavelmente reclamar para seu ativo resultados realmente importantes, tais como a emancipação completa da classe burguesa mediante a supressão dos privilégios; em seguida, o reconhecimento da igualdade dos direitos políticos do proletariado e, com isso, o início da emancipação moral e econômica desta classe diante da classe capitalista. (KELSEN, 2000, p. 45)

Em um primeiro momento é importante definir aqui a ideia de *privilégio* instituída por Kelsen para que não haja confusão quanto ao princípio de atuação contramajoritária do judiciário

Quando fala-se em privilégios, no sentido basilar do constitucionalismo, esses devem ser considerados como elementos essencialmente materiais, ou ainda, fora da forma jurídica. Significa dizer que, do ponto de vista formal, os indivíduos sob a égide do Estado têm lugares pressupostos de igualdade perante sua condição normativa. Seria, portanto, esta condição normativa que permitiria a emancipação dos indivíduos, ou ainda, em termos kantianos, a existência da autonomia frente à força estatal.

O elemento jurídico de dever-ser tem como pressuposto uma estrutura formal em que, diante da estrutura constitucional, sua caracterização deriva de forma linear do instrumento jurídico. Haver privilégios no sentido constitucional é romper o pacto de vontade essencial, ou seja, atribuir elemento não jurídico a interpretação normativa do sujeito. O privilegiado não se encontra sob a égide da norma, mas fora dela, o privilegiado é sujeito anômico, não se enquadra em uma moldura semântica do texto normativo, é exceção em relação ao pressuposto normativo estatal.

O privilegiado já era discutido em Emmanuel Siyès como uma espécie de ruptura com o princípio natural da estrutura social. Para o autor da revolução francesa:

A pretensa utilidade de ordens privilegiadas para o serviço público não passa de uma quimera, pois tudo o que há de difícil nesse serviço é desempenhado pelo Terceiro Estado.

Sem os privilegiados, s cargos superiores seriam infinitamente melhor preenchidos. Eles deveriam ser naturalmente o lote e a recompensa dos talentos e serviços reconhecidos. Mas os privilegiados conseguiram usurpar todos os postos lucrativos e honoríficos; isto é, ao mesmo tempo, uma injustiça muito grande com relação a todos os cidadãos e uma traição com a coisa pública.(SIEYÈS, 2001, p. 3)

Por este motivo, não se confunde a atuação contramajoritária do judiciário com a ideia do privilegiado. O privilegiado, por se encontrar fora do quadro normativo, representa a exceção a universalidade da norma, por outro lado a atuação contramajoritária é o pressuposto de garantia do fundamento jurídico ao sujeito de direito não representado no princípio majoritário típico da democracia parlamentar.

Isto é, justamente pela estrutura universalizadora da constituição do modelo democrático parlamentar, e da representação política definida pela ideia de maioria, a minoria criada pela própria função representativa tem, em suas garantias fundamentais, proteção constitucional sob o aspecto garantista do pressuposto jurídico.

A atividade contramajoritária não tem a função de gerar privilegiados, mas de garantir elementos jurídicos fundamentais para a formalização da igualdade e garantia da liberdade, elemento constitutivo da democracia parlamentar.

Com isso, o princípio majoritário tem como estrutura basilar o impedimento do domínio de faixas sociologicamente definidas, sejam como classes, sejam ideologicamente estruturadas, sejam com qualquer outro caráter identitário. A garantia da representação pressupõe a garantia da universalidade, ou seja, ao mesmo tempo que a estrutura política tem um representante único a partir da maioria, o exercício institucional do Estado tem por pressuposto a regulação das diferenças sociologicamente materiais para a garantia do pressuposto formal de igualdade, como garantia da liberdade, a qual não existe ato de vontade, por conseguinte, mitiga o elemento formal da estrutura do constitucionalismo parlamentar contratualista. Se não há ato de vontade não há possibilidade da existência da norma em sentido kelseniano, tampouco como meio de contrato social, isto é, o *pacta sunt servanda* é prejudicado, vez que a liberdade para submissão ao pacto é ferida quanto a liberdade.

Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário - no âmbito do parlamentarismo - tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdade fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 2000 p. 67)

Se a atividade política respeita o princípio majoritário, é na atividade jurídica que a garantia universal da norma protege a minoria, uma vez que, na atividade democrática parlamentar

o pluralismo garante sua existência e ao mesmo tempo gera déficit representativo a uma faixa específica daqueles sob a égide da forma normativa estatal.

A existência da maioria como fórmula a garantir a representação parlamentar como fundamento política sempre tem como pressuposto a garantia da existência constitucional como pacto originário. A atividade legiferante tem sua função controlada pela formalidade constitucional, ainda que eleita politicamente pelo princípio majoritário, a sua relação normativa é pressuposta de validade. Da mesma forma, a existência minoritária é garantida por meio de atividade judiciária como forma equiparação de emancipação.

A atuação institucional judiciária é contramajoritária não por conta que todas suas formas de atividade são contra a forma política, mas suas decisões não coincidem com a forma majoritária, pois tem necessidade formal com a constituição, mas, como consequência garante direitos fundamentais constitucionais a minorias por conta da garantia de existência destas para uma forma jurídica universalizada.

A atividade jurídica, pelo modelo positivista, não se coaduna com a atuação de opinião pública, bem como não se coloca contrária a ela, a atividade jurídica age fora da atuação política. Em um purismo metodológico o princípio contramajoritário é garantia do pluralismo e atividade livre da democracia parlamentar, e isso se dá pela forma normativa.

Esses direitos apresenta-se, na origem, como uma proteção do indivíduo contra o poder executivo, que, apoiando-se ainda no princípio da monarquia absoluta, tem o direito de, no "interesse público", intervir na esfera da liberdade do próprio indivíduo toda vez que a lei não o vete expressamente. Mas, na medida em que - na monarquia constitucional e na república democrática - a administração e a jurisdição só pudessem ser exercidas com base nas normas legais, e na medida em que se for conquistando o conhecimento cada vez mais profundo desse princípio de legalidade da execução, a proclamação dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais só terá sentido se ocorrer na forma constitucional específica (KELSEN, p.67, 2000)

O poder executivo, em um modelo kelseniano carrega em si um espectro autoritário, não pela atuação em si, mas pelas suas designações e funções. Repousa no poder executivo um alto poder político designado a partir da essência jurídica, conforme (GARAPON, 1999, p.43) "O poder executivo carece de um poder maior que ele. Não apenas para arbitrar seus conflitos com o outro poder, o legislativo". Ou seja, no poder legislativo a atividade política é a mais sensível, enquanto no poder judiciário a atividade jurídica tem sua forma pura, já no poder executivo, há uma função administrativa que, tem, por essência, uma atividade discricionária, ainda que regulada. Isso faz com que a atuação constitucional contramajoritária pelo poder judiciário seja ainda mais complexa, uma vez que é na administração que a efetivação de direitos e garantias fundamentais se dão.

Por mais que a atividade legiferante seja constitucionalmente válida em seus debates políticos, é no executivo a realização dos elementos normativos. A ligação e alinhamento do poder

executivo com o princípio majoritário é inevitável, por conseguinte, resta a atuação contramajoritária do judiciário garantir a isonomia como fórmula de dilação do constitucionalismo e promoção da autonomia da liberdade, assim, garantindo a própria validade do *pacta sunt servanda*, razão de existência do direito.

Vale destacar. O modelo purista metodológico kelseniano aproveita da saída kantiana para determinar a pureza do direito, que por sua vez trata o âmbito do Direito como uma categoria de *dever-ser*, que diferente de um “*dever-ser*” kantiano, que utiliza uma universalidade metafísica do dever entre os homens, categoriza uma unidade fundamental erga omnes que segue uma lógica de poder e coerção, ou seja, para Kelsen, o conceito de dever jurídico também significa um ‘dever ser’. A separação da experiência possível e a imputação de juízos de valor - a relação *ser/dever-ser* - é utilizada por Hans Kelsen para a condição da legitimidade do quadro normativo possível, assim sendo, a condição axiológica resolvida pelo postulado normativo, aplicável à sociedade, condicionada a sanção, é um fator que deve sua lógica a estrutura racional kantiana. A importância da diferenciação entre os planos do *ser* e *dever-ser* tem escopo na própria origem do termo “norma” e sua relação com o normal, uma vez que o mandamento prescrito no termo “norma” não se reduz a uma função puramente adstrita a um preceito, mas sim a uma raiz que “se designa um mandamento, uma prescrição uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também pode conferir poderes, permitir, derogar são funções de normas” (KELSEN, 1986, p. 1)

Dessa forma, a normalidade adjetivada pela normatividade apresenta-se como uma representação do *ser*, isto é, o real e palatável procedimento linguístico de apropriação de conhecimento a ser desenvolvido pelo sujeito que, por conseguinte, traduz a necessidade do ser de dever. Isto significa que o *ser* presente na norma, abstrata, que define a normalidade, apenas encontra sua legitimidade no plano do *dever-ser*. A norma apresenta-se como um *ser* linguístico legitimado pela prescrição ao *dever-ser*, que define a realidade do normal em um ato de vontade.

Se “norma” manifesta-se com o adjetivo “normal”, não tem, todavia, o sentido de um *dever-ser*, mas com isto é pensado um *ser*. “Normal” é o que em regra efetivamente acontece. Se com tal palavra também um *dever-ser* é pensado, pressupõe-se a validade da norma de que – o que em regra costuma acontecer – também deva acontecer, que particularmente uma pessoa deve se conduzir como pessoas em geral costumam conduzir-se (KELSEN, 1986, p. 5)

O âmbito do Direito puro como uma categoria de *dever-ser* (*Sollen*), que diferente de um “*dever-ser*” kantiano, utiliza uma universalidade metafísica do dever entre os homens, em Kelsen é formada por uma unidade fundamental *erga omnes* que segue uma lógica da relação entre poder e coerção. Pode-se adiantar a importância da lógica racional para um trabalho kelseniano, no sentido de ciência jurídica. O objeto apreendido como conceito, como expressão limitada do procedimento

cognitivo do fenômeno derivado do entendimento da sensibilidade está na experiência e não pode ser conhecido em si, podendo ser categorizado como fenômeno que tem a verdade por trás de seu caráter do mundo do *ser*, o que significa dizer que, no plano do *dever ser* a verdade pode ser estatuída de forma lógica.

Ao formular sua questão transcendental, Kelsen não está perguntando se conhecemos o material jurídico, ou se conhecemos que certas proposições jurídicas sejam verdadeiras. Certamente, ele supõe que temos tal conhecimento e se pergunta como o adquirimos. Isto capta algo de peculiar no desenvolvimento transcendental da questão de Kelsen: sendo que conhecemos algo que é verdade, que presunção nos afeta? Especificamente, que presunção nos afeta e sem a qual proposição que sabemos ser verdade poderia não ser? (PAULSON, 2009, p. 176 – tradução livre do autor)

Logo, a definição exata da distinção entre o mundo sensível do *ser* e o sujeito transcendental presente na análise do *dever ser* faz-se como uma lógica para que possa ser tratada a questão da verdade *erga omnes* para uma fórmula jurídica logicamente justificada. Essa lógica formal é observada a partir de uma observação equidistante do plano do *ser*. Ou seja, o âmbito jurídico não se comunica com o mundo do fato, por isso pode-se considerar o direito como um *dever-ser* puro. Com isso, diferentemente do plano inteligível kantiano em que todo juízo hipotético pressupõe um fenômeno, ainda que como função de juízo estético na experiência, no plano kelseniano o direito encontra em um *dever-ser* isolado que impede até o fenômeno do próprio indivíduo, afinal, este indivíduo apresenta-se diretamente como uma norma, um sujeito. Desta forma há uma linearidade formal entre a relação normativa, do Estado, ao legislador, ao indivíduo, à lei, se há uma leitura de sua estrutura normativa, o fenômeno é a sujeição do direito.

Isso se dá pela função da manutenção da liberdade, o fenômeno se apresenta no ato de vontade de composição normativa, ou seja, o plano do *ser* é a vontade que valida o *dever* puro da relação jurídica.

O sentido do ato de fixação da norma é um ato de vontade, é um *dever-ser*, a norma. O fim do ato de fixação da norma não é, porém, este *dever-ser*, mas um *ser*; é a conduta existente na realidade, a qual corresponde à norma, e isto significa: a conduta *igual* àquele que aparece na norma como devida, mas não é a ela idêntica. (KELSEN, 1986, p. 16)

Nesse sentido, a racionalidade normativa, por si, apresenta a função de legitimação do sentido de garantia de liberdade. É a própria norma que subsiste graças a atuação do ato de vontade, que é fenômeno, isso significa dizer que a existência da própria ordem normativa, que é puramente hipotética, depende no seu ato de fixação um fenômeno, o qual, um ato de vontade.

O constitucionalismo, por sua vez, tem como função precípua a manutenção da racionalidade prática da liberdade, sem a qual não há fixação do plano hipotético da norma, a apreensão normativa depende da razão estética da promoção de liberdade para sua fundamentação de validade. Ainda que puramente *dever*, a norma se fixa internamente, constitucionalmente, a partir

da ideia de liberdade. Se há mitigação de liberdades individuais, por sua vez, há mitigação da validade do direito.

O modelo majoritário é a forma de emancipação da norma, mas é o modelo contramajoritário que é a forma de emancipação do direito, sua existencia depende da vontade universal de seus envolvidos. Apesar do conceito normativo atingir igualmente todo o conjunto constitucional seja pela forma fenomenologica do sujeito ou pela forma abstrata do estado, é na vontade do indivíduo que a norma se consigna.

As garantias fundamentais, ou ainda o conceito de direitos humanos, tem uma função principiológica, por conseguinte, fenomenologica além da função abstrata kelseniana, porém esta continua por ter a mesma estrutura de garantia da atividade constitucional.

Por esse metivo, medularmente, o constitucionalismo principiológico, tambem podendo ser chamado de pós-positivismo, é positivista aos moldes kelsenianos, o sentido da apropriação do fenomeno para a forma jurídica tem o unico objetivo de garantir a existencia do Estado de Direito.

Vige aqui uma pré-compreensão dos direitos humanos como prerrogativas de liberdades iguais. Nessa definição imediata, existe uma intuição à qual ainda não teria sido dada a adequada e devida expressão: a saber, que a ideia de direitos humanos, expressa do direito a iguais liberdades individuais, não pode ser nem meramente imposta ao soberano legislador como um limite externo nem tomada como dispositivo de valor instrumental para formação democrática da vontade popular soberana. Entre essas instancias deve vigorar uma relação lógica ou conceitual. Nem Kant (Locke) nem Rousseau (Aristóteles) teriam dado essa exigência de mediação uma formulação adequada; esta só pode ser suprida pela abordagem do procedimento democrático sob a perspectiva da teoria do discurso. (GIACÓIA *in* RAMIRO, p. 14-15, 2016)

Apesar do modelo de racionalidade jurídica ser essencialmente pertencente ao novo constitucionalismo, ainda seu objetivo é o mesmo, garantia da existência do direito como formula de existência.

A busca (neo)constitucionalista pelo fenômeno ainda repousa na positivação das definições jurídicas como forma, e ainda assim, a legitimidade da decisão, necessariamente, é substituída pela sua validade, ainda que o poder judiciário tenha a função decisionista, este tem dentro de um quadro normativo de uma textura semântica, a forma é a mesma, de forma que o positivismo subsiste ainda como levante contra o autoritarismo, e justamente para controle da expansão do direito que se retorna ao positivismo kelseniano.

Em suma, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa - enquanto positivamente normativo nos confrontos da própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e de vínculos substancias, relativos ao "quê", em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao "quem" e ao "como" das decisões - o velho modelo paleo-jus-positivista. Graças a ele, os princípios ético-políticos através dos quais eram expressos os velhos "direitos naturais" foram positivados, convertendo-se em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares de funções normativas: não mais como fontes de legitimação somente externa ou política, conforme o tradicional pensamento político liberal, mas também como fontes de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação interna ou jurídica, que designam a

razão social daqueles artifícios que, na verdade, são o Direito e o Estado Constitucional de Direito. (FERRAJOLI *in* FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 26)

Como pressupõe acima Ferrajoli, o constitucionalismo, ainda que garantista, principialista ou - mesmo que se defina erroneamente – como anti-positivista, ainda carrega a substituição da legitimação pela validade.

Insiste-se que a liberdade, está para a validade democrática como a constituição está para a validade da norma, isso porquê a validade, diferente da legitimidade não tem necessariamente um personificação, a liberdade é conceito de validade para a existência do contrato e, por sua vez o contrato é fundamento do direito.

O sujeito livre categoriza-se num plano fenomenológico, isso importa para determinar sua capacidade, ainda que pressuposta, de participação social. Ou seja, o fenômeno é importante para definição da legitimidade do sujeito.

Em suma, la imagen del hombre libre se presenta como la del hombre que no debe todo al Estado porque considera siempre la organización estatal como instrumental y no como final; participa directa o indirectamente en la vida del Estado, o bien en la formación de la llamada voluntad general; tiene suficiente poder económico para satisfacer algunas exigencias fundamentales de la vida material y espiritual, sin las cuales la primera libertad está vacía, y la segunda es estéril (BOBBIO, 1991, p.44)

Por outro lado, a liberdade como fenômeno deixa de ser considerada como objeto a partir do momento que ela é garantida universalmente, de forma que a quantia de liberdade é determinada pela validade do direito. Não importa a definição sociológica, para o fenômeno jurídico, uma vez que a forma garante a liberdade como pressuposto de sua existência, se a liberdade é mitigada o direito deixa de existir.

Dessa maneira, a atuação judiciária contra a forma da representação por maioria nada mais significa do que a garantia dos pressupostos de liberdade. Não se trata de igualdade material, isso é claro, mas se trata de função validadora da forma jurídica.

Validade é essencialmente conceito kelseniano, para promoção da garantia do ato de vontade contratual. Não há forma jurídica de um estado de direito senão pela promoção do sujeito como sujeito livre. Ainda que se busque direitos subjetivos o corrimão é a garantia da liberdade. Não a toa que a democracia parlamentar engoliu os espectros ideológicos e permitem sua participação apenas dentro da forma.

Por mais que existam divisões plurais no parlamento, sejam em espectros conservadores, reacionários, progressistas, marxistas, ou qualquer que sejam, todos se resumem em atividade essencialmente normativa. Enquanto a discussão de Kelsen em “A Democracia” observava a função não democrática de outros espectros políticos, hoje com a vitória liberal sob o aspecto político ocidental a discussão não tem mais esse condão, afinal, somente participaria da democracia o

modelo de pensamento que, ainda que anti-democrático apresentasse um conteúdo jurídico, que essencialmente é constitucional-democrático. O autoritarismo pode participar do debate político, e para isso deixa de ser autoritário pela norma, pelo menos quanto a sua participação parlamentar. O princípio normativo traz, para além da forma democrática, uma forma jurídica que é controlada pela função constitucional.

Com isso, o que resta mais próximo da atividade não normativa – ainda que o seja – é o poder executivo que em sua ação limitada pela constituição tem caminhos ainda de legitimidade majoritária para administração. O balanceamento encontra-se na aplicação normativa pelo poder judiciário, que não é ordem de privilégios, por estar totalmente enquadrada dentro do texto normativo, mas sim de atividade contramajoritária, como garantia das liberdades.

Ademais, trata-se de um novo paradigma e não de superação, não se trata de legitimação do poder político, mas de controle de promoção de igualdade, a função contramajoritária do direito permanece no (neo)constitucionalismo moderno, uma vez que dentro de uma ordem estatal que sua administração é essencialmente majoritária e sua forma constitucionalmente regulada, a promoção do ato de vontade é da garantia da liberdade, por mais que pareça redundância, é a garantia basilar do constitucionalismo.

2. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE COMO NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DEMOCRÁTICA EM CARL SCHMITT E SUA FORMA PLEBISCITÁRIA

Para Carl Schmitt, o conceito de democracia, diferentemente do estruturado pela metodologia purista de Hans Kelsen, tem como pilar fundamental, em um âmbito analítico, o princípio da identidade. Este, por sua vez, segundo o autor é categorizado por uma ordem formal, ainda que não seja delimitada no modelo de formalismo da norma hipotética, mas em uma relação legitimadora do conceito do político. Este último, em caráter fenomenológico, é a atuação específica do indivíduo político em relação as barreiras estruturais da atividade estatal.

Neste sentido, a função democrática, como promotora de liberdade, esbarra em um conceito formal, qual seja a forma, justamente a forma que, para Kelsen é validada pela promoção de liberdade universal, para Schmitt, essa liberdade universal é incabida pelo próprio conceito de limitação Estatal pela divisão dos poderes.

Para Schmitt, essa contradição vem do fato de que a liberdade derivada do controle estatal tem como objeto a pluralidade e universalidade, e é este ponto que danificaria a estrutura democrática em si, pois, esta por ser uma forma política de unidade de povo, o que não seria compatível com a representação, o que para o autor vai de encontro com o princípio da identificação universal, ou seja, a universalidade democrática seria, para o autor, anti-universal, uma

vez que o representante não teria como ser plenamente representativo, a menos que houvesse homogeneidade de identificação entre todo o parlamento e o povo. Com isso a democracia parlamentar não representaria nenhuma forma de governo alguma, apenas uma forma jurídica vazia, sem capacidade de observação do elemento fenomenológico, que só seria possível a partir da identificação.

A garantia de liberdade da democracia parlamentar, para Schmitt se contradizem com o elemento de formação democrático. A forma jurídica substituiria a forma de governo, sendo que a necessidade de atividade legiferante majoritária pressupondo a atuação contramajoritária em razão da necessidade de manutenção do ato de vontade formal, faria com que o único ato político a ser observado seria o controle do Estado, ou seja, a atuação pela manutenção da democracia pressupõe a impossibilidade de atuação democrática, por forma política de governo.

El elemento propio del Estado de Derecho, con los dos principios: derechos fundamentales (como principio de la participación) y división de poderes (como principio orgánico), no implica, considerando en sí mismo, forma de gobierno alguna, sino una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y la relativización del poder del Estado. El Estado mismo, que debe ser controlado, se da supuesto en este sistema. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política. << La libertad no constituye nada >>, como dijo con acierto Mazzini. De aquí sigue en toda Constitución hay un segundo elemento, de principios político-formales, unido y mezclado con el elemento del Estado de Derecho. (Schmitt, 1982, p.201)

Quando Schmitt polemiza ao citar Mazzini, afirmando que a liberdade não constitui nada, isso deve ser lido a partir da própria ideia constitutiva de Estado. O Constitucionalismo schmittiano pressupõe uma soberania fora do preceito jurídico, ou seja, uma soberania personalizada, individual e, para isso, a constituição de um elemento soberano a partir de sua limitação é justamente a impossibilidade de atuação soberana. Um ator político soberano limitado tem sua soberania relativizada e seu poder de atuação em uma situação limite deslegitimado.

Em Schmitt a validade só tem sentido depois do Soberano, que em si, não necessita deste elemento, pois nele repousa a ideia de legitimidade, que supre a categoria da forma jurídica por conta do seu elemento fenomenológico, enquanto o único elemento fenomenológico da estrutura jurídica não repousa na política, mas na liberdade que ao ser percebida já é integrada em um quadro normativo.

No entender de Schmitt, a separação de poderes denota a crença liberal de que o problema representado pela unidade absoluta do poder seria resolvido de pronto quando se desenvolve um sistema de mediações institucionais que cria uma diversidade de pontos de vista e de opiniões. Isso não somente entre os poderes, mas inclusive dentro do próprio Legislativo, como ocorre com o bicameralismo, com a concorrência entre câmaras de natureza estadual e federal e com a cisão interna de um órgão legislativo entre governo e oposição. A separação dos poderes traria a discussão para dentro do próprio Estado, o que para o pensamento metafísico liberal seria, necessariamente, uma coisa positiva. (MAIA, 2010, p.164)

Nesse princípio a identidade define o fenômeno do governo, isto é, não se faz na forma jurídica ou em sua formalidade, mas a partir de uma relação estrutura entre movimento identificador do povo para formação do Estado (*Staat, Bewegung, Volk*). A função tricotômica de Estado para Schmitt é fenomenológica, não há estado sem um movimento de unidade e reconhecimento entre o povo, somente assim é possível a representação unificada, não por meio de debate e participação de sufrágio, mas por aclamação de reconhecimento.

A representação deve agir como unidade de ordem em relação a seus sujeitos, ou seja, no conceito de democracia para uma possibilidade decisionista, que se opõe a democracia parlamentar, o Soberano personificado tem o dever de manter o conceito de Estado a partir de unidade indivisível.

A necessidade de homogeneidade na democracia schmittiana tem relação com essa unidade. Para justificar a unidade a partir da possibilidade democrática, Schmitt entende que não há vencidos em um aparelhamento teológico-político, uma vez, que adotando, de certa forma, o pensamento de um determinismo teológico, os indivíduos vencidos em uma batalha política pela liderança do poder executivo não teriam sido conduzidos ao resultado de seu fracasso, mas voluntariamente teriam chegado a tal patamar por, de fato, não representarem o interesse à noção de normalidade de foco do povo.

Para isso é importante que exista a possibilidade do movimento em relação a determinada ação estatal. O movimento definiria uma unidade política que determinaria a possibilidade de autoridade para um indivíduo que, por sua vez, encontraria em seu poder a possibilidade de decidir em momentos de crise extraíndo do problema contra a ordem a medida necessária a romper com a ameaça à normalidade.

O movimento, por ter uma categoria dinâmica, uma vez que se trata justamente da ação partidária envolvida em determinada ação política englobaria, apenas de se manter em pé de igualdade, a definição de Estado e Povo, este último sendo o único elemento que se manteria fora da estrutura política.

A unidade política do nazismo, segundo Schmitt, era estruturada em três ordens: Estado, Movimento e povo (*Staat, Bewegung, Volk*). As três esferas estavam no mesmo nível, mas o Movimento era o encarregado do Estado e do Povo, penetrando e conduzindo os dois. O Estado era a parte estática politicamente, o Movimento, o elemento politicamente dinâmico (que adquiria sua configuração política específica por meio do partido), e o Povo, a área não política. O Estado estava restrito à organização de comando, de administração e de justiça. (BERCOVICI, 2003. p.131)

A ideia repousa, precisamente, na prescindibilidade da norma como instrumento de resolução de conflitos, a norma não tem a capacidade de extrair o conceito antipodal à crise, apenas representar a existência da normalidade e delegar a sujeitos específicos a possibilidade de decisão

sobre conflitos que não abarquem noções de rompimento com a ordem do Estado. Isso significa dizer que o normativismo nada tem a ver com a manutenção soberana de um Estado é quase como um rompimento com os conceitos normativista de Soberania a partir de um modelo kelseniano.

A norma é precisamente substituída pela existencia do povo. Unidade pressupoe constituição. Este modelo necessariamente tem como fórmula o movimento, não por ser uma ideia de representação universal utópica, mas de exclusão. Aqueles que não se coadunam com o movimento majoritário do povo caminha para um espaço de anomia, a exceção do modelo estatal.

O princípio da identidade parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como “sujeito de toda determinação conceitual do Estado”, seja capaz de atuação política em virtude de uma “homogeneidade forte e consciente”. Nesse passo, a democracia é definida como uma forma política que utiliza em primazia o princípio da identidade. “A igualdade democrática é, essencialmente, homogeneidade, e, certamente, homogeneidade do povo”. Assim, atendendo ao requisito da homogeneidade, a democracia, em Schmitt, terá que aparecer como a “identidade entre dominadores e dominados, dos governantes e dos governados, dos que mandam e dos que obedecem”. (MAIA, 2010, p.169)

O nascimento de uma representação de autoridade e hierárquica é justificada especificamente pela linha unitária do movimento do povo. Por isso a unitariedade ela ter por princípio o elemento excepcional. O movimento do povo gera como resultado senão a aclamação, tal aclamação, para o autor, é o movimento mais contundente da representação, não em sentido fomal, mas em sentido fenomenológico.

Representado, o povo, não se torna pela prática parlamentar, mas sim pela linha do movimento, o aclamado é unificador do sentido do movimento, ou seja, é ao mesmo tempo, parte e fonte do movimento unitário. A unidade constitui-se por forma de uma homogeneidade em um ponto central, ou seja, não significa que o ato do aclamado é certamente de acordo com a vontade do indivíduo em meio ao povo, mas a essência de suas decisões, unitárias, representam a unidade, no caso o povo.

O indivíduo não significa, em si, suas liberdades individuais, mas o povo significa em razão maior a unidade de uma liberdade definida por meio de uma razão de laço. O que movimenta o povo é justamente um sentido atribuído a uma relação de identificação e é essa linha que legitima a ação decisionista do soberano.

Ouvir as massas é diferente, no sentido da schmittiano, do garantir a formalidade igualitária de liberdades, a opinião pública se refere a linha mater do estatuto fenomenológico do movimento do povo que legitima o Estado por meio de um indivíduo que faz parte da massa, mas se desvencilha dela para atuar segundo ela própria.

Segundo nosso autor, a essência do político se define no enfrentamento essencial constituído pela dupla amigo e inimigo. Nesse momento crucial da política, a autoridade soberana é aquela que detém o poder de derogar arbitrariamente direitos, garantias e liberdades com a finalidade de reconstruir uma ordem debilitada pela irrupção dos agentes

da desordem e da dissolução social. O resultado é praticamente uma re-edição da tautologia de matriz hobbesiana: governa quem pode submeter seus rivais e põe fim à guerra de todos contra todos. Neste sentido, e dado que a preocupação schmittiana é, antes de tudo, a de quem pode efetivamente exercer esse poder de definição para o enfrentamento que se dirime no sistema interestatal, são contornadas as características sociológicas, políticas, econômicas ou culturais do ocupante de turno no interior dos diferentes estados nacionais. (BORON; GONZALES, 2006, p.155)

Por isso o voto individual, secreto e obrigatório, para o autor tem uma relação de distanciamento com a ideia de democracia, isso porque dá lugar a busca por representação individual.

O sufrágio, nestes termos, tem o condão mais estatístico do que representativo, isto porque indicaria, portanto, a vontade de todos determinada por interesses de garantia individual e, por conseguinte, o diagnóstico abstrato da vontade individual observada por afastamento. Isso não seria democracia.

A democracia derivaria de uma ordem unitária entre o povo, sem busca de necessidades individuais mas de linha específica de legitimação de movimento, aqueles que não se coadunam com tal estrutura caminhará para a exceção e se revelaria na dualidade de inimigo, não em um conceito de punição legal, mas de sujeito fora do espaço de *nomos*, ou seja, um corpo sem relação com o direito. Um espaço de anomia, um campo. Banido, portanto fora da égide estatal e fora das garantias de revelação providencial do movimento, que garantiria como consequência a liberdade.

Daí a ideia de aclamação para Schmitt se aproxima da democracia plebiscitária. Pois é na manifestação da vida política em um projeto apresentado por meio da consulta soberana sobre a linha unitária do movimento, o povo se manifesta de acordo com sua estética fenomenológica de visão unitária e não individual.

O plebiscito é a forma em que o indivíduo torna-se soberano, por chegar ao povo com as perguntas necessárias para realização do projeto de movimento. Na situação, comumente apresentada na democracia parlamentar, entre o embate político pluralista, o soberano, ao contrario do representante, procura a aclamação do movimento a respeito da dúvida sobre o ponto a ser estabilizado.

Esta é a relação que Schmitt diagnostica como o problema maior da representação qual seja, diante da polêmica, ou da indefinição sobre a vontade geral, o parlamento, por conta de seu pluralismo e seu distanciamento com seus movimentos – o que por si deslegitimaria sua atividade – realiza, por meio da atividade legiferante, uma fórmula de compromisso dilatatório², o qual tem como

2 Para Schmitt (2006) os compromissos dilatatórios (*dilatorischen Formelkompromiss*) ou não autênticos, estiveram muito presentes na segunda parte da constituição de Weimar, que tinha em seu texto obscuridades sem decisão, marcadas pelo caráter compromissório em razão da característica da democracia liberal de evitar conflitos partidários. Dessa forma a assembleia se furtaria da decisão em razão das intenções dos partidos de coalizão. Como exemplo Schmitt cita a relação entre Igreja e Estado, que em conflito aos interesses do partido católico e do partido socialista, a assembleia não definiu a legalidade ou não do repasse do Estado à Igreja, o que para Schmitt se trata de

predicado a divergência entre partidos políticos, tornando-se natural, mas, além disso, é intrínseco ao modelo político que vivemos.

A discordância entre partidos políticos em relação a determinado ato legislativo não chega a um consenso. Nessa situação, para evitar conflitos maiores, o ato normativo é aprovado, sem intenção de eficácia real, e procrastina-se a discussão do resultado mais favorável para os interesses partidários.

Nesta possibilidade a legislação serve como forma de compromisso dilatatório, ou seja, transfere-se a responsabilidade da discussão do melhor texto para o ato normativo de um futuro incerto e simboliza-se com a aprovação da norma, uma lei ineficaz, mas que não ofende o interesse de nenhum partido. Deixa-se porvir a solução do conflito em relação à necessidade social.

Por conseguinte, a harmonia social derivada da redução de complexidade só é eficaz a partir dos subsistemas organizados pelo subsistema jurídico-político, que, por sua vez, não realiza suas funções do sistema social integralmente, ao contrário, modifica-o por meio excepcional não representativo, tampouco organizacional, porém, realiza seus interesses específicos fora da harmonia do sistema social.

Tal formula não é possível por meio da aclamação e da democracia plebiscitária, isto porque, diante da situação política dúbia, é o movimento do povo, respondendo as perguntas definidas pelo soberano que identifica a melhor definição de resposta.

Claro, isso não chega a se desenhar como a forma da situação limite de Schmitt, que daria ao Soberano a capacidade de decidir sobre a suspensão da norma e o Estado de Exceção, tema já recorrente na discussão do autor. Aqui a forma plebiscitária é anterior a situação limite é a realização imediata da pergunta do indivíduo ao movimento, ou seja, para Schmitt, é a abdicação da individualidade para o elemento fenomenológico da unidade das massas, um *Bewegung* que estatuiria a síntese determinante da vontade unitária, que não permitiria, pela legitimidade soberana, a resposta a partir de direitos individuais, mas sim coletivos, que, diferentemente dos direitos coletivos da democracia burguesa, não teria como ato fim a liberdade do sujeito, mas sim coletivo no sentido de expressão de um *zeitgeist*.

Paradoxalmente, esse procedimento plebiscitário não somente doaria identidade entre governante e governado, mas também fortaleceria o princípio da representação, na medida em que esvaziaria a democracia indireta, a representação levada a efeito pelos parlamentares. Conceber que o povo é representado por parlamentares é, para Schmitt, um equívoco. Essa representação seria, na verdade, “uma designação de funcionários de partidos e de interesses”, o que era sobretudo agravado com o sistema eleitoral proporcional de listas. A identidade entre governante e governado fica prejudicada com a representação parlamentar; a representação, como visto, envolve confiança, é um ato de fé naquele que vai governar, tem caráter personalístico(MAIA, 2010, p.172)

manutenção do conflito sobrestado, o que ainda sim seria uma decisão em favor da unidade política.

A referência plebiscitária se constitui em legitimidade, ou seja, a possibilidade de definição homogênea da opinião pública. A voz de um povo em movimento é a dissecação do elemento atribuidor de legitimidade de uma unidade de pensamentos. É nesse sentido que se confunde na figura legitimada do soberano tanto a representação unitária, o responsável pela manutenção da ordem e o guardião da constituição.

Essa Constituição não se dá pelo elemento jurídico, mas pelo pressuposto legítimo da atuação do movimento aclamador. Por isso, a guarda da constituição não se dá pelo poder judiciário. Mas sim pelo poder soberano legitimado, este que, por sua vez guarda a função unitária de ordem.

A regra constitucional de guarda tem por objetivo manter a ordem do movimento em unidade. Por isso, a guarda é realizada pelo Soberano em razão da opinião pública.

De tal forma que a democracia plebiscitária atua diretamente da atividade de controle constituinte. Por isso não há dissolução no sentido de controle de poderes, como na democracia parlamentar, é a legitimidade e não a validade de define a preservação constitucional.

Schmitt se contrapõe a qualquer sugestão de um poder que limite o poder soberano do Estado, contestando quer a defesa católica de uma potestas indirecta, quer a proposta de um poder fiscalizador que seja o “guardião” da vigência da ordem jurídica, Schmitt afirma abertamente que o Estado não pode ser justificado no seu poder ilimitado em função da sociedade formada pelos indivíduos que se lhe encontram submetidos. (SÁ, p.28-29, 2009)

Enquanto no modelo da democracia parlamentar a guarda constitucional depende do exercício contramajoritário de controle, para garantia da liberdade e fundamento do exercício do direito, enquanto o poder político se concentra na administração do executivo, e a atividade legiferante debate nos moldes da formalidade. No decisionismo a representação se desfaz, e dá lugar a identificação de uma linha base de um movimento com elementos axiológicos em comum, e de forma plebiscitária permite que as massas se afastem dos interesses individuais, que fazem parte de uma divisão da *oikonomia trinitária*. Isso significa dizer que a realização das funções individuais estão presentes na própria tradição da casa, ou seja, se um movimento é bem determinado a partir de seus juízos de valor, a organização das liberdades individuais se dão fora da égide do poder político, mas sim, por meio do controle de valores e tradições que determinam o movimento e a comunhão dos sujeitos, a partir de um gerenciamento do *oikos*, no que consiste no espaço doméstico de atividade privada do *oikonomos* e do *despótēs*. Para isso, essa *oikonomia* passa a ser *divina*, com um intuito específico de construção de uma genealogia de perspectiva administrativa ou de gerenciamento. E como se observa a reprodução de *oikos* é feita na legitimidade do Soberano que assume assim, no âmbito político, o exercício de uma articulação, entre “Reino” e “Governo”, de forma que a legitimidade do soberano, passa a ser exercida por meio de uma atuação privada sob a perspectiva teológica. Essa memória messiânica do reino da Glória tem ligação íntima com o

exercício privado dos sujeitos governados. É no âmbito *oikonomico* que se dá o governo da Gloria, e se reproduz na aclamação, pois o direito individual é lido por meio de valores e não de conceitos formais de textura semântica.

Por isso é possível a determinação não individual, mas pública da opinião pública como meio de controle constitucional. Na forma do constitucionalismo decisionista, o controle não é institucional, mas sim axiológico pela homogeneização do movimento e de seu caráter fenomenológico sobre a experimentação da tradição majoritária, nunca sendo possível.

A relação de estado, movimento e povo é contínua, o Soberano aclamado age na normalidade por meio da consulta plebiscitária da opinião pública exclusiva, isto porque a consulta é àqueles que compreendem-se e identificam-se ao movimento e, logo, legitimam ao soberano, tornando excepcionais aqueles que, em função minoritária colocam em risco a decisão homogênea e, se necessário, na situação limite, o Soberano age na relação amigo/inimigo na determinação do Estado de Exceção.

3. DEMOCRACIAS INCOMPATÍVEIS E UMA CRÍTICA A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

Conforme é possível extrair no presente trabalho, defende-se aqui uma impossibilidade de compatibilidade entre modelos de constitucionalismo pelo meio da democracia plebiscitária e da democracia parlamentar, da mesma forma em que encontra-se neste debate uma antípoda entre o decisionismo e o purismo metodológico de dever-ser normativo.

Ainda se defende que, ainda que em moldes *neoconstitucionalistas* a estrutura basilar do positivismo se mantém, ainda que alguns autores insistam na ideia de que há uma relação de negação ao positivismo por meio de uma principiologia normativa, o conceito de garantia de liberdade como função de validade do *pacta sunt servanda* ainda permanecem como elemento constitutivo do direito contratualista moderno.

Com isso, após apresentada essa incompatibilidade entre tais sistemas e, principalmente suas linhas de força, é imperioso que se faça um debate honesto com o texto de Luis Roberto Barroso, intitulado “Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal”.

Com toda a parcimônia e respeito a douto professor e ministro da suprema corte brasileira, a posição deste autor se coloca na tentativa de uma abertura discursiva com contrapontos a serem apresentados.

O texto em tela coloca, além da análise de *hard cases* pela suprema corte brasileira um texto elogioso a ideia de judicialização e atuação de cortes constitucionais. Entretanto é no ponto discutido anteriormente que chega o questionamento aberto, sobre a ideia que apresenta uma linha

tênue sobre a posição do autor entre representação e função plebiscitária, a partir da ideia de opinião pública para a decisão judicial em meio a um instituto contratualista a partir da vigência do constitucionalismo.

Mas inicialmente é importante categorizar, para não haver confusão ou más-interpretações, alguns conceitos e seus sentidos atribuídos no texto do ministro.

O primeiro deles é a ideia de “judicialização”. No nosso entendimento, judicialização tem como elemento definidor a estruturação de conceitos fenomenológicos em uma forma jurídica, ou seja, o fato do plano do ser, quando essencialmente abstraído pela força judiciária, passa a ser considerado de um plano de dever-ser, o que, por si, representaria o afastamento do fenômeno e a possibilidade de amolduramento à textura semântica. Isto é, nosso entendimento é que a judicialização tem como fim a possibilidade de, como possível observar a partir da Teoria da Decisão, um *ratio decidendi*, em que a forma jurídica não se confunda com a forma do fenômeno, para que o sujeito de direito não seja absorvido pelo poder decisório em seu corpo, mas apenas em seu enquadramento jurídico.

Para Barroso, por sua vez, a relação com a estrutura do fenômeno é essencial para a judicialização³, coadunando com nossa ideia, a partir da forma jurídica, entretanto levando em consideração o caráter político. O autor usa a ideia de transferência dos poderes representativos para o poder judiciário, ou seja, não necessariamente o amolduramento, mas a retirada do fenômeno político e sociológico do plano do ser para a forma, e com ele suas relações axiológicas. Para o ministro, a relação do poder judiciário com o fenômeno, diferente do ponto adotado no presente texto, necessariamente não é desvinculado da modalidade política enquanto forma jurídica.

Ainda em critério hermenêutico, como o professor cita a ideia da transferência do caráter político a forma jurídica, é necessário compreendermos o que é entendido como conceito de “política”, no texto aqui analisado, e isso fica claro na segunda nota de rodapé, em que Barroso (2018, p. 42) “constitui que o que este trata como elemento do “termo ‘política’ é utilizado nesse trabalho em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta pelo poder. Na acepção aqui empregada, ‘política’ abrange qualquer influencia extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento”.

Para nós é complexo concordar com essa categoria, pois para isso seria necessário a separação completa do mundo político do mundo jurídico, o que em parte concordamos, uma vez que no plano do *dever-ser*, de fato, o plano político é limitado pelo quadro normativo, tonando algo

3 Nas palavras de BARROSO (2018, p. 44) “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.”

senão puramente jurídico, ao menos quanto a atuação judiciária. Entretanto, a dúvida fica sobre, se política é entendida como algo extrajurídico, como é possível esse afetar o resultado de um julgamento? Ora, o julgamento é afetado pela textura semântica da norma e, de fato, o fenômeno importa até sua categorização normativa, mas depois disso torna-se forma jurídica, ainda que em um padrão principiológico. Isso, ao menos, separando quadros políticos e jurídicos como binômios. Do contrário seriam unificados em possibilidades, ou seja, a forma aberta da norma possibilitaria o uso político, e isso teria efeito sobre a forma da decisão.

Apesar desta contradição em termos, tomamos como base o conceito de política de Barroso como fenômenos fora da estrutura normativa. Ainda que possam se comunicar com esta última.

Partindo necessariamente para o texto, o Ministro da Suprema Corte começa sua observação para a jurisdição constitucional a partir de uma abertura cognitiva por parte do judiciário.

Barroso afirma a relação necessária entre direito e política e a impossibilidade, ou até imprescindibilidade, de tal relação. Essa relação seria dada a partir de um influencia que geraria uma interação necessária, para Barroso (2018, p.42), na “concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações.”

O que chama a atenção é a afirmação do autor em destacar a complexidade desta relação entre legalidade jurídica e legitimidade política, entretanto intervir com o fato de que essa atuação jurisdicional “em múltiplas hipóteses, não poderá o interprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. (BARROSO, 2018, p. 42)

Ora, como já foi trabalhado, a relação legal depende da ideia de racionalidade. Com Kelsen como referência observa-se que este não considera a causalidade como um elemento do conhecimento do sujeito mas considera como o desenvolvimento lógico do conhecimento, por isso a dualidade entre sociedade e natureza devem ser relacionados de maneira que a causalidade seja um instrumento para o conhecimento logicamente definido. Logo, tem-se a importância de um *dever-ser* apriorístico com a capacidade de organizar um quadro normativo de estrutura gnosiológica para que haja possibilidade de sentido para atuação da razão como fenômeno. A norma do plano interno pertence ao mundo do *dever-ser*, porém sua relação com o fato antagônico a sua predicação é logicamente inferido como um fenômeno racionalmente apreendido pelos sujeitos de conhecimento. Isto se deve a um imperativo pressuposto que legitima sua produção como um fato universalmente válido para aqueles que estão sujeitos a esse movimento lógico, todavia sua apreensão cognoscível é derivada de uma norma superior que permite que seja atribuído sentido

espaço-temporal em uma análise de legitimidade.

Na passagem em comento, o autor afirma que a saída do racionalismo puro e da objetividade, talvez como referência ao purismo metodológico kelseniano, ainda serão mantidos padrões fora da discricionariedade dos demais poderes, entretanto essa afirmação se contradiz ao próprio conceito de norma como viabilização racional e objetiva. A objetividade e racionalidade não é a ambição do direito, conforme afirma o autor, na verdade é a condição de existência do direito depois de validado pelo conceito de ato de vontade contratual, como já foi observado em tópico passado. A norma tem como característica a validade e não a legitimidade. A norma é válida a partir de uma possibilidade de acessibilidade no plano do ser, ou seja, a norma fundamental sustenta-se como um argumento *a priori* que permite sua estruturação lógica para os sujeitos envolvidos a partir de um relativismo metodológico de identificação. A norma interna aplica-se ao plano do *dever-ser* no caso da possibilidade de ser logicamente dedutível a partir de uma norma superior, que se apresenta como imperativo a existência da norma interna.

Não pode seriamente negar-se que o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica seja um *dever-ser* quando esses atos sejam considerados, de conformidade com o seu sentido, como atos de comando, como imperativos. Questionar-se pode apenas se é ou não possível interpretar também este seu sentido como objetivo, se o *dever-ser*, que é o sentido subjetivo dos atos de produção jurídica, pode ou não ser considerado como norma objetivamente válida que obriga os indivíduos e lhes confere direitos. E esta a questão de como distinguir os atos de produção jurídica de outros atos de comando – por exemplo, do comando de um salteador de estradas. Já acima se indicou a condição sob a qual é possível a interpretação em questão: a pressuposição da norma fundamental. (KELSEN, 1998, p 73)

Por conseguinte, a inexistência da norma fundamental dificulta a aceção do direito como possibilidade de discursiva pela razão, de forma que impede a apreensão do *dever-ser* como fenômeno normativo, vez que o plano do *dever-ser* não é atingido pela experiência. Sem a norma fundamental o plano interno do *dever-ser* terá que ser considerado transcendendo a experiência e contemplando que tal norma interna pode ser produzida por sujeitos de conhecimento, que também são incapazes de atingir a atribuição de sentido da coisa em si.

A norma fundamental dá a legitimidade a norma interna possibilitando possibilita elementos pressupostos de validade lógica para a relação da natureza com a sociedade.

Que esta razão possua uma causalidade ou que, pelo menos, representemos nela uma causalidade, é o que claramente ressalta dos imperativos que impomos como regras, em toda a ordem prática, às faculdades ativas. O dever exprime uma espécie de necessidade e de ligação com fundamentos que não ocorre em outra parte em toda a natureza. O entendimento só pode conhecer desta o que é, foi ou será. É impossível que aí alguma coisa deva ser diferente do que é, de fato, em todas estas relações de tempo; o que é mais, o dever não tem qualquer significação se tivermos apenas diante dos olhos o curso da natureza. (KANT, 2001, p. 483-484)

A lógica kantiana no discurso de Kelsen se faz mais clara. O imperativo imposto pela norma fundamental dá elementos suficientes para que haja uma relação entre fato e lei. Isso apenas

ocorre porque existe uma imposição superior que legitima a possibilidade de conceituação de determinado elemento de *dever-ser* como um elemento fático.

A racionalidade jurídica é forma única de estruturação do plano do *dever-ser* normativo, do contrário estaríamos justamente no anti-racionalismo schmittiano, o qual classifica justamente pelo formalismo legal e procedimentalismo, a crítica de Schmitt a democracia parlamentar repousa justamente na saída do elemento racional normativo. É justamente nas fronteiras da racionalidade jurídica que repousa o Estado de Exceção, já observado por Schmitt.

Cumprir destacar que, nesse contexto, essa ideia não é nova por parte do autor. Cerca de dez anos antes do texto aqui observado, Barroso já defendia a atividade do judiciário como força de equilíbrio para os outros dois poderes estatais, conforme se observa:

O acolhimento generalizado da Jurisdição Constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado Moderno; a Jurisdição Constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo; juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia; a Jurisdição Constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. (BARROSO, 2008: 57)

Nesse sentido, o autor em questão já realizava ensaios sobre garantia de legitimidade constitucional entretanto, neste ponto a narrativa se aproximava de uma forma mais adaptável a um (neo)constitucionalismo ativista, do que a um modelo mais próximo de uma necessidade de legitimação da forma jurídica. Por mais que a o modo pareça parecido de abordagem no texto de 2008 e no de 2018, aos poucos se revela a diferença do ponto central do discurso, que se torna mais próximo de um plebicitarismo por busca de legitimação.

Ao tentar abordar Direito e Política e razão objetiva e discricionariedade, o autor os apresenta como “dois extremos”, o que concordamos do ponto de vista do constitucionalismo legal, mas garante que entre estes “existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. Vale dizer: o que se quer é balizado pelo que se *pode* e pelo que se *deve* fazer. (BARROSO, 2018, p. 42 – grifo nosso)

Nesse ponto apresentamos um contraponto crítico. O espaço que o autor se baseia apresenta uma condição de existência que, para convívio da razão e da discricionariedade, em meio termo, há uma decisão, pautada na vontade, que será abalizado pela legitimidade.

A pergunta que se fica é objetiva, quem define o que *se pode* e o que *se deve* fazer? Esta

resposta só pode ser encontrada em Carl Schmitt, e nunca em Kelsen.

Afinal a relação entre o elemento da vontade com o elemento da legitimidade não se comunica com a racionalidade de nenhuma forma. Conforme já observamos o binômio entre legalidade e legitimidade, na crítica schmittiana se justamente na ausência de legitimidade da norma por seu conceito formal, e que a legitimidade se deve a uma relação essencialmente relacionada ao conteúdo axiológico externo ao indivíduo, o que Schmitt chamou de movimento sobre o povo.

O que legitima a ideia de um decisor é a legitimidade e, justamente nesse ponto o que difere da teoria kelseniana, o decisor do jurisdicionado não é legitimado em hipótese alguma, ele encontra-se autorizado à decisão pelo caráter da moldura semântica da norma, ou seja, ele é validado pela norma em sua estrutura decisória, buscar legitimidade na decisão, de fato é elemento fora das fronteiras da racionalidade jurídica. Este espaço da decisão legítima é senão um espaço de anomia jurídica, por conseguinte, não válido.

Com isso há uma confusão institucional, a nossa vista, que o autor comete justamente quando substitui o elemento de validade do instrumento judiciário pela ideia de legitimidade. Isso porquê a legitimidade depende de um fenômeno o que é retirado do direito no ponto em que este é transferido para um plano do dever. Não há hierarquização normativa do ponto de vista da forma, isso porque o sujeito de direito constitui-se de um conjunto de normas, o que difere um indivíduo aleatório de uma autoridade é uma única norma que dá a este último a possibilidade limitada de atuação segundo sua validade autorizada pela norma. E por isso há problema na confecção de um elemento jurídico político.

Barroso (2018, p. 81) afirma que “o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”. Isso se encontra em um problema teórico. Do ponto de vista institucional e administrativo, principalmente quanto a relação normativa do princípio (ou regra) da publicidade, de fato, é possível entender a figura das autoridades judiciárias como fundamentos jurídicos que devem contas à sociedade, mas cremos, pelo contexto da afirmação, que não é do elemento administrativo que o autor se concentra. Isso se dá uma vez que não é o elemento da obrigatoriedade de prestações de contas públicas que a passagem se refere, mas sim a uma ideia elemento representativo.

Essa representação, de fato, só seria possível se a categoria política se aplicasse a categoria judiciária e, como já observamos, a institucionalização judiciária ela não guarda em si um elemento de representação, isso porque tal espaço de poder tem validade a partir do controle da representação majoritária. Anteriormente, ao ser apresentado o conceito de função contramajoritária do judiciário, observou-se que é nesse modelo institucional que a arbitrariedade da representação é controlada na

democracia parlamentar, essencialmente para garantir o pluralismo político e o estatuto da liberdade. O judiciário ao agir como representação ele se iguala ao ranço autoritário do poder político não sobrando algo senão apenas o elemento político.

Quando Kelsen aplica ao poder judiciário a função de vinculação ao modelo legal, não se trata de firmar um controle inibitório ou um obstáculo à representação, muito pelo contrário, a função de vínculo à forma jurídica do judiciário é justamente a garantia da representação dos poderes essencialmente políticos. Não há possibilidade em um constitucionalismo de Estado de Direito admitir a ideia de um judiciário político, pois, nesse sentido haveria um distanciamento dos institutos de freios e contrapesos, não apenas quanto a tripartição de poderes, mas à garantia da liberdade do ato de vontade em um sistema pluralista.

A função republicana e democrática do judiciário se deve ao seu afastamento e isso não reflete no desacordo com a ordem constitucional, mas sim a garantia da estabilidade do modelo de representação. A ordem dos poderes políticos é volátil ao *zeitgeist*, porém a institucionalização constitucional garante que nenhum modelo político representativo se valha da sua maioria para retirar do sistema minoritário sua liberdade jurídica e, lembrando, que isso se aplica no inverso, na ideia de uma exceção temporária de poder, por alta abstenção de sufrágio, por exemplo, e um sistema minoritário alcance a estrutura majoritária de poder, isso faz parte da democracia parlamentar, entretanto o poder judiciário, com seu distanciamento, apresenta-se como garantia da ordem constitucional.

O próprio autor (BARROSO, 2018, p. 81) admite que esse é o conceito tradicional do constitucionalismo, ao afirmar que o “distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude”. Entretanto logo em seguida, reforça sua ideia anterior, afirmando que o “quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social”. (grifo nosso)

Mais uma vez o Ministro da Suprema Corte se utiliza de uma ideia de legitimidade democrática do judiciário, para garantir que, para além das mutações constitucionais, o poder judiciário tem, em relação ao *tempo da história* uma obrigação com o sentimento social. Isso nos parece muito perigoso.

Veja-se, a ideia de legitimidade, como já observamos, necessita essencialmente de um elemento fenomenológico, enquanto o quadro normativo se dá a partir da validade jurídico-constitucional. Quando o autor relaciona legitimidade democrática com o sentimento social em relação a interpretação da constituição, são dois os problemas que detectamos.

O primeiro se dá em relação a ideia de que a mudança do pensamento social, que

fenomenologicamente é naturalmente inerte a sociedade, mude a interpretação jurídica, significa dizer, assim como na representação política, a volatilidade das esferas de entendimento poderiam causar um dos elementos mais devastadores da instituição judiciária, qual seja, a segurança jurídica. Se o *tempo da história* aponta a um ortodoxismo a constituição garante a razoabilidade quanto ao ato político, se do *contratio*, se esse tempo reflete uma liberalidade deontológica, por sua vez a rigidez constitucional a controlaria da mesma forma, ainda mais nos moldes constitucionais brasileiro, que tem a garantia universal a partir de direitos individuais e sociais, bem como de fechamento e abertura estatal, como função essencial.

O segundo problema repousa na ideia de legitimidade democrática ligada a ideia de sentimento social. Esta última é um elemento condutor de um fenômeno axiológico externo, desligado da ideia de direito individual, mas do reflexo ideológico, moral ou indenitário de uma sociedade, podendo ser observado apenas pelos óculos do princípio majoritário. Se a democracia depende de um sentimento social e, ainda, se o poder de decisão para ser legitimado, como afirma Barroso, depende de *respeito*, no sentido observação da opinião pública, tal democracia não está tão ligada a ideia parlamentar e normativa, mas aparentemente apresenta características de deliberação plebiscitária.

Isso se confirma em diversas passagens da obra, mas destaca-se:

Cortes Constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. (BARROSO, 2018, p. 81)

Na passagem, observa-se, apesar de não discutível do ponto de vista ético – se na atuação do modelo democrático parlamentar – o destaque ao respeito, que pode ser lido pelo parâmetro e necessidade de prudência do poder judiciário. Entretanto o autor, logo em seguida, utiliza-se de conceitos devidamente fundados na democracia plebiscitária para fundamento desse novo modo de atuação constitucional. A ideia de imprescindibilidade da aceitação da sociedade é a mais preocupante.

Aceitação pressupõe legitimidade. Não nos parece correto afirmar que a instituição de guarda constitucional necessite de aceitação, uma vez que, a lei representa-se pela sua validade constitucional, e é justamente o parâmetro constitucional que aceita a validade legal.

Além disso, o autor coloca a ideia da autoridade da constituição com dependência da confiança daqueles sob sua égide. Isso representa duramente o modelo indenitário decisionista, como já tratado. Há uma personificação, ainda que institucional, da autoridade soberana legitimada pelo *Bewegung* do povo. Conforme Schmitt, já discutido anteriormente, a legitimidade do Soberano persiste enquanto esse representa o movimento e tem em si a linha observada da identificação.

O elemento decisionista schmittiano de democracia plebiscitária entende que o soberano não deve divergir do *zeitgeist* caso contrário sua legitimidade estaria vencida, de forma que a figura da consulta ao sentimento externo do sujeito em grupo se faz necessário e, a obra aqui analisada tem afirmações que se coadunam intimamente com essa ideia. Como por exemplo, para o autor, “Se os tribunais interpretem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão”. (BARROSO, 2018, p. 81 – grifo nosso) a resistência ao cumprimento da decisão é justamente a queda da legitimidade soberana no movimento plebiscitário, afinal, a validade normativa, diferente da estrutura legítima, não é garantida pela axiologia, mas por um instrumento abstrato e hipotético, por isso, o seu puro descumprimento não interfere na legitimidade.

Entretanto, ao utilizar o modelo de lei, como fenômeno de resgate de legitimidade, podemos estar diante de uma quimera muito mais autoritária, que utiliza da coerção legal institucional contra a ideia de vontade e liberdade. E isso ainda é mais preocupante quando o autor faz, a si, uma reserva quanto a essa atuação perante a opinião pública:

Todavia, existe nesse domínio uma fina sutileza. Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar o papel contramajoritário. (BARROSO, 2018, p. 82)

O modelo plebiscitário schmittiano é seguro pela legitimidade da autoridade, e isso se dá no conceito de ditadura, uma ditadura sem legitimidade é um espaço anômico permanente. De outro lado, o modelo legal se dá na validade e no seu autocontrole institucional.

Se dentro de um modelo institucionalizado legal, se encontra legitimidade pela opinião pública, mas ao mesmo tempo, quando da decisão o decisor não se vê obrigado a segui-la, estamos diante de um decisionismo nos piores moldes, em que, de fato, tal decisão é *ex nihilo*. Pela essência constitucional de validade da forma jurídica ela não depende da opinião pública, mas ao render-se a ela, destaca-se desde populista a autoritária, podendo, à mercê, não mais da lei, mas da prudência do julgador, seguir ou não seguir o princípio majoritário.

Não há freio por esse última afirmação. Não há a segurança jurídica do modelo constitucionalista, nem o freio da coerência axiológica do conservadorismo teológico decisionista de Schmitt. No fim, existe um modelo potencialmente permissivo ao pior dos dois mundos.

Mas precisamos fazer uma errata: de forma alguma aqui estamos lendo o Excelso Ministro como um autoritário, pelo contrário, entendemos a sua boa vontade e essência nessa proposta, mas o debate aberto é justamente quando a leitura sobre o espectro do poder.

Entretanto um modelo jurídico que ao mesmo tempo se concilia com a opinião pública e,

quando *necessário*, se alia a estrutura contramajoritária depende senão do julgador. A pergunta resta, quem decide sobre o qual é o conteúdo *correto e justo*?

Essa tendência a ler o texto com os olhos atentos a um problema institucional baseado na proposta do Ministro, continua, ao citar um diálogo⁴ entre dois professores, o autor conta uma anedota que, até com um discurso, que na beleza do levante contra a injustiça – certa e coerente – contra as minorias em direitos, soa um pouco populista, a ideia de que a democracia demora mais para amadurecer do que as necessidades sociais.

Bem isso não é de todo inverídico, de fato, o espaço normativo entre necessidade e legalidade deixa seus espaços, desde Lassale discute-se esses problemas, e, diga-se de passagem, o Brasil com seu neoconstitucionalismo principialista e ativista, já atua desde 1988 com muito afinco, sem a necessidade dessa nova tendência ainda mais livre proposta pelo ministro.

Entretanto, ao comentar sobre a passagem dos professores, o autor usa o termo *empurrar a história*, como obrigação das cortes supremas, colocando-as, como justificativa, um papel iluminista. Observa-se:

O texto que se segue lida, precisamente, com essa dualidade de perspectivas. Nele se explora o tema do papel representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, *empurrar a história*. [...] A conclusão é bastante simples e facilmente demonstrável, apesar de contrariar em alguma medida o conhecimento convencional: em alguns cenários, em razão de múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos. (BARROSO, 2018, p. 88)

Aqui, novamente, expõe-se nossa preocupação aludida acima sobre a fragilidade institucional que se dá ao repousar a legitimidade da decisão judicial na volatilidade do decisor. Barroso (2018, p. 118) afirma que “para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra.”

Ora, isso pode ser lido – ou aproveitado – por interpretes mal intencionados sob a perspectiva que se a legitimidade vem da opinião pública, o exercício contramajoritário deixa de ser, na perspectiva da democracia parlamentar, instrumento de garantia da liberdade individual frente à representação política e, ao contrário, passa ser instrumento de força contra o julgamento do decisor da necessidade de uma nova face da opinião pública, ou seja, pela força o decisor passa a intervir na opinião pública para garantir sua legitimidade. Diferente do modelo schmittiano que pressupõe uma legitimidade do movimento do povo, que para o autor, por bases teológicas, é

4 O contexto do diálogo trazido pelo Ministro Barroso (2018, p.87-88) se dá no seguinte contexto: – professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluindo o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderiam expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”. – professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daque a uma ou duas gerações?”

imutável como dogmas canônicos católicos, aqui, nem a esse modelo se apreende, uma vez que por meio da forma jurídica o decisor tem o poder de ao *empurrar a história* jogar com a experiência apreensível pelos sujeitos de direito.

Mais uma vez insistimos que não entendemos o autor tenha uma posição autoritária ou sequer que entenda que esta seja uma saída válida para os problemas da representação e da democracia liberal, uma vez que o mesmo, faz logo em seguida da última afirmação, um aviso⁵ de cuidado em razão da força das cortes constitucionais mas finaliza ao afirmar que “vez por outra, trata-se de papel imprescindível.” (BARROSO, 2018, p. 118). Mas é exatamente nisso que fundamentalmente há discordância no presente texto. A imprescindibilidade repousa justamente na utilização da validade da forma jurídica como forma de controle da instabilidade do conceito do político, ao menos enquanto nenhum outro movimento que garanta a função da liberdade não seja ensaiado fora do estado de juízo hipotético da norma.

CONCLUSÃO

Se por um lado a democracia parlamentar tem problemas claros e objetivos do ponto de vista da representação, por outro a crítica mais completa a esse modelo vem da ideia da democracia plebiscitária e da possibilidade da personificação do soberano decisionista sobre um Estado de Exceção.

Isso nos levou a resgatar, em tempos de crise representativa, o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Não é prescindível esse levantamento, ainda que o “*pós*” positivismo ou o ‘*neo*’ constitucionalismo tenham trazido recomendações teóricas que apresentaram no modelo institucional garantismos, principiologias e hermenêutica perante a estrutura da Teoria da Decisão Judicial. Isto se dá uma vez que, essencialmente, toda discussão sobre a sobrevivência da representação ainda se respalda na tentativa de manutenção de um Estado de Direito a partir de uma democracia parlamentar. Entretanto, é na necessidade de resolução da *crisis* que a patologia é definida por um espaço de anomia para o inquérito e revelação do problema.

A opção em trazer o debate dos referidos autores em base para a crítica da obra do jurista Luís Roberto Barroso, “Judicialização da Vida”, teve como objetivo, com uma obra que traz como referência decisões recentes da suprema corte do Brasil, os modelos de justificação sobre a crise representativa parlamentar.

O que se conclui disso é que, do ponto de vista metodológico há uma incompatibilidade teórica que foi vencida no debate do guardião da constituição no século XX, e a tentativa de resgate

5 “Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas.”. (BARROSO, 2018, p. 118)

das saídas críticas à agrura da representação tendem a uma ordem decisionista, que já se provou catastrófica e autoritária durante o século passado.

O elemento de validade da forma jurídica do positivismo, apesar de seus conhecidos problemas, ainda tem como base a função de controle do movimento político e suas nuances temporais, qualquer elemento de resgate a legitimação frente à validade, senão fora da consciência coletiva da democracia tende a um autoritarismo por meio da lei, que se revela ainda mais problemático que o personificado e excepcionalista schmittiano.

Não se trata de um texto elogioso ao positivismo, ainda que seja um texto em defesa de Kelsen, que vem sendo injustiçado por interpretações enviesadas durante as últimas décadas. Mas trata-se de um texto que, em meio ao problema da representação busca o debate para a busca da estabilidade do sujeito de direito, na forma do Estado de Direito, preservando o garantismo, sem necessidade de uma judicialização discricionária sem elementos de controle formal. Não há, pelo menos ainda, no Brasil uma tradição de *common law* que garanta a estabilidade da discricionariedade vinculada da decisão, logo, para superar o problema da representação é a forma que valida ela própria que deve ser resgatada, no caso, a forma.

A representação está em crise, apesar de não ser possível recordar um tempo em que a democracia não teve problemas quanto a esse elemento, entretanto hodiernamente a crise tem seus efeitos justamente no sentimento social, logo, o judiciário valer-se desse sentimento para legitimar sua ação segundo o constitucionalismo é tanto frágil quanto perigoso em termos sociológicos.

O resgate ao legalismo torna-se hoje, ainda que durante o período de enfraquecimento de representação, frente a efêmera razão política presente em toda América Latina algo imprescindível em que há uma espécie de espera messiânica de resgate às instituições representativas. A morredoura estabilidade política institucional depende da força formal e legal do judiciário e das cortes constitucionais para manutenção, se esta for a intenção, do elemento democrático como forma do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

BORON, Atilio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. **Resgatar o inimigo?** Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. *in* Filosofia Política Contemporânea:

Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania. Atilio A. Boron, 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan (orgs.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986

_____. **Teoria pura do direito**. tradução João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

_____. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale**: contributo per um dottrina pura del diritto. Ed. Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989

_____. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**: la justicia constitucional. traductor Ronaldo Tamayo Salmorán. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **A crítica de Carl Schmitt à democracia parlamentar**: representação política como ato de fé, plebiscito condição da identidade. *In* Revista de informação legislativa. Brasília a. 47 n. 185 jan./mar. 2010

PAULSON, Stanley L. **La alternativa kantiana de Kelsen**: una crítica. Trad. José García Añón. Doxa, nº. 9, Alicante: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Estado democrático de direito e estado de exceção** : fronteiras da racionalidade jurídica. 1ed. São Paulo: Editora Mackenzie, 2016

SÁ, Alexandre Franco de. **Do Decisionismo à Teologia Política** - Carl Schmitt e o Conceito de Soberania. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Trad. Francisco Ayala. Salamanca: Alianza Editorial, 1982.

_____. **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **Catolicismo romano e forma política**. Tradução Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin, 1998

_____. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Teoría de la Constitución**. Versión española de Francisco Ayala. 2ed. Madrid: Alianza

Editorial, 1996b.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte Burguesa** - Qu'est-ce que le tiers État?. 4ed. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL SOB A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA JURÍDICA

Elaine Cristina Vieira BRANDÃO¹

RESUMO

O Direito à educação está inserido no sistema jurídico brasileiro elevado ao alto patamar de Direito Fundamental. Considerando a realidade histórica no Brasil, verifica-se que a educação nem sempre foi tratada como matéria de tamanha relevância, de âmbito constitucional. Realizou-se um breve comparativo das Constituições Federativas anteriores no tocante as tratativas do direito à educação, com o intuito de demonstrar os avanços já alcançados quanto ao tema não só no Brasil, mas como reflexo do que também já vinha ocorrendo no mundo. Inegável a importância do direito à educação como um desdobramento mais próximo do direito fundamental da dignidade à pessoa humana, assim reconhecido não só pelo sistema jurídico pátrio, mas pelo Direito internacional, como um Direito Humano e como um Direito social, concepção que ganhou força com os movimentos pós-positivistas jurídicos que surgiram em momento pós-guerra que influenciaram o mundo todo, e culminou no Brasil com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988. Assim, através de um método indutivo-sistemático, o direito à educação se torna objeto de análise sob a perspectiva de Direito fundamental social, como meio de concretização e garantia da própria cidadania, de modo que se impõe a reflexão se tal posição privilegiada no sistema jurídico brasileiro tem sido suficiente para a sua garantia e eficácia, com acesso a todos e de forma eficaz.

PALAVRAS-CHAVES: Educação. Pós-positivismo. Direito Humano. Garantia constitucional. Direito social.

ABSTRACT

The Right to education is included in the Brazilian legal system, elevated to the high level of Fundamental Right. Considering the historical reality in Brazil, it appears that education has not always been treated as a matter of such relevance, within the constitutional scope. A brief comparison was made of previous Federative Constitutions regarding the right to education, with the aim of demonstrating the advances already achieved on the subject not only in Brazil, but as a reflection of what was also happening in the world. The importance of the right to education as a closer development of the fundamental right to dignity for the human person is undeniable, thus recognized not only by the national legal system, but by international law, as a Human Right and as a social Right, a conception that gained strength with the post-positivist legal movements that emerged in the post-war period that influenced the entire world, and culminated in Brazil with the promulgation of the Citizen Constitution, in 1988. Thus, through an inductive-systematic method, the right to education becomes an object of analysis from the perspective of fundamental social law, as a means of realizing and guaranteeing one's own citizenship, so that it is necessary to reflect on whether such a privileged position in the Brazilian legal system has been sufficient for its guarantee and effectiveness, with access to all and effectively.

KEYWORDS: Education. Post-positivism. Human Law. Constitutional guarantee. Social law.

1. INTRODUÇÃO

1 Advogada, especialista em Direito empresarial, Mestre em Direito Digital pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Doutoranda em Ciências jurídicas pela Universidade Estadual da Nova Paraná – UENP Jacarezinho/PR.

Inegável a importância do Direito à educação no contexto social, bem por isso esse direito é assim reconhecido atualmente como Direito Fundamental, e ganha lugar de destaque no sistema jurídico pátrio, incluído na vigente Constitucional Federal² brasileira.

Mas não se pode desconsiderar que essa atual conjuntura no sistema jurídico brasileiro, no que se refere à educação, nem sempre foi uma realidade. O Direito à educação, nas Constituições Brasileiras anteriores, tinha outro enfoque, de modo que o Direito à educação no Brasil só passou a ser colocada num patamar de Direito Fundamental com a Constituição de 1988, sob a influência dos pensamentos pós-positivistas e hermenêuticas neoconstitucionais que passaram a prevalecer não só no Direito interno, mas sobretudo no Direito Internacional, o que impactou diretamente na nossa sociedade, daí a importância de trazeremos tal abordagem.

O presente trabalho tem, pois, por objetivo, o estudo do direito à educação inserido no sistema jurídico brasileiro, com breve análise da sua evolução histórica nas Constituições brasileiras; como reflexos dos pensamentos jurídicos pós- positivistas contemporâneos tanto no Brasil como no âmbito internacional, sem contudo pretender esgotar o assunto, dada a sua amplitude e relevância.

Na sequência, o presente estudo busca respostas para o seguinte questionamento: será que a atual conjuntura jurídica do Direito à educação no Brasil, que podemos reconhecer como válida e bastante ampla e dentro dos padrões exigidos pela comunidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos; é bastante a consolidar a sua garantia com eficiência e acesso amplo a todos os seus destinatários? Dados estatísticos de resultados da qualidade da educação no Brasil mostram que não. Nesse caso, avançamos um pouco mais e ousamos arriscar algumas sugestões no sentido de criar caminhos em busca da tão sonhada meta de garantia a uma educação de qualidade e de amplo acesso a todos.

O material de estudo utilizado para a realização do presente trabalho corresponde à pesquisa doutrinária quanto aos temas Direito à Educação, pós-positivismo jurídico, Direito Constitucional e hermenêutica jurídica, e através do método indutivo-sistemático, quanto aos procedimentos técnicos a serem utilizados ao longo da realização da pesquisa, classificada em pesquisa de natureza bibliográfica realizada com base no vasto referencial teórico existente sobre o tema disposto em livros, revistas e artigos científicos, documentos legislativos e dados estatísticos, do tipo descritiva, seguindo uma abordagem de caráter qualitativa.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

A Constituição Federal brasileira de 1988 surge num momento histórico de redemocratização do Brasil. A esse respeito Tatiani Heckert Braatz e Thiago Rafael Burckhart, afirmam que:

(...) a partir dos anos 80, sob o impulso dos processos de transição democrática, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições e/ou realizou importantes reformas constitucionais”. Nesta perspectiva, o Brasil promulgou no ano de 1988 a nova Constituição brasileira, com fundamentos na cidadania, democracia e dignidade da pessoa humana, representando um marco histórico e ampliando o leque de direitos no âmbito do pluralismo étnico, com a introdução de um rol de direitos indígenas e direitos ambientais e colocando a educação como direito público subjetivo, conforme prevê o artigo 208, § 1º. (p. 182)

Assim, a Constituição Federal de 1988 trata, no Título II: dos Direitos e Garantias Fundamentais, e no Capítulo II deste mesmo Título: Dos Direitos sociais. Traz nos seus artigos correspondentes 6º e 7º extensa enumeração dos direitos sociais, de modo que no artigo 6º inclui expressamente a educação como um direito social³. (BRASIL, 1988)

Mais adiante, no Título VIII: Da Ordem Social, no Capítulo III, dedica a Secção I exclusivamente à Educação, dos artigos 205 a 214, normatizando de forma ampla o direito à educação, desde o ensino básico até a universidade. Os artigos 205 e 206 assim estabelece:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

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;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Brasil, 1988)

Denota-se, pois, que a vigente Constituição Federal brasileira trata de forma ampla e detalhista o Direito à Educação, colocando-o em posição de destaque em nosso sistema jurídico, dada a importância atribuída à educação para toda a sociedade. Tamanho reconhecimento foi dado como consequência e reflexo de todo um contexto histórico o qual impactou toda a sociedade, não

3 Art. 6º. 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.

só no Brasil, mas no mundo.

Em momento pós-guerra, ao final do século XX, novos direitos fundamentais foram reconhecidos, especialmente os direitos sociais ou de segunda dimensão. Nesse novo contexto, as cartas políticas passaram a atribuir dimensão jurídica à questão social, sobretudo, com o advento da Constituição alemã de 1919, que passou a influenciar as normas constitucionais de outros países. Nesse contexto, Adriana Val Taveira (2012) considera:

“O movimento filosófico pós-positivista surge depois da Segunda Grande Guerra e dá início a uma nova reflexão do Direito e de sua função na sociedade. Propõe uma nova tônica na rediscussão dos princípios do Direito e no redimensionamento dos direitos fundamentais. Volta-se a discutir o direito e a ética, revela-se a importância e o valor do princípio da dignidade da pessoa humana, colocando o homem como fim do direito e não como meio.” (Taveira, 2012, p. 303)

Assim, a Constituição brasileira eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais, a partir do momento em que a inclui como norma em seu texto, condição que se reafirma quando se verifica a intrínseca relação do direito à educação e dos demais direitos sociais com os princípios basilares constitucionais.

Os direitos sociais são compreendidos como garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito. O objetivo desses direitos é concretizar a igualdade social, impactando positivamente em criar condições favoráveis de inclusão social e econômica para as pessoas inseridas em classes sociais menos favorecidas.

Jose Afonso da Silva (2000, p. 199) conceitua direitos sociais como “Prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

O texto constitucional ainda estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu art. 2º, entre eles a cidadania e dignidade da pessoa humana, assim reconhecendo expressamente constituir-se como Estado Democrático de Direito, além de elencar em seu art. 3º os seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Analisando-se tais dispositivos constitucionais, constata-se que os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil somente serão alcançados por meio da garantia dos direitos sociais em geral, especialmente o direito à educação, e sob essa égide devem ser interpretados e aplicadas todas as normas do nosso sistema jurídico.

Somente de posse de tais direitos é que a pessoa humana exercerá a cidadania, atingirá seu pleno desenvolvimento e se qualificará para o trabalho. Só assim, contribuirá para uma sociedade livre, justa e solidária, fazendo valer os direitos fundamentais que lhe são inerentes, daí o caráter fundamental do direito à educação, uma vez que é inquestionável sua importância como instrumento de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar ainda que por muito tempo a norma constitucional que trata do Direito à Educação fora considerada como norma programática, mas hoje não é mais assim. Normas programáticas, por definição trazida Por Maria Helena Diniz (Diniz, ano, pág):

“(…) aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado”.

Tal concepção desta regra constitucional como programática foi o que justificou a criação da Lei de Diretrizes e Bases em 1996 – Lei nº 9.394/1996⁴. Contudo, é certo que hodiernamente os Tribunais e a doutrina nacional e estrangeira não admitem mais a ideia de que a Constituição Federal de uma Nação seja interpretada como programática.

“(…) Se, até alguns anos atrás, esse dispositivo constitucional era considerado uma norma programática, com a finalidade de apontar o “norte” dos planos governamentais, hoje não é mais interpretado dessa forma; os tribunais e a doutrina nacional e estrangeira não admitem mais a ideia de uma norma de “programas” em uma lei de porte político como a Constituição de um Estado. (TAVEIRA, 2014)

Tal enfrentamento mostra-se como movimento recente de hermenêutica jurídica a ser aplicado sobre os princípios constitucionais acima apontados, como resultado da forte influência pós-positivista que foi ganhando força no mundo todo.

Relevante considerar que tal posicionamento jurídico mostra-se muito mais eficiente à frente das necessidades sociais, de modo que não só as instituições públicas devem implementá-las, mas toda a sociedade deve exigir a sua implementação e participar de forma ativa nessa concepção, dada a relevância do Direito à educação como um instrumento eficaz no combate à desigualdade social e efetivo desenvolvimento da Nação.

O Direito à Educação possui inquestionável natureza de Direito Humano, afirmação não só confirmada pelo Texto Constitucional, mas também reconhecida pela comunidade de Direito Internacional, a partir das Convenções e Conferências Mundiais sobre Direitos Humanos, como a Declaração de Viena de 1993, ao realçar a importância da educação (formal e não formal) como elemento essencial de promoção de relações harmoniosas entre as comunidades, capaz de fomentar o respeito mútuo, a tolerância e a paz. (Taveira, 2012, p. 300)

Daí a nossa Constituição Federal em vigor tratar de forma tão ampla do Direito à

4 BRASIL. 1996. Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: publicado no DOU de 23/12/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/12/2020

Educação, estabelecendo regras inclusive quanto aos recursos financeiros a serem destinados à educação. Em seu art. 212, a Constituição Federal determina, com caráter de obrigatoriedade, um mínimo da receita que necessariamente deve ser aplicada na educação, afirmando que a União aplique anualmente nunca menos que 18%; e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25% no mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferência, na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

Tal previsão na Lei Maior dos recursos financeiros destinados à educação foi considerada um grande avanço, elevados à condição de princípios constitucionais sensíveis, por força dos dispositivos 34 e 35 da Constituição Federal brasileira, o que significa que sua inobservância pode gerar intervenção federal ou estadual. (BRASIL, 1988)

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

No âmbito infraconstitucional, no Brasil, através da Lei nº 9.394 de 1996, também foram estabelecidas as diretrizes e bases da educação nacional e se tornou a expressão, em nível infraconstitucional, do princípio democrático-participativo, trazendo os contornos do direito de participação que os Artigos 205 e 206 da Constituição abordaram. (BRASIL, 1996)

Formas políticas de promover a interação escola, família e sociedade em busca da educação do menor, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu artigo 1º diz que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”, reafirmando o que já havia sido estabelecido no Art. 205 da Constituição Federal, como “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (...)”. (BRASIL, 1996)

Assim, reconhecido primeiramente e acima de tudo como um “direito humano”, a educação se coloca na qualidade de direito fundamental de segunda geração (Direitos sociais, econômicos e culturais) de natureza prestacional, e avançando para o direito à educação tecnológica, enquadra-se também nos direitos fundamentais de terceira geração (direito à comunicação) e quarta geração (direito à informação).

A educação, portanto, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à dignidade da pessoa humana, bem maior do homem, sendo que por isso o Estado tem o dever de

prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

No Brasil, o direito a educação passa a ser tratado no texto constitucional a partir da Constituição de 1934, sendo paulatinamente incrementados e estruturados nos textos seguintes até o atual disciplinamento existente na Constituição Federal de 1988.

3. O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Nesse contexto, em que o Direito à educação é elevado a nível constitucional, considera-se relevante uma breve análise histórica das anteriores Constituições do Brasil já existentes, para melhor compreensão dos avanços que a presente discussão alcançou até os dias presentes, imprescindível para a constatação dos longos caminhos já percorridos, e essencial para nos colocar a uma projeção dos caminhos futuros que devemos ainda percorrer, necessários para evoluirmos em busca de uma educação mais efetiva, acessível e qualificada.

Iniciemos pela Constituição do Império do Brasil de 1824⁵, a qual foi marcada pela forte influência da Revolução Francesa, dado o momento histórico em que foi outorgada, trazia o direito à educação apenas em seu art. 179, elencados dentre os direitos civis e políticos. No parágrafo 32 do referido artigo, a Constituição garantia que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”, e no parágrafo 33, garantiam-se colégios para o ensino dos elementos das ciências, belas-artes e artes.

Tatiani Heckert Braatz e Thiago Rafael Burckhart (2013) destacam que a Constituição de 1824 inovou no que tange a declarar a gratuidade do ensino primário a todos os cidadãos, embora não se tenha ocorrido na prática. José Afonso da Silva (1999, p.169) confirma isso, ao afirmar que a Constituição de 1824 foi a primeira, em todo o mundo, a garantir e positivar os direitos do homem.

A Constituição de 1891⁶, por sua vez, marcou a nova fase do constitucionalismo do Brasil, encerrando por definitivo com o regime monárquico, com a vinda do regime republicano, adotando como fundamento a democracia. Contudo, como bem observa Tatiani Heckert Braatz e Thiago Rafael Burckhart (2013), retrocede por não contemplar a gratuidade do ensino, “o que demonstra que a história Constitucional brasileira nem sempre esteve em progresso e evolução positiva, cabendo ressaltar que retrocessos ocorrem e são frequentes na história do Brasil”.

Sendo assim, o Estado não assumia compromisso com a educação, conforme também

5 BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Império do Brasil: Dada em 25 de março de 1824. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em 04/11/2022.

6 BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Dada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf. Acesso em 04/11/2022.

ocorreu com a Constituição de 1824. Foi somente com a Constituição de 1934⁷ que finalmente houve a positivação dos direitos sociais, com a inserção, no texto constitucional, de direitos relativos à família, à educação, à cultura e à ordem econômico-social. É notável que esta Constituição sofreu influência de duas outras Constituições: a mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. Ambas inovaram no tangente a realização mesmo que teórica do Estado Social. (Braatz e Burckhart, 2013)

Com isso, a Constituição brasileira de 1934 colocou a educação e a cultura em capítulo especial, traçando importantes diretrizes para a educação no Brasil. No entanto, manteve a cargo dos Estados a complementação das diretrizes determinadas pelo governo federal, caso isso fosse necessário às suas peculiaridades. À União caberia a aplicação de 10% da arrecadação na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Já os Estados deveriam aplicar um mínimo de 20% da renda de seus impostos para organizar e manter os sistemas educativos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União, além de estabelecer a formação de fundos de educação, com a participação de todos os entes da federação (União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Criou-se também o Conselho Federal de Educação a elaboração do plano nacional de educação, para que fosse aprovado pelo Poder Legislativo. As normas gerais, que serviriam de base a esse plano, estavam dispostas no art. 150. Já em seu art. 149⁸, a Constituição de 1934 dispôs que a educação “é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”.

Mascarenhas (2021) destaca que uma disposição da Constituição de 1934 merece atenção: a política de eugenismo no ensino prevista no artigo 138, inciso “b”, segundo a qual a União, Estados e Municípios deveriam “estimular a educação eugênica”. Baseado em crenças e ideologias da época, o texto constitucional estimulava um “melhoramento” racial e genético através de medidas socioeducativas, fazendo referência a obra de Simone Rocha:

Historicamente as leis são criadas visando atender às necessidades de um determinado local e tempo, levando em consideração aspectos culturais, ideológicos e políticos sobre os quais atuam. Nesse sentido, os parlamentares brasileiros pretendiam fomentar o estímulo a uma “educação eugênica” pela adoção de medidas legislativas e administrativas relacionadas à higiene social buscando o “melhoramento” racial através de medidas sócio/educativas. Logo, para os eugenistas, o fator “educação” teria apenas o objetivo de estimular as boas estirpes dos “bem nascidos”. O projeto de lei defendido no Art. 138, da Constituição de 1934, pretendia atuar diante de uma população constituída em sua maioria de negros e mulatos, dificultando que estes contraíssem casamento com pessoas brancas de nível social elevado”. (Mascarenhas apud ROCHA, Simone. A educação como projeto de melhoramento racial: uma análise do art. 138 da Constituição de 1934. Revista Eletrônica

7 BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Publicada em 17 de novembro de 1933. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10. Acesso em 04/11/2022.

8 Art. 149. A educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Nesse momento, o mundo passava por uma profunda transformação, pós final do século XX, como reflexo das fortes e impactantes atrocidades e horrores praticados contra os direitos humanos durante a Segunda Guerra, momento em que toda a sociedade se levantou com o reconhecimento da real necessidade de haver garantias de direitos, não só assim reconhecidos internamente, por cada Nação, mas elevado a um nível Internacional. Esse contexto se torna solo fértil para o surgimento de pensadores e filósofos, e o Direito ultrapassa os limites do Direito positivado, avançando para o pós-positivismo jurídico, o que será analisado de forma um pouco mais aprofundada na sequência, dada a relevância da matéria para o presente estudo.

A constituição de 1937⁹ surge como substituição a de 1934, como reflexo do regime autoritário que se instalara através do golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, em que o governo do Sr. Getulio Vargas a outorga sem a colaboração dos partidos nem as injunções da opinião, destacando-se pela preeminência incontestável do Executivo.” Essa política de cunho autoritário e concentrador em muito influenciou no direito educacional na época, como sendo uma preparação, através de disciplina moral e adestramento físico, para o cumprimento de deveres e defesa da nação, como um culto ao regime e à pessoa do ditador. Quanto a esse novo momento de retrocesso antidemocrático, Mascarenhas (2021) deu a sua contribuição:

Fruto do golpe de estado realizado por Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 centralizou o poder político no Governo Federal. Priorizou-se a União em relação aos demais entes federados, da mesma forma como, entre os poderes, tornou-se o Executivo mais proeminente. O centralismo pode ser igualmente observado nas relações entre a União e os Estados. Nos Estados, a chefia do Poder Executivo caberia ao Interventor Federal, de livre nomeação pelo Presidente da República (art.9º). (Mascarenhas, 2021, p. 12)

A Carta de 1937 nada inovou quanto a competência da União para fixar bases e traçar diretrizes para a educação. No entanto, o Estado tinha função suplementar, colaborando para facilitar a execução daquilo que a constituição considerava o primeiro dever dos pais, qual seja, a educação. Como fator prejudicial, ressalta-se o acentuado privilégio ao ensino particular oferecido, reservando ao Estado uma função suplementar de preencher deficiências e lacunas desse ensino, delegando aos pais que não apresentassem condições financeiras para a educação de seus filhos o dever de invocar o auxílio do Estado para garantir a subsistência de sua família. Se não o fizessem, poderiam ser acusados de cometer falta grave, se comprovado o abandono intelectual, moral ou físico dos filhos.

Tal regime perdurou até 1946¹⁰, quando o país retornou ao regime democrático,

9 BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Publicada em 11 de novembro de 1937. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9. Acesso em 04/11/2022.

10 BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Publicada em 19 de setembro de 1946. Disponível em

caracterizado por um governo imparcial e livre, eleito diretamente, com o retorno à democracia. Nesse contexto, a educação foi novamente definida como direito de todos, baseada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, mantida a competência privativa da União para legislar sobre matéria educacional, assim como a competência suplementar dos Estados. A União deveria reservar não menos que 10% de seus recursos para a educação, enquanto os Estados e o Distrito Federal reservariam um mínimo de 20%. O sistema de ensino foi dividido em sistema federal e estadual, garantida a liberdade das ciências, das letras e das artes, como o compromisso do Estado em incentivar a cultura.

De 1946 até 1964 o Brasil passou por um momento de redemocratização, mas que durou menos de vinte anos, pois findou por imergir novamente em um regime autoritário por mais de duas décadas, em razão da instauração da ditadura militar ocorrida em 1964. (Braatz e Burckhart, 2013, p. 181).

Mas já com a Carta Constitucional de 1967¹¹, ao contrário da de 1946, foi influenciada por atos antidemocráticos implantados com o golpe de Estado de 31 de março de 1964, iniciando-se o período da ditadura, com traços fortes de censura. Em seu art. 168 dispunha que a educação era direito de todos e que deveria ser inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. Contudo, de forma contraditória, a unidade e segurança nacional eram confundidos com unidade ideológica e segurança do regime ditatorial instalado.

Nesse momento a educação sofreu profundo retrocesso, já que a nova Constituição estabeleceu que o ensino seria garantido à livre iniciativa e o Estado daria amparo técnico e financeiro, excluía a fixação de percentuais orçamentários destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, ao passo que as poucas verbas públicas destinadas a educação foram repassadas às escolas particulares e não às escolas frequentadas pelas classes sociais mais pobres. A partir daí o Brasil sofreu a maior repressão de sua história com o Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968, e nesse contexto foi promulgada a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, apresentando alterações em todo o texto da Constituição de 1967, período marcado pela censura e pela falta de liberdade de expressão, restringindo também a liberdade das ciências, letras e artes. Manteve a divisão do sistema de ensino brasileiro em federal e estadual estabelecido pela Constituição anterior, assim como a liberdade das ciências, das letras e das artes e o incentivo do Estado à cultura. O direito à educação sofreu grandes alterações, especialmente com o estabelecimento e execução do plano nacional de educação e do plano regional de desenvolvimento, com a fixação de percentuais orçamentários apenas para os municípios.

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9. Acesso em 04/11/2022.

11 BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República do Brasil: Publicada em 22 de dezembro de 1966. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica_/1967Livro06.pdf. Acesso em 04/11/2022.

Tal situação prevaleceu até 1983, quando a Emenda Constitucional nº. 24¹² fixou um percentual mínimo de 13% para aplicação dos recursos pela União e de 25% da receita resultante de impostos a ser aplicada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e dessa forma permaneceu vigente até a promulgação da Constituição Federal de 1988, como mais um movimento pela redemocratização do Brasil.

4. O PENSAMENTO PÓS-POSITIVISTA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A análise da educação como um tema próprio dos direitos sociais e humanos surge ao final do século XX, em momento pós-guerra, em que o mundo todo sente as atrocidades e violações dolorosas contra os direitos humanos, ao passo que toda a comunidade internacional passa a reconhecer a real necessidade de ampliação e sedimentação do tema, o que ganhou espaço na doutrina, no pensamento filosófico, nas academias e nas próprias Leis Políticas dos mais diversos Estados.

Como reflexo desse momento histórico surge o novo constitucionalismo da Europa Continental, que caracterizou-se por reconhecer e dar força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se interpretar a Constituição como documento apenas político; e também pela racionalidade dialógica e pela vinculação das decisões judiciais ao debate público, conforme sustenta Taveira (2014, p. 303), que analisa essa nova forma de interpretação do Direito Constitucional trazida pelas teorias pós-positivistas, e diz que teve como precursores, dentre outros, os autores John Rawls, Ronald Dworkin (1977), Robert Alexy, e no Brasil Paulo Bonavides (2004), Luis Roberto Barroso, Antônio Carlos Diniz, entre outros. E continua:

O movimento filosófico pós-positivista surge nesse contexto histórico, pós Segunda Grande Guerra, e dá início a uma nova reflexão do Direito e de sua função na sociedade. É dado aos princípios do Direito maior relevância, como fundamento hermenêutico, e um novo redimensionamento aos direitos fundamentais. O discurso do direito e da ética volta a se mostrar relevante, a importância e o valor do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que o homem passa a ser considerado como fim do direito, e não como meio. Nesse contexto, a teoria de John Rawls (2002) busca na concepção kantiana a noção da indispensabilidade de se tratar o ser humano como fim da justiça e não como meio. Robert Alexy (2008) também tem relevante contribuição na construção dos pilares pós-positivistas ao criticar o positivismo jurídico por seu desprezo ao papel dos princípios do direito e propõe, então, a predominância dos princípios como geradores de Direitos, inserindo, nessa contextualização, os direitos fundamentais. (TAVEIRA, 2014)

O pós-positivismo apresenta-se como uma nova maneira de ver o mundo e de interpretá-lo, conforme ensina Taveira (2014), uma “nova linha teórica, após as concepções positivistas e jusnaturalistas, considera o Direito diretamente relacionado à filosofia moral e política, na

12 EC 24, promulgada em 01/12/1983. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1980-1987/emendaconstitucional-24-1-dezembro-1983-364949-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 04/11/2022.

revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, valorizando a elaboração de uma nova hermenêutica, a partir da ideia da valorização da interpretação.” E conclui:

A partir dessas novas concepções, redefiniu-se o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A principal referência do novo Direito Constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã, 1949), depois, a Constituição Italiana, de 1947; ao longo da década de 1970, a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978), as quais agregaram valores às novas discussões. No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional deu-se a partir da reconstitucionalização do país que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Percebe-se que o novo Direito Constitucional é produto do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Os fundamentos morais da comunidade, de um determinado tempo e lugar, devem buscar a materialização dos seus valores nos princípios constitucionais da Lei Maior. (Taveira, 2014, p. 303)

Dentro deste contexto, verifica-se uma mudança de paradigma, uma ruptura com teorias positivistas, e o surgimento de uma nova concepção hermenêutica Constitucional. Quanto a relevância dessa moderna concepção jurídica, Nairo José Borges Lopes (2013) também dá a sua contribuição:

O constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra² promoveu uma verdadeira mudança de paradigma, ocasião em que os textos constitucionais de diversos países ocidentais positivaram normas de índole marcadamente moral, alçando a dignidade da pessoa humana ao centro do sistema. O Brasil, por sua vez, reflete este conjunto de conquistas a partir da redemocratização (1985), formalizando-o já na Constituição de 1988.³ O Estado Democrático de Direito será o projeto no qual se desencadearão tais mudanças (art. 1º). A efetivação dos direitos fundamentais passa a ser o foco e a razão do Estado, cujas instituições devem estar permeadas pelo ideário democrático. É certo que a realidade demonstra que ainda há um gap a ser superado relativamente à efetividade da Constituição, o que se justifica nos mais variados fatores, aos quais não será objetivo deste ensaio adentrar. No entanto, é esta mesma realidade que deverá servir de horizonte ao jurista no momento de sua atuação, mormente ao magistrado, autêntico intérprete do Direito, para recordar Kelsen. A (necessidade de) superação dos positivismos jurídicos, sobretudo aquele de cariz normativista, é fundamental, porque o Estado Democrático de Direito somente poderá por em execução seu projeto com um marco que possibilite a adequada interpretação/aplicação da Constituição, concebendo-a como centro e razão das políticas públicas, sociais e econômicas. Além disso, sem esta transposição positivista, torna-se impossível a compreensão das funções estatais, cujos Poderes, independentes e harmônicos entre si, devem possuir por foco a plena efetividade dos direitos fundamentais-sociais. (LOPES, 2013)

Ante essa mudança de paradigma hermenêutica constitucional, temos que o Direito à Educação no Brasil, inserido no texto constitucional vigente e qualificado como um direito social, está baseado nos fundamentos na teoria pós-positivista, e assim deve ser compreendida, impactando de maneira significativa na concepção desse direito, refletindo diretamente na sua garantia e efetividade.

Veja-se que não basta mais apenas declarar a existência do direito, mas vai além: como dar efetividade a esse direito, como garantir o exercício desse direito, tendo como importante ferramenta a judicialização, refletindo no campo pragmático o efetivo acesso à educação, bem como dar margem a busca de mecanismos de controle, fiscalização, e garantir a implementação e

qualidade de políticas públicas e direcionamento dos gastos públicos a serem executados pelo Estado como forma de viabilizar a fruição do Direito à Educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do direito à educação está intimamente ligada à sua condição de fator indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e à concretização da própria cidadania. A Constituição Federal de 1988 estabelece a educação como um direito fundamental e Direito social, de natureza prestacional, bem por isso, ganha posição de destaque em nosso ordenamento jurídico.

A legislação, seja ela constitucional ou infraconstitucional, é farta, suficiente no sentido de garantir uma educação pública de qualidade para todos. Contudo, isso ainda se mostra um grande desafio em nosso país: fazer com que as prerrogativas inerentes a esse direito sejam postas em prática de maneira plena e acessível a todos, com o nível de qualidade exigido constitucionalmente. Assim, seria alcançado o objetivo básico da educação, que é proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

É responsabilidade do poder público e de toda a sociedade alcançar os objetivos estabelecidos na Constituição Federal, quais sejam: a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade de ensino, a formação para o trabalho e a promoção humanística, científica e tecnológica do cidadão. Para o cumprimento desses objetivos, deve-se destacar, também, o papel da família e da sociedade na educação que, segundo a Constituição, são igualmente responsáveis pela sua promoção.

Diante do fato de a educação se constituir como um direito fundamental e essencial ao ser humano, é indispensável a existência da interação do Estado, da família e da sociedade, com o intuito de garantir a todos o acesso a uma educação de qualidade.

Essa preocupação se dá pelo significado que a educação tem ao agregar valor à vida de todas as pessoas, sem discriminação, e ter impacto direto ao desenvolvimento e distribuição de renda em um país. É através da educação que combate à situação de desigualdade social, se exerce plenamente a cidadania, garantindo-se a igualdade de oportunidade para todos e a dignidade da pessoa humana.

Torna-se imprescindível reiterar que, a partir da Teoria pós-positivista, redefiniu-se o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional, com o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se interpretar a Constituição como mera norma programática. Nesse sentido, temos que o Direito tem muito a contribuir com a educação, pois possui instrumentos legítimos e capazes de garantir a sua implementação, dado o seu poder

coercitivo. A questão do controle sobre as políticas públicas que implementam o Direito à Educação envolve uma atuação efetiva e ativa de cada cidadão e de toda a sociedade sobre os atos do Executivo, e controle do Poder Legislativo e Judiciário.

Enfim, para que possa haver uma transformação social, devemos garantir o direito à educação, já reconhecido pelo nosso sistema jurídico. Para tanto, é indispensável também a participação da sociedade, com a informação e a conscientização de pais e comunidades quanto a importância de sua participação mais ativa nos assuntos escolares, afim de haver uma maximização dos resultados que venham a ser obtidos pelo controle do Judiciário sobre as ações e gastos do Poder Público com a educação.

Mas para isso a sociedade precisa ter ciência de quais são os seus direitos, o que resulta em um paradigma, um círculo virtuoso: quanto mais acesso à educação, mais consciente essa sociedade se torna quanto aos seus direitos, e mais aptos a exigir a sua garantia perante o Estado ela se colocará, daí a afirmação de direta relação do direito à educação com o próprio direito e exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BRAATZ, Tatiani Heckert. Burckhart, Thiago Rafael. **O Direito à educação no contexto das Constituições brasileiras**. Revista jurídica CCJ. V.17, n.33, p.169-194. Jan/jun 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Dada em 25 de março de 1824. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf. Acesso em 04/11/2022.

_____. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Dada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf. Acesso em 04/11/2022.

_____. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Publicada em 17 de novembro de 1933. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10. Acesso em 04/11/2022.

_____. [Constituição (1937)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Publicada em 11 de novembro de 1937. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9. Acesso em 04/11/2022.

_____. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**.

Publicada em 19 de setembro de 1946. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9. Acesso em 04/11/2022.

_____. [Constituição (1967)]. **Constituição da República do Brasil**. Publicada em 22 de dezembro de 1966. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1967Livro06.pdf. Acesso em 04/11/2022.

_____. 1996. *Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Brasília: publicado no DOU de 23/12/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/12/2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Saraiva. Vol. 3. São Paulo, 1998.

LOPES, Nairo José Borges. **Constituição e pós-positivismo no direito brasileiro contemporâneo**. Revista jurídica UNIGRAN. Dourados/MS. V. 15, n. 29, jan/jun. 2013.

MASCARENHAS, Caio Gama. **Direito à educação, federalismo e financiamento nas Constituições brasileiras: o passado, o presente e o futuro**. Revista Eletrônica da PGE/RJ, v. 4, n. 1, jan/abr 2021.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVEIRA, Adriana do Val. **O direito à educação e os novos paradigmas do constitucionalismo pós-positivista**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 6(3):298-309, outubro-dezembro 2014.

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sérgio Tibiriçá AMARAL¹
Lucas De Souza GONÇALVES²

RESUMO

Este estudo examinou como o Supremo Tribunal Federal (STF) exerce o controle de convencionalidade, buscando entender a implementação dessa garantia no Brasil e verificar se seu desenvolvimento está alinhado com a jurisprudência estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Buscou-se compreender o controle de convencionalidade como um mecanismo essencial para estabelecer um diálogo efetivo entre os padrões internacionais e as decisões nacionais, promovendo uma justiça mais robusta e equitativa no Brasil. Ao longo da pesquisa, notou-se a falta de referências à jurisprudência da Corte IDH nos tribunais brasileiros, o que ressalta a necessidade urgente de um controle de convencionalidade mais consistente. Para alcançar os resultados e respostas relacionados à questão abordada neste trabalho, procedeu-se inicialmente à coleta de informações provenientes de materiais e métodos bibliográficos de diversos autores. Esta fase envolveu a análise crítica de uma vasta gama de fontes, incluindo artigos acadêmicos, livros, relatórios de organizações internacionais e jurisprudência relevante. A diversidade de fontes permitiu uma compreensão abrangente do tema, considerando diferentes perspectivas e abordagens. Posteriormente, conduziu-se uma análise comparativa entre as decisões do ordenamento jurídico nacional e os precedentes internacionais. Este estudo comparativo foi fundamental para identificar as lacunas e divergências existentes entre o sistema jurídico brasileiro e a jurisprudência da Corte IDH. A análise revelou a necessidade de maior integração e harmonização das decisões nacionais com os padrões internacionais, destacando exemplos específicos onde o Brasil poderia beneficiar-se da aplicação dos precedentes da Corte IDH.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de Convencionalidade. Corte IDH. STF.

ABSTRACT

This study examined how the Brazilian Supreme Federal Court (STF) exercises the control of conventionality, aiming to understand the implementation of this guarantee in Brazil and to verify whether its development aligns with the jurisprudence established by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR Court). The study sought to understand the control of conventionality as an essential mechanism for establishing an effective dialogue between international standards and national decisions, promoting a more robust and equitable justice system in Brazil. Throughout the research, it was noted that there is a lack of references to the jurisprudence of the IACHR Court in Brazilian courts, highlighting the urgent need for more consistent control of conventionality. To achieve the results and answers related to the issue addressed in this work, information was initially collected from bibliographic materials and methods from various authors. This phase involved the critical analysis of a wide range of sources, including academic articles, books, reports from international organizations, and relevant jurisprudence. The diversity of sources allowed for a comprehensive understanding of the topic, considering different perspectives and approaches. Subsequently, a comparative analysis was conducted between the decisions of the national legal system and international precedents. This comparative study was fundamental in identifying the gaps and divergences between the Brazilian legal system and the jurisprudence of the IACHR Court. The analysis revealed the need for greater integration and harmonization of national decisions with international standards, highlighting specific examples where Brazil could benefit

1 Doutor pela Instituição Toledo de Ensino.

2 Graduando em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário.

from the application of IACHR Court precedents.

KEYWORDS: Control of Conventionality. IACHR Court. Brazilian Supreme Federal Court.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos humanos sempre foi uma preocupação central para as nações ao redor do mundo. A evolução dos direitos humanos pode ser traçada através de diversos marcos históricos que moldaram o entendimento e a aplicação desses direitos.

No século XX, especialmente após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional viu a necessidade de estabelecer mecanismos robustos para a promoção e proteção dos direitos humanos. Esse movimento resultou na criação de importantes instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e, subsequentemente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um dos pilares do sistema interamericano de direitos humanos. Este tratado internacional, adotado no contexto da Organização dos Estados Americanos (OEA), visa consolidar a proteção dos direitos humanos no continente americano. Sua implementação é supervisionada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), esta última sendo o órgão judicial encarregado de interpretar e aplicar a Convenção.

O Brasil, como signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assumiu o compromisso de adequar sua legislação interna aos padrões estabelecidos por este instrumento internacional. No entanto, a plena incorporação dos princípios e decisões da Corte IDH ao sistema jurídico brasileiro tem sido um desafio contínuo.

A prática do controle de convencionalidade, que consiste na verificação da conformidade das leis e atos normativos internos com os tratados internacionais de direitos humanos, surge como um mecanismo essencial para assegurar que os compromissos internacionais do Brasil sejam efetivamente cumpridos.

Com o objetivo de estabelecer um diálogo interjurisdicional efetivo entre os padrões internacionais e as decisões emanadas dos tribunais pátrios, este estudo buscou compreender o instituto do controle de convencionalidade, analisando detalhadamente sua evolução ao longo do tempo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Através de uma investigação minuciosa, procurou-se evidenciar a importância deste mecanismo como uma ferramenta essencial para garantir que os direitos humanos sejam devidamente protegidos e promovidos no Brasil.

Foi observado, ao final, que há uma escassa referência à jurisprudência da Corte IDH nos tribunais brasileiros. Essa lacuna evidencia a necessidade urgente de um exercício efetivo do controle de convencionalidade, essencial não apenas para assegurar a proteção dos direitos humanos no Brasil, mas também para evitar novas condenações internacionais que possam comprometer a imagem e a soberania do país no cenário global.

O fortalecimento deste controle é vital para a consolidação de um sistema jurídico que respeite e aplique os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Para alcançar os resultados e respostas relativos à problematização apresentada neste trabalho, inicialmente foi realizada uma extensa coleta de informações a partir de materiais e métodos bibliográficos publicados por diversos autores. Essas fontes foram confrontadas e analisadas criticamente, proporcionando uma visão ampla e diversificada sobre o objeto de estudo.

A pesquisa bibliográfica foi complementada por uma análise detalhada das decisões judiciais brasileiras e internacionais, permitindo uma compreensão mais aprofundada do tema.

Subsequentemente, conduziu-se um estudo comparativo entre as demandas do ordenamento jurídico nacional e os precedentes internacionais, investigando profundamente o diálogo interjurisdicional existente entre eles.

Essa análise comparativa buscou revelar as lacunas e os pontos de convergência, fornecendo insights valiosos sobre como aprimorar o uso da jurisprudência internacional no contexto brasileiro e fortalecer a proteção dos direitos humanos através de um controle de convencionalidade mais robusto e eficaz.

O estudo também considerou a evolução histórica e doutrinária do controle de convencionalidade, bem como as práticas adotadas por outros países da América Latina, oferecendo um panorama abrangente e comparativo.

Por fim, este trabalho ressaltou a importância de uma integração mais intensa e consistente entre os tribunais nacionais e a jurisprudência da Corte IDH, sugerindo a implementação de estratégias que promovam um maior alinhamento com os padrões internacionais.

Dessa forma, visou-se não apenas a melhoria da justiça no âmbito doméstico, mas também o fortalecimento do compromisso do Brasil com os direitos humanos em nível global.

Recomendou-se, portanto, a adoção de medidas concretas, como a formação continuada de magistrados e operadores do direito em temas de direitos humanos e direito internacional, bem como a criação de mecanismos institucionais que facilitem a incorporação e aplicação da

jurisprudência da Corte IDH nos julgamentos brasileiros.

Em suma, este estudo propôs um caminho para a construção de um sistema jurídico mais justo e equitativo, capaz de responder aos desafios contemporâneos da proteção dos direitos humanos, garantindo que o Brasil honre seus compromissos internacionais e promova uma cultura de respeito e dignidade para todos os seus cidadãos.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ORIGEM, CONCEITO E DESDOBRAMENTOS

A preocupação com o estabelecimento de um ordenamento jurídico que garanta uma efetiva proteção aos seus indivíduos vem desde as eras mais remotas.

Em Roma, no ano 326 a.C., a vedação à imposição da escravidão aos cidadãos romanos em virtude da inadimplência de dívidas, por meio da *Lex Poetelia Papiria*, revela-se como uma das primeiras declarações jurídicas nesse sentido (Gomes, 2018, p. 15).

Na América Latina, durante o período de colonização, o cronista espanhol Bartolomeu de Las Casas já enfrentava a escravidão dos povos indígenas, libertando, inclusive, aqueles que se encontravam sob seu alcance pessoal (Carozza, 2003).

A busca dos povos colonizados pela proteção de seus interesses e modo de vida, dos protestantes em prol de sua liberdade religiosa, dos trabalhadores por melhores condições laborais e das mulheres em busca de seus direitos civis e políticos, constitui pedra angular para a compreensão dos direitos humanos na atualidade.

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, os Estados europeus convergiram sobre a necessidade de fixar um mínimo comum de proteção a cada indivíduo, por meio do estabelecimento de documentos internacionais, nos quais os Estados assumiram expressamente os deveres de proteção dos indivíduos e grupos vulneráveis.

Desde então, inúmeros diplomas internacionais foram celebrados no cenário global, assim como foram criados sistemas regionais de proteção dos direitos humanos nos continentes Europeu, Americano e Africano.

Ademais, a mera formalização destes instrumentos não se mostrou suficiente para garantir o seu efetivo respeito (Bobbio, 2004), sendo constatadas notícias de violações aos direitos humanos em todo mundo.

No Brasil, o processo de redemocratização do país e de institucionalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno iniciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir de então, tornou-se cada vez mais intensa a ratificação, pelo Brasil, de inúmeros

tratados internacionais globais e regionais de direitos humanos, desencadeando um enorme conjunto de normas aplicáveis pelo Judiciário, que permitiram agregar novos direitos e salvaguardas àquelas já presentes no ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente, no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o Brasil já é parte de praticamente todos os tratados existentes.

A Carta Magna de 1988, dentro da perspectiva internacional humanizante e protetiva, ergueu a dignidade da pessoa humana, prevista em seu artigo 1º, III, e a prevalência dos direitos humanos, presente no artigo 4º, II, a princípios basilares da República Federativa do Brasil.

No § 2º do seu artigo 5º, a Constituição Federal (Brasil, 1988) deu um passo significativo rumo à abertura do sistema jurídico interno ao sistema de proteção dos direitos humanos, deixando bem determinado que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**” [grifo nosso].

A referida disposição resultou da proposta do, outrora magistrado da Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade, na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembleia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987:

Sou, efetivamente, a pessoa responsável pela fundamentação jurídica da decisão do Brasil de inserção no corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos de nossos tempos, - o que se encontra devidamente documentado, para os estudiosos da matéria. Com isto, logrei derrubar todos os sombrios dogmas que isolaram o Brasil durante o período da ditadura, e privaram todos os seus habitantes de acesso à justiça internacional. Ademais, apresentei à Assembleia Nacional Constituinte em 1987 a proposta, por ela aceita, que se tornou o artigo 5(2) de nossa Constituição Federal de 1988 [...] (Trindade, 2018, p. 837 e 838).

Com base nessa proposta, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, defende-se que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm nível constitucional, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

Diante dessa situação, ganham destaque institutos emergentes, como o diálogo interjurisdicional e o controle de convencionalidade. O controle de convencionalidade pode ser definido como o mecanismo que assegura a aplicação das leis internacionais, viabilizando a resolução de eventuais disputas e conflitos entre o direito interno e as normas de direito internacional.

Tendo o Estado celebrado tratados internacionais, vinculando-se às obrigações ali convencionadas, ele sujeita-se à adoção de medidas administrativas, legislativas e judiciárias cabíveis, sendo ilícita a invocação de disposições internas para fundamentar possíveis violações.

Em nosso entorno geográfico, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil encontra-se obrigado a compatibilizar verticalmente suas normas domésticas com a CADH de 1969,

ratificada pelo país em 25 de setembro de 1992, pelo Decreto nº 678/1992 (Brasil, 1992).

Este diploma internacional dispõe que os Estados-partes devem (a) respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na convenção e garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas sob sua jurisdição. Para cumprir essa responsabilidade, devem (b) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades convencionais (arts. 1º e 2º).

A essas obrigações se acrescenta a do art. 43 da mesma Convenção, que obriga os Estados-partes "a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção".

Bruno Barbosa Borges (2018, p. 159) define um controle de convencionalidade interamericano:

[...] primacialmente um controle jurisdicional realizado por tribunais. No Sistema Interamericano é exercido pela Corte Interamericana, com jurisdição internacional vinculante aos Estados-partes. Nas jurisdições internas, é praticado por juízes nacionais empoderados como juízes descentralizados do sistema interamericano na defesa dos direitos humanos no âmbito doméstico. Ambos inaplicarão normas e/ou interpretações de direito interno colidentes com o bloco de convencionalidade, buscando sempre a concretização dos princípios da progressividade e favor persona.

Assim, da mesma forma que durante o processo legislativo o Congresso Nacional exerce um controle preventivo da constitucionalidade das leis, é imperativo estabelecer um controle de convencionalidade sobre o que é produzido.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais pátrios vem sendo determinado pela Corte IDH desde 2006, nos termos do Documento da Assembleia Geral da OEA nº 4761 de 02 de junho de 2007, onde foram feitas observações e considerações acerca do Relatório Anual da Corte IDH referente ao Exercício de 2006:

No que diz respeito a deveres judiciais e meios de proteção, cabe mencionar: impugnabilidade dos efeitos da interpretação ou aplicação de uma norma; "controle de convencionalidade" por parte dos tribunais internos; leis que excluem o processo penal de crimes de lesa-humanidade (OEA, 2007).

Assim, a partir desde momento a Corte IDH conduziu o caráter obrigacional do controle de convencionalidade das normas domésticas, prioritariamente, ao Poder Judiciário dos Estados-partes.

Logo após, em 2011, a Corte IDH, no julgamento do Caso Gelman Vs. Uruguai, ampliou a obrigatoriedade ao exercício desse controle para todos os órgãos estatais, deixando de restringir-se aos órgãos jurisdicionais (Corte IDH, 2011, par. 193).

Ademais, o *start* para a evolução da jurisprudência interamericana no tocante à

obrigatoriedade do controle interno de convencionalidade deu-se no Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, cujo julgamento ocorreu em 26 de setembro de 2006, fixando o que segue:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário **deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade'** entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana [grifo nosso] (Corte IDH, 2006, par. 124).

Ressalta-se que este foi o julgamento que formalizou o controle de convencionalidade no Continente Americano, reconhecendo-o ainda como tema de ordem pública internacional.

Dentro de pouco tempo, reforçando o entendimento anteriormente mencionado, mas, dessa vez, com algumas especificidades, a Corte IDH, no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, referiu-se ao controle nos seguintes termos:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também de convencionalidade ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto... (Corte IDH, 2006, par. 128).

Nota-se, mais uma vez, o dever do Poder Judiciário de exercer a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Além disso, as considerações da Corte IDH no Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, revelam que o exercício deste controle deve levar em consideração não somente a literariedade do tratado, mas também as interpretações da Corte IDH, intérprete última da CADH (Corte IDH, 2006, par. 124).

Desde então, o intérprete interno está encarregado de detectar e ponderar esses padrões [definidos pela Corte] a fim de evitar que o assunto chegue à Corte IDH e o processo se prolongue, sobrecarregando desproporcionalmente o tribunal (Hitters, 2009, p.130).

Este exercício se reflete no controle difuso de convencionalidade. Ou seja, além de atender aos requerimentos das partes, o Poder Judiciário interno deve, de ofício, controlar a convencionalidade das leis nos casos em que a solução da lide possa ser encontrada em um tratado internacional de direitos humanos do qual o Estado é parte (Oteiza, 2012, p. 203-224).

A recusa do Poder Judiciário estatal em exercer o controle de convencionalidade, seja porque não foi solicitado pelas partes ou porque não pode ser feito de ofício, é motivo suficiente

para acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos (Oteiza, 2012, p. 203-224), além de atribuir à Corte IDH a competência última (secundária, complementar ou coadjuvante) para realizar esse controle (Cavallo, 2013, 724).

Contudo, foi no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, decidido em 26 de novembro de 2010, que a Corte IDH estabeleceu de forma definitiva sua doutrina sobre o controle de convencionalidade (Corte IDH, 2010).

A partir desse momento, ficou estabelecida a obrigação dos juízes e tribunais nacionais de aplicar a CADH de acordo com a interpretação da Corte IDH, conferindo ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo (Sagués, 2011, p. 385).

Embora o Caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México* tenha sido crucial para a afirmação definitiva da doutrina da Corte IDH sobre o controle de convencionalidade, a verdadeira inovação jurisprudencial ocorreu no julgamento do caso *Gelman Vs. Uruguai*, outrora citado, quando a Corte IDH determinou que todos os órgãos do Estado, incluindo os juízes, devem respeitar os tratados de direitos humanos.

Assim, ficou estabelecido que os juízes e órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis devem realizar, de ofício, o controle de convencionalidade das normas internas em relação à CADH, dentro de suas competências e das regras processuais aplicáveis (Larrieux, 2013, p. 589-606; Mac-Gregor, 2013, p. 589-606). Nas palavras da Corte IDH:

[q]uando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer ex officio um 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (Corte IDH, 2011, par. 193).

Um ponto crucial na evolução da jurisprudência do controle de convencionalidade foi destacado no Caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras*, decidido em 8 de outubro de 2015. Neste caso, a Corte IDH alertou o Estado para a necessidade de controlar a conformidade das leis com a jurisprudência interamericana e os "padrões internacionais aplicáveis à matéria em questão" (Corte IDH, 2015, par. 211 e 225).

Este destaque reforça a tese de que o controle de convencionalidade realizado pelo juiz pátrio deve considerar todo o conjunto de normas internacionais de proteção, abrangendo tanto o sistema global, onusiano, quanto o regional, interamericano, isto é, o *corpus juris* internacional.

Em resumo, a jurisprudência da Corte IDH tem progredido ao atribuir principalmente aos órgãos estatais - especialmente ao Poder Judiciário, mas não exclusivamente - a responsabilidade de

garantir a conformidade das leis com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Isso envolve adaptar, invalidar ou interpretar de forma a torná-las compatíveis com as convenções internacionais em vigor. Além disso, a Corte enfatiza a importância de interpretar as normas internacionais de acordo com suas próprias decisões passadas e com os padrões internacionais relacionados ao assunto em questão.

Por fim, é importante destacar que a Corte IDH, atuando como a "intérprete última" da CADH, emite opiniões consultivas que, além de suas sentenças, devem ser respeitados no direito interno dos países membros. Essas opiniões consultivas têm o objetivo de ajudar juízes e tribunais nacionais a garantir que suas leis estejam em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos (Mazzuoli, 2018, p.51).

Nesse contexto, os Estados têm a responsabilidade de incorporar essas opiniões consultivas em seu ordenamento jurídico, a fim de evitar responsabilizações internacionais por violações da CADH.

Isso evita que inconveniências tenham que ser declaradas posteriormente, seja pelo Poder Judiciário local, seja pela Corte IDH, reduzindo, assim, a possibilidade de o Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente no futuro por violações aos direitos humanos.

Não resta dúvida, portanto, que, visando um funcionamento mais eficiente de todo o sistema jurídico, é válido e necessário estabelecer um diálogo entre os comandos da Corte IDH e as Cortes Superiores brasileiras, por meio do chamado controle de convencionalidade.

4. A CONCRETIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Anteriormente, constatou-se que há uma sólida jurisprudência interamericana no âmbito da Corte IDH sobre o dever de compatibilizar as leis domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Cumprir observar, agora, se o Supremo Tribunal Federal (STF) está prestigiando as decisões da Corte IDH e produzindo um efetivo diálogo interjurisdicional.

De fato, não se pode afirmar que haja uma tradição de diálogo ascendente entre o STF e a Corte IDH. Esse diálogo não parece ser uma posição institucional do STF. Pelo contrário, há uma grande disparidade entre os ministros, já que a maioria deles nunca mencionou a jurisprudência da Corte IDH ou o fez em apenas um ou dois casos (Porto, 2017, p. 177).

Segue a lista dos 14 ministros que atuaram após 1998 e, que não fizeram, após esse período, qualquer referência à jurisprudência da Corte IDH: Ministro Moreira Alves, Ministro Néri

da Silveira, Ministro Sydney Sanches, Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Octávio Gallotti, Ministro Carlos Velloso, Ministro Ilmar Galvão, Ministro Maurício Corrêa, Ministro Nelson Jobim, Ministra Ellen Gracie, Ministro Cesar Peluso, Ministro Ayres Britto, Ministro Dias Toffoli, Ministra Rosa Weber (Porto, 2017, p. 177).

Os ministros que citaram jurisprudência da Corte IDH em apenas uma oportunidade foram os Ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes, Eros Grau, Carmen Lúcia, Ministro Teori Zavascki e Edson Fachin (Porto, 2017, p. 177).

Os ministros que citaram jurisprudência da Corte IDH duas vezes foram os Ministros Luís Roberto Barroso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio (Porto, 2017, p. 177).

A situação é diferente no caso do Ministro Celso de Mello, que citou a jurisprudência da Corte IDH em 16 casos, isso indica que o que se observa é muito mais uma posição individual do Ministro do que uma posição institucional do STF em relação ao diálogo com a Corte IDH (Porto, 2017, p. 177).

Dentre as várias razões que podem explicar esse fenômeno, duas se destacam: a) falta de compreensão sobre os impactos das decisões da Corte IDH, inclusive aquelas em que o Brasil foi condenado; b) falta de familiaridade de muitos juízes com a jurisprudência interamericana (Moreira, 2016, p. 492-493).

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 218), há uma certa dificuldade dos tribunais pátrios em compreender a normativa internacional, seu significado perante o sistema de direito interno, sua abrangência e seus limites, havendo a falta de conhecimento da jurisprudência consolidada da Corte IDH.

Nas palavras de Borges (2018, p.249):

Os direitos humanos não são estes textos ou estes mecanismos constantemente violados e esquecidos, são uma escola da vida, nos ensinam a conservar em nós mesmos uma capacidade de indignação, não se deixam vencer pelo desânimo, são reivindicativos, mas com espírito verdadeiramente solidário, estão igualmente presentes nas grandes causas e na vida diária. São a comprovação de que o mundo, desde suas origens, conserva uma obstinação inflexível à paz! Por isso, a mudança de mentalidade sobre o Sistema Interamericano, nos dará uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos e das potencialidades constitucionais da região. Afinal, a aplicação e interpretação das normativas internacionais tem o propósito de aperfeiçoar e não de desafiar as normativas internas.

É essencial que os poderes públicos adotem uma cultura de respeito ao controle de convencionalidade e promovam o diálogo entre as Cortes. O descumprimento desses padrões pode resultar em novas responsabilizações internacionais do Brasil.

Assim, é necessário ampliar o conhecimento sobre o controle de convencionalidade, incentivando sua aplicação efetiva pelos juízes e tribunais brasileiros. Para isso, é fundamental que os atores envolvidos compreendam plenamente o tema. Sugere-se que o Estado promova políticas

públicas, como cursos de capacitação e palestras, para disseminar o conhecimento sobre o controle de convencionalidade, especialmente entre os membros e servidores do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

É evidente que as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal (STF), em alguns casos, deixam de reconhecer a natureza contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Assim, ainda há um longo caminho a percorrer antes que se possa afirmar que existe um diálogo efetivo entre as cortes. A falta de um reconhecimento pleno das decisões da Corte IDH por parte do STF impede um avanço mais significativo na proteção dos direitos humanos no Brasil.

Destarte, para que o país desenvolva uma cultura de respeito às decisões da Corte IDH, é inegável que a aderência à jurisprudência interamericana é de vital importância. Isso não apenas promoverá cada vez mais os direitos humanos de toda a população, mas também consolidará uma postura de respeito às normativas estabelecidas pela Corte IDH.

A integração das decisões da Corte IDH no ordenamento jurídico brasileiro contribuirá para uma justiça mais justa e equitativa, refletindo um compromisso sério com os direitos humanos.

O avanço na aplicação dos tratados internacionais no direito brasileiro, especialmente no que diz respeito à institucionalização do controle de convencionalidade, traz uma série de questões e desafios para as autoridades, principalmente o Poder Judiciário.

A resistência cultural e institucional é um dos principais obstáculos que precisam ser superados para que a jurisprudência internacional seja efetivamente aplicada.

Um dos principais desafios é reconhecer de forma apropriada a importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Isso vai além de conferir-lhe status constitucional ou infralegal; trata-se de valorizar a jurisprudência da Corte IDH e aplicar internamente seus precedentes, mesmo aqueles que não envolvem diretamente o Brasil. A incorporação desses precedentes contribuirá para um sistema jurídico mais harmonizado e comprometido com os padrões internacionais de direitos humanos.

Também é necessário adequar o arcabouço institucional para uma maior interação entre o Poder Judiciário nacional e a jurisdição internacional de direitos humanos. Essa postura exige um esforço para mudar a cultura de decisão, buscando um alinhamento efetivo da jurisprudência brasileira com as decisões da Corte IDH.

A criação de mecanismos institucionais que facilitem essa interação é essencial para a implementação de uma cultura jurídica mais alinhada com os princípios internacionais de direitos humanos.

O objetivo é eliminar as discrepâncias atuais e guiar o sistema jurídico rumo ao desenvolvimento progressivo dos direitos humanos, garantindo a proteção e promoção dos direitos de todos os indivíduos. Isso inclui a necessidade de uma formação contínua e especializada para os operadores do direito, promovendo uma compreensão mais profunda e prática da aplicação dos direitos humanos.

Em síntese, para fortalecer a proteção dos direitos humanos no Brasil, é crucial implementar medidas como a realização de concursos nacionais para selecionar as melhores decisões judiciais e acórdãos nessa área, bem como incluir a disciplina de direitos humanos nos currículos das faculdades de direito.

Além disso, é fundamental fomentar programas de capacitação em direitos humanos e controle de convencionalidade nas Escolas Judiciais estaduais e federais.

A publicação dos cadernos de jurisprudência do STF, destacando a concretização dos direitos humanos, também é essencial para disseminar boas práticas e jurisprudências relevantes.

Por fim, a realização de seminários internacionais sobre direitos humanos e diálogos jurisdicionais, com a participação de ministros do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Corte IDH, pode contribuir significativamente para aprimorar a proteção dos direitos humanos no país. Esses encontros proporcionariam uma plataforma para a troca de experiências e boas práticas, promovendo um entendimento mais profundo e uma cooperação mais estreita entre as diferentes esferas judiciais.

A implementação dessas medidas é fundamental para consolidar uma cultura de respeito e promoção dos direitos humanos no Brasil, alinhando-se aos padrões internacionais e fortalecendo o compromisso do país com a justiça e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema intramericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b.

CAROZZA, Paolo G. **From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights**. NDLScholarship, v. 25, p. 281-313, 2003.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **El control de convencionalidad: análisis de derecho comparado**. Revista Direito GV, vol. 9, n.º 2. São Paulo, jul.-dez. 2013, p. 721-754.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman Vs. Uruguay**, nº 221, 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 20

jul. 2024.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**, nº 154, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Trabajadores Demitidos do Congresso vs. Peru**, nº 158, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México**, nº 220, 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras**, nº 304, 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Estudios Constitucionales, año 7, n.º 2. Universidad de Talca, 2009, p. 109-128.

LARRIEUX, Jorge T. **Caso Gelman vs. Uruguay: justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19. año. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 589-606.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) - Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19. año. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 589-606.

MAZZUOLI, V. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Thiago Olivera. **O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição brasileira e a Interamericana**. In: Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Interno, p. 478-495. Belo Horizonte. Arres, 2016, p. 492-493.

OTEIZA, Eduardo. **La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad ex officio**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 203-224.

PORTO, Thiago Heitor da Fontoura. **O controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos e uma análise crítica do diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2017. 194 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo**. In: BOG-DANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor, ANTONIAZZI; Mariela

Morales & MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. México, D.C.: UNAM, 2011, p. 381-417.

TRINDADE, A. A. C. **A Consciência sobre a Vontade: Os Tribunais Internacionais e a Humanização do Direito Internacional.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 73, 825-872, 2018.

O MITO DA NÃO VIOLÊNCIA E A INVERSÃO DO REAL DE MARILENA CHAUI APLICADOS AOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023

Tamires PETRIZZI¹
Isadora Ribeiro CORREA²

RESUMO

Essa pesquisa dedica-se a analisar os atos antidemocráticos deflagrados em 8 de janeiro de 2023 no Brasil. O problema de pesquisa é centrado em investigar se os atos antidemocráticos materializam a inversão do real, conforme conceito desenvolvido por Marilena Chaui. A hipótese que se busca verificar é que os discursos de vertente ideológica de extrema direita no Brasil atualmente possuem características violentas, mas buscam inverter essa lógica caracterizando os grupos políticos rivais como violentos. Nesse sentido, o objetivo geral é investigar o mito da não violência e a inversão do real, para depois visualizá-los aplicados aos eventos do 8 de janeiro. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com base no procedimento de pesquisa bibliográfica e análise de legislação e notícias publicadas pela imprensa brasileira relacionadas à data. Como conclusão, verificou-se que os atos antidemocráticos concretizaram a violência do movimento político de extrema direita no Brasil, materializando o ataque direto ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: atos antidemocráticos; 8 de janeiro de 2023; movimentos de extrema direita; violência; inversão do real.

ABSTRACT

This research is dedicated to analyzing the undemocratic acts that took place on January 8, 2023, in Brazil. The research problem is centered on investigating whether undemocratic acts materialize the inversion of reality, according to the concept developed by Marilena Chaui. The hypothesis we seek to verify is that extreme right-wing ideological discourses in Brazil currently have violent characteristics but seek to reverse this logic by characterizing rival political groups as violent. In this sense, the general objective is to investigate the myth of non-violence and the inversion of reality, and then visualize them applied to the events of January 8th. The approach method used is deductive, based on the bibliographical research procedure and analysis of legislation and news published by the Brazilian press related to the date. In conclusion, it was found that anti-democratic acts materialized the violence of the extreme right-wing political movement in Brazil, materializing the direct attack on the Democratic Rule of Law.

KEY-WORDS: undemocratic acts; January 8, 2023; far-right movements; violence; inversion of the real.

1. INTRODUÇÃO

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Vulnerabilidades – GP-DAV/UENP e do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas – CPOL/LAB/UENP. Foi bolsista pelo Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC) financiado pelo CNPQ. Contato: tamires.petrizzi@hotmail.com

2 Doutoranda (2024-atual) e Mestra (2023) em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, com Área de Concentração em 'Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão'. Foi bolsista de Pós-Graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES durante o Mestrado, com dedicação exclusiva (2022-2023). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais (2024-atual), desenvolvido na UENP. Advogada atuante em conciliações e negociações extrajudiciais e em litígios de Direito Criminal e Direito das Famílias. Contato: correa.isadoraribeiro@gmail.com

O presente artigo pretende analisar os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, deflagrados em Brasília, capital do Brasil. Nesse dia, grupos ligados à “nova direita” brasileira, insatisfeitos com os resultados das eleições e a vitória do candidato adversário nas eleições presidenciais, invadiram o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e o Palácio do Planalto e promoveram a depredação dos referidos prédios públicos³. Os atos foram uma tentativa de desestabilizar o governo recém-eleito e ameaçar a ordem democrática do país.

Nesse sentido, a pesquisa possui como problema investigar se os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023 materializam a inversão do real, conforme conceito da filósofa Marilena Chaui. A hipótese a ser verificada é se os discursos de vertente ideológica de extrema direita no Brasil atual possuem características violentas, ao mesmo tempo em que buscam inverter a lógica discursiva atribuindo aos grupos políticos rivais o aspecto violento.

O objetivo geral é investigar o mito da não violência e a inversão do real, para depois verificar sua aplicação aos eventos do 8 de janeiro. Quanto aos objetivos específicos, estes visam analisar a Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que acrescentou ao Código Penal a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito e revogou a Lei nº 7.170 de 1983; compreender os atos antidemocráticos do 8 de janeiro e quais as principais condutas utilizadas em condenações do Supremo Tribunal Federal; e, por fim, concluir demonstrando que o mito da não violência está sobremaneira atrelado ao discurso da extrema direita atual no Brasil.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com base no procedimento de pesquisa bibliográfica e análise de legislação e notícias publicadas pela imprensa brasileira relacionadas à data. No primeiro capítulo, aborda-se sobre a Lei nº 14.197, que tipificou os crimes contra o Estado Democrático de Direito e revogou a Lei de Segurança Nacional até então vigente, a Lei nº 7.170 de 1983. A nova legislação intenciona, além de criminalizar manifestações políticas antidemocráticas, proteger a liberdade de expressão e manifestação crítica. A inclusão dos referidos crimes ao Código Penal representa um avanço jurídico significativo na proteção do Estado Democrático de Direito, destacando-se sua importância diante dos recentes atos antidemocráticos.

No segundo capítulo, analisa-se a aplicação dos crimes previstos na Lei nº 14.197 de 2021 aos atos antidemocráticos ocorridos em 8 de janeiro de 2023, após a transição de governo referente à última eleição presidencial. O que deveria ser uma manifestação política e de pensamento elevou seu nível à violência, culminando na invasão e depredação de patrimônio público da União.

No terceiro capítulo, demonstra-se que a ascensão dos movimentos políticos de extrema direita a partir de 2017 trouxe à tona resquícios discursos próprios da Ditadura Militar, podendo ser apontado como um dos fatores de influência nos atos antidemocráticos visando a abolição do

3 8 de janeiro – Democracia Restaurada (Santi, 2021).

Estado de Direito. O movimento atual de extrema direita representa um resgate da identidade nacional de cunho ditatorial, baseada em preconceitos e conservadorismo. Além disso, os discursos públicos e ações do presidente do Brasil em exercício de 2018 a 2022, Jair Bolsonaro, figura política de maior evidência na vertente de extrema direita atual, são marcados por incitação à violência, a ataques à democracia e desrespeito a minorias sociais.

Conclui-se aduzindo que o 8 de janeiro de 2023 evidenciou a natureza violenta inerente ao movimento político brasileiro de extrema direita, representando um ataque ao Estado Democrático de Direito. Este evento não apenas levantou preocupações sobre a segurança e estabilidade do país, mas também instigou um debate mais amplo sobre os limites da liberdade de expressão e os perigos do extremismo político.

2. TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA LEI 14.197 DE 2021

Diante do *jus puniendi* do Estado e dos limites impostos ao direito de punir, num processo de criminalização, o legislador deve verificar os valores de maior relevância social para torná-los bens jurídicos protegidos pelo direito penal para Gerson Faustino Rosa (2022, p. 11) e Luigi Ferrajoli (2011, p. 437). Nesse sentido, a Constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIV, dispõe que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (Brasil, 1988).

Com esse dispositivo surge, portanto, a necessidade de criminalização por mandamento expresso dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. A criminalização foi efetivada pela Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que acrescentou o Título XII na Parte Especial do Código Penal, tipificando os crimes contra o Estado Democrático de Direito, além de ter revogado a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, até então a Lei de Segurança Nacional em vigência.

Os crimes contra o Estado Democrático de Direito adicionados ao Código Penal pela Lei 14.197 são: atentado à soberania (art. 359-I)⁴, atentado à integridade nacional (art. 359-J)⁵, espionagem (art. 359-K)⁶, abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L)⁷, golpe

4 “Art. 359-I. Negociar com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, com o fim de provocar atos típicos de guerra contra o País ou invadi-lo: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos” (Brasil, 1940; 2021).

5 “Art. 359-J. Praticar violência ou grave ameaça com a finalidade de desmembrar parte do território nacional para constituir país independente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, além da pena correspondente à violência” (Brasil, 1940; 2021).

6 “Art. 359-K. Entregar a governo estrangeiro, a seus agentes, ou a organização criminosa estrangeira, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, documento ou informação classificados como secretos ou ultrassecretos nos termos da lei, cuja revelação possa colocar em perigo a preservação da ordem constitucional ou a soberania nacional: Pena - reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos” (Brasil, 1940; 2021).

7 “Art. 359-L. Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência” (Brasil, 1940; 2021).

de Estado (art. 359-M)⁸, interrupção do processo eleitoral (art. 359-N)⁹, violência política (art. 359-P)¹⁰ e sabotagem (art. 359-R)¹¹.

Entretanto, Nilo Batista e Rafael Borges (2023, p. 43) mencionam que antes da Lei nº 14.197/2021, já havia esforços políticos e acadêmicos para revogar a Lei de Segurança Nacional em vigência, substituindo-a por alguma lei elaborada no intuito de defender o Estado Democrático de Direito. A Lei de Segurança Nacional nº 7.170 de 1983 tinha pouca aplicação prática.

O Decreto-Lei nº 898, de 1969 foi a “lei de segurança nacional por excelência da ditadura militar. Esta foi a lei de segurança nacional ‘prá frente Brasil’; esta foi a lei da tortura, dos assassinatos, dos desaparecimentos”. Todavia, a nova lei “não se dedica categoricamente a limitar a imputação delitiva às hipóteses em que identificada a natureza política do bem jurídico afetado e da motivação do agente” (Batista; Borges, 2023, p. 29, 52).

O legislador, ao mesmo tempo em que tipifica os crimes contra o Estado Democrático de Direito, o art. 359-T do Código Penal resguardou as garantias e direitos individuais e coletivos quanto à liberdade de manifestação, passeatas, reuniões, com base nos artigos 1º, inciso V, e 5º, inciso IV, da Constituição Federal. A disposição comum, no art. 359-T deixa claro que

Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais (Brasil, 1940; 2021).

Ou seja, criminalizaram-se através da Lei 14.197 os atos de ataque ao Estado Democrático de Direito, mas permaneceram intocados os direitos de livre expressão política, a liberdade de imprensa, as reuniões e manifestações políticas pacíficas e não violentas.

Entende-se que a criminalização de atos atentatórios ao Estado de Direito deriva dos mandados de criminalização que advém da Constituição Federal, em sua missão de promover a proteção e a plenitude do exercício democrático no Brasil. Vejamos:

Além de prever normas limitadoras da intervenção penal (princípios penais de garantia), a Constituição trouxe em seu bojo regras indicadoras da necessidade de intervenção penal (mandamentos expressos de criminalização). Seja direta ou indiretamente, a Lei Maior determina os objetivos do Direito Penal e, mais do que isso, estabelece seus limites (Rosa, 2022, p. 15).

8 “Art. 359-M. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência” (Brasil, 1940; 2021).

9 “Art. 359-N. Impedir ou perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa” (Brasil, 1940; 2021).

10 “Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência” (Brasil, 1940; 2021).

11 “Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos” (Brasil, 1940; 2021).

Diante desses limites constitucionais expressamente estabelecidos, na Lei 14.197 de 2021, o legislador buscou promover a proteção de diversos bens jurídicos, como o povo, o território e a soberania. Por exemplo, o art. 359-I (Brasil, 1940) protege a soberania nacional, pois os “atentados à soberania, enquanto fenômenos sociopolíticos, indubitavelmente, constituem alguns dos episódios mais assombrosos do nosso tempo, pelo que a maioria dos Estados têm se unido na busca de soluções das mais diversas ordens” (Rosa, 2022).

Outro exemplo é a conduta tipificada no art. 359-L, que protege o Estado Democrático de Direito cominando pena para a tentativa de o abolir, empregando violência ou grave ameaça, de forma a impedir ou restringir o exercício dos poderes constitucionais (Brasil, 1940). O dispositivo tutela o exercício dos poderes constitucionais e o próprio Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito é aquele que possui um ordenamento jurídico garantidor dos direitos e liberdades fundamentais, sendo esse o Estado que o tipo penal em análise visa tutelar. Nesse contexto, com a criminalização de condutas atentatórias do Estado Democrático de Direito, o legislador cumpriu o mandamento constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLIV, da Constituição Federal [...] (Moura, 2021, online).

Ressalte-se, ainda, que a natureza dos crimes contra o Estado Democrático de Direito é bastante discutida no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina. Como a maioria dos delitos contra o Estado Democrático de Direito ofende interesses da União, a competência seria da Justiça Federal, por força do art. 109, inciso IV da Constituição Federal.

A Lei nº 14.197 de 2021 também acrescentou o parágrafo único ao art. 286 do Código Penal, que passou a ter a seguinte redação:

Incitação ao crime

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade (Brasil, 1940; 2021).

A inclusão do parágrafo supracitado, para Batista e Borges (2023, p. 119-122), tem dolo genérico e exige a publicidade e, em virtude da pena cominada, de detenção de três a seis meses ou multa, deixa claro que a intenção do legislador é de anular as medidas despenalizadoras diante da gravidade do bem jurídico protegido.

Considera-se, assim, que a inclusão dos crimes contra o Estado Democrático de Direito no Código Penal pela Lei nº 14.197 de 2021 foi um grande marco – ao menos, jurídico – de superação da Lei de Segurança Nacional e de proteção do próprio Estado Democrático de Direito, conforme o mandado pela Constituição Federal de 1988. Nesse íterim, a próxima seção se debruça sobre as ações que se enquadram às condutas tipificadas pela Lei.

3. DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DO 8 DE JANEIRO DE 2023

Os crimes contra o Estado Democrático de Direito que a Lei nº 14.197/2021 acrescentou no Código Penal estão sendo usados como fundamento para as condenações do Supremo Tribunal Federal quanto aos atos antidemocráticos que aconteceram no dia 8 de janeiro de 2023. O principal bem jurídico tutelado pelos referidos crimes, qual seja, o Estado Democrático de Direito, sofreu ataques logo após a transição de governo na última eleição presidencial.

Diante da excludente de ilicitude referida no capítulo anterior, contida no art. 359-T do Código Penal, resta evidente que o ocorrido em Brasília não se adequa às manifestações críticas, não fazendo jus ao enquadramento no dispositivo penal supracitado. Trata-se, em verdade, de ofensa direta à ordem constitucional:

Quando pensamos em tentar abolir o Estado Democrático de Direito, há uma trajetória histórica desde um primeiro momento absolutista e autoritário. Hoje, “mesmo com toda essa evolução de justificação do poder, inclusive com o reconhecimento de que ele pertence ao povo, a história mostra que há uma característica muito comum em que exerce o poder: o desejo de não o perder (Hammerschmidt et al., 2022, p. 63).

Entretanto, “o que há por trás do mito, no entanto, é um discurso de exclusão e limitação de participação no poder. Uma forma de garantir que uma parcela significativa da população fique “de fora” (Hammerschmidt et al., 2022, p. 64). Em Brasília, percebemos que os grupos mais radicais atacaram os três poderes na onda ideológica da extrema direita, que não queria deixar o poder, evidenciado, principalmente, diante do silêncio do ex-presidente após o resultado das eleições.

A proteção ao Estado Democrático de Direito diz respeito à ordem institucional e à ordem constitucional:

Repercute na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de respeito ao nível alcançado não somente em relação aos direitos subjetivos dos titulares imediatos, mas também sob uma perspectiva institucional, impedindo, portanto, o desmantelamento de instituições e organizações sociais (Hammerschmidt et al., 2022, p. 81).

Por isso, agiram institucionalmente da forma que podiam. Quanto à competência antes mencionada, é importante elucidar que os ministros do próprio Supremo Tribunal Federal divergiram nos votos, mas que, de alguma forma, todos tentaram conter “os estragos” democráticos e ao patrimônio público em consequência do 8 de janeiro de 2023.

Nesse sentido, alguns dos condenados alegaram a preliminar de incompetência do Supremo Tribunal Federal solicitando o encaminhamento dos autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição, a qual fora inadmitida “em face de evidente conexão entre as condutas denunciadas e aquelas investigadas no âmbito mais abrangente dos procedimentos envolvendo investigados com prerrogativa de foro” (Brasil, 2023).

De fato, ainda que haja divergência quanto à natureza jurídica dos crimes contra o Estado

Democrático de Direito e quanto à competência, houve materialidade delitiva e autoria multitudinária em Brasília. No dia dos fatos, por exemplo, a invasão ao Supremo ocorreu às 15h42, mas os atos preparatórios remontavam a data anterior (Recondo; Weber, 2023, p. 12).

A reportagem especial “8 de janeiro – Democracia Restaurada”, de Maurício Santi junto à Rádio Senado, relata que desde o anúncio do resultado das eleições, os manifestantes mais radicais passaram a se concentrar em acampamentos em frente a quartéis do Exército em várias cidades do país e diziam que não haveria posse do presidente eleito no Palácio do Planalto em 1º de janeiro de 2023 (Santi, 2024).

Em 8 de janeiro de 2023, ao mesmo tempo em que os manifestantes ocupavam o Congresso Nacional, também seguiram em direção ao Supremo Tribunal Federal e ao Palácio do Planalto, o último prédio a ser ocupado e depredado. O sistema de segurança do Supremo e dos demais poderes funciona em círculos sucessivos, como demonstram Felipe Recondo e Luiz Weber:

A doutrina de segurança do Supremo e dos demais poderes invadidos naquele dia – o Congresso e a sede do Executivo, o Palácio do Planalto – trabalha com a imagem de círculos concêntricos. Nesse desenho, cabe à segurança pública do DF e à PM sobretudo, montar barreiras para garantir a blindagem de toda a região, em círculos sucessivos de defesa, com raios cada vez menores, deixando para a Polícia Judicial apenas a proteção dos prédios e dos ministros. A PMDF tem um efetivo de cerca de 10 mil militares (Recondo; Weber, 2023, p. 12).

Entretanto, mesmo com a segurança dos três poderes, eram milhares de manifestantes a destruir os prédios em Brasília e ainda que o atual presidente Luiz Inácio da Silva tenha decretado a intervenção na Segurança Pública do Distrito Federal, boa parte do patrimônio da União já havia sido danificado pelos extremistas inconformados com o resultado democrático e válido das eleições.

No dia dos fatos, as condutas tipificadas na Lei nº 14.197 de 2021 foram consumadas. As ações penais que tramitam desde então no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, demonstram que os atos antidemocráticos configuram crimes multitudinários e associação criminosa armada para a abolição violenta do Estado Democrático de Direito e golpe de Estado.

Por exemplo, a Ação Penal 1075, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, referente aos crimes contra o Estado Democrático de Direito que ocorreram em Brasília, demonstram que a Constituição Federal veda a disseminação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático, bem como a promoção de manifestações que visem à ruptura do Estado de Direito (Brasil, 2023).

A comprovação da autoria e materialidade dos crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito e golpe de Estado foi estabelecida, junto com a adesão do réu às práticas criminosas, evidenciada pelas circunstâncias. Também houve condenação pelo crime de dano

qualificado e deterioração do patrimônio tombado, bem como pela associação criminosa armada, conforme ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO PERMITE A PROPAGAÇÃO DE IDEIAS CONTRÁRIAS À ORDEM CONSTITUCIONAL E AO ESTADO DEMOCRÁTICO (CF, ARTIGOS 5º, XLIV, E 34, III E IV), TAMPOUCO A REALIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS VISANDO À RUPTURA DO ESTADO DE DIREITO, POR MEIO DE GOLPE DE ESTADO COM INDUZIMENTO E INSTIGAÇÃO À INTERVENÇÃO MILITAR, COM A EXTINÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS, DENTRE ELAS A QUE PREVÊ A SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ARTIGO 60, § 4º), COM A CONSEQUENTE INSTALAÇÃO DO ARBÍTRIO. ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8/1. CONFIGURAÇÃO DE CRIMES MULTITUDINÁRIOS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (CP, ART. 288 P.U) PARA A PRÁTICA DOS DELITOS DE ABOLIÇÃO VIOLENTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (CP, ART. 359- L), GOLPE DE ESTADO (CP, ART. 359-M), DANO QUALIFICADO (CP, ART. 163, P. U., I, II, III e IV), DETERIORAÇÃO DO PATRIMÔNIO TOMBADO (ART. 62, I, DA LEI 9.605/1998), DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. AÇÃO PENAL PROCEDENTE (Brasil, 2023).

Portanto, em obediência ao princípio da legalidade – ou da reserva legal – houve plena adequação a alguns tipos penais descritos no Título XII da Parte Especial do Código Penal no dia 8 de janeiro de 2023. Os manifestantes evidenciavam que, ao invadirem e destruírem boa parte do Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal e do Palácio do Planalto, a intenção era ameaçar a ordem democrática e a estabilidade institucional.

Como mencionado, o ocorrido foi o resultado dos discursos de ascensão da “nova direita” no Brasil. Entende-se que “o desarranjo institucional no país alçou um juiz de primeira instância ao Executivo como símbolo e esperança de uma limpeza moral vista como necessária ao Estado” (Romão; Barreto, 2023, p. 305).

Esse desarranjo institucional, inclusive, colocou o Supremo Tribunal Federal como alvo inúmeras vezes dos ataques do ex-presidente e de seus eleitores mais radicais:

O ataque golpista de 8 de janeiro solidificou o sentimento de que Bolsonaro e seus redes alimentaram durante os quatro anos de seu mandato. Mas a insólita tentativa de golpe não foi uma prova de força do bolsonarismo: ela consumou a derrota de Bolsonaro. O tribunal invadido e depredado será o mesmo que condenará os responsáveis por fomentar o ódio contra as instituições (Recondo; Weber, 2023, p. 241).

Entende-se que, ainda que a intenção dos manifestantes fosse a ruptura do Estado Democrático de Direito, os crimes ocorridos no 8 de janeiro de 2023 foram uma tentativa frustrada de golpe de Estado, pois, como resultado, não houve abolição da democracia no país através dos ataques diretos aos prédios dos três poderes.

Os manifestantes da extrema direita, que em tese defendem a “segurança nacional”, a cidadania e os avanços econômicos liberais, colocaram a si mesmos e ao patrimônio da União em risco, com grande prejuízo aos cofres públicos, através dos atos de violência e depredação.

4. A INVERSÃO DO REAL E O DISCURSO DA NÃO VIOLÊNCIA

A ascensão do movimento de extrema direita nas eleições de 2018 trouxe à tona resquícios da Ditadura Militar, com o próprio ex-presidente enaltecendo publicamente figuras ligadas ao regime autoritário. A promessa de segurança pública e de desenvolvimento econômico sustentou parte do discurso eleitoral da chamada “nova direita” no Brasil. A insatisfação desse grupo com o resultado da eleição presidencial em 2022 foi a grande responsável pelos ataques à democracia em Brasília.

Fato é que, em uma trajetória, as eleições presidenciais de 2018 foram a materialização do antagonismo político, pois, em segundo turno, disputavam Jair Messias Bolsonaro, representando o Partido Social Liberal (PSL) à época, e Fernando Haddad, representando o Partido dos Trabalhadores (PT). É interessante analisar o discurso eleitoral da extrema direita, pois ele enfatizava o fortalecimento da segurança pública, do conservadorismo, do liberalismo econômico e, principalmente, do patriotismo. Esse último, interessa quanto ao objeto de estudo do presente capítulo.

As crianças brasileiras são ensinadas em idade escolar sobre o significado da bandeira do Brasil e aprendem, com a faixa branca da bandeira, que a nação brasileira é um povo ordeiro e progressista. Segundo a autora, “cada um de nós experimenta no cotidiano a forte presença de uma representação homogênea que os brasileiros possuem do país e de si mesmos” (Chauí, 2014, p. 147-148).

Nesse sentido, “patriotismo” é, pelo dicionário, “amor à pátria”, a mesma pátria que se deve amar e enaltecer ao proferir os versos do Hino Nacional (Patriotismo, 2024, *online*). Esse discurso patriota favoreceu a ascensão da extrema direita nas eleições presidenciais em 2018, o ex-presidente e seus eleitores falavam sobre a bandeira do Brasil não ser vermelha, em uma crítica direta ao comunismo e ao governo petista, que perdurou por anos na presidência do Brasil.

Interessante ressaltar que essa representação de pátria está diretamente ligada à identidade, unidade e indivisibilidade da nação e do povo brasileiros (Chauí, 2014, p. 149). Do mesmo modo que a ideia nacional sustentou discursos nazifascistas, sustentou o discurso da extrema direita brasileira.

Por isso, considera-se que o autoritarismo não é só um fenômeno político, mas também um fenômeno social (Chauí, 2014, p. 226), assim como o bolsonarismo. Os valores da maioria dos eleitores são nacionalistas e o discurso do ex-presidente é populista, não necessariamente interligado com os ideais do PSL – partido à época das eleições –, mas diretamente ligado aos destinatários: os brasileiros.

Houve, no movimento político-social de direita, uma espécie de “resgate do Brasil”

pautado em um discurso preconceituoso e de retrocesso social. Para Chaui (2017, p. 24), “o agente não age em conformidade consigo mesmo e sim em conformidade com algo que lhe é exterior e que constitui a moral de sua sociedade”. Então, naquele momento, os eleitores entendiam a figura do ex-presidente como figura moral e necessária para o país.

As ideias desse movimento, entretanto, são em sua maioria violentas. Aqui, fala-se em “violência” em dimensão física, psíquica e simbólica:

Etimologicamente, “violência” vem do latim vis, força e significa: 1. tudo o que age usando a força para ir contra a natureza de algum ser (é desnaturar); 2. todo ato de força contra a espontaneidade, a vontade e a liberdade de alguém (é coagir, constranger, torturar, brutalizar); 3. todo ato de violação da natureza de alguém ou de alguma coisa valorizada positivamente por uma sociedade (é violar); 4. todo ato transgressor contra aquelas coisas e ações que alguém ou uma sociedade definem como justas e como um direito (é espoliar ou a injustiça deliberada); 5. conseqüentemente, violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e pela intimidação, pelo medo e pelo terror (Chaui, 2017, p. 30).

Nesse sentido, continua:

A violência se opõe à política democrática, uma vez que esta se define pela figura do sujeito político como sujeito de direitos que age pela criação e conversação de direitos contra a dominação dos privilégios, e impede o poder exercido pela força, pela opressão, pela intimidação, pelo medo e pelo terror (Chaui, 2017, p. 30).

Durante os quatro anos de governo de Jair Bolsonaro, o Brasil foi inflamado pela violência de seus discursos e de seus atos, seja em ataques diretos à democracia ou a minorias. Por outro lado, muitos acreditaram na política de segurança pública, no porte e posse de arma como defesa pessoal, sempre colocando o outro como violento, nunca a si próprio. A violência foi interiorizada e realizada nas relações pessoais, sociais, econômicas e políticas (Chaui, 2014, p. 242).

Por isso, há inversão do real. O que significa dizer que o mito da segurança pública, das autonomias individuais em sua própria defesa – como a posse e porte de armas – inverte a realidade do que o discurso propõe em essência: a violência. Não é necessário considerá-la velada ou sutil, pois os ataques ao patrimônio público e aos principais símbolos da democracia no Brasil foram violentamente ameaçados.

Para Chaui, pode-se dizer que a sociedade brasileira é violenta ou autoritária, organizada de forma que se trata de uma sociedade violenta enraizadamente autoritária (2017, p. 161). Há um fundo neoliberal que levou aos atos antidemocráticos do 8 de janeiro. Essa perspectiva causa reflexão sobre as múltiplas camadas de violência que permeiam as dinâmicas sociais e políticas do Brasil contemporâneo, destacando a urgência de um engajamento crítico diante de constantes ameaças democráticas no país.

Alguns autores acreditam que o ativismo judiciário ou judicialismo faça parte da “revolução” que os seguidores da extrema direita acreditavam que seria possível, passando a

funcionar como resposta para promover a renovação das práticas políticas (Lynch; Cassimiro, 2022, p. 29). Entretanto, essa provavelmente não é a única motivação da crença extremista.

Um dos discursos da extrema direita também propaga o *anti-establishment*, o que seria o equivalente a anti-“politicamente correto”. O discurso *anti-establishment*, nada mais é que a intolerância aos grupos que, antes, inferiorizados, passaram recentemente a conquistar visibilidade, direitos e espaços na sociedade brasileira. A propagação desse discurso denota que a violência está enraizada na sociedade brasileira. A democracia tornou-se ameaça para a extrema direita por possibilitar que mulheres, pessoas pretas, pessoas com deficiência e outras minorias façam seus discursos em prol da diversidade e lutem por seus direitos.

Os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023 concretizaram a violência do movimento político da direita extrema em um ataque direto ao Estado Democrático de Direito. Para Lilia Schwarcz:

A alternância no poder, que possibilita o revezamento de governos de esquerda e de direita, é saudável e faz parte do jogo da democracia. Esta também não é a primeira vez que o país conhece uma nova fase política com aqueles que eram da oposição virando situação, e vice-versa. Problema maior é cair no canto da sereia dos governos de verve autoritária, que fazem apelos morais e prometem saídas fáceis. Andamos precisados de menos líderes carismáticos e de mais cidadania consciente e ativa (Schwarcz, 2019, p. 237).

Nesse sentido, entende-se que, embora faça parte do jogo democrático a oposição política, o Estado Democrático de Direito é o limite da oposição. Não há problema em defender sistemas econômicos diferentes ou outras ideias que sustentam um plano político de governo, mas quando se pensa em defesa de intervenção militar e afeição ao regime ditatorial e autoritário, ideais estas próximas ao discurso dos manifestantes do 8 de janeiro, é necessário reconhecer que o retrocesso jurídico, político e social não é uma opção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.197 de 2021 estabeleceu novos crimes contra o Estado Democrático de Direito e revogou a Lei nº 7.170, de 1983 (Lei de Segurança Nacional). Os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023 se enquadraram nos tipos penais delineados no Título XII da Parte Especial do Código Penal, refletindo uma evidente intenção por parte dos manifestantes presentes de ameaçar a ordem democrática e a estabilidade institucional do Brasil ao invadir e danificar o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e o Palácio do Planalto, em Brasília.

Portanto, ocorre uma inversão da realidade, onde o mito da segurança pública contradiz essencialmente o discurso proposto ao promover a violência. Essa violência não é apenas velada ou sutil, visto que os ataques violentos ao patrimônio público e aos símbolos democráticos fundamentais do Brasil foram evidentes.

Entende-se que, embora seja legítimo no jogo democrático a existência de oposição política, é fundamental reconhecer que o Estado Democrático de Direito representa o limite dessa oposição, pois não se pode permitir manifestações violentas que representam um retrocesso jurídico, político e social do ponto de vista da progressão democrática do Estado brasileiro.

Verificou-se que o 8 de janeiro de 2023 representou uma manifestação concreta da violência discursiva do movimento político da nova direita brasileira, configurando um ataque direto e grave ao Estado Democrático de Direito, o que demonstra a escalada da polarização política e a disposição de grupos radicais em desafiar os princípios democráticos e a ordem institucional vigente.

O artigo, portanto, abordou os atos antidemocráticos investigando se representariam a materialização da inversão do real. A hipótese inicial foi validada, pois os discursos aventados pela extrema direita reproduzem violências, invertendo a percepção sobre quem são os verdadeiros agentes da violência.

Ressalte-se que é crucial reconhecer que a democracia não pode ser comprometida por discursos ou ações que ameacem sua essência e funcionamento. Operadores do direito e acadêmicos do direito devem prezar para que as instituições democráticas e a sociedade como um todo sejam atuantes na defesa do Estado Democrático de Direito e rejeitando qualquer forma de violência ou ataques à democracia.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; BORGES, Rafael. **Crimes contra o Estado Democrático de Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

BRASIL. Código Penal. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 11 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm#art2. Acesso em 11 abr. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Penal 1075 – Distrito Federal**. Relator Alexandre de Moraes. Julgado em 08 nov. 2023. Publicado em 16 fev. 2024. Acesso em 11 abr. 2024.

CHAUI, Marilena. **Democracia e sociedade autoritária**. Comunicação & Informação, Goiânia, v. 15, n. 2, p. 149-161, jul./dez. 2012.

CHAUI, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Org: André Rocha. 2.

ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

CHAUI, Marilena. **Sobre a violência**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. (E-book)

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise; et al. Capítulo II – Dos crimes contra as instituições democráticas – art. 359-L do Código Penal – abolição violência do Estado Democrático de Direito. IN: Hammerschmidt, Denise (coord.). **O grito pela democracia: crimes contra o estado democrático de direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2022 (E-book).

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário: ascensão e legado do bolsonarismo**. São Paulo: Editora contracorrente, 2022). (E-book)

MOURA, Evânio. **Os crimes contra o Estado democrático de Direito e a revogação da LSN**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-08/moura-crimes-estado-direito-revogacao-lsn/> Acesso em: 07 jul. 2024.

PATRIOTISMO. In: MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo-SP: Companhia Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/patriotismo/> Acesso em: 07 jul. 2024.

SANTI, Maurício. **8 de Janeiro - Democracia Restaurada**. Rádio Senado, 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/reportagem-especial/2024/01/04/8-de-janeiro-democracia-restaurada>. Acesso em 11 abr. 2024.

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

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal: Como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária**. São Paulo: Companhia das Letras, 2023. (E-book)

ROMÃO, Vinícius de Assis; BARRETO, Ana Luisa L. de A. Os sentidos da operação Lava Jato na construção das campanhas presidenciais. **POLÍTICA SOB GATILHO: a questão criminal nos discursos eleitorais de 2018**. – 1 ed – Rio de Janeiro: Revan, 2021, p. 241-324).

ROSA, Gerson Faustino. Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito – capítulo I – Dos Crimes contra a Soberania Nacional – Art. 359-I do Código Penal – atentado à soberania. IN: Hammerschmidt, Denise (coord.). **O grito pela democracia: crimes contra o estado democrático de direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2022 (E-book).

PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA ORDEM DE PREFERÊNCIA SUCESSÓRIA E NO ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

Daniela Braga PAIANO¹
Keiti Michele CAPERUCI²

RESUMO

O presente estudo trata da posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária e no rol de herdeiros necessários prevista no Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Por meio do método histórico, que consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, será demonstrado como o Código Civil de 1916 regulamentou a temática, comparando-se com a regulamentação prevista pelo Código Civil de 2002. Nessa vertente, será analisada a proposta de atualização do Código Civil, sobre os referidos aspectos. Assim, por meio da pesquisa bibliográfica, será respondido se a proposta de atualização do Código Civil, referente à posição do cônjuge na ordem de preferência hereditária e no rol de herdeiros necessários, é avanço ou retrocesso. Objetiva-se demonstrar que o texto da proposta é igual ao texto do Código de 1916, portanto, esse recorte da revisão e atualização se trata de um retrocesso, o que é vedado.

PALAVRAS-CHAVE: Atualização do Código Civil de 2002; ordem de vocação hereditária; rol de herdeiros necessários; vedação ao retrocesso.

ABSTRACT

This study deals with the position of the spouse in the order of hereditary vocation and in the list of necessary heirs provided for in the Final Report of the work of the Commission of Jurists responsible for the review and updating of the Civil Code. Through the historical method, which consists of investigating events, processes and institutions of the past to verify their influence on today's society, it will be demonstrated how the Civil Code of 1916 regulated the subject, comparing it with the regulation provided for in the Civil Code of 2002. In this aspect, the proposal for updating the Civil Code will be analyzed, regarding the aforementioned aspects. Thus, through bibliographical research, it will be answered whether the proposal for updating the Civil Code, regarding the position of the spouse in the order of hereditary preference and in the list of necessary heirs, is an advance or a setback. The aim is to demonstrate that the text of the proposal is the same as the text of the 1916 Code, therefore, this cut of the review and update is a setback, which is prohibited.

KEYWORDS: Update of the 2002 Civil Code; order of hereditary vocation; list of necessary heirs; backflow seal.

1 Pós-doutora (2022) e Doutora (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Mestre pela Universidade de Marília (UNIMAR), 2006. Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2001). Professora Adjunto nível D da Universidade Estadual de Londrina (UEL), via concurso público desde 17 de maio de 2013, lotada no departamento de direito privado. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Coordenadora da Pós Graduação de Direito de Família e Sucessões da UEL. Advogada. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, ao International Society of Family Law - ISFL e ao Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil - IBERC.

2 Possui graduação em Direito pela Faculdade de Tecnologia Pitágoras - Unidade Londrina (2010). Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Direito Processual Civil. Mais de 13 anos de atuação na Advocacia. Pós Graduação- Direito Civil e Processo Civil- UEL- 2013. Pós Graduação- Direito Matrimonial e Processual Canônico- PUC Londrina- 2018. Pós Graduação- Direito de Família e Sucessões , Teoria e Prática- UEL- 2022.

INTRODUÇÃO

Os brasileiros estão vivenciando a reforma e a atualização do Código Civil. Deveras, a codificação corresponde às necessidades de clareza e sistematização do direito. Não obstante, como fase normal da evolução, que, partindo das ordens arbitrárias, vai em busca de formas que traduzam as exigências de cada tempo, a atualização é imprescindível e inevitável.

O direito sucessório é o ramo que contém as normas jurídicas que disciplinam a transmissão aos sucessores do patrimônio de um falecido. Nesse passo, está intimamente ligado ao direito de família e recebe importante influência de institutos como o casamento e o regime de bens. A presente discussão tratará do recorte da proposta de atualização e revisão do Código Civil, que sugere alterações atinentes à posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária e no rol de herdeiros necessários.

Será demonstrado como o Código Civil de 1916 regulamentava a temática, como o atual Código a sistematiza, para concluir que, no que tange à posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária e no rol de herdeiros necessários, a alteração consiste em retrocesso, o que é vedado.

A questão que será enfrentada é se a proposta de atualização do Código Civil, referente à posição do cônjuge na ordem de preferência hereditária e no rol de herdeiros necessários, é avanço ou retrocesso.

Para responder essa questão, o estudo utiliza o método histórico, que consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade atual. Busca-se demonstrar que o texto da proposta de atualização é igual ao texto do Código de 1916, portanto, esse recorte da revisão e atualização se trata de um retrocesso.

1. CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Brasil, foi proclamada a independência em 1822. No ano seguinte, a lei de 20 de outubro mandou vigorar, no Império, as ordenações, leis e decretos promulgados pelo Rei de Portugal. A Constituição do Império, lei de 25 de março de 1824, no nº XVIII, do art. 179, declarou: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade” (BEVILAQUA, 1959, v. 1, p. 9).

Em 10 de janeiro de 1859, Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça, contratou Teixeira de Freitas para preparar o Código Civil, que deveria ser concluído até 31 de dezembro de 1861, prazo esse prorrogado até 30 de junho de 1864.

Em 23 de junho de 1864, foi formada a comissão incumbida de examinar o projeto, que,

porém, suspendeu os seus trabalhos até 31 de agosto de 1865. Em 1872, o Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, rescindiu o contrato entre o governo e Teixeira de Freitas, para a elaboração de um Projeto de Código Civil. Nabuco de Araújo foi encarregado de substituí-lo. Iniciou o trabalho em 1873 e morreu em 1878, antes de terminar a obra.

Com isso, Felício dos Santos assumiu a continuidade do projeto de codificação. Em 1881, apresentou os seus apontamentos ao Governo, que nomeou uma comissão para estudá-los e emitir sobre eles parecer. Em 1886, a referida comissão foi legalmente dissolvida. Em 1889, nomeou-se outra comissão, que foi dissolvida em 15 de novembro, devido à proclamação da República.

Por meio do Decreto de 15 de junho de 1890, o então Ministro da Justiça, Campos Sales, incumbiu Coelho Rodrigues de preparar o Projeto do Código Civil. Contudo, seu trabalho concluído em 1893 não foi aceito pelo governo.

Em 25 de janeiro de 1899, o então Ministro da Justiça, Epiácio Pessoa, convidou Clóvis Bevilacqua para elaborar um novo projeto. Os trabalhos foram iniciados em abril do mesmo ano e, em 1º de janeiro de 1916, após mais de sete décadas de trabalho, foi, afinal, sancionado o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. A Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, foi publicada no Diário Oficial da União no dia 05 de janeiro de 1916 (BEVILACQUA, 1959, v. 1, p. 11 - 45).

Nesse passo, serão demonstrados como o Código de 1916 regulamentou a ordem de vocação hereditária e como era composto o rol de herdeiros necessários, titulares da legítima.

1.1. Ordem de vocação hereditária no código de 1916

Cumprido destacar que a sucessão legítima se verifica quando o *de cuius* falece sem testamento. Sua herança é, então, deferida a determinadas pessoas, consoante ordem prescrita pelo legislador e que se chama ordem da vocação hereditária (MONTEIRO, 1985, p. 78). Ordem de vocação hereditária é a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado (RODRIGUES, 1985, p. 68).

No Código ora analisado, o assunto foi disciplinado pelo art. 1.603, que assim dispôs:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- Aos descendentes.

II- Aos ascendentes.

III- Ao cônjuge sobrevivente.

IV- Aos colaterais.

V- Aos Estados, ao Distrito Federal ou à União (RODRIGUES, 1985, p. 68).

Referida *ordo succedendi*, nos quatro primeiros itens, tem por base as relações de família e de sangue (*jus familie, jus coniugii e jus sanguinis*) (RODRIGUES, 1985, p. 68). Exceção feita para o Estado, cujos direitos se fundam na vida social politicamente organizada (BEVILACQUA, 1958, v. 6, p. 44).

Bevilaqua afirmou que a ordem da vocação hereditária estabelecida se distinguiu pela simplicidade e correspondia com possível exatidão ao conceito da família na sociedade daquele tempo. Ademais, ressaltou que a família era um organismo social, que se formava com o casamento e se desenvolvia com a procriação da prole. Assim, os cônjuges constituíam os elementos fundamentais da família e a comunhão de vida e de interesses em que deveriam viver exigia que, dissolvida a sociedade conjugal, por morte de um deles, o sobrevivente não fosse considerado um estranho, pois nele se concentravam, ainda, afetos e tradições, que apertavam os laços da família (1958, v. 6, p. 44).

Válido contextualizar que o Código de 1916 foi sancionado sob a égide da Constituição Federal de 1891 e, quando o autor fez as considerações mencionadas, vigorava a Constituição de 1946. Assim, o casamento era a única forma oficial de formação de família.

Naquela ocasião, em tese, a existência de herdeiros de uma classe excluía o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente. Nesse passo, asseverou o professor Silvio Rodrigues:

Usei a ressalva em tese porque, sem ela, a asserção, que era absolutamente verdadeira ao tempo da promulgação do Código Civil, não mais corresponderia à realidade. Com efeito, tal afirmativa deixou de ser verdadeira, em virtude de regras promulgadas após a entrada em vigor do Código Civil. Analiso, na ordem cronológica, as três exceções ao princípio de que a existência de herdeiros de uma classe exclui da sucessão os herdeiros da classe subsequente (1985, p. 69).

Nessa perspectiva, o autor apresentou três exceções ao princípio de que a existência de herdeiros de uma classe excluía o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente.

A primeira, tratava-se do direito sucessório da mulher brasileira casada com estrangeiro por outro regime que não o da comunhão de bens. Nessa hipótese, o art. 17 do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, modificado pelo Decreto-lei nº 5.187, de 13 de janeiro de 1943, criou em favor da mulher brasileira casada com estrangeiro, um direito sucessório simultâneo ao direito conferido aos outros herdeiros de seu marido. Segundo o dispositivo referido, à brasileira, casada com estrangeiro sob regime diverso da comunhão universal, caberia, por morte do marido, o usufruto vitalício da quarta parte dos bens dele, se houvesse filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não houvesse (RODRIGUES, 1985, p. 68).

Além dessa hipótese, havia outra situação de herdeiros de classes diversas, descendente e cônjuge, recebendo vantagens simultâneas em uma única sucessão. A previsão era do art. 3º da Lei nº 883, de 1949, que possibilitava direito sucessório ao cônjuge casado sob regime da separação de bens, ou seja, sem direito à meação. As exigências eram de que houvesse filho adulterino, reconhecido; inexistisse outro herdeiro de classe preferencial ao cônjuge e não houvesse testamento. Nessas condições, o cônjuge teria direito à metade dos bens deixados pelo falecido (RODRIGUES, 1985, p. 69).

A terceira exceção foi inserida no ordenamento pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, cujo apelido é estatuto da mulher casada, que alterou o Código Civil, então vigente, e deferia ao cônjuge sobrevivente, se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal, o direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filho desse ou do casal, e à metade se não houvesse filhos, mas houvesse ascendentes do *de cujus*. De igual forma, assegurava ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar. Assim, aqui também se verifica a concessão de benefícios simultâneos a herdeiros de classes diversas, pois o cônjuge sobrevivente recebia um direito real limitado, ou seja, o usufruto ou a habitação (RODRIGUES, 1985, p. 71). Referida matéria foi preceituada pelo art. 1.611, §§ 1º e 2º.

Sobre as razões de o cônjuge ter sido inserido na terceira classe, o autor do Código afirmou que o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime do casamento, lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família porque, então, já estaria economicamente amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar na ordem da sucessão legítima, depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que a todos se impunha, de cuidar da prole, e depois dos ascendentes, em relação aos quais havia, também, razões poderosas, fundadas no afeto, na veneração e no reconhecimento, que reclamavam a sua colocação na ordem dos sucessíveis, logo em seguida aos descendentes (BEVILAQUA, 1958, v. 6, p. 44 - 45).

Assim, o Código de 1916 regulamentou a ordem de vocação hereditária, em que o cônjuge figurava na terceira posição, salvo nas hipóteses de mulher brasileira casada com estrangeiro, que atendesse às exigências do Decreto 3.200 de 1941; da mulher casada com cônjuge que tivesse filho adulterino, posteriormente reconhecido, e do reconhecimento do direito real de usufruto ou habitação, introduzido pela Lei nº 4.121 de 1962.

1.2. ROL de herdeiros necessários no código de 1916

Herdeiros necessários são aqueles que não podem ser privados da sua legítima, senão nos casos especiais, e pelos modos que a lei prescreve. Esses, são detentores da legítima, ou seja, da porção dos bens que a lei reserva aos herdeiros (BEVILAQUA, 1958, v. 6, p. 141).

No Código de 1916, o rol dos herdeiros necessários foi disposto no art. 1.721, com a seguinte redação:

O testador, que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da

metade de seus bens; a outra pertencerá, de pleno direito, ao descendente, e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (BEVILAQUA, 1958, v. 6, p. 140).

Nesse aspecto, o autor justificou que atendendo aos interesses da família, o Código limitou essa liberdade à metade dos bens do testador, quando houvesse descendentes ou ascendentes sucessíveis, isto é, que não fossem excluídos da herança por disposição de lei, tal como os indignos, ou por ato do sucedendo, no caso da deserção. Destacou ainda que a socialização do direito e o reclamo dos sentimentos éticos, opunham-se que se pusesse nas mãos do indivíduo essa arma perigosa da plena liberdade de testar, com a qual o egoísmo poderia praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem-estar doméstico e conturbar a base econômica da sociedade (BEVILAQUA, 1958, v. 6, p. 140 - 141).

Não obstante, relevante é que o rol dos herdeiros necessários, aos quais era cabível a legítima, era composto pelo descendente e pelo ascendente, ou seja, essas duas classes gozavam de uma proteção especial e para eles a lei reservava uma porção do patrimônio, denominada legítima. Deveras, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, portanto, não tinha direito à legítima. Infere-se, assim, que se privilegiou o que o autor, Clovis Bevilacqua, definiu como imperioso dever de cuidado com a prole e de poderosas razões fundadas no afeto, na veneração e no reconhecimento dos ascendentes, mantendo-se o cônjuge fora do rol, uma vez que o regime legal de bens em vigor era o da comunhão total de bens e, em regra, o cônjuge gozava da meação.

2 CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002 foi constituída em maio de 1969. O primeiro anteprojeto foi publicado em 07 de agosto de 1972, momento em que se manifestaram as principais corporações jurídicas do país, tribunais, instituições e universidades, assim como entidades representativas das diversas categorias profissionais, com a publicação de livros e artigos em jornais e revistas especializadas (GUILHERME, 2017, p. 7).

Após a realização de conferências, simpósios e diversos estudos, um novo anteprojeto foi publicado em 18 de junho de 1974, abrangendo grande número de emendas e alterações. A partir da segunda publicação, novas sugestões e emendas foram analisadas, resultando no texto final, que, “no dizer de seus autores, transcende as pessoas dos que o elaboraram, tão fundamental e fecunda foi a troca de ideias e experiências com os mais distintos setores da comunidade brasileira” (GUILHERME, 2017, p. 7).

Assim, em 10 de janeiro de 2002, foi publicada a Lei nº 10.406, denominada Código Civil Brasileiro.

Dentre as inúmeras mudanças legislativas são relevantes para esse estudo a alteração do regime legal, que passou da comunhão universal para a comunhão parcial de bens; a posição do cônjuge na terceira classe da ordem de vocação hereditária, mas com direito à concorrência; e a sua inclusão no rol de herdeiros necessários.

2.1. Ordem de vocação hereditária no código de 2002

A ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002 foi estabelecida pelo art. 1.829, que assim dispõe:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

Portanto, o cônjuge sobrevivente herda se concorrer com descendentes e ascendentes do *de cujus*, e na falta deles. Observe-se, contudo, que a concorrência com os descendentes não ocorrerá quando o regime de casamento que vigorou tiver sido o da comunhão universal, o da separação obrigatória e o da comunhão parcial, na hipótese de os bens que integralizam a herança terem sido adquiridos em comum.

A *contrario sensu*, haverá concorrência do cônjuge com os descendentes nos casos em que o regime de bens tiver sido o da separação convencional, o da participação final nos aquestos e o da comunhão parcial, mas nos dois últimos casos, apenas em relação aos bens particulares do falecido, pois quanto aos bens comuns, o cônjuge já teve sua participação garantida por meio da meação. Em consonância, assim dispõe o Enunciado 270 do CEJ:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes (CJE, 2004).

Ademais, o cônjuge concorre com os ascendentes e figura na terceira classe, com direito exclusivo de herança, na ausência de descendentes e ascendentes.

Nesse sentido, denota-se que o legislador despendeu especial atenção para garantir a segurança patrimonial do cônjuge sobrevivente, dando-lhe maior ou menor participação na herança, por meio da concorrência, em harmonia com a opção do regime de bens.

2.2. ROL de herdeiros necessários no código de 2002

O rol de herdeiros necessários foi previsto no atual Código pelo art. 1.845, e dispõe que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” (BRASIL, 2002).

A justificativa para inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários foi a alteração do regime legal de bens, que era o da comunhão universal, para o da comunhão parcial. Nesse passo, previa o *caput* do art. 258 do Código de 1916 que, se não houvesse convenção, ou sendo nula, vigoraria, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão universal (BEVILAQUA, 1958, v. 2, p. 129). De forma diversa, o atual Código prevê no art. 1.640 que, se não houver convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial (BRASIL, 2002).

Assim, por simetria às alterações realizadas no Direito de Família, foi imprescindível a alteração no Direito das Sucessões. Nesse passo, verifica-se um recorte da justificativa apresentada:

Com a adoção do regime legal de separação parcial com comunhão de aquestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto (BRASIL, 2005, p. 58).

Deveras, o intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges, previsto no art. 1.511 do atual Código, conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social (NEGRÃO, GOUVÊA, BONDIOLI, FONSECA, 2017, p. 833).

Nesse sentido, a promoção do cônjuge à condição de herdeiro necessário decorreu da vedação do retrocesso social, ou seja, com a alteração do regime legal da comunhão total para o da comunhão parcial, o cônjuge suportaria supressão de direitos. Por isso, o legislador atribuiu possibilidades de concorrência na ordem de vocação hereditária e o incluiu no rol de herdeiros necessários.

3 PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Em 27 de janeiro de 2023, o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, por meio do Ato nº 11/2023, instituiu uma Comissão de Juristas para elaboração do anteprojeto de Lei para revisão e atualização do Código Civil. Presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e pelos relatores gerais Flávio Tartuce e Rosa Maria Nery, a comissão apresentou o anteprojeto ao Senado Federal em 17 de abril de 2024 (BRASIL, 2024, p. 3).

A subcomissão de Direito das Sucessões, órgão fracionário da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, criada pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) nº 11, de 2023, teve como foco de sua atuação a análise, o debate e a redação de uma proposta de anteprojeto para o aprimoramento do Código Civil Brasileiro de 2002.

A referida Subcomissão foi coordenada pelo seu relator, o advogado e Professor Mário Luiz Delgado, e teve como integrantes os professores Giselda Maria F. Novaes Hironaka, Gustavo Tepedino e Cesar Asfor Rocha. O escopo do trabalho foi positivar as interpretações consolidadas na comunidade jurídica, corrigir falhas redacionais e inserir inovações decorrentes (BRASIL, 2024, p. 302).

3.1. Ordem de vocação hereditária na proposta

Foi proposta alteração na ordem da vocação hereditária prevista no art. 1.829, para que cônjuges e companheiros permaneçam como herdeiros legítimos da terceira classe, mas sem direito à concorrência sucessória. Conforme a sugestão, o referido artigo teria a seguinte redação:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes;
II - aos ascendentes;
III - ao cônjuge ou ao convivente sobrevivente;
IV - aos colaterais até o quarto grau.

Como se denota, no que tange ao cônjuge, o texto normativo é exatamente igual ao texto do art. 1.603 do Código de 1916. A diferença está na justificativa. Naquela ocasião, Clóvis Bevilacqua afirmou que a posição do cônjuge na terceira classe correspondia com possível exatidão ao conceito de família na sociedade daquele tempo. Ademais, embora admitisse que o cônjuge supérstite devesse fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, por amor à simplicidade, preferiu dar-lhe o terceiro lugar na ordem da sucessão legítima (BEVILACQUA, 1958, v. 6, p. 44-45).

Não obstante, a proposta de atualização visa suprimir o direito de concorrência atribuído ao cônjuge pelo atual Código. Assim, o texto proposto, no que tange ao cônjuge, é igual ao texto do Código de 1916, ou seja, é um retrocesso.

3.2. ROL de herdeiros necessários na proposta

A proposta também sugere alteração no rol de herdeiros necessários, restringindo-o ao descendente e ao ascendente, ou seja, extinguindo-se o cônjuge. Nesse passo, conforme justificção apresentada, a ampliação do rol de herdeiros necessários, promovida pelo Código de 2002, que incluiu o cônjuge sobrevivente no rol taxativo do art. 1.845 foi alvo de grande rejeição da sociedade

em geral (BRASIL, 2024, p. 304). Assim, o texto do artigo passaria a ter seguinte redação: “são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes” (BRASIL, 2024, p. 217).

Os revisores sustentaram que a progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, bem como do fenômeno cada vez mais crescente das famílias recompostas, exigiram o repensar da posição do cônjuge e do companheiro na sucessão legítima, chegando-se à conclusão de que eles não deveriam mais figurar como herdeiros necessários.

Foi destacado também que grande parte das sugestões recebidas nos canais disponibilizados pelo Senado Federal e por outras instituições tiveram por objeto afastar do cônjuge a condição de herdeiro necessário.

Assim, a proposta de alteração está sendo justificada pela grande rejeição da sociedade em geral em relação à ampliação do rol de herdeiros necessários; pela progressiva igualdade entre homens e mulheres na família; pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho; pelo fenômeno das famílias recompostas e por influência de sugestões recebidas nos canais disponibilizados.

Com reverência ao exímio trabalho que está sendo realizado pela comissão organizadora, visualiza-se languidez nos argumentos justificadores desse recorte analisado.

Inicialmente, embora as técnicas e as condições atuais tenham sido favoráveis à celeridade da conclusão do projeto de atualização, é imprescindível destacar que os trabalhos de preparação para o Código de 1916 duraram 57 anos. O atual Código foi pensado e preparado em 33 anos. Enquanto a proposta discutida foi iniciada em 27 de janeiro de 2023 e a apresentação do anteprojeto ao Senado Federal ocorreu em 17 de abril de 2024. Significa dizer que 1 ano e 3 meses não é tempo relevante a ponto de se afirmar que houve participação dos brasileiros, e que esses apresentaram rejeições e sugestões de alteração em relação à posição do cônjuge como herdeiro, embora eles tenham contado com a inteligência artificial.

No mesmo sentido, a progressiva igualdade entre homens e mulheres na família e o ingresso da mulher no mercado de trabalho são argumentos que corroboram a manutenção da concorrência do cônjuge na ordem hereditária e a condição de herdeiro necessário. A mulher sempre foi essencial na aquisição dos bens da família. É bem verdade que, contemporaneamente, ela contribui de outros modos com a formação patrimonial, porque ingressou no mercado de trabalho. Contudo, quem pode negar sua participação nesse *mister* mesmo quando atuava apenas na administração do lar e na educação dos filhos? Ademais, a previsão legal refere-se ao cônjuge de forma geral, não se restringe à mulher.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares destacou, com base em dados obtidos no relatório *Tempo de Cuidar: o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da*

desigualdade, que, em âmbito mundial, as mulheres dedicam 12,5 bilhões de horas, todos os dias, ao trabalho de cuidado não remunerado e 90% do trabalho de cuidado no Brasil é feito informalmente pelas famílias, e desses, 85% é feito por mulheres. Além disso, demonstrou que o rendimento das mulheres representa, em média, 77,7% do rendimento dos homens, e que a taxa de desemprego delas é de 14,1%, enquanto a deles é de 9,6% (NEVARES, 2024). Observa-se, então, que a desigualdade ainda é veemente em nosso país e que os impactos desse retrocesso, lamentavelmente, vão intensificar essa disparidade.

Não obstante, Giselda Maria F. Novaes Hironaka, em sua participação na reunião da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, tratando sobre o direito de concorrência atribuído ao cônjuge pelo Código vigente, realizada no dia 01/04/2024, asseverou:

Ela nos veio em prol especialmente de atender à mulher. Não só a mulher; ela diz: o cônjuge sobrevivente. Então, não apenas a mulher. Mas a preocupação daquela época era, sim, com a mulher. A mulher, às vezes, meeira e, na maior parte das vezes, dona de metade do patrimônio, mas era uma mulher que não estava bem resguardada patrimonialmente, ao tempo em que esta deferência a ela foi colocada no Código de 2002. Mas passaram-se 32 anos até que aquela preocupação do legislador viesse a se conformar num Código promulgado. E esta mulher mudou: a sociedade é outra, a mulher é outra. A luta pela sua inclusão, pela equalização desta mulher progrediu. Progrediu e a proteção já não faz tanto sentido 50 anos depois. Nós somos outras mulheres, e esta equalização já não faz mais sentido. Nesses 20 anos de vigência do Código, esses 20 anos nos deram o retrato de múltiplas cenas de fraude usando o instrumento da concorrência. Por esta razão, eu estou completamente de acordo com a proposta da relatoria geral a respeito da modificação do art. 1.829 com a retirada do instituto da concorrência sucessória. E a respeito do 1.845, que tem a inclusão do cônjuge e provavelmente também do companheiro, de acordo com a maioria doutrinária deste país, também a retirada do cônjuge (BRASIL: 2024).

Com a devida vênia, de fato a mulher e a sociedade progrediram, mas a proteção ainda é indispensável. Deveras, o instrumento da concorrência deve ter sido utilizado para inúmeras fraudes, como a professora mencionou, como a doação, a usucapião, e tantos outros devem ter sido, mas a preocupação com o patrimônio não pode se sobrepor à pessoa.

As famílias recompostas, ou “famílias pluriparentais ou mosaico resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não matrimoniais e das desuniões” (FERREIRA; RORHMANN, 2006, p. 508 *apud* ROSA, 2022, p. 188).

Hipoteticamente, pode-se pensar em um casamento entre A e B, sob regime de comunhão parcial de bens em que, durante a união de 30 anos, construíram um patrimônio de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). A e B optam pelo divórcio e fazem a partilha de bens, ficando cada um com um patrimônio de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Na constância da união, tiveram 2 filhos. B casa-se novamente com C, sob regime da comunhão parcial de bens, ou seja, constitui uma família recomposta. Após 2 meses do casamento, B falece. Não construíram patrimônio na constância da união, mas B tinha um patrimônio de R\$ 300.000,00, composto por bens particulares. Assim, nos

moldes da legislação vigente, C teria direito de concorrência com os descendentes de B, ficando com um patrimônio de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). É possível que C tivesse aplicado uma fraude em B? Sim ou não, mas se B não quisesse dar proteção ao C, teria escolhido um regime diverso do da comunhão parcial.

Nos termos da proposta de alteração, C não teria direito de concorrência. Observando-se o exemplo, é visível a situação de vulnerabilidade do cônjuge supérstite, o que não condiz com a disciplina dos princípios constitucionais vigentes no Brasil. Ademais, a variedade de regimes de bens permite que as partes protejam seu patrimônio, se assim entenderem necessário.

3.3. Teorias dos direitos fundamentais, a força normativa da constituição e o princípio da vedação do retrocesso social

As teorias dos direitos fundamentais foram elaboradas a partir de meados da década de setenta. Tinham por objetivo esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1395).

Nesse passo, Canotilho destaca as teorias liberal³, da ordem de valores, a institucional, a social, a democrático- funcional e a socialista dos direitos fundamentais. Salientando suas diferenças, o autor afirma que elas não são um fim em si, mas ao serem verificadas dentro de uma teoria do direito praxeologicamente orientada, podem enriquecer a dogmática dos direitos fundamentais e a teoria da constituição. Assim, afirma a necessidade de uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais construída com base em uma constituição positiva (2003, p. 1396- 1404).

Nessa seara, Konrad Hesse – opondo-se à tese de Ferdinand Lassale, de que a Constituição jurídica sucumbe cotidianamente em face da Constituição real, que são as forças políticas atuantes no Estado – defendeu que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas sua essência reside na sua vigência, ou seja, na sua aplicação concreta. Nesse contexto, sua eficácia não pode ser separada das condições históricas, devendo ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. Assim, defende a força normativa da constituição (HESSE, 2009, p. 128).

Nessa linha, a doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional defende que os

3 Teoria liberal tem como postulados mais característicos: (1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado, distribuição essa favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da ação estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efetivação, ficaram fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual.

enunciados constitucionais, ainda que formulados por princípios e não segundo regras, revestem um papel normativo de determinação dos comportamentos e, por isso, representam a disciplina a ser aplicada ao caso concreto para a sua solução (CICCO, 2024, p. 199).

Observa-se, assim, que o legislador, no Código Civil ainda vigente, face a alteração do regime legal de bens, em relação ao Código anterior, da comunhão total para a comunhão parcial, o que significou supressão de direitos para os cônjuges, pretendeu uma compensação ao estabelecer a concorrência do cônjuge na ordem hereditária, com os descendentes e ascendentes, e sua inclusão no rol dos herdeiros necessários. Isso sugere que, por meio de uma interpretação lógica, global e coerente dos preceitos fundamentais de proteção da propriedade, da igualdade e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, todos expressos na Constituição Federal de 1988, o legislador aplicou a disciplina constitucional ao caso concreto.

Nesse contexto, a supressão da concorrência do cônjuge na ordem de vocação hereditária e sua retirada do rol de herdeiros necessários configura nítido retrocesso social, o que é vedado pelo ordenamento.

Importa destacar que a proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica (SARLET, 2012, p. 442). Um dos efeitos gerais pretendidos pelos princípios constitucionais é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Esses princípios são concretizados através de normas infraconstitucionais, como as ora analisadas. Partindo desse pressuposto, a vedação do retrocesso propõe a possibilidade de se exigir do judiciário ou do legislador a invalidade da revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente (BARROSO, 2004, p. 379).

O mesmo autor, no julgamento do RE nº 878.694, sobre a inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuge e companheiro, referindo-se sobre o princípio em questão asseverou que se trata de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, conforme se denota:

Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem provar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor. O princípio não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Isso limitaria excessivamente o exercício da função típica do Poder Legislativo e seria incompatível com o princípio democrático. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial (BRASIL: 2017, p. 23 – 24).

Essa dimensão foi verificada no Código de 2002, que implementou direitos hereditários aos cônjuges, em substituição àqueles suprimidos pela troca do regime legal de bens. De forma diversa, na proposta ora analisada não se verifica nenhuma política substitutiva ou equivalente à supressão pretendida. Assim, é clarividente o retrocesso que essa alteração significa para o ordenamento jurídico brasileiro.

De outra parte, retomando à noção de segurança jurídica, essa é viabilizada mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal e encontra-se umbilicalmente ligada à própria noção de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Sarlet salienta que:

(...) a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condição de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa instabilidade das suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2012, p. 443).

Denota-se, assim, que a supressão dos direitos hereditários apresentada no projeto de reforma é um retrocesso social, o que não condiz com a doutrina constitucional brasileira. Trata-se de violação do princípio da vedação do retrocesso social e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de alteração do Código Civil, quanto a supressão da concorrência do cônjuge na ordem de vocação hereditária e sua retirada do rol de herdeiros necessários reproduzirá o texto normativo do Código de 1916, caracterizando, assim, retrocesso social.

Na ocasião da mudança do Código de 1916 para o atual, a comissão justificou que a adoção do regime legal de separação parcial bens exigia especial atenção aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Portanto, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto.

Nesse passo, os juristas observaram a necessidade de compensação exigida pela vedação do retrocesso, o que não está sendo observado nesse momento de mudança legislativa. Não obstante, nos moldes da doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional, o princípio da vedação do retrocesso tem papel normativo de determinação dos comportamentos, devendo ser

observado neste caso concreto. Deve-se observar ainda a força normativa da constituição, porque justificar uma mudança com relevância fundamental no projeto de vida das pessoas a partir da rejeição de uma parcela de participantes é reconhecer o que Ferdinand Lassalle chamou de forças reais de poder, o que, inegavelmente é retrocesso da democracia.

No exemplo apresentado no texto é clarividente que a supressão da concorrência do cônjuge, assim como da sua posição no rol de herdeiros necessários, acarretará vulnerabilidades incompatíveis com os princípios constitucionais. Nessa seara, os dados apresentados evidenciam que ainda experienciamos desigualdades e que a alteração vai reforçar essa realidade.

Ademais, ao contrário do que afirma a teoria liberal, os direitos fundamentais são de competência regulamentar do Estado, não podem, então, depender unicamente da iniciativa de cidadãos. Nesse passo, conforme salientou Canotilho, as teorias constitucionais não são fim em si, é imprescindível uma interpretação mais ampla, fundamentada na constituição positivada.

Portanto, a supressão da concorrência atribuída ao cônjuge na ordem hereditária e sua retirada do rol de herdeiros necessários, conforme proposta constante no relatório final dos trabalhos da comissão e juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, é retrocesso. Deve, assim, ser analisada atenciosamente, a fim de que a disciplina constitucional vigente seja observada e aplicada.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. 1. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1959.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1959.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. 6. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1959.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 09 de jun. de 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Novo Código Civil- Exposição de Motivos e Texto Sancionado**. Brasília, DF. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 09 jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório Final dos Trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento/download/3f08b888ble7-472c-850e-45cdda6b7494>. Acesso em 06 jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Reunião do dia 04 de abril de 2024**. Brasília, DF: 04 abr. 2024. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/12323>. Acesso em 06 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (por seu Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 878.694**. Inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros. Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e Outro(A/S). Relator: Min. Roberto Barroso. 10 de maio de 2017. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 03 set. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DE CICCO, Maria Cristina. **Poderes do Juiz, Função Social do Contrato e Equilíbrio Contratual na Legalidade Constitucional**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; BARBOSA, Fernanda Nunes. A Prioridade da Pessoa Humana no Direito Civil- Constitucional. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código Civil Comentado e Anotado**. 2. Ed. Barueri, SP: Editora Manole, 2017.

HESSE, Konrad. Série IDP - **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. ISBN 9788502139480. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/>. Acesso em: 04 jul. 2024.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 1. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Do "super" cônjuge ao "mini" cônjuge: A sucessão do cônjuge e do companheiro no anteprojeto do Código Civil**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/406048/do-super-conjuge-ao-mini-conjuge-a-sucessao-do-conjuge>. Acesso em: 05 set. 2024.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís Guilherme A.; e outros. **Código civil: edição especial**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547223533. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547223533/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

PAIANO, Daniela Braga. **Fórum sobre coparentalidade**. YouTube, 2024. Disponível em: https://www.youtube.com/live/wiETPdAfVgY?app=desktop&si=mch66IZ_bZr1meQK.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 9. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil**, v. 7. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. Ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do

Advogado Editora, 2012.

CAPÍTULO VIII
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS CHALLENGES

A BREAKTHROUGH AMIDST SETBACKS: MINISTER ROSA WEBER'S VOTE IN ADPF 442 AND THE CONTRAST WITH BILL NO. 1904/2024 FROM THE PERSPECTIVE OF THE GENDER PERSPECTIVE JUDGING PROTOCOL

Gabriela Vidor FRANCISCON
Fabrizio Romão THOSI¹

Working on perspectives about abortion as a criminalized act under the Penal Code denotes the analysis of a complex web of political conceptions. While the existence of diverse voices regarding the possibility of decriminalizing the act is acknowledged, it is certain that the development of conceptions with an emancipatory bias towards fundamental gender-related rights cannot be buried under a conservative perspective. This conservative perspective disregards different realities, fosters a debate focused solely on the moral aspect, and provides a scenario that conceals gender violence stemming from traditional discourse.

Thus, this work takes as its starting point the circumscription of the debate on the criminalization of abortion from a critical approach, adopting a comprehensive and empowering conception of fundamental rights. Given this scenario, the research problem is formulated as follows: considering the norms of the Federal Constitution, the mandates of the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, and the guidelines of the Gender Perspective Judging Protocol, how can the positions of the Judiciary in Minister Rosa Weber's vote in ADPF 442 and of the Legislature in Bill No. 1904/2024 be characterized?

The hypothesis is that Minister Rosa Weber's vote in ADPF 442 is in compliance with the Federal Constitution, the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, and the Gender Perspective Judging Protocol. Conversely, Bill No. 1904/2024 represents a retrograde response from the Legislature and is offensive to the fundamental rights of women and children.

Due to the need to verify the compatibility of Minister Rosa Weber's vote and the provisions outlined in Bill No. 1904/2024 with the judiciary's need to act through a gender lens - as provided in the Gender Perspective Judging Protocol and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women - the research was developed

1 Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, na linha de pesquisa Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro dos Grupos de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (IEER) e Eficácia dos Direitos Fundamentais, vinculados à Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Pesquisa nas áreas de Criminologia Crítica, Garantismo Penal e Sistemas Processuais Penais.

using the descriptive case study method. The units of analysis were the aforementioned vote and bill text, with the analysis developed using the document research technique. Initially, the main points found in the objects of analysis will be described, and these units will then be compared with the provisions demanding a gender perspective in the Judiciary's actions.

In the reasoning inaugurated by the Minister, articles 124 and 126 of the Penal Code do not find support in the Federal Constitution, particularly because they stem from a false notion of proportionality that disregards women's reproductive rights. Similarly, the vote refers to the absence of female participation in the criminalization of pregnancy termination crimes. Thus, on an individual level, the position is marked by the need to break the conservative paradigm and start viewing the scenario also from a perspective that considers women's self-determination and reproductive rights.

From a collective perspective, the vote also considers the issue from a public health viewpoint. The Minister positioned herself to centralize the debate on public health and human rights issues, mainly because the factual issues related to abortion are not limited to women's physical integrity but also their psychological and social well-being. In this same context, based on data collection, the vote also references the reduction in the number of abortion procedures following the decriminalization of the act in other countries.

Regarding Bill No. 1904/2024, it is possible to observe that the main objectives intended are to establish stricter time limits for pregnancy termination resulting from rape, restricting it to the 21st week, and equating termination from the 22nd week onwards with the crime of homicide, significantly increasing the current penalties. These intentions represent a setback for the rights of women and children, as they impose a legal obstacle to the dignified treatment of rape victims, who, in the case of pregnancy resulting from a sexual crime, may be compelled to await the end of the pregnancy under severe criminalization.

Aloof from social reality, the provisions of the bill disregard that pregnancies of child rape victims are often only noticed by family members when physical signs become more visible, i.e., after the first months of gestation, and ignore the fact that the procedure for rape victims to obtain authorization and effectively perform a legal abortion is complex and often exceeds the first 22 weeks of gestation.

The justifications presented in the bill expressly mention Minister Rosa Weber's vote in ADPF 442, making it an evident legislative response to the Judiciary's action. According to the proposal, this reaction would be necessary because the said vote, in seeking to grant women the right to terminate the pregnancy regardless of gestational age, presents a thesis contrary to the current constitutional order and subverts the basic principles of the Rule of Law.

REFERENCES

BRASIL. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. —Brasília: Conselho Nacional de Justiça –CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados—Enfam, 2021. Disponível em: [http:// www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 12 de jul. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Relatoria Min. Rosa Weber. Brasília, DF: 12 jul. 2024.

SÓSTENES CAVALCANTE. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1904/2024*. Acresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2434493>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BETWEEN TENSION AND DECISION: THE INFLUENCE OF THE AMERICAN MODEL ON BRAZILIAN CONSTITUTIONAL REVIEW

Vinicius Consoli Ireno FRANCO¹

The Brazilian Supreme Federal Court was conceived in the mold of the American Supreme Court, with its creation and formulation being a historical consequence of the period Brazil was experiencing at the time. Its creation is traced back to Decree 848 of 1890, which outlined the competencies of the then-new court, highlighting Article 9, which provided for the possibility of constitutional review. The political and social context the country was facing involved a break from the imperial model and the transition into the republican period. The institution of the American Supreme Court was influenced by the historical moment of American independence when the United States transitioned from a British colony to an independent country. This process was marked by the tension between federalists and anti-federalists. The latter warned about the possibility of constitutional review elevating the judiciary to a level of superiority over other democratic institutions, while the former argued that the judiciary was the weakest branch, needing tools to act on equal footing with the others. It is noteworthy that during this historical moment, any branch of government could perform constitutional review, which weakened the Supreme Court's position compared to the others since its political instrument of action was common to all. Given the provision for constitutional review conducted by the highest judicial authority of each country, its strength as a political institution was shaped through its rulings.

In American lands, constitutional review gained prominence with the case of *Marbury v. Madison*, judged by Justice Marshall, which nullified federal laws that contradicted the American Constitution. This case is considered paradigmatic in the doctrinal construction of judicial review. The affirmation of the competence for decisions involving concentrated control by the Brazilian Supreme Federal Court shows a difference from the institution used as a reference. The moment of its creation, at the beginning of the Brazilian Republic, was marked by executive interferences, mainly using the instrument of decreeing a state of siege when separatist movements attempted to achieve their objectives of fragmenting the unity of the federal territory. The strengthening of the competence to judge these actions, as well as the political strengthening of the institution, occurred through habeas corpus rulings, especially those filed by the lawyer Rui Barbosa, which questioned the limits of executive power in decreeing this emergency state, including the duration of the

1 Graduado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Mestrando em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, pesquisador da linha função política do direito e teorias da constituição. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP (CPOL-LAB). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

decisions' effects, questioning whether they should continue to perpetuate their effects after the exceptional period had ended. Given this presented scenario, the scientific problem arises: To what extent did the adoption of the American Supreme Court model influence the tension between constitutionalism and Brazilian democracy?

Conceptualizing this tension as the review by a judicial court of decisions made by the representatives of the population, i.e., the parliament. Starting from the hypothesis that the chosen model for resolving these conflicts results in a judiciary with more political power than the other institutions of the republic and, consequently, by being able to enter decision-making powers, ends up attracting the resolutions of political decisions, especially those that can lead to electoral losses, to itself, distancing the politician. Using the comparative method for conducting the research, employing the concept of analytical comparison by author Mark Van Hoeck, allows for analyzing similar concepts in different legal systems. Concluding that the model adopted for resolving constitutional review resulted in one power standing out over the others, the judiciary, continuing the tension between the powers, but increasing the clashes between the legislative and the judiciary, with this tension being considered typical within a democratic model.

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.

BEÇAK, Rubens; LIMA, Jairo Neia. Uma abordagem institucional sobre o papel do dissenso na democracia. *Juris Poiesis*, v. 20, n. 23, p. 125-139, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm. Acesso em: 10 de julho de 2024.

DOS SANTOS, Beatriz Tavares Fernandes; LIMA, Jairo; PAIVA, Leonardo Paschoalini. Metodologia Comparativa-Culturalista em Direito Constitucional: modelos de abordagens com México e Colômbia. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 8, n. 15, p. 41-66, 2024.

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da constituição estadunidense. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, 2022.

VIEIRA, José Ribas et al. O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América-Autonomia e impasses. *Revista de Informação Legislativa. Brasília a*, v. 43, 2006.

BRAZILIAN DEMOCRACY CRISIS: MILITARY AND RIGHT-WING POPULISM

Vinicius Gomes de LIMA¹

The crisis of liberal democracy is a phenomenon that continues to be a major subject in political theory: scholars such as Jacques Rancière, Chantal Mouffe, Seyla Benhabib and Nancy Fraser have dedicated recent decades to exploring how traditional parliamentary democracies are experiencing processes of institutional erosion, the rise of right-wing populist movements and regressive shifts in the domain of fundamental rights.

Brazilian reality is not exempt from this era of crisis. Over recent years, Brazilian politics has been confronted with a pattern of threats to democratic institutions, rising support for military dictatorship, an escalation of police violence, and the establishment of regressive policies in the area of social rights, framed by the concept of abusive constitutionalism, where constitutional frameworks are manipulated to subvert the principles of liberal democracy (Barboza; Filho, 2018, p. 84).

Besides the global tendency of democracy crisis, the Brazilian *post-democracy* exhibits specific nuances that differentiate it from the experience of the Global North. By post-democracy, I adopt here the notion that it represents a governmental *praxis* in which there is a conceptual legitimization of a democracy that exists after the *demos*, whereupon, a democracy that has eliminated the people (Rancière, 1996, pp. 104-105). Chantal Mouffe (2020, pp. 39-40), in turn, argues that post-democracy is a form of democracy devoid of agonism, where the *demos* is reduced to a liberal-economic component at the expense of political principles such as freedom and equality.

A specific experience of Brazilian post-democracy is the conflitual relationship between national democracy and the military. The structure of the Brazilian military dictatorship, which allowed for a coexistence of authoritarian and competitive-democratic elements, influenced the institutional design of the redemocratization process and reserved a significant role for the military in the constitutionalism of the *Nova República* (Barboza; Filho, 2018, p. 82).

In Brazil, the end of the dictatorship occurred through a conciliatory pact that has allowed some legacies of the dictatorial era to persist to this day. In the first instance, the drafted Constitution did not alter the organization related to the Armed Forces, state Military Police, the military judiciary system, and public security in general, thereby maintaining various structures from the authoritarian 1967 Constitution (Zaverucha, 2010, p. 45).

¹ Master's student in Legal Science at State University of Northern Paraná (since 2024). viniciusglima.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5398294058531525>

The new Constitution also did not repeal the provisions of the controversial *Lei da Anistia*, “the amnesty law” which does not allow for the prosecution and trial of military personnel involved in human rights violations between 1961 and 1979.

Recently, during the Bolsonaro’s administration, there was a wave of appointments of military personnel to positions traditionally held by civilians. In the Ministry of Health, for example, almost the entire administrative structure was occupied by military personnel during the COVID-19 health emergency, including the minister himself, who was a general with no training or experience in public health (Kozicki, Chueiri, Silva, Bonatto, 2020, p. 141).

The presence of the military in politics and their relationship (currently under investigation) with coup plots, especially because of the January 8, 2023, attack, prompts the following research question: How do Brazilian military personnel fit into the context of the democratic crisis or post-democracy in Brazil?

As an initial hypothesis of investigation and proposition, the study suggests that the actions of the military following Brazilian re-democratization are characterized by a lack of commitment to constitutional-democratic values. This lack of commitment is currently represented by their alliance with sectors of national authoritarian populism.

For a better understanding of hypothesis, this abstract intends to work with the categories of "populism" and "authoritarian populism" from the theory of Chantal Mouffe and Ernesto Laclau. In Mouffe’s framework, populism is viewed as “[...] a political frontier that divides society into two camps, appealing to the mobilization of those below against those above.” (Mouffe, 2017, p. 21). Mouffe develops Laclau’s concept of populism, arguing that populism is not a form of ideology but a way of constructing a group. For populism existence, there must be an antagonistic frontier separating the people from the power, and a unifying articulation of demands that enables the existence of a “people.” (Laclau, 2005, p. 99).

For Laclau, populism can take different forms—right-wing populism or left-wing populism. In all these forms, populism will manifest in an imprecise and fluid manner, arising from a conjunction of various demands (Laclau, 2005, p. 151).

As a provisional conclusion, the study adopts the position that a post-democratic perspective in Brazil—where authoritarian populism prevails as the primary political discourse—serves as a strategic measure for the preservation of military power, since there is no structural commitment of the armed forces to the pluralistic democracy advocated by the Constitution.

REFERENCES

- BARBOZA, E. M. Q.; FILHO, I. N. R. Constitucionalismo Abusivo: Fundamentos Teóricos e Análise da sua Utilização no Brasil Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 79–97, 2019
- KOZICKI, K.; CHUEIRI, V. K. de; SILVA, R. D. P.; BONATTO, M. Militarização da Saúde: Crise e as Relações Cívico-Militares no Governo Bolsonaro. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 96, 2021.
- LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- MIRANDA, P.F.M. **E depois da pós-democracia? A participação social brasileira na disputa política entre o neoliberal-autoritarismo e a democracia-radical**. 2023. 232 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023.
- MOUFFE, C. **El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Barcelona: Paidós, 1996.
- _____. O desafio populista. Tradução de André Langer. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 508, p. 18-23, ago. 2017.
- _____. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de Sociologia Política, Curitiba, n. 25, p. 165-177, jun. 2006.
- _____. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo, SP: Autonomia Literária, 2020.
- RANCIÈRE, J. **Ainda se pode falar de democracia?** Lisboa: KKYM (edição *Kindle*), 2014a.
- ZAVERUCHA, J. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Editora Boitempo, 2010.

NOTES ON BRAZILIAN CENTRIFUGAL FEDERALISM BY THE PRINCIPLE OF CONSTITUTIONAL SYMMETRY: LEGALLY SYMMETRIC AND FACTUALLY ASYMMETRIC

Isadora Fernanda LATINI¹

The abstract has the scope of investigating Brazilian centrifugal federalism and the application of the principle of symmetry by the Federal Supreme Court, if it has been determining the need to reproduce a federal model of organization by member states. The text will analyze if these court decisions affect the autonomy of federated entities. This judicial action by the Brazilian constitutional court has occurred through trials without the possibility of opening political debates by the legislative and executive powers. The approach to the notes used the deductive research method, starting from the general concepts of federalism to the specific analysis of the alleged need for constitutional symmetry in the judgments of the Federal Supreme Court as a unilateral power that acts in an attempt to build a federation, but ends up concentrating powers in the Union to the detriment of states and cities.

A country is federal when within a unit there are several social groups concentrated in geographically distinct areas and that identify with something in common, forming a larger society. The federation, therefore, presupposes the unification of political, cultural and linguistic diversities. However, like some countries on the African continent, there is a high degree of cultural and economic incompatibility, which causes asymmetry in the federation, a situation called perverse federalism.²

Brazilian three-dimensional federalism (Union, states, federal district and cities) disregards regional factual asymmetries and the Federal Supreme Court reinforces normative symmetry between federated units, especially in decisions taken in constitutionality control. The Federal Supreme Court had the character of a court for the benefit of the Union entity with constant centralization of powers, to the discredit of the states, federal district and cities.

The number of rules for mandatory reproduction of the 1988 Federal Constitution in state constitutions demonstrates the centralizing or decentralizing character, which implies the form of federalism: centrifugal, centripetal and cooperative. In the United States of America, the federative pact occurred through centripetal force, that is, through aggregation, the pact came from the union of sovereign and autonomous states into a federation. On the other hand, in Brazil the federative pact occurred through centrifugal force, that is, through unitary disaggregation, with the constant

1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná PPGD/UENP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

2 FIORI, José Luis. O federalismo diante do desafio da globalização, 1995, p.22/23. Tradução livre.

attempt to bring normative symmetry between the entities, through the decisions of the Federal Supreme Court, a legal thought that has roots in the origin of the Brazilian federation that still demonstrates a predominance of the Union's power over other federated entities. (GOÉS; MELLO, 2018, p. 20-21, *tradução livre*). The principle of symmetry is a jurisprudential creation of the Federal Supreme Court, extracted from article 25 of the Constitution and article 11 of the Transitional Constitutional Provisions Act, and affects the control of constitutionality carried out in state constitutions and normative acts. From this principle arise the norms of mandatory reproduction and the norms that pre-order federated entities, but also limit the autonomy of member states. (CLÈVE; KENICKE, 2015, *tradução livre*)

The Brazilian Supreme Court, without providing a definition and origin of the “principle of symmetry”, makes repeated use of it to render many state laws and normative acts ineffective in a devaluation of local autonomies in the predominance of the reproduction of federal models in all thousands of cities, in the federal district and in the 26 states, under penalty of unconstitutionality. (LEONCY, 2011, *tradução livre*). Therefore, with the strengthening of the principle of symmetry by the Federal Supreme Court, there is coercion on member states in the exercise of their autonomous legislative powers to adopt the Union's normative models as much as possible, even though the wording of the Constitution did not explicitly tell them the need to reproduce these standards.

The principle of symmetry points out that the organization of local powers must be a mirror of the organization of the Union's powers provided for in the Federal Constitution, so that the basic structures of the states are symmetrical to those of the Union (LOPES FILHO, 2019, pgs. 218-219). However, these judicial decisions that determine the application of a constitutional rule expressly directed only to the Union demonstrate a strong centralizing tendency with subordination of the other federated entities and a tendency towards an Absolute Unitary State.

Examples of constitutional rules expressly directed only to the Union, but already identified by the Federal Supreme Court as mandatory reproduction by member states:

(i) Article 63, item I of the Federal Constitution³: prohibition of increased expenditure through parliamentary amendments that increase spending on bills initiated exclusively by the President of the Republic, and the same rule must be applied to governors, by decision of the Federal Supreme Court (Theme 686), Leading Case: Extraordinary Appeal n°. 745.811, Minister Rapporteur Gilmar Mendes. However, it is worth noting that the state constituent in its resulting power, by interpretation understood that such a rule would only be for the President of the Republic.

(ii) Article 83 of the Federal Constitution⁴: loss of mandate of the President and Vice

3 Art. 63. An increase in expected expenses will not be permitted: I - In projects exclusively initiated by the President of the Republic, subject to the provisions of art. 166, § 3 and § 4;

4 Art. 83. The President and Vice-President of the Republic may not, without permission from the National Congress,

President who are absent from the national territory without authorization from parliament, and the same rule must be applied to governors in the state territory. As a result of the principle of symmetry, the state Constitution must establish a sanction for the removal of the governor or vice-governor of the State without the due license of the Legislative Assembly, by decision of the Federal Supreme Court in Direct Unconstitutionality Action nº 3.647-5, minister rapporteur Joaquim Barbosa, who judged paragraph 5 of article 59 of the Constitution of the State of Maranhão to be unconstitutional.

Therefore, there are two problems identified: the 1988 Federal Constitution was promulgated on October 5, 1988, and it is up to the Legislative Assemblies to draft the State Constitutions within 1 year, article 11 ADCT, which was accomplished, but only with the passage. Over time, the Federal Supreme Court began to point out in its decisions implicit mandatory reproduction standards of the Federal Constitution to be followed in state constitutions, discrediting the autonomy that the resulting constituent was supposed to possess.

The second problem is that this judicial activism interfering in the Legislative Power, with the use of the “principle of symmetry” (a beautiful word that is very convincing in a judicial decision) reinforces the centrifugal federative model, reduces the autonomy of the federative entities, and consequently brings homogenization legislative, disregarding regional economic and cultural inequalities.

The proposal is that the Brazilian Supreme Court seeks a model of constitutional jurisdiction that is open to the participation of Member States with debate and local popular participation.

REFERENCES

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 745.811/PA**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17 outubro 2013. Processo Eletrônico Repercussão Geral 686. Data da divulgação: 05 nov. 2013. Data da publicação: 06 nov. 2013. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=182319573&ext=.pdf> Acesso em 20 jun. 2024.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2º ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **Federalismo, centralização e princípio da simetria**. Jus, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45081/federalismo-centralizacao-e-principio-dasimetria>. Acesso em 21 jun. 2024.

be absent from the country for a period exceeding fifteen days, under penalty of loss of office.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Pacto federativo brasileiro: desafios na contemporaneidade**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 22, n. 43, p. 18-35, dez. 2018.

LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente**. Tese. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências Federativas na Constituição e nos precedentes do STF**. 2ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 218.

SOVEREIGNTY: THE COMMON ELEMENT OF ABSOLUTISM AND CONSTITUTIONALISM

João Pedro Felipe GODOI¹

Absolutism and constitutionalism are distinct, even antagonistic and conflicting, models of political organization, with the latter emerging as a response to the decline of the former. Nevertheless, some contextual similarities between these two paradigms can be discerned: in addition to the revolutionary contexts that characterized the consolidation of these models, the development of both paradigms fostered theoretical advancements in the concept of sovereignty. Specifically, the religious civil wars in 16th-century France, which politically destabilized the country to the point of jeopardizing the maintenance of the monarchy of the time, provoked and influenced the development of Jean Bodin's sovereignty theory, as expounded in his work *The Six Books of the Republic* (Florenzano, 2007, p. 31; Lenz, 2004, p. 123). In turn, it was within the revolutionary context of 18th-century France that Joseph Sieyès developed his theory of constituent power, closely linked to the idea of popular sovereignty (Alves; Lima, 2017, p. 54).

Therefore, initially, it can be inferred that both the solidification of absolutism and its downfall, leading to the rise of constitutionalism, stimulated, on a theoretical level, discussions about the concept of sovereignty. With this in mind, this summary aims to address the following question: based on Bodin's theory of sovereignty and Sieyès' theory of constituent power, how can an alignment between absolutism and constitutionalism be established? As a hypothesis, the idea is raised that both paradigms share the structuring of their legitimacy around the concept of sovereignty. This suggests that the notion of sovereignty was mobilized as a legitimizing element in distinct models of political organization, and despite the institutional rupture caused by the French Revolution, the mode of political legitimation of the emergent regime was guided by the concept of sovereignty, similar to Bodin's theorization of absolutism.

As mentioned earlier, France experienced political and social instability during the 16th century due to religious civil wars. In this context, Bodin published *The Six Books of the Republic*, aiming to mitigate religious conflicts and to establish a foundation to legitimize monarchical states (Lenz, 2004, p. 123). The framework developed by Bodin revolves around the concept of sovereignty, which, for Bodin (2011, p. 195), constitutes an absolute and perpetual power of the Republic. It is a constitutive element of the Republic, responsible for ensuring unity and cohesion

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ - 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.

among its members as a political body, under the authority that commands over all and is subordinate only to God (Barros, 2009, p. 64; Lenz, 2004, p. 126). Thus, the sovereign would be a legitimately constituted authority over all, forming an argument that could discontinue the political disputes of the time. This illustrates Bodin's understanding that strengthening and legitimizing the monarchy could restore peace and unity in France.

However, centuries later, the absolutist model again faltered in France, losing the legitimacy it had gained after its consolidation during the religious civil wars era. Therefore, the promise of stability made by absolutist monarchy, which had quelled religious wars, no longer sustained its political structure in the face of public discontent (Koselleck, 1999, p. 19-20). Dissatisfaction with monarchical power was widespread, encompassing not only the lower classes but also the social orders that held privileged positions, including the French bourgeoisie (Pires; Lima, 2021, p. 160).

During the French Revolution, the insurgents' goal was precisely to gain greater access to political spaces, as evidenced in the pamphlet authored by Joseph Sieyès titled *What is the Third Estate?* In essence, Sieyès argued that a nation's prosperity depended on private labors and public functions. Members of the Third Estate, comprising "peasants, merchants, scientific professions, and liberal workers" (Pires; Lima, 2021, p. 161), engaged in private labors but also held public functions. Thus, the demand of this Third Estate, voiced by Sieyès, was for political power, advocating for decision-making power by those who produced the country's wealth but lacked the right to determine its course.

Sieyès' theory of constituent power initially presented a democratic aspect, opening the possibility for the legitimacy of a new Constitution to be built upon the concept of national sovereignty. However, "popular sovereignty is tempered by political representation" (Pires; Lima, 2021, p. 171), with constitutional limitations placed on popular manifestations. Thus, despite the structural changes brought about by the French Revolution, including the overthrow of a political regime and the establishment of a new order, in terms of the exercise of political power, little change can be observed, as political centralization that was once centered around a single sovereign now revolves around representatives of the nation (Florenzano, 2007, p. 35).

In essence, the perceived change in the ownership of sovereign power did not result in significant alterations in the exercise of political power, but rather a shift in political leadership from the nobility to the bourgeoisie (Pires; Lima, 2021, p. 171-172), maintaining political-administrative centralization and the exclusion of the lower classes from decision-making spaces. Thus, it is evident that the concept of sovereignty was articulated in Sieyès' theory of constituent power as a supporting element for the legitimacy of the emerging political order. Despite contextual

and theoretical specifics, it can be argued that Sieyès relied on the same concept used by Bodin to legitimize a political-juridical paradigm. This leads to the conclusion that even though they are distinct and conflicting paradigms, the theoretical legitimization for both was based on the same concept: sovereignty.

REFERENCES

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Néia. Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 1, p. 45-59, jan./abr. 2017

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Soberania e República em Jean Bodin. **Discurso**, n. 39, p. 59-84, 2009.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011.

FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. **Lua Nova**, n. 71, p. 11-39, 2017.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999.

LENZ, Sylvia Ewel. Jean Bodin: as premissas de um Estado soberano. **Mediações -Revista de Ciências Sociais**, v. 9, n. 1, p. 119-134, 2004.

LIMA, Jairo Néia; PIRES, Matheus Conde. 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.

THE COMPOSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND REPRESENTATION OF SOCIETY IN THE JUDICIARY

Felipe Andrei Bonifacio SOUZA

The theme of the present study is related to the composition of the Federal Supreme Court. Although Brazilian society is predominantly female and non-white, most Ministers, over the years, have been made up of men and whites. Thus, the problem to be faced in the research is the following: to what extent is the Judiciary an institution representing society, based on the composition of the Federal Supreme Court?

As an initial hypothesis of this research, it is assumed that the Judiciary must also represent Brazilian society, even if the nomination process does not have popular participation.

According to the 1988 Federal Constitution, the eleven Ministers of the Federal Supreme Court will be appointed by the President of the Republic, whose choice must be approved by the absolute majority of the Federal Senate. The requirements for choosing these individuals are present in article 101, caput, of the Constitution, being: (i) being over thirty-five and under seventy years of age; (ii) possess notable legal knowledge; (iii) have an unblemished reputation (Brasil, 1988).

In this sense, the 2022 Census, carried out by the Brazilian Institute of Geography and Statistics, demonstrated that 55.5% of the Brazilian population identifies as black or brown, 43.5% as white, 0.6% as indigenous and 0.4% as yellow. Furthermore, 51.5% of the population is made up of women and 48.5% of men. Among other statistics, the Census brought to light Brazilian diversity and the preponderance of the female population in the country (IBGE, 2023).

However, over the years, the composition of the Federal Supreme Court has shown itself to be mostly white men. In a society of privileges, it is known that different layers of the population do not have the same opportunities. The disparity of opportunities is seen throughout the Judiciary, but in the STF, the summit of this Power, the elitization of prestigious positions in Brazilian society is even more obvious.

Recently, the National Council of Justice, concerned about the lack of representation of women in the second instance of the Judiciary, approved Resolution nº 525, of September 27, 2023, aiming to create a gender alternation policy when filling vacancies for the second instance of the Judiciary. Thus, to promote judges, the courts will use the exclusive list for women, alternately, with the traditional list, in promotions based on the criterion of merit (Conselho Nacional de Justiça, 2023). However, the rule does not cover the Federal Supreme Court, given that the CNJ does not have administrative jurisdiction over the highest instance of the Brazilian Judiciary.

It is noted that, although the National Council of Justice, the administrative body of the Judiciary, begins to worry about the issue of women's representation at the top of the courts, the same is not yet true about the constitutional criteria for the appointment of Ministers to the Federal Court of Justice. This study intends to specifically address the STF, considering issues of society's representation in that Constitutional Court.

Lima, Bueno and Stamile write about the inclusion of women in the composition of the STF considering the legitimacy of the Constitutional Courts. On the subject, they state that the Judiciary cannot serve as a replicator of violence imposed against women, as its legitimacy of action would be compromised in the face of maintaining the invisibility of women judges (2021, p. 250).

Regarding political representation, Miguel says that one of the problems related to the subject is that there is a rupture in the link between the will of those represented and the will of the representatives, given that the latter have different social characteristics than those (2014, p. 16). Furthermore, taking into account the tension between constitutionalism and democracy that exists today, Pires and Lima (2021, p. 179-180) note that the democratic drive contained in Rousseau's ideals, whose theory states that the people are the sovereign and legitimizes the constitutional and legal order, which influenced the French Revolution, was cooled by the systematization of Sieyès' constituent power, in which there was a simplification of social plurality in the identity of the statements made by the representatives.

Thus, the authors' vision demonstrates that there are many debates and that the topic of political representation is very complex. Regarding the STF, the President of the Republic, elected by the people, as well as the Senators, are those who participate in the process of appointing Supreme Court Ministers, meeting the criteria established in article 101 of the Federal Constitution.

Therefore, it is concluded that the discussion about representation in this court is important, considering equal opportunities and affirmative actions. In this sense, actions such as Resolution nº 525 of the National Council of Justice demonstrate the concern with equality between men and women in access to the position of judges. It would be relevant to discuss the extension of these measures to other social minorities. Furthermore, it is necessary to assess whether the process for choosing Ministers of the Federal Supreme Court could also undergo changes, aiming for a more plural body consistent with Brazilian society. Therefore, there is a need for an in-depth study of the issue.

REFERENCES

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 525, de 27 de setembro de 2023**. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1449432023092865159287cb773.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2024.

IBGE. **Panorama Censo 2022**, 2023. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 09 jul. 2024.

LIMA, Jairo Néia; BUENO, Marcela Pradella; STAMILE, Natalina. Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das cortes constitucionais. **Revista Direito Público**, v. 18, p. 217, 2021.

LIMA, Jairo Néia; PIRES, Matheus Conde. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucional de Sieyès. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, v. 13, p. 156-183, 2022.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014. v. 1. 331p.

THE DUE DILIGENCE MECHANISM AS A TOOL FOR THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS IN THE COMPLIANCE PROGRAM

Pedro Henrique Hernandes ARGENTINA¹

The present work aims to address the due diligence mechanism, considered one of the tools of the compliance program, applied to the enforcement of human rights in the corporate environment. To achieve the proposed outcome, it was developed deductively and substantiated through literature reviews, including online academic journals, as well as the use of information already available in books, articles, legislation, and other published sources.

The compliance program in Brazil gained greater prominence following a series of scandals in the country, which globally branded it as corrupt. Among these scandals, for example, are Operation Lava Jato, Operation Castelo de Areia, and Operation Carne Fraca.

In the face of this turbulent reality involving renowned companies and the government, integrity programs emerged as a solution. In Brazil, in 2013, Law No. 12,846 was enacted, popularly known as the Brazilian Anti-Corruption Law. The law addresses the accountability of legal entities in civil and administrative spheres for acts committed against the Public Administration and introduces the existence of integrity mechanisms as a mitigating factor. Currently, the law is regulated by Decree No. 11,129, which includes an exclusive chapter on the integrity program.

In this sense, compliance consists of a set of mechanisms and tools developed and implemented by a company with the objective of preventing, detecting, and remedying illicit acts and situations that, even if not criminal, can have negative repercussions. According to the Department of Justice (DoJ, 2023, n.p.), “compliance programs are established by corporate management to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules”. Therefore, being in compliance means adhering to ethical, moral, and obviously legal standards.

For a compliance program to be deemed effective, it must be structured according to certain pillars outlined in the decree referenced as program parameters (Brazil, 2022, art. 57). In this study, the mechanism to be addressed is due diligence.

Due diligence is therefore an important mechanism for identifying risks in third-party relationships. It serves as a way for the company to uphold the ethics and transparency implemented, in that a relationship with a third party that does not adhere to the standards required

¹ Bachelor of Law from the Federal University of Mato Grosso do Sul (UEMS). Postgraduate in Corporate Law and Compliance from the São Paulo Law School (EPD). MBA in Strategic Management of Organizations from the Federal University of Mato Grosso do Sul (UFMS).

by the integrity program can be considered a risk. According to the Department of Justice (DoJ, 2023, p. 7), “a well-designed compliance program should apply risk-based due diligence to its third-party relationships”. Similarly, the United States Sentencing Commission (2023, p. 525) defines it as “exercising due diligence to prevent and detect criminal conduct and promoting an organizational culture that encourages ethical conduct and compliance with the law”.

Due diligence entails a comprehensive inquiry into various pertinent topics aimed at identifying third-party risks, applicable to both individuals and legal entities. For example, it can be conducted when hiring an employee or engaging in business with a supplier, respectively.

Some topics of the research contribute to the enforcement of human rights by aiming to maintain relationships with ethical companies that comply with these rights, considering numerous reports of companies violating human rights principles. According to the United Nations Human Rights Council (2011, p. 16), “a human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impacts on human rights”.

Technically, the due diligence report can vary according to the specific needs and risk mapping, which are not uniform across all relationships. However, certain common inquiries often include assessments that safeguard human rights.

In Brazil, it is common to conduct research using the list provided by the Public Prosecutor's Office, popularly known as the "Dirty List" (Lista Suja). This list includes the names of individuals and legal entities identified as engaging in the crime of forced labor. According to Kelly (2013, n.p.), “companies stay on the list for two years, during which time they have to prove they are making concerted efforts to clean up their supply chains and pay a series of fines and unpaid labor taxes”.

A media search is also conducted, involving multiple internet searches on platforms such as Google to identify any news or reputational exposure, which may include human rights violations.

Searches are conducted on the IBAMA portal to verify any environmental violations, which indirectly impact the advancement of human rights.

Thus, without intending to exhaust the presented topic, the main focus of this work was to address the importance of implementing compliance programs in the corporate world, while highlighting one of its pillars, due diligence. This mechanism aims to identify potential risks in relationships with the goal of preventing any risk, including those that affect human rights.

Therefore, due diligence is an important tool for identifying companies that violate human rights. Given that companies are seeking relationships with companies that have high standards of compliance, due diligence prevents exposure to risk.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11129.htm. Acesso em 19 de jun. de 2024.

KELLY, Annie. **Brazil's 'dirty list' names and shames companies involved in slave labour**. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2013/07/brazils-dirty-list-names-and-shames-companies-involved-in-slave-labour/>. Acesso em 27 de jun. de 2024.

U.S. Department of Justice Criminal Division. **Evaluation of Corporate Compliance Programs**. Março, 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em 10 de jun de 2024.

U.S. Department of Justice. **Principles of federal prosecution of business organizations**. Março, 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em 22 de jun. de 2024.

UNITED NATION HUMANS RIGHT. **Guiding principles on Business and Human rights**, 2011. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights>. Acesso em 28 de jun. de 2024.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, **Guidelines Manual**, Novembro, 2023. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2023/GLMFull.pdf>. Acesso em 08 de jun. de 2024.

THE JUDGMENT OF ADPF NO. 188 AND ITS EFFECTS ON EDUCATIONAL FUNDING POLICY IN BRAZIL

Marcela Luísa FOLONI¹
Beatriz Tavares Fernandes dos SANTOS²

The education salary, established by Law No. 4,440 on October 27, 1964, is a social contribution paid by companies for the purpose of financing basic education, managed by the National Fund for Educational Development (FNDE). This is established in the constitutional text (art. 212, § 6, of the Brazilian Federal Constitution of 1988)³.

With the approval of Constitutional Amendment No. 53/2006, which amended article 212, § 6, of the Federal Constitution of 1988, it was established that the quotas paid for the “education salary” should be distributed proportionally to the number of students enrolled in basic education in public school (Brazil, 1988). However, in the distribution of the FNDE money, not only the number of students enrolled was directly observed, as established by EC No. 53/2006, but also another criterion: the state and municipality in which the funds had been collected. As a result, states like São Paulo, for example, received up to 10 (ten) times more than others, such as Maranhão, the state with the highest proportion of people in extreme poverty in Brazil.

In this context, nine northeastern states (Pernambuco, Sergipe, Piauí, Ceará, Alagoas, Bahia, Maranhão, Rio Grande do Norte, and Paraíba) proposed the ADPF No. 188, filed on September 1st, 2009, and judged by the Supreme Court on June 15, 2022, taking effect from January 1, 2024. In the ADPF, it was alleged that article 15, § 1, of the Law 9.424/1996 and article 2 of Law 9.766/1998, both amended by Law 10.832/2003, violated the provisions of articles 149 and 216, § 6, of the Federal Constitution, because the allocation of funds to the place of the collecting source deviated the tax from its purpose of financing public education (Brazil, 2022).

Therefore, considering the context previously presented, this research seeks to answer the following question: how will the judgment of the ADPF No. 188, which recognized the situation of

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do grupo de pesquisa Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB). Foi Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica Voluntária (PICV), financiada pela Fundação Araucária. Atualmente é estagiária na Vara de Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial do Fórum da Comarca de Jacarezinho - Paraná e pesquisadora na área de Direito do Estado com perspectiva de gênero.

2 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR) e bolsista pelo Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação Parcerias Estratégicas com os Estados III (PDPG-FAPIII). Pesquisadora visitante na Universidade de Bolonha (UNIBO) com financiamento pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP).

3 This contribution is considered the second-largest source of funding for public basic education in Brazil. The main source is the Fund for the Maintenance and Development of Basic Education and Valuation of Education Professionals – FUNDEB.

a violation of an infra-constitutional law to a constitutional provision, impact Brazilian education? The hypothesis of this research is that the judgment of the ADPF will allow a more equitable distribution of FNDE funds, reducing the disparity that could be observed before the approval of Constitutional Amendment No. 53/2006.

The discussion proposed in this paper is related to the Group "Constitutional Democracy and its Challenges," as it discusses contemporary challenges to constitutional democracy, more specifically the dynamics of education funding based on the effects of the judgment of the ADPF No. 188.

In its history, the education salary is marked by a series of frauds, as it was even used to finance private schools. Its origin was linked to private interests, as companies that maintained their own teaching service or established scholarship agreements (Menezes; Diniz Júnior; de Souza; Iglesias, 2022, p. 03-07).

This social contribution gained constitutional status with EC No. 01/1969⁴ and was reiterated in CF/88. After its establishment, two amendments directly impacted the education salary: No. 14/1996, to prevent companies' investments in maintaining teaching with their own schools or scholarships from being deducted from contributions, and No. 53/2006, mentioned before (Menezes; Diniz Júnior; de Souza; Iglesias, 2022, p. 03-07).

However, as instituted in infra-constitutional legislation, there was a significant disparity in its distribution. From 2011 to 2017, more than 60% of education salary resources were allocated to the southeast region, with the remainder divided among the other regions of the country. After 2018, the southeast saw a decrease in its tax payment, but it still received more than half of the social contribution resources. Two bills are pending to address this issue: PL No. 1655/2011, by Deputy Dorinha Seabra Rezende of DEM/TO, and PL No. 282/2015, by Senator Raimundo Lira (Lutz, 2021, p. 46-47).

The bills were presented after the proposal of ADPF No. 188 and the judgment occurred before any modification in infra-constitutional legislation. With the judgment of the ADPF, it was established that the allocation of resources should consider exclusively the criterion of the number of enrollments, which guarantees resources for states with lower spending capacity, allowing a more equitable redistribution of the education salary (Lutz, 2021, p. 143).

Thus, it is possible to observe that the criterion of the source of payment previously provided in infra-constitutional legislation violated articles 149 and 212, § 6, of the Federal Constitution, because the first one established that just the Union can establish social contributions, while article 212, § 6° just mention the criterion of the number of enrolled students. The offense to

4 While the 1967 Constitution is in force.

the articles can be verified because the interpretation that linked the constitutional transfer to the place of the collecting source deviated the tax from its purpose (financing education). Consequently, more productive states would receive higher transfers, regardless of the number of students enrolled in schools.

It cannot be forgotten that one of the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil is the construction of a free, fair and supportive society, the eradication of poverty and marginalization, and the reduction of social and regional inequalities as established in its article 3rd of the Constitution (Ferreira; Ribeiro; Souza, 2022, p. 1741). So, the understanding that guarantees that states will receive funds according to need, and not based on its contributory capacity, seems to better align with the Constitution.

Therefore, it can be concluded that one of the immediate effects of the judgment of ADPF No. 188 is a step towards the reduction of regional inequalities and the guarantee of the constitutional precept that it is the State responsibility to provide free public education equally to all citizens, regardless of the State or Municipality they reside in.

REFERENCES

BRAZIL. **Brazilian Federal Constitution of 1988**. Brasília, 1988. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access on: Jun. 26, 2024.

BRAZIL. Education salary must follow the number of students enrolled, decides STF. **Federal Supreme Court Portal**, 2022. Available at: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489005&ori=1> . Access on: Jun. 26, 2024.

BRAZIL. Fundamental Precept Argument No. 188/STF. **Federal Supreme Court Portal**. Available at :<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353698831&ext=.pdf> . Access on: Jun. 27, 2024.

Ferreira, Adriano Fernandes; Ribeiro, Isabella Victória Aranha; SOUZA, Regina Aquino Marques. Special Contributions and Education Salary. **Ibero-American Journal of Humanities, Sciences and Education**, n. 8, p. 1740–1755, 2022.

LUTZ, Diego. **Educational Salary Trajectories (1997-2018) as an Education Financing Policy**. Doctoral Thesis - Postgraduate Program in Education at the Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 287 p., 2021.

MENEZES, Janaína Specht da Silva *et al.* Education salary: mo(vi)ments from the Federal Constitution of 1988. **HISTEDBR On-line**, Campinas, v. 22, p. 1-21, 2022.

THE POLITICAL-ECONOMIC CONTEXT OF THE 1988 CONSTITUTION: BETWEEN DEMOCRATIZATION AND CONTEMPORARY CAPITALISM

João Alexandre de Souza MENEGASSI¹

The research described in this summary starts with the following problem: What was the political-economic context during the period marking the National Constituent Assembly of 1987-88 and the promulgation of the 1988 Constitution? The initial hypothesis is that, beyond the existing debt crisis in Brazil at that time, the country was inserted into a global context of changing the very paradigm of capitalism. This coincides with the rise of neoliberalism, financialization, austerity, labor flexibility; all encapsulated in what is called contemporary capitalism.

Capitalism is a historical social system based on wealth accumulation (Wallerstein, 2001, pp. 13-15 and 37-40). According to David Harvey (2008, pp. 20-22), after the military defeat of fascism and the death of a considerable number of young men in Europe, the quest was for peace and domestic security, and with the "threat" of Soviet communism, a new institutional, political, and economic arrangement was made after World War II. The social conflicts preceding the great wars needed to be mediated and resolved. Hence, a class agreement was made between capitalists and workers, resulting in a combination of state, market, and democratic institutions. The state focused on full employment, economic growth, and welfare. Based on Keynesian consensus, this era began, which Harvey calls "embedded liberalism."

However, the interregnum marking the end of the military dictatorship and the democratization in Brazil is characterized by a deep economic crisis. This crisis aligns with the fiscal crisis of welfare states at the core of capitalism and the developmental crisis at the peripheries. There is a drop in tax revenues and an increase in social expenditures. With the 1973 oil crisis, the era of fixed exchange rates ended. From then on, embedded liberalism became unsustainable (Harvey, 2008, pp. 23-24). The solution was a doctrine that fought Keynesianism and social justice, betting on a state that broke away from the previous agreement made with social movements and unions and ensured monetary stability and adherence to market competition and freedom, a doctrine known as neoliberalism (Anderson, 1995, pp. 10-11).

With the rise of neoliberalism as a response to the welfare state crisis, contemporary capitalism was formed. This is a period of historical capitalism marked by informality and labor flexibility through the productive restructuring of capital, financialization, and rent-seeking as forms of accumulation, neoliberal rationality as the operating logic of businesses, globalization, and the relativization of national sovereignties. Mark Fisher (2020, pp. 61-62) specifies the date this

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado. E-mail: ja.s.menegassi@gmail.com

new form of historical capitalism was born: October 6, 1979. On this date, the Federal Reserve, the central bank of the United States, raised interest rates by 20 points, paving the way for a supply-side economy. The increase aimed to curb inflation but also allowed for a reorganization of distribution and production means. The rigidity of the Fordist production line gave way to labor and capital deregulation.

According to Wolfgang Streeck (2013, pp. 73-82), neoliberalism uses this moment to disintegrate institutions so that the existing marriage between capitalism and democracy in the Welfare State is extinct. The state's dynamics turn in favor of the market, and a permanent financial crisis is established, with a class conflict between those dependent on labor and those dependent on profit. To this end, political-economic decisions are made by technical bodies and bureaucrats, removing them from the social and democratic sphere and from plural decisions. The predominant language becomes that of markets and finance, no longer of rights and constitutions (Mellace; Romeo, 2017, pp. 212-215).

The National Constituent Assembly of 1987-88 was already marked by this change in global historical capitalism. According to Ana Carolina Couto Pereira Pinto Barbosa (2021, pp. 20-27), this moment is especially marked by the external debt crisis. In response to this crisis, the military government and the transition government, starting from the 84 Commission, developed the financial reform designed since the beginning of the military dictatorship (Bercovici, 2010, pp. 81-82).

In other words, almost ironically, it is with democratization that neoliberalism and the new form of accumulation in contemporary capitalism expanded in Brazil, a period marked by the depletion of the developmentalist discourse, incorporating the neoliberal ideology of globalization (Bruno; Caffé, 2017, pp. 1035-1036). According to Daniel Pereira Andrade (2022, p. 680), the transition from dictatorship to the new Republic is marked by factors that were decisive for the consolidation of neoliberalism in the country: (i) widespread financialization of the Brazilian economy; (ii) commercial opening of the Brazilian economy from the Collor government; (iii) emergence of a new form of flexible and competitive management; (iv) effects of financialization and new management forms on the formal labor market; (v) the change in the state's role in the economy; (vi) reformulation of public policies and combating inequality by a neoliberal economic rationality; (vii) the constitution of a new form of life around self-entrepreneurship.

What can be concluded so far, then, is that contemporary capitalism was embedded within the context of the creation of the 1988 Constitution. In other words, the debt crisis occurred because of this existing form of capitalism, corroborating the initial hypothesis of the research.

REFERENCES

WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

FISHER, Mark. *Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?* Trad.: Rodrigo Gonsalves, Jorge Adeodato, Maikel da Silveira. São Paulo: Autonomia Literária: 2020.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

BRUNO, M.; CAFFE, R. Estado e financeirização no Brasil: interdependências macroeconômicas e limites estruturais ao desenvolvimento. *Economia e Sociedade*, v. 26, n. spe, p. 1025–1062, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ecos/a/cMqwL9wPX9kndtKJyC4fWSM/abstract/?lang=pt#>. Acesso: em 2 jul. 2024.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23.

ANDRADE, D. P. Rodadas histórias de neoliberalização no Brasil. *Contemporânea*, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 675-708, 2022. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/1181>. Acesso em: 4 jul. 2024.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

MELLACE, L; ROMEO, A. As “desventuras” dos direitos sociais: entre dificuldades teóricas e crise econômica. *Argumenta Journal Law*, [S. l.], n. 27, p. 192-224, 2017. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/192>. Acesso em: 2 jul. 2024.

STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Trad.: Marian Toldy; Teresa Toldy. Lisboa: Conjuntura Actual, 2013.

CAPÍTULO IX
CRIMINOLOGÍA

"CRISIS DE LA CRISIS": CONTORNOS A PARTIR DE UNA EPISTEMOLOGÍA DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN AMÉRICA LATINA

Fabrizio Romão THOSI¹
Bruna Azevedo de CASTRO²

Se trata de una investigación vinculada al campo de la criminología crítica, cuya epistemología está abiertamente marcada por la radicalización de la crítica al poder punitivo, notoriamente atribuyéndole un carácter irracional y contradictorio en cuanto a sus discursos legitimadores.

La perspectiva aquí adoptada establece como premisa que la criminología crítica surge en el pensamiento del norte global, con la obra "Pena y Estructura Social" de los criminólogos Georg Rusche y Otto Kirchheimer, en 1939. Sin embargo, se añade a este punto de partida la imprescindibilidad de demarcar una trayectoria marginal de la criminología crítica, es decir, el surgimiento de una epistemología crítico-criminológica reivindicada desde una perspectiva latinoamericana. En este contexto, se incluyen autores como Rosa Del Olmo (2017); Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez (2015), Eugenio Raúl Zaffaroni (2001) y, en Brasil, Juarez Cirino dos Santos (1981) y Roberto Lyra Filho (1980; 1981), así como la posición contrahegemónica inaugurada por Roberto Lyra que sentó las bases para lo que sería el recorrido inicial del pensamiento crítico criminológico en América Latina (Carvalho; Matos, 2021).

Así, señalando la posibilidad de vislumbrar la criminología crítica desde un saber "políticamente localizado", especialmente dentro de un escenario de panacea autoritaria (Carvalho, 2023, p. 520) y adoptando la hipótesis de que la criminología crítica atraviesa un proceso de crisis, surge la siguiente pregunta: ¿en qué medida un escenario de crisis puede contribuir al fortalecimiento epistemológico de la criminología crítica desde los márgenes? Además, se verifica la necesidad de señalar un concepto mínimo de "crisis" para el campo crítico-criminológico a partir

1 Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, na linha de pesquisa Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro dos Grupos de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas (IEER) e Eficácia dos Direitos Fundamentais, vinculados à Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Pesquisa nas áreas de Criminologia Crítica, Garantismo Penal e Sistemas Processuais Penais.

2 Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá - área de concentração: tutela de interesses supraindividuais. Bolsista da CAPES (2007 a 2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2005). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2006-2007). Atualmente, é Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), também leciona na graduação em Direito das Faculdades Londrina (Londrina -PR) e Centro Integrado Universitário de Campo Mourão (Campo Mourão - PR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal.

de una revisión bibliográfica de sus teóricos.

No es posible vislumbrar un saber ligado al campo criminológico realmente crítico sin prestar atención al permanente estado de crisis intrínsecamente conectado a la epistemología crítica, sobre todo porque esta es la "única variable constante en el pensamiento criminológico", ya que está orientada a la producción de conocimiento y, además, originada a partir de un instituto que tiene en el fracaso su marca constitutiva: la prisión (Carvalho; Achutti, 2021, p. 02).

Aunque vinculada a un objeto en permanente crisis, no es posible comprender dicho pensamiento desde un supuesto temor de letalidad. Muy por el contrario, la crisis que atraviesa el saber crítico-criminológico tiene una relación directa con la noción de profundización y ampliación, en el sentido de dirigir la producción de conocimiento crítico hacia nuevas perspectivas (Melossi, 1984, p. 514).

En el esfuerzo de redirigir la criminología crítica hacia nuevos horizontes, parece crucial la superación de barreras internas en relación con los propios investigadores insertos en este campo. La producción de conocimiento en la criminología crítica desde los márgenes, especialmente en Brasil, debe pasar por un proceso de autoanálisis orientado principalmente a no propagar categorías como formas de "dogmatización" de la criminología, así como un esfuerzo contraideológico de rechazar las narrativas neoliberales de "fin de la historia" (Carvalho, 2023, p. 538/539).

Desde esta perspectiva, la producción criminológica en el campo crítico debe redirigir su enfoque hacia la visualización empírica de la realidad, apta para revelar aspectos "aparentemente secundarios", pero cruciales para desnudar la realidad. Sin embargo, no basta con visualizar, es necesario insertar la observación dentro de un marco teórico, debidamente historicizado y preocupado por las relaciones sociales (Carvalho, p. 534/535). La preocupación por la no automatización en la reproducción de categorías criminológicas encuentra apoyo en la necesidad de impedir el uso de "empirismos rastreros" o un "marxismo perezoso", marcados por la confusión de "esfuerzos teóricos con ideología panfletaria" deduciendo toda una realidad a un concepto mitológico (Carvalho, p. 535).

La necesidad de conciliación entre la realidad observada y su comparación con teorías abstractas parece revelar la posibilidad de una praxis criminológica, sobre todo porque las categorías abstractas son necesarias para la comprensión de la realidad, como señaló Louis Althusser en el prefacio de "El Capital" al conceptualizar la abstracción como algo "terriblemente concreto" (2023, p. 42).

Ante la pretensión de expansión del alcance de la criminología crítica como pretensión de convertirse en praxis, es decir, interferir en la realidad, es indispensable la necesidad de conciliación y formulación de pautas mínimas para unir los saberes de la criminología crítica con los

movimientos sociales, grupos indispensables en la línea de frente contra el autoritarismo. Esto no significa un abandono de la tensión de eventuales pautas con sesgo punitivo, sino una tentativa de encuentro a partir de pautas mínimas, que pueden ser visualizadas, por ejemplo, a partir de postulados del garantismo penal (Carvalho, 2023, p. 553).

Concluyendo, la existencia de un estado de crisis no letal, sino de perfeccionamiento en una epistemología orientada a un objeto en permanente crisis – por eso "crisis de la crisis" – puede, a partir de la expansión de la visión teórica hacia una perspectiva más empírica y de intersección con los movimientos sociales, superando así el estado de "desánimo" que marcó la relación en las últimas décadas, producir un acercamiento de la criminología crítica a un movimiento de praxis y, así, avanzando hacia el objetivo autofágico de la criminología crítica: la superación de su objeto de estudio.

REFERENCIAS

ALTHUSSER, Louis. Advertência aos leitores do Livro I d'O Capital. In: MARX, Karl. **O Capital**. Livro I. 3 ed. São Paulo: Boitempo, 2023.

BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. **O Pensamento Criminológico I**. Uma análise crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CARVALHO, Salo. ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa em Risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Revista Sequência**, v. 42, n. 87, 2021.

CARVALHO, Salo. **Curso de Criminologia Crítica Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

CARVALHO, Salo; MATOS, Lucas Vianna Matos. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da Criminologia Crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, 2021.

LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Radical. **Revista de Direito Penal**, v. 31, 1981.

LYRA FILHO, Roberto. Carta Aberta a um Jovem Criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais. **Revista de Direito Penal**, n. 28, 1980.

MELOSSI, Dario. Está em crisis la 'Criminología Crítica'? **Nuevo Foro Penal**, v. 26, 1984.

OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. A perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

EL FENÓMENO DE LOS JUICIOS PARALELOS EN BRASIL

Andrea Gómez MARTÍNEZ

INTRODUCCIÓN

Los juicios paralelos, entendidos como la indebida influencia de los medios de comunicación y la opinión pública sobre los procesos judiciales, surgen como un fenómeno de creciente trascendencia.

En el estudio de esta materia, resulta imprescindible analizar casos concretos que ilustren su funcionamiento en la práctica. Con el fin de subrayar la dimensión internacional de los juicios paralelos y, en honor al país anfitrión del presente Simposio, es pertinente extender nuestro análisis a Brasil.

Para ello, mencionaremos tres casos brasileños que han captado la atención mediática de manera significativa. Al examinarlos brevemente, nos enfocaremos en aspectos clave como la cobertura mediática, la reacción pública y las posteriores repercusiones legales y sociales.

Con esta breve introducción, se invita al lector a reflexionar sobre las implicaciones que este fenómeno presenta en los diferentes contextos culturales y jurídicos. Un tema de estudio de creciente importancia, dada la acusada globalización de la información y la clara omnipresencia de los medios de comunicación.

DESARROLLO

En primer lugar, nos referimos al caso de Daniella Pérez, acontecido en 1992, sentando las bases para una posterior modificación de la legislación brasileña, como veremos.

El asesinato de la joven cobró un gran protagonismo en la prensa nacional, alcanzando una inmensa cobertura mediática. Asimismo, se ha de tener en cuenta que la notoriedad alcanzada se vio amplificada por la fama de los implicados.

Como elementos comunes a los juicios paralelos, señalaremos la publicación de reportajes sensacionalistas, multitud de programas de televisión “a la carrera” y una amplia dicotomía presente en la sociedad brasileña respectó a las posibles conceptualizaciones de la palabra justicia.

Además, no podemos finalizar la breve exposición de este suceso, sin mencionar su relación con un significativo cambio en la legislación brasileña, más concretamente con la aprobación de una enmienda al Código Penal, conocida como la *Lei dos Crimen Hediondos*. Este cambio legislativo fue visto como una respuesta directa a la indignación pública generada por el asesinato de Daniella Perez y la percepción de que los castigos para tales crímenes eran demasiado leves.

Otro de los casos seleccionados, en el que el papel de los medios de comunicación fue protagonista durante el mismo desarrollo, es el de Eloá Cristina Pimentel (2008). El incidente fue retransmitido en vivo por los distintos medios, con una cobertura constante que siguió cada instante del desarrollo del secuestro. Se mostraron imágenes del cerco policial, de las negociaciones, de las reacciones de la familia y amigos, e incluso de la propia víctima.

Todo ello generó un gran interés por parte de una ciudadanía conmovida a través de las diversas connotaciones emocionales de la narración mediática. Asimismo, la sobreexposición del caso fue objeto de críticas, argumentando una posible influencia negativa en las negociaciones y en la actuación policial, quienes no estuvieron exentos de comentarios, juicios y opiniones.

Finalmente, nos referiremos al caso Isabella Nardoni (2008). En esta ocasión, una vez más, los medios siguieron cada detalle de la investigación y posterior juicio, generando un enorme interés público. Las imágenes del lugar del crimen, los informes forenses y las declaraciones de testigos se difundieron ampliamente.

Se presentaron teorías, reconstrucciones del crimen y entrevistas con expertos, propiciando un ambiente en el que se la opinión pública se formó rápidamente y de manera contundente. El caso se convirtió en tema de discusión en todo el país, la narrativa sentenció a los culpables antes de obtener un veredicto oficial y se exigió la condena al sistema de justicia, reflejando así el clamor popular.

La selección de los casos no es fortuita. Resulta interesante analizar los distintos escenarios sobre los que recayó la mirada pública. Un crimen pasional, un secuestro y un crimen en el ámbito familiar. Todos estos sucesos muestran circunstancias muy distintas, sin embargo, el tratamiento de unos y otros reviste una naturaleza muy similar.

CONCLUSIONES

La presión sobre el sistema de justicia, con el fin de satisfacer las expectativas de justicia de la sociedad, se muestra consolidando percepciones públicas sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados.

Estos casos subrayan la poderosa influencia de los medios de comunicación y la opinión pública en los procesos judiciales, destacando la necesidad de un equilibrio cuidadoso entre el derecho a la información y la preservación de una justicia imparcial.

Ninguno de estos casos ha permanecido en el olvido, sino que se han ofrecido recordatorios de los mismos a través de diversos medios: entrevistas, mensajes en las redes sociales, reportajes conmemorativos en prensa y televisión y un largo etcétera, que dificulta, cada vez más la reinserción del individuo en la sociedad.

GRUPOS DE REFLEXIÓN PARA PERPETRADORES DE VIOLENCIA EN EL ESTADO DE PARANÁ A LA LUZ DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Carla BERTONCINI¹

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO²

El trabajo trata de grupos de reflexión para hombres que han cometido actos de violencia contra mujeres, con un enfoque regional. Se trata de una política pública prevista por la Ley Maria da Penha (Brasil, 2006), incluso como opción de medida de protección de emergencia, que se ha expandido por todo Brasil en los últimos años, especialmente en el estado de Paraná.

El Mapeo Nacional realizado en 2023 reveló la existencia de 498 iniciativas brasileñas. De ellas, 133 se localizan en el estado de Paraná, la unidad federal con mayor incidencia de esta política pública (Beiras; Martins; Hugill, 2024). Para comprender las minucias de este contexto, y sin pretender ser exhaustivos, se llevó a cabo la investigación.

De hecho, hay una alta incidencia de violencia de género en el Estado. Según la Secretaría de Seguridad Pública, sólo en 2024 se registraron 100.747 casos de violencia contra la mujer, de los cuales 34.153 tuvieron lugar en el ámbito doméstico, familiar o de las relaciones íntimas (Estado de Paraná, 2024b).

Considerando este escenario, el 11 de abril de 2024 se publicó la Ley 11.637, que "Consolida la legislación paranaense en materia de derechos de las mujeres, creando el Código de la Mujer del Estado de Paraná". La sección IV de la ley prevé principios y directrices para "programas de reflexión y responsabilización de los autores de violencia doméstica y familiar contra las mujeres" (Estado do Paraná, 2024a).

Establece, entre sus principios, la perspectiva de responsabilizar al autor de la violencia, y entre sus directrices, la premisa de que los grupos tendrán carácter reflexivo y responsable, y deberán ser coordinados preferentemente por profesionales de Trabajo Social, Psicología y Derecho (Estado de Paraná, 2024a).

1 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC (2011). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2001). Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (1992). Advogada. Atualmente é 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, Campus de Jacarezinho/PR e professora de Direito Civil (Direito de Família e Sucessões) da UNIFIO-Ourinhos/SP.

2 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na linha de pesquisa Direito e Vulnerabilidades. Mestra e Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Em parceria com a Editora Juruá, publicou o livro "Violência doméstica contra a mulher: a desconstrução da masculinidade hegemônica". Participante dos Grupos de Pesquisa Direitos: Estado e Bioética, Grupo de Estudos e Pesquisas em Infâncias, Crianças e Educação Infantil (GEPICEI/UENP), e DAV - Direito, Arte e Vulnerabilidades - UENP. Assistente de Juiz III. Professora de Direito Constitucional III e IV da UENP (Regime CRES).

La intersección entre esta política y la ley también se detalla en la Guía Práctica para la Formación y Conducción de Grupos para Perpetradores de Violencia contra la Mujer - parte del proyecto organizado por la Coordinación Estatal para Mujeres en Situación de Violencia Doméstica y Familiar del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná (CEVID TJPR) - que establece que las reuniones tendrán lugar generalmente en la sala de audiencias o en la Sala del Jurado (Greggio et al., 2020).

Teniendo en cuenta el marco teórico de la Criminología Crítica, se plantea el siguiente problema de investigación: ¿cuáles son los problemas de las intersecciones entre la ley y los grupos reflexivos para los hombres autores de violencia? Entre otras hipótesis, la idea de la responsabilización, unida a la implementación de la política por parte de los profesionales del derecho y del sistema punitivo, y en espacios formales como el foro y el tribunal del jurado, tiende a replicar las funciones declaradas de la prisión, repitiendo algunas de las violaciones que allí existen.

Andrade (2012, p. 326), en la discusión Crítica Criminológica, explica que las funciones declaradas de la prisión se han transferido a las penas alternativas, que tienen como objetivo la "resocialización, readaptación, reinserción, reintegración, re...)", con el sistema del código penal-sentencia, todavía reproduciendo los dogmas y gramáticas del modelo punitivo. Aunque los grupos no constituyan necesariamente una pena alternativa, la perspectiva del autor nos permite comprender las consecuencias de intentar conseguir "re..." en las iniciativas. Esta comprensión puede aplicarse, por analogía, a la política pública aquí estudiada.

De esta forma, el trabajo analiza, con reservas, el atravesamiento de grupos reflexivos por el Derecho. Se utilizó el método inductivo, partiendo de las críticas hechas al Derecho por la Criminología Crítica, para concluir que la intersección entre el Derecho y las políticas públicas para hombres tiende a replicar un modelo punitivo. También se realizó una revisión bibliográfica.

REFERENCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

BEIRAS, Adriano; MARTINS, Daniel Fauth; HUGILL, Michele de Souza Gomes. **Mapeamento nacional 2023: grupos reflexivos e responsabilizantes para homens autores de violência doméstica e familiar contra mulheres**. Florianópolis: Editora dos Autores, 2024. Disponível em: <https://margens.ufsc.br/files/2024/03/Recomenda%C3%A7%C3%B5es-e-Crit%C3%A9rios-M%C3%ADnimos-para-GRHAV.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. **Lei 11.340/2006, de 07 de ago. de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 2016.

ESTADO DO PARANÁ. **Lei 21.926, de 11 de abril de 2024**. Consolida a legislação paranaense relativa aos Direitos da Mulher, criando o Código Estadual da Mulher Paranaense. Curitiba, 2024a. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=322496&codItemAto=2050285#2050285>. Acesso em: 05 jul. 2024.

ESTADO DO PARANÁ. **Violência**, 2024b. Disponível em: <https://bi2.pr.gov.br/single/?appid=058d7d0b-7d95-4ada-b6dd-81f50b47e814&sheet=3d31a68f-abfe-4a1e-afa6-d5af5db4d8d8&opt=ctxmenu>. Acesso em: 05 jul. 2024.

GREGGIO, B. *et al.* **Guia prático para formação e condução dos grupos para autores de violência doméstica**. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2020.

LA (IN)EFICACIA DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN DELITOS DIGITALES

Marcos Antonio FRABETTI¹

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías de la información, como la Internet, han exigido una compleja adaptación del Derecho, especialmente en el ámbito del Derecho Penal. El poder punitivo del Estado no es absoluto, limitándose a los principios y garantías fundamentales previstos en la Constitución Federal de 1988, que protegen a los ciudadanos de acciones autoritarias, y, por lo tanto, las investigaciones penales deben seguir protocolos específicos que validen sus resultados.

Así, la investigación busca comprender ¿cómo ha actuado el Estado brasileño para mantenerse al día con las nuevas tecnologías y garantizar la efectividad en el castigo de los delitos digitales? El estudio es relevante porque las tecnologías surgen muy rápidamente y esto es un obstáculo para la investigación criminal y el objetivo del estudio es analizar si existe inversión en policía judicial y si la legislación penal está de acuerdo con las relaciones sociales existentes en el mundo virtual, que garantice una acción efectiva del Estado brasileño para frenar los delitos digitales.

METODOLOGÍA, RESULTADOS E DISCUSIÓN

Para realizar esta investigación el método elegido fue teórico y los procedimientos metodológicos fueron bibliográficos y documentales, con el propósito de buscar sintetizar el pensamiento de autores que escribieron sobre el tema y la legislación pertinente, que conduzcan a la comprensión del tema y a la formación de la hipótesis para la respuesta al problema formulado.

Por intermedio de esta metodología, la investigación científica se basa en el supuesto de que Internet es un sello distintivo de la sociedad contemporánea en lo que respecta a la comunicación, convirtiéndose en una herramienta tecnológica presente en la rutina de las personas y arraigada en la sociedad, reproduciendo en la sociedad virtual las relaciones que existen en la sociedad natural, produciendo efectos tanto positivos como negativos.

En relación a los efectos negativos, la Internet se presenta como un instrumento de poder para realizar actos perjudiciales para las personas, como la difusión de imágenes de niños

1 Estudiante de Maestría en el Programa de Postgrado en Ciencias Jurídicas de la Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2024-2025), Postgrado con especialización en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, del Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO e PROJURIS – Estudos Jurídicos (2021 – 2022). Postgrado con especialización en Derecho Aplicado, de la Escola da Magistratura do Paraná (2003). Licenciado en Derecho por el Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (1998 – 2002). Beca CAPES. Correo electrónico: mafrabetti@gmail.com. Supervisor: Professor Dr. Ilton Garcia da Costa.

explotados sexualmente y el fomento de esta práctica, fraudes, propagación de virus, invasión de la privacidad, etc. La práctica de delitos virtuales posiblemente esté motivada por el sentimiento de impunidad que se cierne sobre la Internet y por la complejidad de la tarea de identificar a los usuarios que cometen actos ilícitos.

Brasil ha logrado avances significativos en la lucha contra los delitos digitales. En 2012, el Código Penal fue modificado por la Ley nº 12.737/2012 tipificando, por ejemplo, la invasión de dispositivos informáticos, como ordenadores. También en 2012, la Ley nº 12.735/2012 creó una comisaría especializada en la lucha contra los delitos digitales, confiando su estructuración a los órganos de policía judicial.

La Ley nº 12.965/20143 también contribuye a combatir los delitos digitales, porque fue creado para regular los derechos y deberes de los usuarios, convertirse en un instrumento para proteger los datos de los usuarios de la Internet, función también atribuida a la Ley nº 13.709/2018, Ley General de Protección de Datos, ya que ella busca proteger la recopilación, el almacenamiento y el intercambio de datos personales recopilados por sitios web y empresas en línea. La legislación más actual relativa a los delitos digitales es la Ley nº 14.155/2021, que modificó el Código Penal, para tipificar los delitos de violación de dispositivos informáticos, hurto y fraude cometidos electrónicamente o a través de Internet, y el Código de Procedimiento Penal, para definir la competencia en las modalidades de fraudes.

Sin embargo, no basta definir conductas típicas para combatir los delitos digitales, dada la complejidad del sistema de red informática, sin mencionar los principios legales que deben observarse cuando se pretende restringir la libertad de los ciudadanos. (Zaniolo, 2012; Maia; Costa, 2023). Los órganos de investigación estatales deben estructurarse de manera que tengan la capacidad necesaria para obtener pruebas que acrediten la autoría y materialidad del delito, sin violar las garantías constitucionales, conforme a lo previsto en la sección LVI, del artículo 5º, de la Constitución Federal (Brasil, 1988).

La recogida de pruebas, por ejemplo, no puede contener errores, bajo pena de invalidar la prueba. (Pinheiro, 2009), y la investigación criminal debe ser capaz de superar las tecnologías que ocultan a la persona que realiza conductas tipificadas como delito digital, garantizando impunidad e incentivando la delincuencia. (Correa, 2002).

Por lo tanto, a pesar del avance de la legislación brasileña, la lucha contra los delitos digitales aún no es efectiva en Brasil y, así, hay que tener acciones constantes, que implican reestructurar la seguridad pública, invertir en capacitación de agentes, adquirir herramientas tecnológicas de investigación forense actuales, ampliar las comisarías de policía especializadas en delitos digitales y actualizar de la legislación.

CONSIDERACIONES FINALES

Las nuevas tecnologías trajeron nuevas formas de ilegalidad, exigiendo del Estado no sólo crear una legislación específica, sino también invertir en una estructura adecuada para combatir los delitos digitales, promoviendo la formación de agentes, la adquisición de nuevas tecnologías de investigación criminal y ampliación de comisarías de policía especializadas en delitos digitales, acciones que deben ser constantes.

REFERENCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso en: 20 jul. 2024.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 2ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAIA, Karolline Barbosa; COSTA, Cezar Henrique Ferreira. Crimes Cibernéticos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 9, n. 10, p. 109–126, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/11580>. Acesso en: 20 jul. 2024.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática e Internet**. 3ª ed. São Paulo: Nobel, 2003.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: LA NECESIDAD DE UNA MIRADA INTERDISCIPLINARIA A UN PROBLEMA QUE EL DERECHO NO RESUELVE

Vitória Aguiar SILVA¹

Al tratarse de un problema estructural, todas las mujeres en los procesos de violencia, dentro de las relaciones de violencia doméstica, no sufren de la misma manera. Las interseccionalidades de género, raza y clase interfieren con la intensidad de la perpetuación del ciclo de violencia y los procesos de victimización están relacionados con los medios de opresión que cada mujer sufre. La forma en que cada mujer es víctima de violencia, la forma de cómo tiene que acceder a justicia o cómo es recibida por el poder judicial, o también por el conocimiento de los derechos de la mujer. Dentro de esa perspectiva, se le atribuye a la esfera jurídica la principal protección y enfrentamientos de este problema social multifacético. De la violencia a la superación del ciclo hay un abismo entre la realidad vivida por cada víctima y la aplicación de la ley, puesto que el Derecho no tiene una estructura auxiliar para las víctimas de violencia doméstica, además de los autos legales.

Por tanto, el objetivo principal del trabajo es analizar el Sistema de Justicia Penal en relación con el combate a la violencia doméstica, tomando como punto de partida la necesidad de un enfoque interdisciplinario. Se tiene como un problema de que el Sistema de Justicia Brasileño, bajo la perspectiva jurídica, contribuye con la desigualdad de género y vuelve más vulnerable a las víctimas de violencia doméstica y una posible alternativa para enfrentar este problema es adoptar un enfoque interdisciplinario. Por lo tanto, el problema de la investigación radica en la siguiente pregunta: Desde una perspectiva jurídica, ¿el Sistema de Justicia Penal Brasileño fomenta la desigualdad de género y vuelve más vulnerables a las víctimas de violencia doméstica? Se parte de la hipótesis de que el Sistema de Justicia Penal por sí solo no resuelve este problema estructural, ya que la selectividad penal también está presente en los procesos de victimización. La metodología de abordaje utilizada es deductiva, partiendo del análisis general de la violencia doméstica como forma de violencia de género, específicamente en lo que respecta al análisis victimológico de la violencia

1 Mestranda em Ciência Jurídica com Área de Concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e Linha de Pesquisa: Direito e Vulnerabilidades pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2023-2024). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é Bolsista de Pós-Graduação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Vulnerabilidades (DAV/UENP) e do Grupo de Pesquisa Ideologias do Estado e Estratégias Repressivas (IEER/UENP), ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Foi estagiária de Direito do Projeto de Extensão Núcleo Maria da Penha/UENP (2021-2022), Monitora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (2020), e servidora voluntária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no Juizado Especial Cível da Comarca de Jacarezinho (2018-2019). Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, financiado pela Fundação Araucária e CNPQ, nos anos de 2018 e 2019. Pesquisadora com ênfase em Gênero, Feminismos, Criminologia e Interdisciplinaridade.

doméstica dentro del Sistema de Justicia Penal.

Para la socióloga Lourdes Bandeira (2014), la violencia de género no se refiere a actitudes y pensamientos de aniquilación de otros, sino que está motivada por expresiones de desigualdades basadas en la condición de sexo, que comienza en el ámbito familiar, en el que se construyen las relaciones de género a partir de un arquetipo de jerarquías. En este sentido, la investigadora entiende la violencia contra las mujeres como un fenómeno social multifacético articulado por facetas psicológicas, morales y físicas y que implica la manifestación de una relación de sumisión y poder.

A nivel internacional, el reconocimiento de la violencia contra la mujer, aunque sin necesariamente hablar de violencia doméstica, se logró en 1979 con la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que institucionalmente nombró discriminación contra la mujer. Con respecto a la interferencia del Estado en la violencia que ocurre en la vida privada, la Convención de Belém do Pará fue innovadora al reconocer la discriminación como una perspectiva de "género", ya que dicho reconocimiento se reflejaba en la obligación de los Estados signatarios de tomar medidas institucionales en la lucha contra la violencia contra las mujeres. En Brasil, el concepto de violencia doméstica fue reconocido a través de la Ley Maria da Penha (Ley 11.340/2006), que introdujo mecanismos en el sistema legal para frenar la violencia doméstica y familiar.

Por tanto, interpretar un problema social multifacético en sus diversas vertientes significa analizarlo de forma interdisciplinaria. La Ley Maria da Penha no se presenta como una legislación interdisciplinaria, sino multidisciplinaria, un concepto similar en la práctica, pero que tiene diferencias teóricas. La socióloga María Cecília Minayo (1991, 2010) entiende la interdisciplinariedad como la articulación de varias disciplinas en las que el foco es el objeto, problema o tema complejo, para lo cual la respuesta de un solo área no es suficiente, y la multidisciplinariedad como la yuxtaposición de disciplinas, cada uno con su propia metodología. A partir del fundamento teórico de Minayo sobre la diferenciación entre interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, es posible ver que la propia Ley Maria da Penha no cumple con los requisitos de la interdisciplinariedad, a pesar de ser reconocida como legislación multidisciplinaria. En la práctica, la diferenciación de estos dos conceptos radica en la superposición de un determinado ámbito sobre el otro.

El Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en colaboración con el IPEA, elaboró en 2019 un informe titulado "El Poder Judicial en la lucha contra la violencia doméstica y familiar contra las mujeres" con el objetivo de analizar el servicio prestado por el Poder Judicial a las víctimas de violencia doméstica y familiar, y en este contexto analizar la realidad de la atención

multidisciplinaria en los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar. Respecto al servicio, los investigadores encontraron que, en general, el trabajo que realizan los equipos técnicos multidisciplinarios se centra en realizar estudios de casos y producir informes y dictámenes para sustentar las decisiones de los jueces, tanto en el otorgamiento/permanencia/revocación de medidas de protección, y para la redacción de sentencias (Consejo Nacional de Justicia, 2019).

El enfoque multidisciplinario establecido en la Ley Maria da Penha se implementa otorgando un mayor papel al sistema de justicia penal, utilizando la esfera penal como una forma de resolver el problema. Este enfoque, en la práctica, reafirma la selectividad criminal tanto en el proceso de criminalización para castigar al agresor como para hacer vulnerables a las mujeres a través de la revictimización.

En relación al Sistema de Justicia Penal, Vera Andrade (2005) entiende que este sistema duplica la victimización femenina en lugar de protegerla, ya que las mujeres se convierten en víctimas de una violencia institucional multifacética en el sistema que expresa y reproduce dos formas de violencia estructural: la violencia de las relaciones sociales capitalistas (desigualdad de clases) y la violencia de las relaciones sociales patriarcales (traducidas en desigualdad de género).

Contrario a lo propuesto, el Sistema de Justicia Penal no cumple con sus funciones declaradas porque al identificar el contexto de violencia, específicamente la violencia doméstica, utiliza otras formas de violencia (simbólica) para impartir justicia, como la violencia institucional, la revictimización y el género procesal. violencia (desacreditar a la víctima como estrategia). Finalmente, la criminóloga Vera Andrade (2005) señala que el Sistema de Justicia Penal no sólo es ineficaz para proteger a las mujeres contra la violencia, sino que duplica la violencia ejercida por ellas al ser un subsistema de control social, selectivo y desigual, tanto para hombres como para mujeres. mujeres, ya que es un sistema de violencia institucional.

Por lo tanto, enfrentar un problema social, que involucra conflictos psicológicos y desigualdades históricas desde una perspectiva jurídica, intensifica las debilidades presentes en la dinámica del problema. Esto ocurre porque el propio sistema legal reproduce todas estas desigualdades, con una apariencia “legal” dentro de un campo de poder institucionalizado y (falsamente) neutral. De esta forma, todos los procesos de vulnerabilidad que atraviesa la víctima en la sociedad se reproducen dentro del ámbito considerado 'resolutivo'. La interdisciplinariedad, en este contexto, se presenta como una forma de abordar el problema de la manera menos revictimizante posible, ya que, en el caso específico de la violencia doméstica, abarcaría la importancia de otras áreas como la Psicología, la Asistencia Social y la Pedagogía sin la perspectiva penal y enfoque punitivo desde el ámbito jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o Sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra mulher. **Revista Sequência**, nº 50, p. 71-102, jul 2005.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado**, [S.L.], v. 29, n. 2, p. 449-469, ago. 2014. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922014000200008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/QDj3qKFJdHLjPXmvFZGsrLq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 jul. 2024.

BRASIL. **Lei N.º11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 01 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Relatório: o Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres**. Brasília: CNJ, 2019. 190 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/377/1/Relat%3%b3rio%20%20O%20Poder%20Judici%3%a1rio%20no%20Enfrentamento%20%3%a0%20Viol%3%aancia%20Dom%3%a9tica%20e%20Familiar%20Contra%20as%20Mulheres.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Disciplinaridade, interdisciplinaridade e complexidade. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 2, n. 10, p. 435-442, nov. 2010. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/1937/1880>. Acesso em: 01 jul. 2024.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Interdisciplinaridade: uma questão que atravessa o sabor, o poder e o mundo vivido. **Medicina**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 2, p. 70-77, abr./jun. 1991.

VIOLENCIA DIGITAL DE GÉNERO: NUEVAS FORMAS, DESAFÍOS LEGALES EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Ethel Shantal Romero TREJO

A lo largo de los años, las nuevas tecnologías han transformado numerosos aspectos de la vida cotidiana, desde la comunicación hasta el acceso a la información y los servicios. Innovaciones como las redes sociales, las aplicaciones de mensajería instantánea y las plataformas de intercambio de contenido han facilitado la conexión y la colaboración a nivel global, proporcionando herramientas valiosas para el empoderamiento personal y profesional. Sin embargo, estas mismas tecnologías han dado lugar a nuevos peligros, especialmente en el ámbito de la violencia digital de género. La facilidad con la que se puede compartir información personal y la capacidad de amplificar contenido abusivo han creado un entorno en el que las agresiones digitales pueden expandirse rápidamente. Así, mientras las tecnologías emergentes ofrecen oportunidades significativas para el progreso social y económico, también presentan riesgos considerables que deben ser gestionados cuidadosamente para proteger a las personas.

En el contexto peruano, la respuesta legal y estratégica a este desafío emergente es crucial para asegurar la protección efectiva de las víctimas y la aplicación justa de la ley. Aunque se han dado pasos significativos con legislaciones como la Ley N° 30364, diseñada para prevenir la violencia contra las mujeres, la adaptación a las complejidades de la violencia digital sigue siendo un terreno pendiente.

La actual legislación peruana, específicamente la Ley N° 30364, no está completamente equipada para abordar las complejidades de la violencia digital de género, lo que deja a las víctimas desprotegidas frente a prácticas como el ciberacoso automatizado, la difusión no consentida de imágenes íntimas generadas por inteligencia artificial, entre otros. Esta laguna legal subraya la necesidad de desarrollar leyes específicas y estrategias de mitigación que incluyan sanciones proporcionales y medidas preventivas para enfrentar efectivamente estas formas emergentes de abuso digital.

La violencia digital de género incluye una variedad de comportamientos abusivos facilitados por las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Estas formas de violencia no solo causan daño psicológico profundo, sino que también perpetúan desigualdades de género arraigadas en nuestra sociedad. La Ley N° 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, se enfoca en diversas formas de violencia, pero carece de disposiciones específicas para abordar la violencia digital facilitada por tecnologías avanzadas como la inteligencia artificial. Esta laguna legal deja a las víctimas

desprotegidas frente a prácticas como el ciberacoso automatizado, la difusión no consensuada de imágenes íntimas generadas por IA, y la manipulación de información personal en redes sociales mediante algoritmos.

Según el Instituto de Estudios Peruanos, un 78% de las mujeres jóvenes han experimentado alguna forma de violencia digital, lo que subraya la urgencia de desarrollar leyes específicas. Además, el Decreto Supremo N.º 008-2016-MIMP, que establece el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021, no incluye explícitamente el acoso virtual como forma de violencia, aunque reconoce el impacto de las TIC. Este reconocimiento de las TIC como herramientas que amplían las disparidades sociales es fundamental para abordar la violencia de género en entornos digitales, subrayando la urgencia de políticas inclusivas y sensibles al género que aborden estas disparidades de manera integral.

Para abordar la violencia digital de género en Perú, se propone analizar la legislación vigente y recopilar datos empíricos sobre su prevalencia y manifestaciones. Esto incluye encuestas y grupos focales con víctimas y expertos para obtener una perspectiva completa de las dificultades al buscar justicia. Se estudiarán casos específicos para identificar barreras legales y vacíos normativos, y se compararán legislaciones exitosas de otros países. Este enfoque permitirá desarrollar recomendaciones prácticas adaptadas a la realidad local para mejorar la respuesta legal y social ante la violencia digital de género.

Enfrentar la violencia digital de género en Perú requiere un marco legislativo robusto y adaptado a las realidades tecnológicas actuales. Es esencial que la Ley N.º 30364 se actualice para incorporar disposiciones específicas que aborden la violencia digital impulsada por la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes. Esto implica la creación de nuevos tipos de delitos como el acoso cibernético automatizado, la divulgación no consensuada de imágenes íntimas generadas por IA y la manipulación de datos personales a través de algoritmos. Es esencial que estas disposiciones incluyan sanciones proporcionales y claras que efectivamente disuadan a los infractores.

Además, se necesita una mayor colaboración entre el sector público, las plataformas digitales y la sociedad civil para garantizar que las víctimas reciban el apoyo necesario. La implementación de medidas preventivas y sanciones severas, junto con la creación de unidades especializadas en las fuerzas del orden y el sistema judicial, es crucial para asegurar una respuesta efectiva y rápida. La educación y la concienciación pública sobre la violencia digital son fundamentales para promover una cultura digital que promueva la igualdad y el respeto, asegurando un entorno digital seguro y justo para todas las personas, especialmente para las mujeres que enfrentan la violencia digital.

Para abordar de manera efectiva la violencia digital contra las mujeres en Perú, es esencial

fortalecer y adaptar los marcos jurídicos existentes mediante estrategias concretas. En la era digital, es crucial mejorar los métodos para recolectar y presentar pruebas digitales en los tribunales, estableciendo normativas claras y procedimientos robustos que aseguren la integridad de la evidencia digital. La colaboración entre las plataformas digitales y las autoridades también es vital para implementar medidas de seguridad más estrictas y educar a los usuarios sobre la prevención del acoso.

Finalmente, es fundamental entender que la violencia digital no solo afecta la integridad y la dignidad de las mujeres, sino que también perpetúa desigualdades profundamente arraigadas en nuestra sociedad. Abordar este desafío requiere un compromiso colectivo y una actualización continua de nuestros marcos legales, asegurando así un entorno digital seguro y justo para todas las personas.

REFERENCIAS

ADJUNTÍA PARA LOS DERECHOS DE LA MUJER. Violencia de género contra las mujeres en línea. **Defensoría del Pueblo**, 2021. Disponible em: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/08/Documento-de-trabajo-01-Violencia-de-g%C3%A9nero-contra-las-mujeres-en-l%C3%ADnea.pdf>. Acceso em: 15 de julio de 2024.

Alerta contra el Acoso virtual a las mujeres - MIMP. Disponible em: <https://www.noalacosovirtual.pe/normas-nacionales.html>. Acceso em: 16 jul. 2024.

Instituto de Estudios Peruanos (IEP). Informe especial por el Día Internacional de la Eliminación de la violencia contra la mujer – 25N. 25 de noviembre de 2023. Disponible em: <https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2023/11/IEP-Opinion.-Informe-25N-1.pdf>. Acceso em: 16 jul. 2024.

PERÚ. Ley N° 30364, de 23 de noviembre de 2015. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 23 ago. 2015. Disponible em: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1141065>. Acceso em: 15 de julio de 2024.

PERSPECTIVAS PRE-DELICTUALES DE PERSONAS CON ESQUIZOFRENIA: PELIGROSIDAD, PREVENCIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN

Rocío Arregui MONTOYA¹

Las enfermedades psiquiátricas resultan en ocasiones sumamente desconocidas por su variedad, comorbilidad y dificultad de diagnóstico, siendo preciso en ocasiones un diagnóstico diferencial de gran valor a la hora del abordaje de la patología. El enmascaramiento de los síntomas por parte de los enfermos, además, dificultará la identificación y el tratamiento, perdiendo la valiosa oportunidad de frenar el avance de la enfermedad, cuando ello sea posible, y de lograr una concienciación tanto del enfermo como de quienes le rodean, facilitando tanto el cumplimiento de las pautas como la prevención de situaciones indeseadas.

Los pacientes de esquizofrenia, enfermedad presente en todo el mundo y con una alta prevalencia, son algunos de los enfermos psiquiátricos que más situaciones retadoras pueden presentar por la pérdida de calidad de vida, la escasa conciencia de enfermedad por los propios síntomas de ésta y la probabilidad de empeoramiento, así como por la afectación de las personas, convivientes o no, que interactúen con el enfermo/a.

Ante dicha situación, la posibilidad de que cometan conductas delictivas está muy presente, incluso entre la sociedad impera tal pensamiento de manera real o infundada, creando una estigmatización en estos pacientes que puede dar lugar tanto a mayor marginación como a situaciones en las que se fomente la conducta delictiva por estrés, rechazo, abandono o fomento de conductas autodestructivas.

El concepto de peligrosidad de estos pacientes, pues, es uno de los objetivos a analizar, puesto que no puede partirse de una peligrosidad basada en hechos futuros, probables y que desde luego no han acaecido, para imponer una serie de medidas pre-delictuales a sujetos que no han delinquido y que, con determinadas medidas preventivas, puede que no lo hagan jamás.

La necesidad, sin embargo, de asegurar la paz social y la seguridad del resto de individuos podría propiciar precisamente el establecimiento de tales medidas pre-delictuales que pueden parecer muy necesarias e incluso deseadas por todos, pero que se basarían en suposiciones o estadísticas, no en hechos efectivos, y que estarían vulnerando principios básicos del derecho penal, yendo expresamente en contra de la reciente reforma operada en el ordenamiento jurídico español en apoyo a personas con discapacidad a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio

¹ Doctora en Derecho Penal, profesora asociada de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia y abogada.

de su capacidad jurídica.

La dicotomía entre estas posturas precisa, por tanto, de un análisis de la peligrosidad de los pacientes de esquizofrenia basado en estudios científicos, una ponderación de la legalidad y de la posibilidad de aplicación -o no- de medidas de seguridad pre-delictuales, así como un planteamiento de adecuación a la referida Ley 8/2021 y resto de leyes concordantes. Por ello, se planteará la aplicación de medidas que no coarten la libertad del enfermo no delincuente y que eviten la estigmatización, pero que puedan predecir situaciones antisociales y antinormativas y se adelanten, mediante la instauración de protocolos y medidas de apoyo, al momento delictual que se desea evitar.

CONCLUSIONES

La esquizofrenia resulta un reto tanto en su aspecto médico-científico como legal, presentando etapas de letargo y de brote que pueden dar lugar a conductas delictivas, pero también a conductas antisociales que no constituyen un ilícito pero que predicen un resultado dañoso. Una posible solución será establecer medidas preventivas con los enfermos, tales como la voluntad anticipada de tratamiento y el apoyo socioeducativo para enfermo, familia y sociedad, conjugando de ese modo el respeto a la libertad y los derechos de los enfermos con la seguridad global y el cumplimiento de las últimas leyes existentes al respecto.